

REVISTA JURÍDICA

**Boletín Mexicano
de Derecho Comparado**

Presentación
Contenido
Directorio
Normas editoriales
Entregas
Suscripciones
Otras revistas

[InfoJus](#) [Publicaciones](#) [Boletín Mexicano](#) [Contenido](#) [Número 94](#)

**LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES Y LAS
CIRCUNSTANCIAS DEL CASO. UNA MIRADA
ESTADOUNIDENSE**

Manuel Jesús RODRÍGUEZ PUERTO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Una variedad algo incómoda*. III. *La imposibilidad del método único*. IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Una característica destacada de la realidad jurídica es la tensión existente entre la generalidad de las normas y el carácter concreto de los hechos que deben ser enjuiciados. Esto motiva que una de las tareas básicas del jurista sea la adaptación de la regla general al caso específico. La conciencia de esta labor ha estado presente casi desde los comienzos de la reflexión filosófica sobre el derecho.¹

Para llevar a cabo esa labor resulta imprescindible conocer el sentido de la regla y averiguar si lo que en ella se dispone se adecua al asunto controvertido; esa tarea es la interpretación.²

Las páginas que siguen pretenden exponer algunas notas sobre la interpretación de las normas legales desde la óptica de la ciencia jurídica estadounidense de los últimos años y concederán especial atención a la relevancia de los hechos en el desempeño de esa labor. Antes de empezar quiero hacer una aclaración. Es cierto que los Estados Unidos pertenecen a la esfera del *common law*, de formación judicial, por lo que estaría un tanto alejado de las polémicas acerca de la interpretación de las normas. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que desde el *New Deal* y, sobre todo a partir de las últimas décadas, el derecho legislado - *statute law*- ha aumentado extraordinariamente³ y con él las preocupaciones por los problemas que acarrea su interpretación.⁴ Por este motivo, me ocuparé básicamente de propuestas lanzadas en los años más recientes, aunque no desdeñe algunas aportaciones anteriores.

Por lo demás, el mismo *common law* no estaría tan ajeno a este

tipo de problemas como podría parecer a primera vista, ya que la determinación del sentido correcto del precedente no resulta una actividad sencilla y conlleva en numerosas ocasiones labores interpretativas bastante complejas. De ahí que las diferencias entre la visión del derecho estadounidense y la propia de la jurisprudencia continental no sean tan acusadas como se ha entendido a veces.⁵ Esto no quiere decir, por supuesto, que no existan diferencias. Al fin y al cabo, el *common law* ha inclinado la concepción jurídica de los Estados Unidos hacia una mayor atención a la creación judicial del derecho. Por tales motivos, el estudio de la forma en que esta tradición encara el asunto puede ser provechoso para la práctica continental, ya que aporta matices y diferentes puntos de vista acerca de una materia de interés común.

II. UNA VARIEDAD ALGO INCÓMODA

En los últimos años, la preocupación por esta materia resulta ser muy considerable si atendemos a la producción a ella dedicada. En esta línea de investigación destaca también la multiplicidad de propuestas, que indica la falta de acuerdo sobre los criterios que deben ser empleados en la interpretación del *statute law*. En ese sentido, encontramos en convivencia difícil una serie de métodos, reglas y criterios bastante disímiles: "textualismo", "intención original", "contextualismo", *canons of construction*, la regla *stare decisis* aplicada a los *statutes*, el empleo de la historia legislativa, interpretación dinámica, etcétera.⁶

Si atendemos a obras tradicionales sobre el derecho estadounidense, la cuestión no parece ofrecer complicaciones especiales. Ante el derecho legislado, el juez debe llevar a cabo la labor interpretativa, un trabajo en el que, desde luego, no tiene completa libertad. Efectivamente, no sólo está vinculado por el texto de la norma, sino también por una serie de *rules of interpretation*. Así, el juez debe atender al significado de las palabras para hallar el sentido de la norma, pero si esos vocablos se oponen al espíritu de la norma, se atenderá a este último, teniendo en cuenta el contexto en que se realiza la interpretación. Igualmente, es necesario recurrir a veces a las interpretaciones restrictiva y extensiva, que se comportan de la misma forma que en la jurisprudencia de tipo continental. Desde este punto de vista, es razonable admitir que el juez tiene cierta capacidad creadora, pero limitada.⁷ En 1956, J. Cohen indicaba que no resulta muy correcto afirmar que los *statutes* son una más de las fuentes que utiliza el juez para decidir. Esa opinión podía ser adecuada para épocas anteriores en las que el derecho privado era lo más importante y la intervención legislativa en los intereses generales de la comunidad era escaso. Sin embargo, ahora las cosas han cambiado. Si el *statute* es poco claro, los tribunales tendrán más libertad, pero esta situación es excepcional. Normalmente, la legislación es efectiva, entendida y cumplida sin necesidad de aprobación o complemento judicial.⁸ De hecho, es absurdo decir que no se puede saber nada sobre la regulación jurídica de ciertas instituciones hasta que no haya una decisión judicial.⁹

Ciertamente, hay parte de verdad en esta afirmación de Cohen, pero necesita ser matizada. Hay casos en los que la norma aparece clara y basta aplicarla sencillamente. Sin embargo, las

cosas no son siempre tan sencillas. Hay casos fáciles y casos difíciles, pero éstos últimos no son tan sólo aquéllos que no encuentran regla aplicable, sino también aquéllos en los que no sabemos muy bien cual es el sentido exacto que debemos conceder a las palabras de la ley, lo que suele ser mucho más frecuente de lo que normalmente se cree.

Para solucionar ese tipo de controversias, el juez y el jurista en general tienen a su disposición un elenco de instrumentos interpretativos bastante más diverso de lo que las explicaciones más tradicionales permiten suponer. Por otra parte, no aparece con demasiada claridad la forma y el orden en que tales herramientas serán aplicadas.

En primer lugar, es necesario tener en cuenta la presencia de la regla *stare decisis*, que rige también al *statute law*. Según esta doctrina, el tribunal está vinculado por las decisiones anteriores,¹⁰ de tal forma que el juez debe aplicar una interpretación previa, si el caso nuevo presenta similitudes importantes con uno que ya resolvió anteriormente. Su fundamento radica en la idea de estabilidad y certeza: en sentido estricto, la regla consiste en aplicar el precedente exclusivamente por ser una decisión previa. Si se emplean otras consideraciones, tales como la racionalidad del precedente, no estamos ante el empleo de este criterio; de hecho, los tribunales ingleses consideraban que la regla *stare decisis* se basaba en la defensa de la estabilidad jurídica, hasta tal extremo que a veces había que sacrificar en su favor la justicia del caso concreto.¹¹ Esta actitud ha sido más típica del derecho inglés que del americano. A. L. Goodhart ya indicaba en 1930 que en los Estados Unidos la *Supreme Court* y los tribunales superiores de los estados nunca habían estado vinculados de forma absoluta por sus propias decisiones. En numerosas sentencias de las primeras décadas de este siglo, los jueces de ese país han declarado que no deben convertirse en esclavos del precedente, sino que han de dirigir su atención a conseguir soluciones justas para el problema planteado.¹² Esto significa que la realidad no funciona de forma tan mecánica como los defensores más ortodoxos de la regla *stare decisis* pretenden. El juez no seguirá de forma exacta el precedente sino que calibrará su empleo o su rechazo -*overruling*- según la configuración del problema. Puede ocurrir también que dé a la regla de decisión escogida un sentido diferente a la que tenía en el caso previo, de tal forma que la decisión finalmente toma un rumbo que no tiene demasiado que ver con la dirección marcada por el precedente alegado.¹³ Por estos motivos, autores de distinta filiación han manifestado su escepticismo frente a la seguridad sólo aparente que ofrece esta fórmula. Así, W. O. Douglas ha sostenido que la abundancia de precedentes de sentido diferente acerca del mismo tipo de caso, permite al juez escoger según el resultado que desee obtener.¹⁴ Douglas estaba de acuerdo con ese proceder, pues pensaba que la *rule stare decisis* no debía obstaculizar el cambio del derecho con el paso de la historia.¹⁵

Aunque estas reflexiones se expresaran respecto del precedente en el *common law*, son predicables también de su empleo en el *statute law*.¹⁶ Algunos creen que en ese ámbito la regla es aún más manipulable, y el *overruling* es altamente peligroso. Efectivamente, según éstos la posibilidad de no aplicar el

precedente en un supuesto concreto, si el juez lo considera conveniente, puede ser admisible en un derecho de creación judicial, pero en el derecho legislado el juez no tiene una función creadora y no puede cambiar el derecho de acuerdo con su criterio.¹⁷ Esta es una de las cuestiones más discutidas en la teoría de la interpretación actual en Estados Unidos: la posible vulneración de la separación de poderes que supone admitir la creación judicial de derecho.

En cualquier caso, el empleo de la regla *stare decisis* no proporciona una excesiva seguridad en materia interpretativa, porque el juez, con las circunstancias del caso que tenga entre manos, decidirá si se aplica el precedente o si éste es *overruled*. Y no parece haber un método claro que permita establecer una teoría sobre los supuestos en los que se debe producir el *overruling*.¹⁸ No obstante no debe ser exagerada la importancia del *overruling* en el ámbito del derecho legislado. Los jueces saben que el Congreso puede, si lo considera conveniente, rechazar una interpretación judicial; si no hace tal cosa, los tribunales conceden al precedente una fuerza especial. Por otra parte, si dejan a un lado el precedente son acusados de vulnerar principios tan fundamentales como la estabilidad, certeza, predictibilidad, etcétera: en suma, de poner en peligro la misma *rule of law*.¹⁹ Hay, además, una ayuda para disminuir esta posible inseguridad, la denominada *legislative inaction*. Según esta regla, si el Congreso no manifiesta su opinión ante una reiterada línea jurisprudencial, los tribunales coligen que el legislador está de acuerdo con la interpretación que están llevando a cabo de la norma. Ese silencio del Congreso contribuye a reforzar la fuerza del precedente, aunque, por supuesto, no le da un valor absoluto.²⁰

Otro aspecto de esta materia, exclusivo de la *statutory interpretation*, está formado por los llamados *canons of construction, interpretive guides* o *maxims*. Consisten en reglas o criterios que tienen como objeto dirigir la labor del intérprete ofreciendo pistas para hallar una posible solución al caso. Son extraordinariamente variadas y numerosas y pueden ser clasificadas según criterios diversos.

Por una parte, aparecen las guías de carácter lingüístico: *inclusio unius exclusio alterius, eiusdem generis* y *plain meaning*, entre otras. El primero señala que la presencia de un término en la norma excluye en ella la de su contrario. El segundo facilita la interpretación atendiendo al género (en el sentido de clase o categoría) al que pertenece el vocablo: de acuerdo con el sentido que se adjudique al género podremos dar un significado preciso a la palabra. El tercero implica que el jurista debe prestar atención, primariamente, al significado claro de las palabras de la ley.²¹ No obstante, este *canon* encierra una complejidad especial. Y ello, sobre todo, porque es algo más que una herramienta. La defensa del empleo del *plain meaning* puede suponer aceptar un completo método de interpretación jurídica, que podría denominarse "textualismo". En ese caso, la atención al significado inmediato de las palabras de la ley deja de ser una ayuda más para determinar la solución de un asunto y se transforma en una teoría que prescribe la vinculación exclusiva a ese criterio, tal y como veremos inmediatamente.

Al lado de estas guías lingüísticas, hay otras etiquetadas como "sustantivas", es decir, aquéllas que no se limitan a establecer reglas formales, sino que dan consejos acerca de la justificación de una actitud interpretativa determinada. Algunas establecen presunciones, otras muestran cómo estimar ciertos hechos cuando el lenguaje empleado en la norma no es claro. A esta categoría pertenece la llamada *rule of lenity* en el derecho penal, que prescribe interpretar las normas penales con benevolencia; o la que favorece la interpretación restrictiva de los *statutes* derogatorios de algún aspecto del *common law*.²² Otras guías indican que la interpretación del *statute* no debe provocar una cuestión de constitucionalidad, que el Tribunal Supremo ha de tener en cuenta la línea de interpretación que los tribunales inferiores han seguido, conceden una *super-strong presumption* de corrección a los precedentes interpretativos de normas o mandan seguir la interpretación realizada por alguna "agencia", a menos que ésta se oponga al *plain meaning* o sea "irracional".²³

El valor de estos *canons* ha sido muy discutido por la doctrina a lo largo del presente siglo y un buen número de autores ha entendido que, lejos de ayudar a discernir el sentido del *statute*, sólo sirven para confundir y para conceder mayor espacio aún al arbitrio judicial. En ese sentido, Richard Posner los ha considerado al conjunto de *canons* una especie de *demimonde* jurídica.²⁴ Posner señala que por cada canon que puede ser empleado para sostener una interpretación concreta, es posible alegar otro que permite defender la opinión contraria. En consecuencia, el proceso interpretativo depende de la elección del canon, y para esa elección no hay otro canon disponible. Ocurre entonces que la elección de la máxima y, por tanto, el resultado de la interpretación dependen de una decisión para la que el juez tiene una libertad casi absoluta; y eso era precisamente lo que se trataba de evitar con estas "guías".²⁵ A pesar de tales críticas, este instrumental sigue vigente²⁶ y algunos estudiosos de la materia también defienden su empleo. G. P. Miller o N. MacCormick y R. S. Summers (como directores del libro *Interpreting Statutes: A Comparative Study*), han mostrado que estos *canons* han sido empleados a lo largo de la historia por diferentes sistemas interpretativos²⁷ y siguen siendo utilizados con eficacia en bastantes países de nuestro entorno cultural.²⁸ En ese sentido, G. P. Miller indica que estas guías continúan siendo útiles y son empleadas frecuentemente por los jueces, todo lo cual es prueba fehaciente de su utilidad. Es cierto que pueden ser contradictorias, pero ello no se debe a que sean irracionales, sino a que no ofrecen una verdad absoluta, sólo son una orientación discutible que ha de ser sopesada con la que proporcionan otros *canons* para averiguar cuál resulta aplicable al caso.²⁹

El punto de vista de este autor aporta una idea significativa. Los *canons of construction* parecen estar "flotando" en el mundo jurídico y se encuentran a disposición de quien los quiera emplear. Es razonable afirmar que son un conjunto de tópicos, es decir, de argumentos que están a disposición de un jurista para su empleo en las controversias que forman la parte principal de su profesión. Una característica básica de esos tópicos es que ofrecen ayuda, pero no una respuesta clara sobre el resultado al que conducen. Es interesante destacar que el reproche frente a los *canons of interpretation* es similar al

lanzado contra la *rule stare decisis*: no existe una forma clara de establecer *a priori* cómo van a ser utilizados, sino que sólo tras una ponderación de los elementos que componen el problema es posible saber cuál será la máxima adecuada y cómo va a orientarse la interpretación.³⁰

Otro aspecto de esta materia viene constituido por las distintas alternativas teóricas sobre la interpretación de normas. T. E. Aleinikoff las ha clasificado en dos tipos: la interpretación "arqueológica" y la "náutica". La segunda se refiere a su propia postura ante el problema, mientras que la primera califica las aproximaciones tradicionales a la cuestión.

La meta básica de las teorías "arqueológicas" es, en líneas generales, averiguar el significado que tenía la norma en la época en la que se dictó.³¹ Para conseguir tal objetivo, hay diferentes métodos. Algunos de los integrantes de esta corriente se preocupan especialmente por ceñirse al texto de la ley: son los "textualistas" o defensores del *plain meaning*. En cambio, otros reclaman una atención especial a la "intención" del legislador o a la finalidad de la normas. Como podemos observar, son procedimientos similares a los desarrollados por la dogmática europea para interpretar las leyes: la interpretación literal, la subjetiva, la objetiva, etcétera.

El fundamento de estos acercamientos "arqueológicos" está en la defensa de la supremacía legislativa y la consiguiente restricción de la creatividad judicial.³² Desde el punto de vista del dogma de la separación de poderes, es el Legislativo el que debe encargarse de crear el derecho y, en consecuencia, los jueces no deben cambiar lo dispuesto en la Cámara de Representantes.³³ Se trata de métodos que parten de una identificación del derecho con la ley estatal, y tratan por todos los medios posibles que el proceso interpretativo siga respetando esa tesis. Es preciso recordar que en la Constitución estadounidense pertenece al Congreso la suprema autoridad federal para crear derecho. Consecuentemente, los tribunales sólo deben interpretar las decisiones tomadas por el Legislativo y no les está permitido añadir ningún elemento nuevo a la ley.³⁴

El "textualismo" al que ya me referí considera el lenguaje del *statute* el elemento básico. Si el texto posee una claridad razonable y el resultado así obtenido no es absurdo, el juez deberá seguir la directriz que le marca ese significado y abstenerse de introducir otro tipo de consideraciones.³⁵ Es un tipo de interpretación que los jueces también han empleado -o eso han dicho- para acercarse a la Constitución.³⁶ En esa línea, el juez Antonin Scalia reconoce la tensión existente entre la norma jurídica general y la justicia en el caso concreto, pero es partidario de la preponderancia de "principios generales de decisión" que permiten un derecho más predecible, uniforme y seguro. Para tal fin, lo mejor es considerar que los jueces están obligados por los textos legales, por los precedentes de tribunales superiores y por sus propias decisiones anteriores; y en esas decisiones deben adherirse al *plain meaning of text* que resulta pernicioso concederles demasiada libertad.³⁷ La tesis de Scalia aúna el respeto al *stare decisis* con el "textualismo". Para él, el *plain meaning* no es un mero argumento más a

disposición del jurista, sino el fundamento inexcusable para su actuación; sólo de forma secundaria, si el significado de las palabras resulta improcedente, será legítimo recurrir a otros medios, aunque, desde luego, también relacionados con el lenguaje legal.³⁸

Esta es una regla antigua típica del derecho inglés, presente también en otros sistemas jurídicos, que llegó a convertirse en la base de la interpretación del *statute law* inglés.³⁹ La referencia al resultado absurdo es una válvula de escape para evitar una excesiva esclavización a la letra de la ley y, en realidad, posibilita la destrucción de la interpretación "textualista". Efectivamente, si aparecían esas consecuencias absurdas, debía recurrirse a la *ratio legis* de la norma que podía abarcar expedientes tan diversos como la finalidad de la ley, el contexto de la norma, principios de justicia natural, etcétera. De esa forma, se introducían consideraciones ajenas al lenguaje de la norma. Para evitar esa escapatoria, la visión más ortodoxa de la regla ordenaba que esto sólo debe hacerse cuando las palabras del *statute* fueran ambiguas. Esta exigencia origina no pocos problemas, porque los jueces no siempre tienen claro cuándo una palabra debe considerarse ambigua.⁴⁰ La causa de la confusión no es la particular torpeza de los jueces para comprender estas cuestiones, sino una peculiaridad sumamente importante de la interpretación del lenguaje que ha motivado numerosas críticas contra las teorías "textualistas" en el ámbito estadounidense. Por un lado, es preciso recordar el carácter polisémico del lenguaje, que dificulta hallar el significado exacto de una palabra o frase, de tal forma que buscar el significado "claro" suele ser una empresa quimérica.⁴¹ Por otra parte, resulta difícil, si no imposible, interpretar un texto sin ayuda de otros materiales. El "textualismo" prohíbe emplear en la interpretación materiales ajenos al propio lenguaje del *statute*, pero, como ha señalado C. R. Sunstein, el significado de las palabras depende en buena medida de la cultura y el contexto en que se desenvuelven. Esto no quiere decir, aclara este autor, que puedan significar cualquier cosa, sino que la palabra sola no permite captar todo su significado.⁴² Por estos motivos, el empleo del *plain meaning*, sin atender a otra clase de ayuda, puede llevar a resultados irracionales y absurdos. Desde luego, la aceptación de esta realidad no legitima al juez a conceder a la norma que debe interpretar el significado que se le

antoje, prescindiendo del texto que tiene delante; sólo es una llamada de atención para el uso de otros elementos interpretativos.⁴³

La postura de los tribunales ante este método es ambigua. La vigencia de la regla fue establecida con claridad hace ya mucho tiempo, pero los jueces la han dejado de lado cuando les ha interesado. Para ello han afirmado que el texto era ambiguo o que el recurso a su significado inmediato conducirá a resultados absurdos, o bien han recurrido al empleo de materiales externos al simple texto legal para establecer su significado. En cualquier caso, la regla no es considerada absoluta y, por tanto, el método basado en ella sería simplemente uno más.⁴⁴ Es empleado si se considera conveniente⁴⁵ o es rechazado si el juzgador puede entender que la aplicación de ese resultado interpretativo puede

resultar perniciosa o vulnerar la finalidad de la norma.⁴⁶ De todas formas, en los últimos años se ha desarrollado en los Estados Unidos una corriente abiertamente favorable hacia esta forma de interpretar: el *New Textualism*. Sus principales defensores son Antonin Scalia y Frank H. Easterbrook. Estos jueces defienden el apego absoluto a la regla *plain meaning*; sostienen que sólo así es posible preservar la separación de poderes, ya que la capacidad de crear derecho queda reservada al Legislativo y los jueces sólo deben aplicar sus disposiciones.⁴⁷ De hecho, el móvil fundamental de este "textualismo" no es conseguir una interpretación adecuada de las normas, sino restringir la actividad judicial; desde esa posición, se cae realmente en la "antiinterpretación".⁴⁸ Otros críticos han añadido una idea especialmente destacable: bajo la etiqueta del "textualismo", sus propugnadores introducen sus valores personales en el caso enjuiciado. Me parece destacable la apreciación porque hace hincapié en una realidad clara: la norma no puede contener todas las respuestas jurídicas posibles; y si el juez se empeña en extraerlas todas del texto, necesariamente recurrirá de forma consciente o inconsciente a elementos ajenos a la letra de la ley, porque de otra manera no podrá resolver la cuestión planteada. En cualquier caso, la *plain meaning rule* continúa siendo empleada en los tribunales estadounidenses y no parece que vaya a desaparecer próximamente.⁴⁹

Relacionado con esta manera de interpretar las normas, está el empleo de la historia legislativa. Este expediente ha sido empleado precisamente para suavizar los problemas generados por el excesivo "textualismo".⁵⁰ Como es habitual en toda esta materia, también el uso de este medio ha sido muy discutido. A lo largo de este siglo, algunas sentencias de la *Supreme Court* han prohibido el empleo de la *legislative history*, a menos que el lenguaje de la norma sea ambiguo, o su interpretación literal conduzca a consecuencias absurdas.⁵¹ Como vemos, siempre se deja abierta la puerta para evitar la aplicación literal, ya que el juez, ante el caso controvertido, puede afirmar que en tales circunstancias la interpretación textual lleva a un resultado injusto y por tanto absurdo. De ahí que sea imposible establecer la *plain meaning rule* de una forma absoluta.

La otra "estrategia arqueológica" a la que aludí trata precisamente de hallar la solución descubriendo los fines o "intención" que albergaba el legislador al elaborar la norma. Este ha sido, según A. H. Murphy, uno de los "artículos de fe" de las teorías interpretativas estadounidenses.⁵² La razón tal vez haya sido el carácter "aislado" que los *statutes* han tenido en los ordenamientos pertenecientes al *common law*. El *statute* aparecía como un enclave de poder, frente a los principios que componían el *common law*, de forma que no tenía más punto de referencia que la voluntad legislativa y éste era el criterio básico para su interpretación.⁵³

A pesar de esa presencia determinante en las decisiones judiciales, este criterio también ha sido objeto de críticas numerosas. Desde las filas del "realismo jurídico", Max Radin lo consideró una "ficción absurda", ya que era imposible descubrirla.⁵⁴ A partir de presupuestos diferentes, J. Stone ha sostenido que la invocación de la voluntad del legislador es una

falacia. La explicación está relacionada con lo que indiqué anteriormente sobre la interpretación meramente textual. El legislador redacta la ley con palabras y éstas van cambiando con el paso del tiempo; por tanto, el significado de las palabras debe ser entendido según los usos de la generación que esté empleando la ley. En esas circunstancias, la voluntad del legislador es una ficción, porque supone afirmar que la voluntad de quien legisla es capaz de fijar por siempre el significado de la norma. Esto es imposible ya que, como acabamos de ver, ese significado sólo es cognoscible mediante el contexto en el que se realiza la interpretación. En consecuencia, la única forma legítima de aceptar la "intención del legislador" como criterio interpretativo, sería pensar que ésta viene expresada en el sentido objetivo de las palabras de la norma, sentido que brota precisamente de la contemplación contextual. Nunca, desde luego, puede ser la intención "originaria" presente en la creación del *statute*. Lo que ocurre en los casos en los que el juez pretende recurrir a ese supuesto "originalismo", es sencillamente que incurre en el encubrimiento de la creatividad inherente a la interpretación de un caso difícil.⁵⁵ En un sentido parecido, Ronald Dworkin considera insostenible la existencia de una "intención del legislador" como criterio interpretativo auténtico. A su juicio, varios son los problemas que conlleva este criterio. En primer lugar, obedece a una idea errónea del derecho positivista que lo identifica con la descripción de decisiones tomadas en el pasado, que simplemente hay que descubrir y describir.⁵⁶ En segundo lugar, los defensores de este modo de interpretar arguyen que el derecho lo hacen los re-presentantes elegidos democráticamente; los jueces no son representantes electos, luego no deben crear derecho, y cuando interpreten deberán limitarse a descubrir lo que pretendieron dichos representantes. Sin embargo, sostiene Dworkin, es un argumento engañoso, porque la averiguación de esa supuesta voluntad resulta especialmente complicada. Intervienen en ella factores psicológicos de difícil descubrimiento para el intérprete, y la dificultad aumenta si el autor de la norma es un órgano colegiado o una cámara legislativa. Ante estos problemas, los jueces intentan enunciar una sedicente intención del legislador, pero realmente se dedican a introducir criterios jurídicos propios; en consecuencia, la creación judicial del derecho deviene inevitable, ya que no resulta posible establecer esa voluntad legisladora debido a la imposibilidad de establecer qué era lo efectivamente querido por el autor o autores de la normativa.⁵⁷

Curiosamente, el "intencionalismo" ha sido rechazado también desde la otra posición originalista, el "textualismo": jueces como Scalia opinan que no es posible descubrir la intención del legislador; consecuentemente, el único criterio "fiable" es el que ofrece el lenguaje de *statute* ya que éste sí tendría una entidad objetiva.⁵⁸

Recordemos que a pesar de las críticas como en el caso del "textualismo", hay partidarios de la adscripción al *original intent*.⁵⁹ Además, y eso hace algo más compleja la situación, diversos autores han decidido perfeccionar sus actitudes intencionalistas para evitar los defectos que acabo de exponer. Sabedores de la imposibilidad de extraer desde una norma del pasado todas las soluciones necesarias para el presente, algunos autores proponen lo que denominan un *purpose analysis*: debido

a que la norma fue realizada por personas razonables con fines razonables, es sensato plantear cómo se habrían comportado esos sujetos ante un caso no previsto.⁶⁰ Es la propuesta que llevaron a cabo Henry M. Hart, Jr., y Albert Sacks, mediante lo que se ha denominado *imaginative reconstruction*.⁶¹ La tesis es interesante, pero en realidad supone el abandono de las posturas "originalistas", porque permite el hallazgo de soluciones nuevas para problemas que no estaban previstos en la norma, es decir: abre la puerta a la labor creadora del juez.⁶² Tengamos en cuenta que, para resolver esta cuestión desde el *purpose analysis*, es preciso recurrir a distintas herramientas. Richard Posner, defensor durante un tiempo de estas tesis, afirmaba que para averiguar esa intención presunta del legislador era prudente prestar atención a los criterios que la literatura inteligente ha desarrollado acerca de interpretación de *statutes*: el lenguaje de la ley, su estructura, su finalidad aparente, la historia legislativa, la relación con otras normas, los valores de la época en que se dictó la norma, y a cualquier acto legislativo atinente a la libertad que el juez puede ejercitar en la interpretación.⁶³ Como podemos ver, se trata de un procedimiento completamente abierto y dirigido hacia la determinación de una solución nueva, de acuerdo con los múltiples factores presentes en el caso, y no a extraer una decisión previamente implantada en una ley escrita. Es preciso tener en cuenta que lo que aquí parece ocupar el papel central no es la intención subjetiva del autor de la norma, sino la finalidad, el bien social, que se pretende conseguir con el *statute*. Se trata, en realidad, de lo que en Europa se ha conocido como interpretación objetiva. Para conocer esa finalidad se han desarrollado en el ámbito estadounidense métodos variados: una "lectura natural" del texto, aceptar el significado que le daría cualquier miembro inteligente de la comunidad o atender a los valores o fines que asume la norma.⁶⁴

A veces, las respuestas a las críticas vertidas contra el "intencionalismo" resultan excesivamente alambicadas. S. Knapp y W. B. Michaels defienden el intencionalismo como el único procedimiento adecuado para interpretar un texto legal, ya que lo importante es averiguar lo que el autor entendió significaba dicho texto. Ahora bien, los legisladores no siempre entienden bien lo que implica la ley que han elaborado. En ese sentido, pueden dictar una norma que contenga unos principios cuya implicación lógica se oponga a sus creencias y sentimientos. Eso puede ocurrir con la Decimocuarta Enmienda de la Constitución estadounidense. Ante ella nos preguntamos si prohibía la segregación racial en las escuelas, ya que no contiene nada al respecto. Si atendemos a la intención de los legisladores muy probablemente descubriremos que los autores de la mencionada enmienda estaban de acuerdo con la discriminación escolar. La solución que Knapp y Michaels dan a esta ardua cuestión es que los que elaboraron la Enmienda estaban equivocados, pues el principio de igualdad que contiene necesariamente conduce a la prohibición de dicha discriminación. En ese sentido, los jueces pueden afirmar legítimamente que ésta es la auténtica intención del legislador, ya que ese es el tipo de desigualdad que se propusieron combatir.⁶⁵ Me parece que esto tiene bien poco que ver con el intencionalismo, ya que lo que defienden estos autores es que se debe atender al bien jurídico recogido en la norma, es decir, practicar una interpretación objetiva; bastante radical, por cierto, ya que rechazan el empleo de cualquier otro punto de

vista.⁶⁶

Otra línea de defensa viene marcada por la idea de supremacía legislativa. La separación de poderes y el consiguiente monopolio de la legislación en manos del Congreso es uno de los principios básicos del régimen político americano. El juez debe respetarlo, por lo que su interpretación debe ser "intencionalista" ineludiblemente; sólo de esa forma se respeta lo que quiso disponer el legislador. Esto no pasa de ser una declaración de buenos deseos: una cosa es la idoneidad del intencionalismo para el respeto a la división de poderes y otra que se pueda conocer la voluntad del legislador. Los defensores de esta tesis son, sin embargo, optimistas. Hay posibilidades de descubrirla gracias a los métodos tradicionales: el lenguaje del *statute*, la historia legislativa y los "factores contextuales".⁶⁷ No obstante, esto no resuelve el problema, sino que lo traslada a otro ámbito, el de esos métodos concretos que acuden a rescatar a la voluntad legislativa. De hecho, al referirse a ellos, sobre todo al contexto, deja la resolución de la cuestión al análisis que el juez realice de las circunstancias del problema.

De todas formas, hay una idea en estos planteamientos que no podemos descuidar. Las leyes proponen fines que interesan a la comunidad y parece poco razonable pensar que esos fines no deben ser tenidos en cuenta en el momento de la interpretación. Esta realidad no obliga a un entendimiento mecánico de la ley, sino a la apreciación de ese fin o fines cuando el juzgador se enfrenta al problema. Si esto es lo que pretenden defender algunos intencionalistas, es difícil no estar de acuerdo con ellos.⁶⁸

Ni siquiera estas sutiles disquisiciones han librado al intencionalismo de críticas. Recientemente, desde posiciones teóricas dispares encontramos varias diatribas contra esta manera de entender la interpretación. Los defensores de la *Public Choice Theory* sostienen que la ley es el producto de un compromiso entre los intereses de los grupos sociales; querer hallar la intención de la ley supone privilegiar el interés de uno solo de esos grupos o establecer uno que no existe, con lo cual la interpretación se transforma en una ficción. Otros afirman que en esos casos los jueces evitan respetar el *plain meaning* del lenguaje legal y, so pena de presentar la intención del legislador, introducen sus propios criterios políticos. Un problema adicional es que este modo de interpretar vuelve "vagos" a los legisladores. Estos no perfilan ni matizan sus normas, porque confían en que el juez, a la hora de aplicarlas ya las completará empleando una supuesta intención presente en la regla.⁶⁹ El problema fundamental es que, a pesar de las apariencias, las interpretaciones "arqueológicas" poseen importantes elementos creadores.⁷⁰ En consecuencia, el problema de estas actitudes ante el derecho, como resaltaba Dworkin, es que no cumplen lo que prometen.

Frente a estas posiciones originalistas o arqueológicas, que, en suma, consideran al derecho como una norma estatal ya acabada, que el jurista sólo debe acatar, otras corrientes presentan un cariz más receptivo hacia concepciones jurídicas menos rígidamente formalistas.

Algunas de las más recientes son derivaciones de las teorías del *Public Choice*, el análisis económico del derecho y sus derivados. No es posible ahora explicar, siquiera someramente, las características de esta corriente. Tan sólo quiero apuntar que su punto de partida, la consideración del hombre como un ser radicalmente egoísta que busca tan sólo su propio beneficio, ha sido aplicada a los problemas de legislación e interpretación. Por eso, como ya he indicado, el *statute* aparece como el resultado de los arreglos entre los diferentes grupos de presión que han conseguido introducir sus criterios en la legislación.⁷¹ De esta apreciación básica han derivado diversas maneras de enfocar el problema. Unos sostienen que sólo es admisible la interpretación literal, ya que es la única que permite captar el *bargaining* en que se basa la norma.⁷² Otros, por el contrario, afirman que debe ser ignorado tal *bargaining* y atender a la finalidad del *statute*, pues de esa forma pueden ser ignorados los intereses particulares de los grupos que han contribuido a su aparición. Además, algunos estudiosos de esta materia que no aceptan la doctrina del *Public Choice*, sí se han visto influidos por ella. Así, C. Sunstein y W. Eskridge recomiendan tener en cuenta, como un elemento más, los grupos de interés implicados en la elaboración de la norma.⁷³ De todas formas, esta última posición corresponde a formas de entender la racionalidad jurídica pertenecientes a una orientación distinta: tan sólo sostiene que esos intereses forman parte de la realidad social y, como tales, han de ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar.

Los defensores del *Public Choice* arguyen que los métodos y guías de interpretación habituales pueden ser reorientados gracias a sus concepciones y aplicados a la defensa del bien público, en la medida en que es entendido por estos teóricos.⁷⁴ En esa línea, Richard Posner también ha tratado de aplicar este tipo de teorías a los *standards* y criterios interpretativos tradicionales.⁷⁵ El problema de todas estas explicaciones puede estar en su parcialidad. En efecto, parten de una visión un tanto sesgada del hombre -aparte de ser muy poco original- y esa carencia afecta indudablemente a la eficacia de sus resultados interpretativos.⁷⁶

Tras esta sucinta reseña de las alternativas interpretativas, no parece posible encontrar un método único que satisfaga las pretensiones de los juristas. Ante esta situación, la tentación inmediata es la adhesión a las filas del "realismo jurídico americano". Los integrantes de esta corriente afirmaron -si se me disculpa la simplificación- que el derecho no consiste en un conjunto de reglas que se apliquen a los problemas, tras su interpretación, sino que sólo aparece tras la sentencia judicial; una vez establecida la decisión, el juez le concede apariencia de racionalidad escogiendo alguna norma o precedente y empleando el método que le parezca más conveniente para disfrazar el resultado que ya ha obtenido previamente. Para este punto de vista, los *statutes* son útiles, pero sólo como instrumentos para predecir cuál será la decisión judicial. En cualquier caso, suelen ser poco claros, no es posible saber si el hecho enjuiciado está contenido en la norma y, en consecuencia, son poco eficaces.⁷⁷

A partir de esta explicación de la realidad jurídica, la opinión resultante sobre los métodos de interpretación es bastante escéptica: no consiguen dar una respuesta objetiva a los

problemas acerca de la interpretación del derecho.⁷⁸ De hecho, todos los métodos y procedimientos interpretativos serían disfraces para encubrir esa realidad. Uno de los defensores más radicales de la corriente, Jerome Frank, afirmó taxativamente que las reglas jurídicas no son elementos decisivos en el juicio; éste nace de fuentes tales como la personalidad del juez y resultan difícilmente predecibles, aunque esa predicción sea precisamente la tarea del jurista.⁷⁹

Ni siquiera es posible conseguir seguridad acerca del establecimiento de los hechos enjuiciados, puesto que el juez sólo puede conseguir en el tribunal un conocimiento subjetivo de la forma en que tuvieron lugar tales hechos.⁸⁰ De esa forma, la concepción de ciencia jurídica cambia radicalmente: lo fundamental es la actuación del juez, conformada por una mezcla de intuición, preferencias, sentimientos, etcétera. Las reglas, los principios, la lógica tienen utilidad, pero sólo *a posteriori*, para dar cobertura a la intuición judicial, el denominado *hunch*.⁸¹

A pesar de la agudeza de buena parte de las críticas lanzadas por el "realismo jurídico" contra la jurisprudencia mecanicista del siglo XIX, sus conclusiones tal vez fueran algo exageradas. En última instancia, su actitud supone renunciar a la posibilidad de ciencia jurídica, en la medida en que niega la posibilidad de un auténtico razonamiento jurídico.⁸²

Si no queremos aceptar esta posibilidad, será preciso buscar una alternativa que presente una racionalidad aceptable para esa inevitable variedad que la metodología interpretativa presenta.⁸³

III. LA IMPOSIBILIDAD DEL MÉTODO ÚNICO

Antes mencioné que T. Aleinikoff dividía las teorías interpretativas en dos categorías: arqueológica y náutica; ésta última corresponde, como ya dije, a su manera de enfocar el problema y resulta particularmente interesante. Él rechaza las actitudes que llama "arqueológicas" y desea destacar que la finalidad de la interpretación ha de ser solucionar problemas cotidianos de acuerdo con los criterios actuales.⁸⁴ Es partidario de una aproximación *present-minded*, es decir, ceñida a las circunstancias del momento en el que surge el conflicto jurídico. Indica, por tanto, que debemos interpretar una norma relativamente antigua como si hubiera sido promulgada recientemente.⁸⁵

El término de "náutica" con el que califica su teoría obedece a la metáfora que emplea para explicar su postura, pues describe la interpretación como un "viaje". Sostiene que un *statute* es como un barco; el legislador es su constructor que, además, lo lanza al mar. El curso inicial de ese viaje está determinado con relativa claridad, pero una vez que el barco es botado, el desarrollo real del periplo, sus puertos de escala y su destino final, dependerán de elementos tan diversos como el tiempo, la aparición de obstáculos imprevistos, la pericia del capitán, etcétera. Ciertamente, el punto de partida -el legislador- puede mandar mensajes a los viajeros, pero el modo exacto en el que se desarrolle el viaje, dependerá tanto de él como de los que se encargan de capitanear la nave.⁸⁶

Aleinikoff entiende que la actitud "náutica" está realmente presente en las aproximaciones originalistas. Así, por ejemplo, textualistas como Scalia indican que el lenguaje del *statute* puede interpretarse según frases similares de otras normas. Señala Aleinikoff que esto no conduce necesariamente a un resultado respetuoso con el originalismo, ya que todo depende de la edad del *statute* empleado como ayuda, de forma que la herramienta empleada para interpretar pertenece a una época diferente a la de la norma cuyo sentido es oscuro. Si el *statute* "colaborador" es de época mucho más reciente que el discutido, la pretensión originalista queda frustrada.⁸⁷ Lo mismo ocurre con el "intencionalismo", al menos en sus variantes matizadas, que pretenden hallar la finalidad inherente a la ley, tal y como aparece en la teoría de Hart y Sacks. Efectivamente, estos autores proponen atender a la finalidad racional de la ley y para captarla es preciso estudiar no sólo el *statute*, sino también, el orden jurídico en su conjunto. Hay que tener en cuenta los diferentes principios generales que comprenden el ordenamiento, y para ello es necesario comprender que el derecho debe cambiar de acuerdo con la variación de las necesidades sociales.⁸⁸

Otras características de la interpretación presentan, según Aleinikoff, aspectos "náuticos". El empleo de algunos *canons* implica la aceptación de las exigencias del momento presente. Así, por ejemplo, la máxima que prescribe interpretar los *statutes* de tal forma que no provoque cuestiones constitucionales, supone investigar las tendencias políticas actuales y procurar no contravenirlas en la labor judicial. Por otra parte, después de la sentencia del caso *Chevron*, los jueces deben tener en cuenta la interpretación que de la norma hay hecho una *agency* estatal. Esto provoca que las circunstancias políticas del presente sean relevantes en la determinación del significado del *statute*. Por lo demás, esta regla tampoco aclara demasiado la cuestión. Tengamos presente que la sentencia *Chevron* es susceptible, a su vez, de diversas interpretaciones. Desde un punto de vista "textualista" declara que si el lenguaje de la norma es claro, habrá que obedecer lo que establezcan esos términos; si no hay claridad, los tribunales seguirán la interpretación de la *agency*. Ahora bien, posteriormente, la referida sentencia permite rechazar lo dispuesto por la "agencia" si es "irracional". Esta disposición posibilita interpretar el *statute* de acuerdo con las condiciones actuales.⁸⁹ Realmente esto implica admitir que el juez debe decidir según las circunstancias del caso que tiene entre manos una implicación de enorme importancia.

Estas apreciaciones llevan a Aleinikoff a afirmar la inevitabilidad de interpretar la ley como si fuera una norma actual. Aceptar esta propuesta no supone rechazar los métodos tradicionales de interpretación. Es posible admitir el *updating* y al mismo tiempo respetar el "intencionalismo", ya que el tribunal que aplica una ley debe hacerla eficaz, y la misma legislatura ha reconocido que necesita ayuda para esa tarea en los casos que no están previstos. Ciertamente resulta difícil conseguir esa eficacia ante un problema si no son estudiadas sus circunstancias: una interpretación que no tiene en cuenta el mundo actual, aunque refleje de manera precisa el significado original de la norma, apenas puede ser eficaz.⁹⁰ Tampoco hay que despreciar el

acercamiento textual. El *statute* es un texto y, como tal, es una tarea ineludible encontrar el significado de las palabras que lo componen, ya que forman un límite fundamental para la actuación judicial. Para averiguar este dato -y eso distingue esta postura del textualismo ortodoxo- es necesario encontrar el significado más plausible que hoy tienen los términos de la norma.⁹¹ Es interesante destacar que Aleinikoff declara que su descripción no es una teoría de la interpretación completa y acabada. De hecho, él defiende el empleo de los métodos tradicionales: *stare decisis*, *agency action*, *legislative acquiescence*, observación de lenguaje de la ley, investigación de sus *purposes*, el *common law*, las *related statutory provisions*, etcétera.⁹² Me parece que aquí encontramos una idea básica. Al referir su visión de estos problemas, Aleinikoff ha puesto especial hincapié en afirmar que la interpretación debe partir siempre de la situación actual. A partir de sus propuestas podemos entender que la clave del problema está en comprender que el jurista debe armonizar lo dispuesto por el legislador con el conjunto de circunstancias que componen el caso que tiene entre manos. Aunque Aleinikoff no lo diga expresamente, parece aceptar que el centro de la labor jurídica viene constituido por el problema y su configuración casi siempre variable. Y debido a esa variación no hay un método único, sino que deben ser aceptadas todas las posibilidades en la medida en que sirvan para encontrar la solución adecuada.

Es interesante destacar que frente a las tesis legalistas se mantiene que el *statute* no está acabado en el momento de su promulgación y no alcanza su sentido pleno hasta que se incrusta en el ordenamiento jurídico y se inserta en la vida jurídica cotidiana de una sociedad mediante su tratamiento por parte de jueces, abogados funcionarios, etcétera. Todas las interacciones que vive la norma en ese discurrir van cambiando y completando su significado.

Aleinikoff considera que el *statute* no se aplica como si fuera una realidad preexistente autosuficiente e inmodificable, sino que el jurista trabaja con él al interpretarlo, y al darle un significado en ese acto interpretativo, en cierta forma también lo crea.⁹³ Es decir, el derecho no está ya determinado en la norma, sino que sólo aparece después de que el jurista haya ajustado los principios contenidos en el *statute* con las características específicas del problema.

Lo anterior no es sencillo. Aleinikoff señala que suele ser difícil discernir cuáles son los principios que prevalecen en un orden jurídico, pero esto no impide la resolución de los conflictos, ya que ante un problema, sí es posible identificar cuál es el principio que el sistema hace prevalecer. Mantiene que su *nautical approach* pretende conseguir una *synchronic coherence* con el resto del sistema normativo,⁹⁴ por lo que su teoría no quiere conceder una libertad total a los jueces. No obstante, sí hay algunos cabos sueltos en la explicación. No queda muy claro de dónde procede exactamente la solución, ya que, por una parte, son principios que hay que descubrir en el sistema, pero por otra parte no aparecen de una forma evidente en un *statute*. Es preciso actualizar la norma, pero también es imprescindible saber cuál es el criterio vinculante para dicha actualización; desde el punto de vista de Aleinikoff existe el riesgo de que ese baremo

sea simplemente la mentalidad dominante, con los problemas de inseguridad que eso conlleva. Además, no existe una sola mentalidad social, ¿cuál sería entonces la que debe prevalecer?

William N. Eskridge menciona este peligro, pero no opta por la vuelta a los acercamientos "originalistas". Rechaza lo que llama "fundamentalismo metodológico". No existe un solo método que sea capaz de solucionar todos los problemas que suscita la *statutory interpretation*, y la asunción dogmática de uno de ellos como el único legítimo trae consecuencias desagradables.

No podemos olvidar que el resultado de la interpretación dependerá del método elegido, y Eskridge ofrece una muestra de ello al estudiar el caso *Boutilier*. Clive Michael Boutilier era un ciudadano canadiense que, tras residir varios años en los Estados Unidos, quiso obtener la nacionalidad de dicho país. El ordenamiento estadounidense contiene una norma que excluye de la nacionalidad a los extranjeros afectados por una "personalidad psicopática" (*section 212 a, 4* de la *Inmigration and Nationality Act*). Durante las revisiones y charlas con médicos, propias del proceso de obtención de la nacionalidad, resultó comprobado que Boutilier era homosexual. Por este motivo, la autoridad competente le negó la ciudadanía americana, alegando que la homosexualidad estaba incluida en la sección 212. Tras el correspondiente periplo judicial, el Tribunal Supremo confirmó la decisión. Resulta extremadamente interesante comprobar que la decisión del Tribunal variaría hoy día de acuerdo con el método empleado para interpretar la norma aplicada. Es evidente que la referencia a la "personalidad psicopática" posee un carácter abierto y necesita una concreción judicial para averiguar si la homosexualidad debe ser incluida en tal categoría. Una actitud "textualista" como la de Scalia muy probablemente concluiría que esos términos son demasiado vagos y que no hay datos suficientes para ser aplicado a los homosexuales; en consecuencia, Boutilier habría obtenido la nacionalidad estadounidense. En cambio, una interpretación que estuviera pendiente de la intención del legislador, y que investigase los antecedentes y discusiones que llevaron a la elaboración de la norma, habría descubierto que la intención del Congreso fue la exclusión de los homosexuales; éste fue el procedimiento seguido por la *Supreme Court* en el ejemplo que nos ocupa. Sin embargo, según el *present-minded approach* de Aleinikoff, que reclama la adhesión al contexto jurídico y social del entorno del intérprete, los homosexuales obtendrían la nacionalidad americana, porque los médicos actuales no consideran la homosexualidad como un trastorno psicopático.⁹⁵

Esta apreciación parece conducir al pesimismo. Si la determinación del método depende de una decisión judicial libre, no hay garantías para obtener una interpretación segura y predecible. La única solución, según Eskridge, consiste en abandonar el "fundamentalismo" y abogar por una concepción metodológica más abierta. Todos los métodos tienen insuficiencias. El "textualismo" de Scalia resulta falaz, porque no resuelve el problema de la elección entre las diferentes acepciones del término polémico. En realidad, Scalia recurre -de forma quizá inconsciente- a la interpretación contextual, porque, de hecho, emplea en sus sentencias *canons of construction*, como el denostado " *expressio unius*".⁹⁶ Por otra parte, el *present-*

minded approach de Aleinikoff sólo tiene en cuenta el contexto del intérprete, pero no el del texto. Además, no aclara qué tipo de mentalidad actual debe ser empleada para interpretar el *statute*.⁹⁷ La respuesta que Eskridge da a esta controversia es la aplicación de la hermenéutica desarrollada por Hans-Georg Gadamer.

A partir de esas teorías, Eskridge señala que en la actividad interpretativa la posición central la ocupa el contexto, entendido éste como la tradición u "horizonte de pensamiento" en que se mueven tanto el intérprete como el texto. En ese sentido, la solución viene dada por la interacción entre esos "horizontes" o tradiciones. Estas ideas de Gadamer pueden ser aplicadas a la *statutory interpretation* con bastante eficacia. Tres son las consecuencias básicas que podemos extraer de esa asunción.

En primer lugar, la imposibilidad de establecer un método único. La hermenéutica afirma la complejidad multidimensional de la realidad, de tal forma que la interpretación de una ley debe aceptarla. Por eso, no es razonable escoger un solo método, pues no serviría para todas las facetas de la realidad.

En segundo lugar, la interpretación es "dinámica". Esta ha de basarse en la fusión de horizontes, es decir, en un proceso de aproximación entre los valores presentes en la ley y los del intérprete. Hemos de saber que los horizontes cambian: los del jurista y los de la sociedad en la que ese jurista desempeña su tarea. Por tanto, la determinación del significado de la norma ha de variar necesariamente.

Finalmente, los instrumentos interpretativos tradicionales poseen gran importancia. Forman parte del contexto histórico de la interpretación, porque integran una serie de datos convencionales sobre el lenguaje de la norma, sus fines, etcétera. Permiten conocer mejor el "horizonte" del texto y facilitan su contacto con el del intérprete.⁹⁸

En consecuencia, la regla *stare decisis*, los *canons of construction* y la historia legislativa, entre otros, deben ser admitidos como herramientas eficaces para comprender el texto normativo. Los *canons*, por ejemplo, no proporcionan una respuesta exacta en los casos difíciles, pero ayudan a discernir las posibilidades de resolución.⁹⁹ La verdad es que no entiendo muy bien por qué Eskridge critica las explicaciones de Aleinikoff. Este último no defiende la necesidad de un método único, sino que por el contrario resalta la utilidad de las diferentes propuestas hermenéuticas para resolver las dificultades que ofrece la adecuación del *statute* a la realidad cotidiana, siempre cambiante. Su método realmente no es tal, porque no propone una receta acabada que solucione todas las controversias interpretativas, sino que consiste en una llamada de atención acerca de la posición central que ocupa el caso en la interpretación jurídica: él, en cierto modo, decide el método que debemos emplear.

Creo que lo que defiende Eskridge es bastante parecido. Desde el punto de vista de este autor, también lo auténticamente decisivo es el caso concreto; siguiendo las tesis de Gadamer -y de

Aristóteles- sostiene que la aplicación de la norma resulta inescindible de la interpretación: no podemos saber lo que significa un texto hasta que no nos vemos en la necesidad de aplicarlo a un problema.¹⁰⁰ Por esta causa, Eskridge cree que las acusaciones de subjetivismo que se han lanzado contra Gadamer son fácilmente superables, si se tiene en cuenta la función importante que desempeña el problema.

Efectivamente, el caso que debe ser resuelto consta de un conjunto de hechos y está situado en un momento histórico específico, de tal manera que forma un contexto concreto que constriñe la libertad interpretativa del jurista.¹⁰¹ Esos datos son determinantes a la hora de interpretar. Eskridge opina que el juez debe moverse en una compleja red de *social and legal practices*; debe ser "conservador", no en el sentido político, sino en el de protector de las estructuras sociales que conforman la comunidad.¹⁰²

Probablemente es esta concepción sobre la relevancia de las prácticas lo que lleva a Eskridge a proclamar la inevitabilidad de la "interpretación dinámica". Un sistema jurídico no puede subsistir si no reconoce cierto grado de iniciativa a sus intérpretes. De otra forma no podría adaptar las normas que lo componen a las circunstancias que estructuran la vida social.¹⁰³ A partir de esa conciencia del carácter abierto de toda interpretación, necesariamente ceñida al discurrir comunitario, el jurista debe llevar a cabo su trabajo, sin que la hermenéutica pueda ofrecer otra solución más que una "teoría libre de la interpretación".¹⁰⁴ Por este motivo, Richard Posner considera que la hermenéutica es interesante, porque plantea adecuadamente el problema de la objetividad en la interpretación, pero no lo resuelve, pues no proporciona técnicas concretas para ello.¹⁰⁵

De todas formas, la actitud que Posner ha mostrado en los trabajos más recientes no está demasiado lejana de las propuestas de autores como Eskridge. Aboga por una *jurisprudence* escéptica que, en el aspecto interpretativo, rechaza el mecanicismo deductivista. Sobre la *statutory interpretation* indica que ésta no puede consistir en una deducción desde el texto, pero tampoco son totalmente eficaces el *plain meaning* o la finalidad de la norma. Posner no afirma que estos medios sean absurdos, sino que en ocasiones pueden fallar. En tales casos, la solución queda en manos del juez, que empleará criterios políticos para decidir.¹⁰⁶ Él no se considera un escéptico radical, pero tampoco cree que siempre haya una solución jurídica correcta para cada caso.¹⁰⁷ La interpretación textual, por ejemplo, es posible y eficaz en numerosas ocasiones.¹⁰⁸

Lo que Posner quiere destacar es que no existe un método único que permita hallar la respuesta a todas las cuestiones. Indica que la corrección en estos asuntos depende de la finalidad de cada tipo particular de interpretación. No hay acuerdo acerca de lo que la interpretación se propone descubrir: la intención del legislador, conseguir la certeza del ordenamiento, su coherencia, etcétera; y, por tanto, no es posible conseguir claridad en la materia. Según Posner, la interpretación es un proceso misterioso en el que no caben la lógica ni la orientación científica. Esto no supone en sí una desaparición de la objetividad jurídica, pues a partir del

texto y del contexto es posible extraer la finalidad de la norma.¹⁰⁹ No hay que olvidar, sin embargo, el riesgo de la referencia al contexto. La sociedad actual dista mucho de ser homogénea, por lo que ese contexto social puede proporcionar reglas demasiado contradictorias para enfrentar la interpretación.¹¹⁰ En suma, resulta muy complicado diseñar un método para estos asuntos.

Por eso, en los casos difíciles el juez decide con criterios que no se encuentran en la norma legal. Tal fue el caso de *Brown v. Board of Education*. El Tribunal declaró que la segregación racial en las escuelas era inconstitucional, pero esa decisión no fue una auténtica interpretación porque la norma en cuestión no decía nada acerca de ese problema. Sencillamente, los jueces aplicaron sus propias convicciones. El fundamento de la decisión no pudo hallarse en el texto normativo y, en consecuencia, la hermenéutica no sirvió para nada.¹¹¹

Precisamente en esa indefinición radica la importancia de tesis como la de Eskridge o Aleinikoff: no es posible hallar un método jurídico acabado. Este carácter abierto también está presente en las reflexiones de Ronald Dworkin. Critica el "intencionalismo" ortodoxo y se inclina por una interpretación que responda a las exigencias del momento presente teniendo en cuenta los principios que integran el sistema jurídico del que se trate. Significativamente, rechaza la idea de un "momento canónico en el que nace un *statute* y tiene todo y el único significado que siempre tendrá".¹¹²

Aunque la explicación no aparezca demasiado explícita en los escritos de estos autores, me parece bastante clara. El derecho no puede estar encerrado en los límites de una ley, sino que ha de abrirse necesariamente a los hechos que trata de normar, y esos hechos delimitan en buena medida el sentido que la norma ha de tener.

Conviene recordar que la mentalidad filosófica propia de los últimos siglos expulsó a los hechos del mundo normativo y también del ámbito jurídico. De esa forma, el derecho estaba compuesto de mandatos, y la realidad que pretendía regir esos mandatos no tenía nada que decir en esa cuestión.¹¹³ Sin embargo, esta explicación no parece resolver eficazmente los problemas suscitados por la diversidad de métodos interpretativos. Como hemos visto, instrumentos como el precedente o el *plain meaning* son utilizados por los jueces cuando estiman que puede proporcionar un resultado razonable. Y ese criterio sólo se lo puede proporcionar el problema que tienen entre manos. Asimismo, los acercamientos de autores como Aleinikoff o Eskridge tampoco tienen sentido si no admitimos esa relevancia de los hechos.

En el mundo jurídico estadounidense, Roscoe Pound puso de manifiesto hace ya bastantes años que la concepción positivista legalista del derecho resultaba claramente insuficiente. El derecho no es sólo un sistema de reglas, ya que existen también otros elementos como los principios jurídicos, los *standards* o los "ideales" que también forman parte de lo que denominamos derecho.¹¹⁴ El *standard* es particularmente interesante. Es una

medida de conducta -como la exigencia de buena fe en los negocios- que posee un carácter necesariamente abierto, ya que ha de ser concretado por el juez según las circunstancias del caso. Pound observa que la no concreción de esta figura ponía nerviosos a los defensores de un derecho sistematizado en reglas fijas. No obstante, la eliminación de las circunstancias para conseguir una norma clara hace que su labor sea imposible porque no puede adecuarse al infinitamente variable número de circunstancias que presenta el comportamiento humano.¹¹⁵ Pound puso especial interés en mostrar que la solución jurídica debe brotar de la conjunción de reglas, *principles*, ideales, criterios morales y circunstancias que componen el campo de actividad del jurista.¹¹⁶

Con una mentalidad parecida, J. Stone mantiene que la interpretación está muy lejos de ser un proceso mecánico. Este autor se refiere a la determinación del sentido de un precedente, pero estas reflexiones son útiles para el propósito de estas páginas, sobre todo si tenemos presente que la regla *stare decisis* tiene un papel destacado en la *statutory interpretation*. Explica Stone que debemos tener en cuenta que hay numerosos supuestos en los que los "precedentes" pueden interpretarse de forma diferente; por tanto, la teoría que mantiene que puede haber una sola *ratio* vinculante en cada caso, resulta errónea.¹¹⁷ Este tipo de casos se caracteriza por la imposibilidad de obtener la respuesta mediante la deducción lógica desde la regla. En consecuencia, es preciso emplear otros medios. Uno de ellos es el recurso a *standards*, tales como *fairness*, *sufficient cause*, *adequacy*, etcétera. En tales casos, el tribunal deberá evaluar la situación concreta y aplicar el *standard* dejando a un lado la lógica deductiva y atendiendo a lo que la justicia requiere en el caso presente; el jurista debe tener en cuenta que no existe una fórmula mecánica que le resuelva el trabajo.¹¹⁸ Por tanto, la *ratio decidendi* del problema no viene establecida de una manera necesaria e indiscutible. El juez ha de llevar a cabo una labor que en cierto modo es creadora. Ha de comparar los hechos y establecer con sutileza cuáles son las semejanzas y disidencias entre el asunto ya decidido y el que tiene entre manos. Si observa que pesa más el parecido y que hay un principio común a ambos, podrá declarar la existencia de una misma *ratio*.¹¹⁹ Es imprescindible destacar que esa creatividad judicial es limitada. El juez debe escoger entre las posibilidades que le brindan los precedentes, pero sólo entre ellos. La regla *stare decisis* ofrece una serie de alternativas pero no permite una libertad similar a la ejercida por el Poder Legislativo.¹²⁰ En consecuencia, remarca Stone, el *principle* o la *rule* que brota de la interpretación del precedente es reelaborado a la luz de factores muy diversos: investigación de las analogías y diferencias entre los conceptos y proposiciones legales en juego, atención a la situación de hecho, consideración de criterios éticos y políticos, etcétera.¹²¹

En este sentido, J. Gordley ha puesto de manifiesto la relevancia de las circunstancias del caso en la interpretación de una norma. Según este autor, las reglas jurídicas son normalmente racionales y están dirigidas a la consecución de un fin determinado. Ese fin ha de obtenerse en unas circunstancias concretas que el legislador ha previsto. Si tales circunstancias cambian, el fin será el mismo, pero ahora deberemos entender la ley de otra forma, para adaptar su disposición a la nueva situación de hecho. Por

tanto, el entendimiento de la ley variará según los hechos que sean enjuiciados, aunque siempre respetando la finalidad propuesta por la norma.¹²²

IV. CONCLUSIÓN

Un repaso de los métodos y teorías que hemos visto someramente muestra que en numerosas ocasiones la llamada "interpretación" supone una creación de derecho. El resultado de la actividad interpretativa, sencillamente, no estaba en el texto analizado. Realmente la interpretación es un arco que va desde los casos fáciles, en los que el resultado salta a la vista, a aquéllos en los que el jurista debe desempeñar una auténtica labor creadora. Esta situación puede entenderse mejor si superamos la mentalidad legalista y comprendemos que el derecho es un conjunto de problemas sociales que reclaman solución. Esto no quiere decir que las leyes y otra clase de normas sean inútiles; al contrario, muchas veces resultan imprescindibles.¹²³ Lo que ocurre es que el derecho no está contenido sólo en ellas. Hay que tener en cuenta al problema y las demandas de solución que presenta, y justamente la interpretación consiste en la tarea de concertar las orientaciones contenidas en las normas con los hechos. De ahí que tal actividad no pueda consistir sólo en una lectura de las normas, sino que tiene mucho que ver también con la realidad que se trata de normar. El derecho es, antes que otra cosa, la misma vida social, y el intérprete ha de ser consciente de ello.¹²⁴ Las teorías de Aleinikoff, Eskridge o Posner no expresan con claridad estas ideas y eso hace que su aportación metódica quede un tanto en el aire. Lo anterior me parece especialmente cierto en el caso de Richard Posner. Él opina que el derecho carece de cualquier base ontológica: es, simplemente, lo que los juristas hacen.¹²⁵ Ese escepticismo sólo queda matizado cuando admite la existencia de un "derecho natural débil" compuesto de una serie heteróclita de principios, convicciones y costumbres que encuentran arraigo social. Consecuentemente, la solución jurídica es abandonada al albur de sentimientos y criterios exclusivamente subjetivos. Sólo si admitimos que los problemas sociales que forman el tejido en el que se mueve el hombre poseen una dimensión jurídica, y que esa dimensión puede tener pretensiones de objetividad, podremos superar tal subjetividad.

La variabilidad propia de estos asuntos impide que pueda ser empleado un método claro para conseguirlo. El método posee necesariamente algo de "receta" que se aplica automáticamente a los hechos. Pero esto, como hemos visto en las páginas anteriores resulta irrealizable. El jurista debe calibrar los diferentes métodos de acuerdo con las demandas del problema que tenga que resolver. La realidad del hombre es compleja, cruzada por diferentes intereses y bienes. Los distintos instrumentos interpretativos ayudan a captar esa diversidad, porque cada uno capta un aspecto diferente del asunto enjuiciado. Como destacaba Eskridge, los métodos típicos conservan su utilidad, pero no es posible erigir a uno sólo de ellos como la panacea jurídica.

La vinculación con las condiciones mutables de la vida humana provocan que esa actividad carezca de exactitud matemática, pero eso no implica que sea irracional.¹²⁶ Muchos jueces son

conscientes de ello e incluso comparan su profesión con la creación artística.¹²⁷ Tienen claro que no hay un método sencillo para estas cuestiones, pero no se resignan a creer que su trabajo carezca de fundamentos racionales. De manera lenta, paciente, con la ayuda de la experiencia, del sentido común y de los distintos procedimientos interpretativos que la tradición jurisprudencial ha desarrollado, es posible responder de manera sensata a las demandas planteadas por los problemas jurídicos.¹²⁸

Notas:

¹ Aristóteles sostiene que las leyes son siempre insuficientes, ya que no pueden comprender la variedad de supuestos en los que se puede manifestar un problema. Este defecto no se debe a la falta de pericia de los legisladores, sino a la inevitable complejidad de la vida que se resiste a ser encerrada en esquemas fijos. Por este motivo, Aristóteles indica que lo "justo legal" debe ser corregido por la equidad que se encarga de amoldar la regla general a las particularidades del caso concreto. Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, trad. de M. Araujo y J. Marías, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970, libro V, 10, 1137b, pp. 86-87.

² Una idea ya presente en el pensamiento jurídico occidental antiguo. Véase Bolognetus, Albertus, *De lege, iure et aequitate disputationes*, Witebergae, 1597: en las que el romanista Albertus Bolognetus dedica la tercera parte de la obra que aparece bajo la etiqueta de la equidad a las cuestiones relacionadas con la interpretación y la adaptación de las normas y principios a los problemas concretos que ha de estudiar el jurista. La importancia de la obra radica en ser una reflexión que la tradición del *ius commune* hace de sí misma.

³ Durante muchos años se consideró al statute law un aspecto marginal y excepcional del derecho propio de los países de common law. Cfr. Pound, R., "The Theory of Judicial Decision", *Harvard Law Review*, t. XXXVI, 1923, p. 647. La misma idea expresa Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. de E. Valentí, Barcelona, Bosch, 1961, pp. 164-165. Este recelo ante el statute law ha sido especialmente fuerte en el derecho inglés. Cfr. Herman, S., "The 'Equity of the Statute' ad Ratio Scripta: Legislative Interpretation Among Legislative Agnostics ad True Believers", *Tulane Law Review*, núm. 69, 1994, pp. 538 y ss. La situación ha cambiado, sobre todo en los Estados Unidos. E. L. Rubin destaca la relevancia actual de la legislación en Estados Unidos, de tal forma que ha desbancado al precedente judicial como fuente primaria de regulación social. Cfr. Rubin, E. L., "Law and Legislation in the Administrative State", *Columbia Law Review*, núm. 89, 1989, p. 369. En el mismo sentido, Kaye, J. S., Chief Justice de la New York Court of Appeals, escribe que "despite the continued vitality of the common law, it is clear that 'common law judging' now takes place in a 'world of statutes'. In my court, like other state courts, the ratio of strictly common-law cases unquestionably has declined, and even in traditional common-law fields like torts contracts, and property we often confront statutes that affect our decisionmaking". Cfr. Kaye, S., "State Courts and the Dawn of a New Century: Common Law Courts Reading Statutes and Constitutions", *New York University Law Review*, núm. 70, 1995, p. 8. En los sesenta es posible encontrar demandas de una mayor intervención del statute law en materias que por su especificidad técnica se consideran inadecuadas para los procedimientos habituales del common law. Cfr. Roberts, E. F., "From Common Law Logic Chopper to Land Use Planner: Eulogy for the Lawyer as Social Engineer", *Cornell Law Review*, núm. 53, 1968, p. 958. De hecho, ya en los años cincuenta Julius Cohen escribía que en otras épocas en el derecho privado era muy importante los "legislative controls on behalf of broader community interests were at low ebb". Sin embargo, hoy día "much statutory legislation is effective, i. e. understood and followed, without awaiting judicial implementation or approval. In order to guide or plan his activities, even Holmes 'bad man' will often take his one directly from the expressions of the legislative arm of government". Cfr. Cohen, Julius, "The 'Good Man' and the Role of Reason in Legislative Law", *Cornell Law Review*, núm. 41, 1956, pp. 386-387.

⁴ Desde el ámbito académico, el interés por la statutory interpretation ha conocido una efervescencia notable desde la década de los ochenta. Durante los setenta, la atención prestada era, según parece, bastante escasa. No ocurría así en la práctica jurídica, necesariamente preocupada por la materia. Cfr. Frickey, P. P., "From the Big Sleep to the Big Heat: The Revival of the Theory in Statutory Interpretation", *Minnesota Law Review*, núm. 77, 1992, p. 242.

⁵ Cfr. Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, cit., p. 284. Así pensaba también L. Recaséns Siches; cfr. "The Logic of the Reasonable as Differentiated from the Logic of the Rational (Human Reason in the Making and the Interpretation of the Law)", *Essays in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis/New York, Ed. R. P. Newmann, Bobbs-Merrill Company, 1962, p. 193.

⁶ S. S. Abraham y R. L. Hughes señalan que actualmente la interpretación de statutes constituye la parte predominante del trabajo de un jurista, no sólo de los jueces, y resaltan el empleo de los criterios enumerados en el texto principal, a los que califican como "old war-horses of interpretation". Cfr. Abraham, S. S. y R. L. Hughes, "Shall We Dance? Steps for Legislations and Judges in Statutory Interpretation", *Minnesota Law Review*, núm. 75, 1991, p. 1051.

7 Cfr. Shartel, B., *Our Legal System and How Operates*, University of Michigan Law School, Ann Arbor, 1951, pp. 350, 375 y ss.

8 Véase cita final supra nota 3.

9 Cohen parece desconfiar de los jueces y estima que "there are limits even to what a court may do to statutory legislation witness the occasions in which legislative bodies have 'clarified' alleged judicial misconstructions or perversions of original legislative purposes". *Idem*, p. 387.

10 Hay que tener en cuenta que la doctrina del precedente tiene una vertiente doble: en sentido vertical u horizontal. La primera manifestación hace referencia a la obligación que tienen los tribunales de seguir las decisiones de tribunales superiores. La segunda indica la obligación del tribunal de seguir la línea de decisiones ya establecidas. Este segundo supuesto es el que ocasiona más problemas.

11 Radin, M., "Case Law and Stare Decisis: Concerning Prajudizienrecht in Amerika", *Essays on Jurisprudence from the Columbia Law Review*, New York/London, Columbia University Press, 1964, p. 5. Goodhart, A. L., "Case Law in England and America", *Cornell Law Quarterly*, t. XV, 1930, p. 178. De todas formas, no existe unanimidad sobre la justificación del empleo de precedentes. Véase, Collier, C. W., "Precedent and Legal Authority: A Critical Study", *Wisconsin Law Review*, 1988, per totum.

12 Radin, M., "Case Law in England and America", op. cit., pp. 178 y 179.

13 *Idem*, p. 7.

14 Douglas, W. O., "Stare Decisis", *Essays on Jurisprudence from the Columbia Law Review*, cit., p. 19.

15 "Stare decisis must give way before the dynamic component of history". Cfr. *idem*, p. 20.

16 C. K. Allen ha escrito que "when the English judge has to apply an statute and this nowadays is a great part of his task he is, it would seem, in much the same position as the Continental judge who has to apply a code. But here too so deeply rooted is our principle of judicial analogy our judges are governed by precedents of interpretation". Cfr. Allen, C. K., *Law in the Making*, Oxford, Clarendon Press, 1964, p. 162. La explicación de Allen se refiere al derecho inglés, pero creo que es igualmente aplicable a la situación en Estados Unidos.

17 Cfr. esta opinión reflejada en Cooper, Ch. J., "Stare Decisis: Precedent and Principle in Constitutional Adjudication", *Cornell Law Review*, núm. 73, 1988, pp. 404 y 406. Quiero precisar que las apreciaciones hechas acerca de la interpretación del derecho constitucional pueden ser aplicadas en numerosas ocasiones a la interpretación de statutes, ya que no hay diferencias grandes entre el análisis de ambos tipos de problemas. Cfr. Tribe, L. H., "Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency", *Harvard Law Review*, núm. 98, 1985, p. 594, nota 15. Por este motivo, a veces citaré afirmaciones sobre interpretación de la Constitución para explicar cuestiones relacionadas con la interpretación de normas de rango legal.

18 F. H. Easterbrook menciona el problema de la manipulación del precedente por razones de utilidad y sostiene que "neither legal system nor legal culture contains a method of identifying the 'goodness' of a given manipulation, and there is no way to control it. Manipulation is possible because the precedent does not constraint the selection of which factors matter". Cfr. Easterbrook, F. H., "Stability and Reliability in Judicial Decisions", *Cornell Law Review*, núm. 73, 1988, pp. 423-425.

19 Cfr. Aleinikoff, T. H., "Updating Statutory Interpretation", *Michigan Law Review*, núm. 87, 1988, p. 51. Según un estudio de L. C. Marshall, los precedentes son overruled con más frecuencia en la interpretación constitucional que en la legal. Véase Marshall, L. C., "Let Congress Do It: The Case for an Absolute Rule of Statutory Stare Decisis", *Michigan Law Review*, núm. 88, 1989, per totum. Blaustein, A. P. y A. H. Field, "Overruling". *Opinions in the Supreme Court*, *Michigan Law Review*, núm. 57, 1958, per totum: ofrecen un repertorio de esta figura que alcanza hasta mediados del siglo XX. En cualquier caso, hay propuestas recientes para limitar la creación judicial del derecho mediante la aplicación rigurosa del stare decisis. Ese es el objetivo del artículo ya citado de L. C. Marshall. Es preciso recordar que el Congreso puede manifestar su opinión acerca de las interpretaciones efectuadas por los jueces. Si las aprueba, las puede incorporar al texto del statute. Si las desaprueba, overrides la opinión judicial. El Congreso también manifiesta de forma indirecta su parecer, ya que constantemente reautoriza o modifica statutes y asume en esas labores las interpretaciones realizadas por el Poder Judicial. Sobre esta cuestión, véase Burdney, J. J., "Congress Commentary on Judicial Interpretations of Statutes: Idle Chatter or Telling Response?", *Michigan Law Review*, núm. 93, 1994, per totum.

20 Acerca de este asunto, véase Farber, D. A., "Statutory Interpretation, Legislative Inaction and Civil Rights", *Michigan Law Review*, núm. 87, 1988, per totum.

21 Cfr. la clasificación establecida por Shapiro, D. L., "Continuity and Change in Statutory Interpretation", *New York University Law Review*, núm. 67, 1992, p. 931.

22 Esta segunda regla ha sido criticada porque puede llegar a impedir una eficaz acción legislativa de reforma eficaz. En efecto, algunos statutes han sido creados específicamente para reformar el common law, y si su interpretación debe ser restrictiva será burlada la necesidad de cambio jurídico al que pretendían responder. Sobre todos estos canons, véase Shapiro, D. L., op. cit., pp. 934 y ss. Por lo demás, las propias guías pueden ser objeto de interpretación diversa. La que propone la interpretación restrictiva de los statutes derogatorios del common law ha sido objeto de actitudes curiosas por parte de la judicatura. Pound nos informa del diferente comportamiento de los jueces ante las Married Womens Act y la Workmens Compensation or Employer's Liability Act, de una parte, y los statutes que derogaban las reglas de common law basadas en concepciones feudales de la propiedad. Todos estos statutes eran derogatorios del common law. Sin embargo, el primer grupo fue

interpretado de forma sumamente restrictiva, mientras que el segundo fue aceptado con suma facilidad por los jueces. Sostiene Pound que en estos casos lo realmente decisivo no fue el canon of construction, sino la existencia de una serie de mentalidad favorable a la libre transmisión de la propiedad, al mismo tiempo que defendía las ideas tradicionales acerca de la permanencia de la mujer en el hogar. Pound, R., "Ideal Element in American Judicial Decision", *Harvard Law Review*, t. XLV, 1931, pp. 145-146.

23 Cfr. la referencia a estas "guías" en Eskridge, W. N., Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1994, pp. 324-325.

24 Posner escribe que "the canons of statutory construction for example, one starts with the language of the statute; repeals by implication are not favored; penal statutes are to be construed narrowly and remedial statutes broadly; expressio unius est exclusio alterius occupy a kind of legal demimonde". Cfr. Posner, Richard, *The University of Chicago Law Review*, núm. 50, 1983, p. 805.

25 Cfr. Posner, Richard, "Statutory Interpretation in the Classroom and in the Courtroom", op. cit., pp. 806-817. La crítica no es original, ya que sigue las líneas señaladas años atrás por Llewellyn, K. N., "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are To Be Construed", *Vanderbilt Law Review*, núm. 3, 1950. J. F. Rossopina comenta que los canons han sido empleados por la judicatura para ignorar la legislative policy. Ross establece dos clases de canons: los "descriptivos", que sólo pretenden averiguar lo que quiso el legislador; y los "normativos", creados por los jueces para hacer triunfar sus propios criterios políticos. Cfr. Rossopina, J. F., "Where Have You Gone, Karl Llewellyn? Should Congress Turn Its Lonely Eyes To You?", *Vanderbilt Law Review*, núm. 45, 1992, pp. 562-563. Ese número está dedicado íntegramente a un simposio celebrado bajo el siguiente título: A Reevaluation of the Canons of Statutory Interpretation.

26 Cfr. Posner, op. cit., p. 805.

27 Cfr. Miller, G. P., "Pragmatics and the Maxims of Interpretation", *Wisconsin Law Review*, 1990, pp. 1183 y ss.

28 Cfr. *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth Publishing Co., 1991, pp. 512-525. Son recogidos once argumentos para interpretar normas que son empleados en todos los ordenamientos estudiados en la obra. Entre ellos, el significado ordinario de las palabras, la importancia del precedente, el contexto de statute, etcétera.

29 Cfr. Miller, G. P., op. cit., p. 1225.

30 Ésta parece ser la tesis expresada por Aleinikoff, T. A. y T. M. Shaw en "The Costs of Incoherence: A Comment on Plain Meaning, West Virginia University Hospital, Inc., v. Casey, and Due Process of Statutory Interpretation", *Vanderbilt Law Review*, núm. 45, 1992, p. 688.

31 Aleinikoff, T. E., "Updating Statutory Interpretation", op. cit., p. 21.

32 Idem, p. 25. S. P. Garvey señala que en la interpretación de statutes hay que atender bien al texto o a la intención; es mejor la que se ciñe al texto porque permite menos desviaciones a los jueces. Garvey, S. P., "Are Housekeeper like Judges?", *Cornell Law Review*, núm. 85, 1997, pp. 1048-1049.

33 Un ejemplo de esta tesis es la exposición de Rehnquist, W. H., "The Notion of a Living Constitution", *Texas Law Review*, núm. 54, 1976, per totum.

34 Cfr. Marshall, L. C., op. cit., p. 201. Marshall cita unas frases destacables del caso *Chapman v. Houston Welfare Rights Org.* (441, U. S., 1979): "As in all cases of statutory construction, our task is to interpret the words of these statutes in light of the purposes Congress sought to serve". Relacionado con este problema está el de la influencia de la interpretación judicial en materias en las que existe legislación de gran complejidad técnica. Algunos piensan que en esos asuntos, la libertad judicial que permiten las diversas técnicas interpretativas puede obstaculizar el desarrollo de la política administrativa del Estado. Al respecto, ha sido especialmente polémico el caso *Chevron U. S. A. Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.*, (467 U. S. 837, 1984). En el fallo se estableció que los tribunales debían seguir las directrices marcadas por la interpretación que de un statute hubiera llevado a cabo una agencia estatal. La decisión ha resultado polémica porque muchos legal scholars y jueces no estuvieron de acuerdo y han seguido abogando por el empleo de los instrumentos normales de interpretación. Otros autores sí han apoyado la decisión del caso *Chevron*. Así, Pierce, R. J., Jr., opina que las "agencies are the best equipped institutions to resolve policy questions in the statutes that grant the agency its legal powers". Cfr. Pierce, R. J., Jr., "Chevron and Its Aftermath: Judicial Review of Agency Interpretations of Statutory Provisions", *Vanderbilt Law Review*, núm. 41, 1988, p. 303. Más adelante añade que de esa forma será posible "limit the influence of each judges personal political philosophy of the process of policy making in the modern administrative state". Idem, p. 314. En estas ideas no destaca tanto la inquietud ante la quiebra de la separación de poderes motivada por la creación judicial de derecho, como la desconfianza ante la falta de preparación de los jueces para entender las materias propias del derecho administrativo.

35 Esta rule quedaba expresada perfectamente en el caso *United States v. Missouri Pac. P. R.* (278 U. S. 1929): "If the words of a statute are clear, and the construction of these words will not lead to an absurd result, the words are assumed to be 'final expression of the meaning intended' ". La regla también fue empleada en un caso famoso: *Caminetti v. United States* (242 U. S., 470, 1917). La cuestión principal planteada era acerca de la Mann Act, que prohibía "the taking of a woman across state lines for purposes of prostitution of debauchery or for any other immoral purpose". Se discutía si esta norma era aplicable a un caso en el que no había trata de

blancas, sino más bien una "inmoralidad no comercial". La historia legislativa ofrecía amplia evidencia para estimar que lo pretendido en la ley era sólo la "trata de blancas", pero el tribunal aplicó la plain meaning rule y entendió que el inmoral purpose abarcaba evidentemente también a los vicios privados. Es interesante resaltar que algunos miembros del tribunal no estuvieron de acuerdo y alegaron que la expresión "other immoral purposes" distaba mucho de ser clara.

³⁶ En esa línea, R. Berger mantiene que "a Constitution is a written document, and as John Selden, the seventeenth century sage, observed, 'a mans wryting has but one true sense, which is that the author meant when he writ it'. This is the essence of communication [...] Activist argue that words change their meaning. To be sure, they do, and were we to write a new constitution, we could use words according to our present meaning. But we have no right to saddle our menaning on the clearly different meaning that the founders assigned to their words". Berger, R., "Originalist Theories of Constitutional Interpretation", *Cornell Law Review*, núm. 73, 1988, p. 353.

³⁷ Scalia escribe que siempre ha pensado que "the common-law approach had at least one thing to be said for it: it was the course of judicial restraint, 'making' as little law as possible in order to decide the case at hand". Por otra parte, los jueces deben tener en cuenta que "when we have finally reached the point where we can do no more than consult the totality of the circumstances, we are acting more as fact-finders than as expositors of the law". Es una apreciación interesante, porque supone considerar que sólo es derecho lo que aparece enunciado en el texto normativo; en consecuencia, todo lo que se salga de ahí abandona la juridicidad y entra en el terreno de los hechos. Cfr. "The Rule of Law as a Law of Rules", *The University of Chicago Law Review*, núm. 56, 1981, pp. 1175-1177, 1179 y 1184.

³⁸ Cfr. la opinión de Scalia en *Chison v. Roemer* (111 St. Ct., 1991), cit. Shapiro, D. L., "Continuity and Change in Statutory Interpretation", op. cit., p. 933.

³⁹ Cfr. Sloovére, F. J. de, "The Equity and Reason of a Statute", *Cornell Law Review*, núm. 21, 1935, pp. 591-593.

⁴⁰ Cfr. Dickerson, R., "The Interpretation and Aplication of Statutes", *Missouri Law Review*, núm. 13, 1975, p. 126.

⁴¹ Cfr. por ejemplo, la opinión de Stone, J., *Legal System and Lawyers Reasoning*, Stanford University Press, 1964, p. 32. R. Posner ha resaltado la ambigüedad propia del lenguaje que impide la plena eficacia de esta regla interpretativa. Cfr. Posner, R., *The Problems of Jurisprudence*, pp. 263-264. Según Posner, la ambigüedad puede ser de dos tipos. La primera, a la que llama "interna", se produce por la lasitud significativa de algunos términos o frases de la norma. Un hablante normal no es capaz de discernir el significado concreto. La segunda es la "externa"; en este caso, el texto es claro lingüísticamente, pero en el seno del statute interpretado significa algo diferente a lo que entiende el hablante que no esté familiarizado con el background de la ley.

⁴² Sunstein, C. R., "Norms in Surprising Places: The Case of Statutory Interpretation", *Ethics*, núm. 10, 1990, p. 804. E. Fajans y M. R. Falk ponen de manifiesto que todo lector de un texto legal inevitablemente lo contextualiza. Véase Fajans, E. y M. R. Falk, "Againts the Tiranny of Paraphrase: Talking Back to Texts", *Cornell Law Review*, núm. 78, 1993, p. 166. La filosofía hermenéutica ha representado un papel fundamental en esta materia, y al respecto ha sido especialmente decisiva la obra de Gadamer, H. G., *Verdad y método*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1977. Estas tesis han conducido a la aparición de dos bandos en el campo de la teoría de la interpretación tanto jurídica como literaria: los formalistas, quienes defienden la existencia de un texto canónico previo al intérprete y poseedor de un significado verdadero. Y, frente a ellos, los escépticos, quienes afirman que no existe tal texto canónico, pues siempre es posible una multitud de interpretaciones diferentes. Una actitud escéptica la encontramos en S. Levinson, quien entiende que no es posible la interpretación objetiva, ya que el significado del texto depende de la actitud del intérprete. Cfr. Levinson, S., "Law as Literature", *Texas Law Review*, núm. 60, 1982, per totum. Otros mantienen que no debemos caer en ninguno de los dos extremos: el significado objetivo fijo en las palabras o el significado totalmente indeterminado. Cfr. Graff, G., " 'Keep off the Grass', 'Drop Dead' and Other Indeterminacies: A Response to Sandford Levinson", *Texas Law Review*, núm. 60, 1982, p. 410. Cfr. una síntesis de esa contraposición en Shelley, J. M., "Interpretation in the Law: The Dworkin Fish Debate", *California Law Review*, núm. 73, 1985, pp. 162-163. Tal vez la solución para el derecho esté en encontrar un equilibrio entre ambos extremos. Cfr. Shelley, op. cit., p. 163. Al respecto, S. Levinson indica que podemos hallar cierta determinación en la búsqueda del significado textual; ese significado "arise from practical, ethical considerations...". Cfr. Levinson, S., op. cit., p. 411.

⁴³ Cfr. Sunstein, C. R., op. cit., pp. 807-808 y 812. Acerca de la cuestión planteada por el significado abierto de las palabras de un statute, es interesante observar el debate mantenido entre H. L. A. Hart y Lon L. Fuller. Véase Hart, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals" y Fuller, Lon L., "Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958 (por supuesto, la discusión abarca problemas distintos a la discusión textualista). Sobre este problema, y acerca de las actitudes de Hart y Fuller, puede consultarse el estudio de Dickerson, R., "Statutory Interpretation: Core Meaning and Marginal Uncertainty", *Missouri Law Review*, núm. 29, 1964, per totum.

⁴⁴ En la sentencia del caso *United States v. American Trucking Associations* (30 U. S., 534, 1940) leemos: "When aid to construction of the meaning of words, as used in the statute, is available, there certainly can be no 'rule of law' which forbids its use, however clear the woeds may appear on 'superficial axamination'. Un caso célebre en ese sentido fue *Holy Trinity School v. United States* (143 U. S., 457, 1892), en el que

el tribunal recurrió a la historia legislativa "to defeat the contention that 'labor or service of any kind' included service as an ordained minister". Sobre esta cuestión, cfr. Murphy, A. W., "Old Maxims Never Die: 'The Plain Meaning Rule' and Statutory Interpretation in the 'Modern' Federal Courts", *Columbia Law Review*, núm. 75, 1975, pp. 1301 y ss.

45 A. W. Murphy indica que, a pesar de las críticas y matizaciones de la plain meaning rule, se ha seguido usando en la Supreme Court y en los tribunales federales inferiores. Murphy, A. W., op. cit., p. 1302.

46 Cfr. Dickerson, R., "The Interpretation and Application of Statutes", op. cit., pp. 126-127. Según este autor, sentencias como la del asunto *Holy Trinity Church v. United States* abrieron la puerta al empleo de extrinsic materials en la interpretación. A pesar de ello, el empleo rígido del plain meaning no ha desaparecido, como prueba la actitud de Scalia, cuya actitud ha sido objeto de críticas. Cfr. Scalia, op. cit., pp. 127 y 133.

47 Cfr. Easterbrook, F. H., "Method, Result and Authority: A Reply", *Harvard Law Review*, núm. 98, 1985; y "Statutes Domain", *The University of Chicago Law Review*, núm. 50, 1983. Easterbrook explica que él no sostiene una visión meramente mecánica de la interpretación, pero también señala que en ese delicado proceso el juez debe atenerse exclusivamente a lo dispuesto por los legisladores: a los "cases anticipated by its framers and expressly resolved in the legislative process". Idem, p. 544. Cfr. los comentarios críticos de Farber, D. A., *The Hermeneutic Tourist. Statutory Interpretation in Comparative Perspective*, *Cornell Law Review*, núm. 81, 1996, p. 522.

48 Cfr. Aleinikoff, T. E., "Updating Statutory Interpretation", op. cit., pp. 55-56. Sobre el reciente auge de los textualistas, véase el comentario crítico de Eskridge, W., Jr., "The New Textualism", *UCLA Law Review*, núm. 37, 1990, per totum.

49 Véase Fagan, J., "The Legal Phoenix: The Plain Meaning Rule is Dead, Long Live the Rule!", *California Western Law Review*, núm. 29, 1993, pp. 380 y ss.

50 Véase McDonald, L. A., "The Role of Legislative History in Statutory Interpretation: A New Era After the Resignation of Justice William Brennan", *Missouri Law Review*, núm. 56, 1991, pp. 121 y ss.

51 Cfr. Por ejemplo, *United States v. Public Utilities Commission* (344 U. S., 295, 1953), cit. por Dickerson, R., op. cit., p. 127.

52 Cfr. Murphy, A. W., "Old Maxims Never Die: 'The Plain Meaning Rule' and Statutory Interpretation in the 'Modern' Federal Courts", *Columbia Law Review*, núm. 75, 1975, p. 407.

53 Cfr. Esser, J., Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado, cit., pp. 291, nota 406 y 164-165.

54 Cfr. Radin, M., "Statutory Interpretation", *Harvard Law Review*, t. XLIII, 1929-30, p. 870.

55 Cfr. Stone, J., *Legal System and Lawyers Reasoning*, Stanford University Press, 1964, p. 33. Igualmente, *El derecho y las ciencias sociales de la segunda mitad del siglo XX*, trad. de R. Jasso, México, FCE, 1973, pp. 96 y ss. Señala Stone que en Inglaterra está prohibido acudir a los trabajos preparatorios de la norma para interpretarla, debido a que dicho orden jurídico es consciente de la imposibilidad de descubrir la intención originaria del legislador. Idem, p. 99. Recordemos que en los Estados Unidos sí es posible recurrir a este expediente, muestra evidente del arraigo que el "intencionalismo" ha tenido en la elaboración jurisprudencial de ese país. Respecto de este problema, A. W. Murphy nos informa de un hecho llamativo: los tribunales han empleado en ocasiones la regla plain meaning para liberarse de la búsqueda afanosa de una supuesta "intención del legislador": si el lenguaje de la norma es claro, eso es lo que significa la ley y no es preciso, por tanto, buscar más. Cfr. Murphy, A. W., "Old Maxims Never Die: 'The Plain Meaning Rule' and Statutory Interpretation in the 'Modern' Federal Courts", *Columbia Law Review*, núm. 75, 1975, p. 1300.

56 Cfr. "How Law is Like Literature?", *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, and London, Harvard University Press, 1985, p. 149.

57 Cfr. "Political Judges and The Rule of Law", op. cit., supra nota 56, pp. 18-23. Más adelante escribe que "the point is not that judges deliberately ignore their duty to reach decisions on historical rather than political grounds. It is rather that 'historical' decisions must in the nature of the case be political". Cfr. idem, p. 29. Los problemas insolubles que plantea una interpretación de tipo psicológico dentro del ámbito constitucional son discutidos en "The Forum of Principle", idem, pp. 38-57. Cuando habla de interpretación histórica, Dworkin se refiere al modelo arqueológico; cuando utiliza el término "política", alude a la creación judicial del derecho. Esto no significa que asimile la actuación del Poder Legislativo a la del Poder Judicial. Recordemos que para evitar esa confusión distingue entre principle y policy; ambos son "principios" en un sentido general, pero el primero es un standard específicamente jurídico, mientras que el segundo denomina criterios de orientación política general atinentes a la dirección del bienestar de la sociedad en su conjunto y no a los problemas de un caso concreto. Los jueces deben tomar decisiones que pueden ser consideradas políticas, pero basadas en principios, no en political policy. Cfr. "Taking Rights Seriously" y "Political Judges and the Rule of Law", *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, and London, Harvard University Press, 1985, pp. 22 y 11, respectivamente.

58 Cfr. la descripción de este planteamiento en Aleinikoff, op. cit., p. 30.

59 Por citar sólo dos ejemplos recientes, véase, Rotunda, R. D., "Original Intent, the View of the Framers, and the Role of Dafters", *Vanderbilt Law Review*, núm. 41, 1988, per totum (referido a la interpretación constitucional). Vogenauer, S., "What is the

- Proper Role of Legislative Intention in Judicial Interpretation?", *Statute Law Review*, núm. 18, 1997, per totum.
- 60 Cfr. una descripción de estos procedimientos en Aleinikoff, op. cit., pp. 26-27.
- 61 Véase *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law* (tentativa de edición en 1958).
- 62 Cfr. Aleinikoff, op. cit., pp. 26-27.
- 63 Cfr. Posner, "Statutory Interpretation in the Classroom and in the Courtroom", op. cit., pp. 818 y ss.
- 64 Cfr. Dworkin, R., "The Forum of Principle", *A Matter of Principle*, pp. 15 y 43. Dworkin se refiere fundamentalmente a la interpretación constitucional, pero sus afirmaciones pueden aplicarse también al statutory law.
- 65 Cfr. Knapp, S. y B. Michaels, "Intention, Identity, and the Constitution: A Response to Daniel Hoy", *Legal Hermeneutics. History, Theory and Practice*, Berkeley/Los Ángeles/Oxford, Ed. By G. Leigh, University of California Press, 1992, pp. 173-186.
- 66 "The laws intended meaning in other words, is what it is, independent both of the authorsold beliefs and of the courts new ones". Cfr. Knapp, S. y W. B. Michaels, op. cit., p. 194.
- 67 Cfr. Maltz, E. M., "Statutory Interpretation ad Legislative Power: The Case for a Modified Intentionalist Approach", *Tulane Law Review*, núm. 63, 1988, passim.
- 68 S. Fish mantiene que toda interpretación ha de ser "intencionalista". El objetivo del intérprete es entender lo que dice la ley, y para ello es preciso aclarar lo que el legislador pretendió con ella. Esta intención se puede establecer de dos formas: mediante lo que taxativamente declararon los autores o mediante el descubrimiento de un purpose que debe hacerse efectivo en las distintas circunstancias que va presentando el desarrollo vital. Cfr. "Play of Surfaces: Theory and the Law", *Legal Hermeneutics. History, Theory and Practice*, cit., pp. 300-302. En el pensamiento jurídico europeo, E. Betti parece coincidir con esta manera de entender el problema interpretativo. Cfr. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. J. L. de los Mozos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, p. 111.
- 69 Cfr. la descripción de todas estas críticas en Aleinikoff, op. cit., pp. 28-29. Sobre la imposibilidad de hallar el fin de la ley, a causa de ser ésta el resultado de la contienda de diferentes grupos de interés, cfr. Posner, R., *The Problems of Jurisprudence*, pp. 276-277. El New Textualism de jueces como Easterbrook encuentra parte de sus razones en la Public Choice Theory. Efectivamente, si no es factible hallar el fin de la ley, la única instancia objetiva que nos queda es el lenguaje del statute. Cfr. Frickey, P. P., "From the Big Sleep to the Big Heat: The Revival of the Theory in Statutory Interpretation", *Minnesota Law Review*, núm. 77, 1992, p. 252.
- 70 Cfr. Aleinikoff, op. cit., pp. 33 y ss. Indica este autor que, en el caso del "textualismo", la recreación del pasado "will be influenced by the values and meanings of the present". Idem, p. 37. Por otra parte, pocas opiniones judiciales adoptan una posición originalista pura. Ibidem.
- 71 Rubin, E. L., "Beyond Public Choice: Comprehensive Rationality in the Writings and Reading of Statutes", *New York University Law Review*, núm. 66, 1991, p. 61.
- 72 El "textualismo" de jueces como Easterbrook está basado en la Public Choice Theory: no es posible hallar fines razonables en la ley, porque su creación obedece al juego de intereses. En consecuencia, es un método que no ofrece seguridad y deja la decisión interpretativa al arbitrio de los jueces. Cfr. Frickey, P. P., "From the Big Sleep to the Big Heat: The Revival of the Theory in Statutory Interpretation", *Minnesota Law Review*, núm. 77, 1992, p. 252.
- 73 Rubin, E. L., "Beyond Public Choice: Comprehensive Rationality in the Writings and Reading of Statutes", op. cit., p. 46.
- 74 Véase Macey, J. R., "Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model", *Columbia Law Review*, núm. 86, 1986, per totum.
- 75 Véase Posner, Richard A., "Economics, Politics, and the Reading of Statutes and the Constitutions", *The University of Chicago Law Review*, núm. 49, 1982, pp. 274 y ss.
- 76 Véanse las críticas vertidas por Rubin, E. L., "Beyond Public Choice: Comprehensive Rationality in the Writings and Reading of Statutes", op. cit., pp. 47 y ss. B. Chapman indica que el tipo de racionalidad defendida por los integrantes del Public Choice es diferente al sentido usual de racionalidad empleado en el derecho. Véase Chapman B., "The Rational and the Reasonable: Social Choice Theory and Adjudication", *The University of Chicago Law Review*, núm. 61, 1994, per totum.
- 77 Cfr. Radin, M., "The Permanent Problems of the Law", *Cornell Law Quarterly*, t. XV, 1929, pp. 16-17.
- 78 Cfr., por ejemplo, Radin, M., "Statutory Interpretation", *Harvard Law Review*, t. XLIII, 1929-30, passim.
- 79 Véanse las opiniones vertidas en Frank, "Mr. Justice Holmes and non-euclidean Legal Thinking", *Cornell Law Quarterly*, núm. 17, 1931-1932. La obra paradigmática de Frank es, sin embargo, *Law and the Modern Mind*. Puede ser interesante consultar las acerbas críticas de Adler en la discusión acerca de dicha obra. Véase Adler, M. J., *Essays On Jurisprudence from The Columbia Law Review*, pp. 363 y ss.
- 80 Cfr. Frank, "Say It with Music", *Harvard Law Review*, t. LXI, 1948, pp. 923-924.
- 81 Cfr. Frank, "Say It with Music", op. cit., pp. 951 y ss. Acerca del concepto de hunch, véase el artículo de Hutcheson, J. C., Jr., "The Judgment Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision", *Cornell Law Quarterly*, núm. 14, 1928-29, per totum.
- 82 El origen del "realismo jurídico" está en el artículo de Wendell Holmes, Oliver, "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, t. X, 1897. Posteriormente, fue decisiva la

obra de Roscoe Pound y sus críticas a las concepciones legalistas y deductivistas tan caras al positivismo jurídico decimonónico. No obstante, la postura de Pound era más matizada respecto de la posibilidad de obtener un método jurídico razonable; por ello, criticó algunas de las que consideraba exageraciones de sus "discípulos". Véase "The Call for a Realist Jurisprudence", *Harvard Law Review*, t. XLIV, 1931, per totum. No hay que olvidar la importancia que en el desarrollo de estas ideas tuvo la defensa que un autor como John Dewey hizo de una lógica ajena a la formal-deductiva. Véase su "Logical Method and Law", *The Cornell Law Quarterly*, t. X, 1924, per totum. Es necesario precisar que los realistas no formaron una escuela acabada, aunque sí existe un conjunto de ideas comunes que permiten establecer un grupo de pensadores con cierta homogeneidad. Sobre las características de este movimiento, véase el detallado estudio de Tarello, G., *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, per totum. En los últimos años, la bandera de la negación del método de interpretación de normas, y de la posibilidad de un razonamiento jurídico, ha sido recogida por los llamados Critical Legal Studies. No obstante, sus integrantes, con Roberto Mangabeira Unger a la cabeza, muestran realmente poco interés por el derecho, al contrario que los "realistas" de la primera mitad de siglo, y dirigen sus intereses hacia la consecución de cambios trascendentales en la vida social y política. Una revisión crítica de sus presupuestos podemos encontrarla en el estudio de Ewald, W., "Ungers Philosophy: 'A Critical Study'", *The Yale Law Journal*, núm. 97, 1988. En el mismo sentido, véase Isenberg, J., "Why Law?", *The University of Chicago Law Review*, núm. 54, 1987.

83 El juez J. O. Newman declara que hay dos posturas extremas sobre el razonamiento judicial: la primera, defendida por los "realistas", mantiene que primero se decide y después se busca el razonamiento. La segunda defiende la existencia de unos neutral principles, a partir de los cuales es posible derivar un proceso completo de razonamiento. Newman opina que ambas posiciones se apartan de la realidad, porque existen valoraciones que imposibilitan un razonamiento mecánico, pero, por otra parte, esos valores no son estrictamente personales, sino que tienen un carácter "institucional". Newman, J. O., "Between Legal Realism and Neutral Principles. The Legitimacy of Institutional Values", *California Law Review*, núm. 72, 1984, pp. 202 y 208. Frente a las tesis de los "realistas", algunos autores mantuvieron la posibilidad de un razonamiento jurídico que se basara en principios neutrales y llevara a conclusiones coherentes a partir de ellos; de esa forma, se eliminarían las valoraciones personales de los jueces. Véase Wechsler, H., "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, núm. 73, 1959, per totum. Sobre esta postura véase el estudio de Golding, M. P., "Principled Decision-Making and the Supreme Court", *Columbia Law Review*, núm. 63, 1963, que la acepta en líneas generales, aunque realizando algunas matizaciones, respecto de la importancia de los "valores" en las decisiones judiciales. A. S. Miller y R. F. Howell critican abiertamente estas explicaciones, pues estiman que no es posible una actividad judicial que no se guíe por el resultado y por la elección entre valores. Véase "The Myth of neutrality in Constitutional Adjudication", *University of Chicago Law Review*, núm. 27, 1959-60. Independientemente de las discusiones doctrinales, J. Stone reconocía en 1950 que los jueces americanos del Tribunal Supremo eran conscientes de que su labor no era simplemente "aplicar" la Constitución sin tener en cuenta juicios de valor o el conocimiento de los hechos sociales. Cfr. Stone, J., "A Government of Laws and Yet of Men, being a Survey of Half a Century of the Australian Commerce Power", *New York University Law Review*, núm. 25, 1950, p. 457. Sobre estos asuntos, J. Hall ha destacado el peligro que para una democracia supone reducir la decisión jurídica a las apetencias del juez. Es preciso, por tanto, partir de la existencia de reglas que conduzcan el arbitrio judicial y no sean meros disfraces de una resolución dictada por los prejuicios o la emoción. Cfr. Hall, J., *Living Law of Democratic Society*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Co., 1949, p. 49. Claro que, como estamos viendo, las dificultades aparecen cuando tratamos de establecer lo que la norma prescribe realmente.

84 "Law is a tool for arranging today's social relations and expressing today's social virtues". Cfr. Aleinikoff, T. E., "Updating Statutory Interpretation", op. cit., p. 58.

85 Escribe textualmente: "We are attempting to weave it into today's legal system, to make it responsive to today's conditions. We are seeking, for lack of a better term, synchronic coherence", op. cit., pp. 49-50.

86 Cfr. op. cit., p. 21.

87 Idem, p. 38.

88 Idem, pp. 34-37.

89 Idem, pp. 43 y ss.

90 Idem, pp. 56-57.

91 Idem, p. 60.

92 Idem, pp. 59 y ss. Así, por ejemplo, el precedente tiene una función destacada, pero no debe gozar de una super-strong presumption, sino que sólo debe admitirse cuando convenga, según el caso. Cfr. idem, p. 52.

93 "The statute 'means' nothing until it takes its place in the legal system, until it begins to intersect with judges, lawyers, administrators, and lay people. Each of these interactions changes, or fills out, the meaning of the statute. [...] We have not applied the statute, as if it were a preexisting, self-contained, unchangeable thing; we have operated within the statute, done something to it we have interpreted it. Interpreters are not report or historians, searching out the facts of the past. They are creators of meaning creators of meaning". Cfr. Aleinikoff, T. E., "Updating Statutory Interpretation", op. cit., p. 57. Para apoyar su tesis, el autor trae a colación la opinión del juez Warren en *Brown v. Board of Education* (347 U. S., 483, 492-93, 1954), cuando

afirma que "in approaching (segregation in public schools) we cannot turn the clock back to 1868 when the (Fourteenth) Amendment was written, or even to 1896 when Plessy v. Ferguson was written. We must consider public education in the light of its full development and its present place in American life throughout the Nation". Idem, p. 62. Poco antes ha declarado que "law is a tool for arranging today's social relations and expressing today's social values". Idem, p. 58.

[94](#) Idem, p. 60.

[95](#) Cfr. Eskridge, W. N., "Gadamer/Statutory Interpretation", op. cit., pp. 610-611.

[96](#) Cfr. idem, p. 641.

[97](#) Idem, pp. 645-646.

[98](#) Cfr. idem, pp. 632-633. P. P. Frickey también es partidario de una interpretación contextual que estime la relevancia de factores tales como el texto de la ley, la intención de la legislatura, la finalidad de la norma, etcétera. Cfr. Frickey, P. P., "From the Big Sleep to the Big Heat: The Revival of the Theory in Statutory Interpretation", *Minnesota Law Review*, núm. 77, 1992, p. 259. Véase también la obra escrita por este autor, en colaboración con Eskridge, W. N., "Statutory Interpretation as Practical Reasoning", *Stanford Law Review*, núm. 42, 1992, p. 321. En una línea parecida, véase Farber, D. A., "The Inevitability of Practical Reason: Statutes, Formalism, and the Rule of Law", *Vanderbilt Law Review*, núm. 45, 1992, per totum. En la tendencia hacia la admisión de la creatividad judicial, en la statutory interpretation algunos han llegado más lejos. Según G. Calabresi los jueces deben tener la posibilidad de declarar nulas las leyes que hayan quedado obsoletas. Este autor entiende que han de ser aplicables los criterios del common law a los problemas generados por el statute law. Véase Calabresi, G., *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1982. Un comentario bastante completo de esta obra de Calabresi es el estudio de Estreicher, S., "Judicial Nullification: G. Calabresi's Uncommon Common Law for a Statutory Age", *New York University Law Review*, núm. 57, 1982.

[99](#) Cfr. Eskridge, W. N., "Gadamer/Statutory Interpretation", op. cit., pp. 660 y ss.

[100](#) Cfr. idem, pp. 635 y 676; en esta última leemos: "We simply do not know what we think about a text until we grapple with a specific application of it".

[101](#) Cfr. idem, p. 635.

[102](#) Cfr. Eskridge, W. N., Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1994, pp. 201 y 206.

[103](#) Cfr. Farber, D. A., "Eskridge: Dynamic Statutory Interpretation", *Michigan Law Review*, núm. 94, 1996, pp. 1553 y ss.

[104](#) "Gadamer does tell not us what steps to follow when we interpret statutes, what evidence to exclude, what dictionary to use. Hermeneutics is not methodological and directive (as Gadamer sees it, anyway)". Eskridge, W. N., "Gadamer/Statutory Interpretation", op. cit., p. 681. La influencia de la hermenéutica en el derecho ha ocasionado cierta polémica en los Estados Unidos. Hasta hace pocos años hubo allí poco conocimiento de las doctrinas europeas acerca de la interpretación. Cfr. Hermann, D. H. J., "Phenomenology, Structuralism, Hermeneutics, and Legal Study: Applications of Contemporary Continental Thought to the Legal Phenomena", *University of Miami Law Review*, núm. 36, 1982, p. 380. Sin embargo, recientemente, el debate sobre la hermenéutica ha hecho acto de presencia y ha provocado una división en dos bandos. Por una parte, los que sostienen que la aceptación de esa doctrina conduce inevitablemente a la desaparición de cualquier criterio objetivo y a su sustitución por una serie interminable de interpretaciones subjetivas. Cfr. esta opinión transmitida por Hermann, D. H. J., op. cit., p. 400; cfr. también Rosen, S., *Hermeneutics as Politics*, New York, Oxford University Press, 1987. Otros, en cambio, rechazan esa acusación y mantienen que no existe tal riesgo de disolución, ya que la hermenéutica prescribe tener en cuenta el contexto de la interpretación, y ésta marca los límites a la capacidad creadora del intérprete. Cfr. Dallmayr, F., "Hermeneutics and the Rule of Law", op. cit., p. 17. En un sentido parecido, Cozens, D., "Intentions and the Law: Defending Hermeneutics", idem, p. 179.

[105](#) Cfr. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, cit., p. 298.

[106](#) Cfr. idem, cap. 9, per totum.

[107](#) Posner afirma que no está de acuerdo con los dos extremos que sobre esta materia existen: los radicales de los Critical Legal Studies, que disuelven el derecho en la política y la tesis de Ronald Dworkin, para quien siempre hay una respuesta jurídica correcta. Cfr. Dworkin, Ronald, "The Jurisprudence of Skepticism", *Michigan Law Review*, núm. 86, 1988, p. 829. Cfr. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, cit., pp. 37-38.

[108](#) Cfr. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, cit., p. 295.

[109](#) Idem, p. 105. Posner se preocupa por recordar en este punto que esa finalidad de la norma no puede confundirse con una supuesta intención del legislador.

[110](#) Idem, p. 104.

[111](#) Idem, pp. 299, 300 y 307. S. Fish afirma que la interpretación debe basarse en diversos criterios, tales como el common sense, el "espíritu del texto", etcétera. Desgraciadamente, la hermenéutica no nos indica cómo aplicarlos a los casos particulares. Cfr. "Play of Surfaces: Theory and the Law", *Legal Hermeneutics*, p. 316.

[112](#) Cfr. Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, trad. de C. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1988, p. 246. Sobre sus opiniones acerca de la statutory interpretation en general, véase pp. 224 y ss. En realidad, Dworkin opina que toda la actividad jurídica es interpretativa, y a defender esa tesis dedica *El imperio de la justicia*. Véase esa misma idea en "Law is Like Literature", *A Matter of Principle*, cit., y en "Law as Interpretation", *Texas Law Review*, núm. 60, 1982, ambas per totum.

[113](#) Véase una síntesis de esta actitud y su crítica en Carpintero, F., *Una introducción*

a la ciencia jurídica, Madrid, Civitas, 1988, pp. 209 y ss.

[114](#) Cfr. Pound, R., "The Theory of Judicial Decision", Harvard Law Review, t. XXXVI, 1923, pp. 643 y ss.

[115](#) Cfr. idem, p. 445. Sobre la necesaria atención que el jurista debe prestar a las circunstancias que configuran el caso, cfr. idem, p. 646.

[116](#) Véase Pound, R., Law and Morals, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1926, per totum. Pound ha escrito: "What we have to bear in mind is that law has to govern life and that the essence of life is growth and change". Cfr. Pound, R., "Law Making and Law Finding", Law Finding Through Experience ad Reason, University of Georgia Press, Athens, 1960, p. 4.

[117](#) Cfr. Stone, J., Legal System and Lawyers Reasoning, cit., pp. 221 y 257.

[118](#) Cfr. idem, pp. 263-264.

[119](#) Cfr. idem, p. 271.

[120](#) Cfr. idem, pp. 281-282.

[121](#) Cfr. idem, pp. 283-284. Stone no rechaza el empleo de la lógica en el derecho, tan sólo rechaza los abusos que con ella se cometen. Idem, pp. 298-303. Aclaro que para Stone la lógica equivale a la lógica formal.

[122](#) Cfr. Gordley, J., "Legal Reasoning: An Introduction", California Law Review, núm. 72, 1984, pp. 142 y ss.

[123](#) El estudio de Shauer, F., "Formalism", The Yale Law Journal, núm. 97, 1988, es una muestra de defensa de la bondad de la decisión según rules, aunque no de forma automáticamente deductiva.

[124](#) Luis Recaséns Siches expresó a la perfección esta manera de pensar. Véase Recaséns Siches, Luis, Nueva filosofía de la interpretación del derecho, 3a. ed., México, Porrúa, 1980, pp. 134 et ss. y 235 et ss. Véase también "The Logic of the Reasonable as Differentiated from the Logic of the Rational (Human Reason in the Making and the Interpretation of the Law)", Essays in Honor of Roscoe Pound, Indianapolis/New York, Ed. R. P. Newmann, Bobbs-Merrill Company, 1962, pp. 208 y ss.

[125](#) Cfr. Posner, The Problems of Jurisprudence, cit., pp. 221 y ss. En este punto coincide con Radin, M., The Permanents Problems of the Law, cit.

[126](#) Cfr. Hall, J., Living Law of Democratic Society, cit., pp. 50-51.

[127](#) Cfr. concretamente Pollock, S. G., "The Art of Judging", New York University Law Review, núm. 71, 1996. Este juez destaca además el aspecto creativo de su actuación cuando escribe que "State Courts have engaged in judicial legislation by narrowing or broadening statutory provisions, by adding or deleting statutory language, and by reading in requirements that were not in plain language of the statute". Idem, p. 601. La juez Judith S. Kaye reconoce igualmente la labor creadora que los jueces desempeñan al interpretar los statutes. Cfr. State Courts at the Dawn of a New Century, cit., pp. 25-27. En esa última página hace hincapié en un hecho fundamental: el significado literal de la ley no se emplea cuando no conviene al caso.

[128](#) Cfr. Reinhardt, S., "The Conflict Between Text ad Precedent in Constitutional Adjudication", Cornell Law Review, núm. 73, 1988, passim. En esa fecha, Reihardt era miembro de la United States Circuit Court of Appeals (Ninth Circuit). Charles Fried defiende la peculiar racionalidad del derecho en "The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know", Texas Law Review, núm. 60, 1981, pp. 57-58. Cfr. también su "Jurisprudential Responses To Legal Realism", Cornell Law Review, núm. 3, 1988, donde plantea que los juristas deben centrarse en las especificidades de su profesión y alejarse de los "grandes temas" económicos y filosóficos. Idem, pp. 331-334. Estas ideas se insertan en una corriente favorable al razonamiento "prudencial" en el derecho que se ha desarrollado durante los últimos años en los Estados Unidos. Véase, por ejemplo, Kronmann, A. T., "Alexander Bickels Philosophy of Prudence", The Yale Law Journal, núm. 94, 1985, per totum. Un estudio sobre algunas cuestiones relacionadas con la "prudencia" y la "razón práctica" el de Van Zandt, D. E., "An Alternative Theory of Practical Reason in Judicial Decisión", Tulane Law Review, núm. 65, 1991, per totum.

Derechos Reservados, (C)2007
IIJ-UNAM Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM

