



El positivismo jurídico y la interpretación originalista

Profesor Larry Alexander

SÍNTESIS: El profesor Larry Alexander desarrolla el tema del positivismo jurídico; y luego la relación entre este y las teorías originalistas de interpretación, y así mostrar la existencia y los rasgos principales de esta relación.

SUMMARY: *Professor Larry Alexander gives an account of legal positivism, and then develops the relationship between legal positivism and originalist theories of interpretation. Alexander shows the existence of this relationship and the main features of this connection.*

PALABRAS CLAVE: Originalismo, significado intencionado por la autoridad, significado público original, interpretación constitucional, positivismo jurídico.

KEY WORDS: *Originalism, authorially-intended meaning, original public meaning, constitutional interpretation, legal positivism.*

El positivismo jurídico y la interpretación originalista

Profesor Larry Alexander

El tema que se me ha asignado para este discurso es la relación entre el positivismo jurídico y las teorías originalistas de interpretación. Afortunadamente hay, ciertamente, una relación entre ambos temas, y esa relación es fuerte. O tengo como propósito demostrarlo.

Mi plan es el siguiente: primero, voy a desarrollar el tema del positivismo jurídico. Será breve, no más de un boceto, pero esperemos que no sea una caricatura. No obstante,

será suficiente para demostrar que hay una relación entre el positivismo jurídico y la interpretación originalista.

Después de mi breve exposición sobre el positivismo jurídico, dirigiré mi atención a la interpretación originaria. Voy a demostrar por qué el positivismo jurídico apoya al originalismo. Y voy a concluir discutiendo diversas objeciones contra el originalismo, objeciones que, aun así, pueden ser repelidas con éxito .

I. El positivismo jurídico

El positivismo jurídico es una familia de teorías sobre la naturaleza del derecho. Si tuviera que caracterizar el elemento común en estas teorías, el elemento que hace que todas las teorías sean positivistas jurídicas, sería que todas las leyes consideran, por lo menos en parte, un artefacto humano. De hecho, es debido a que la ley es al menos en parte un artefacto humano que apoya la declaración de los positivistas de que una norma puede ser ley aunque sea moralmente infeliz. Puesto que los seres humanos son falibles como "madera doblegada", las normas que construyen, aunque sea con las mejores intenciones, se desviarán de lo que dictaría la moral .

Ahora hay muchas versiones del positivismo jurídico en oferta. Existe la versión de John Austin: la ley consta de los comandos del soberano, él, ella, o ellos que están habitualmente obedecidos¹. Sigue la versión de Hans Kelsen: la ley es el conjunto de normas que instruyen funcionarios cuándo aplicar sanciones, normas que son validas a partir de una supuesta "norma fundamental".² También está la versión de H.L.A. Hart: la ley es el conjunto de normas generalmente obedecidas y convalidadas por la regla de reconocimiento, una norma maestra aceptada por los funcionarios como obligatoria.³ La versión de Joseph Raz: la ley es el conjunto de normas que son generalmente obedecidas y que son el producto de las autoridades, aquellas cuya determinación de nuestras obligaciones pretende ser preferente de las razones en las que se basan.⁴ Y encontramos la versión de Scott Shapiro: la ley es el conjunto de normas que representan los planes de aquellos que tienen la autoridad para planear para nosotros y conformamos con lo que estamos obligados a hacer.⁵ Y estas no son las únicas versiones del positivismo jurídico en la literatura.

¹ John Austin, 'The Providence of Jurisprudence Determined' (1832)

² Hans Kelsen, 'General Theory of Law and State' (1961)

³ H.L.A. Hart, 'The Concept of Law' (1961)

⁴ Joseph Raz, 'The Authority of Law' (1979)

⁵ Scott J. Shapiro, 'Legality' (2011)

Además, estas versiones del positivismo jurídico se dividen en dos campos beligerantes. Algunas versiones—de Raz y de Shapiro, por ejemplo—están en el campo del positivismo jurídico exclusivo. Los que están en ese campo creen que la ley consiste en su totalidad de hechos sociales—lo que algunos seres humanos hicieron— y de ninguna modo en las consideraciones morales. En la medida en que una norma legal pretende incorporar las consideraciones morales, esas consideraciones morales no son parte de la ley. Son como referencias en la ley para el derecho extranjero, o para las matemáticas, o para algún otro conjunto de normas. Las normas referidas no son constitutivas de la ley, sino que son externas a esta.

El otro campo de guerra, los positivistas jurídicos inclusivos, es probablemente el más numeroso entre los filósofos del derecho en la actualidad. Los positivistas jurídicos inclusivos creen que las normas morales pueden ser al menos parcialmente constitutivas de la ley y por lo tanto que los hechos sociales no tienen por qué ser los únicos determinantes de la ley.

Por último, están aquellos como yo que creen que la división entre el positivismo jurídico exclusivo e inclusivo es meramente terminológica y sin significación teórica.⁶ Lo que es significativo es que todos los positivistas jurídicos consideran la ley como necesariamente un artefacto humano, al menos en parte. Las normas jurídicas se plantean por los seres humanos, aquellos que tienen la autoridad para hacerlo. Y ahí yace la conexión entre el positivismo jurídico como una explicación de la naturaleza del derecho y originalismo como una explicación de la interpretación de las normas jurídicas. Y es al originalismo al que ahora me dirijo.

II. Originalismo y positivismo jurídico: La conexión básica

Si la ley es un artefacto humano. Si las normas jurídicas son establecidas por las personas con la autoridad para hacerlo, como el positivismo jurídico lo tendría. Luego se sigue que el trabajo de quienes deben interpretar los textos promulgados por las autoridades—textos destinados a transmitir las normas que las autoridades han escogidas—es descubrir justo lo que aquellos textos explican de las normas. Y se sigue que el trabajo de los intérpretes es buscar el significado de los textos legales que la autoridad previó. El significado intencionado por la autoridad simplemente es para las normas elegidas por las autoridades, las que están autorizadas a elegir las normas que gobiernan. Y la búsqueda de ese significado intencionado por la autoridad de textos es el originalismo.

⁶ Ver Larry Alexander, “Was Dworkin an Originalist?,” in ‘The Legacy of Ronald Dworkin’ (W. Waluchow y S. Sciaraffa eds., forthcoming).

Así, originalismo no es más que el corolario de la afirmación del positivismo jurídico de que la ley consiste en normas elegidas por las autoridades humanas. Y esas normas son la captación que las autoridades se proponen en su audiencia cuando se promulgan esas normas en los textos, ya sea por escrito, verbalmente, a través de semáforos, o por medio de señales de humo. Originalismo y positivismo jurídico vienen en un paquete.

III. ¿Dos versiones de originalismo?

He identificado originalismo como la búsqueda de los significados intencionados por la autoridad en los textos legales. Pero no he olvidado lo que es actualmente, probablemente, la versión más popular de originalismo, es decir, ¿aquella que lo identifica con la búsqueda del significado original público de los textos jurídicos?⁷ El último punto de vista es originalista en la medida en que afirma que el significado público de los textos legales se fija en el momento esos textos son promulgados—lo que Larry Solum, un defensor del significado original público, llama la "tesis de fijación".⁸

El punto de vista del significado público del originalismo pide al intérprete de los textos jurídicos para buscar el significado de que un miembro razonable de la población en el momento de la promulgación del texto habría dado el texto. El intérprete no busca el significado intencionado por la autoridad. Hay dos razones básicas que los defensores de esta versión de originalismo dan para preferirla por sobre la versión del significado intencionado por la autoridad del originalismo. Una es que se evita el problema de descubrir que una ley significa algo distinto de lo que mucha gente piensa que significa. La otra es que se evita el problema de la agregación, el problema planteado por los textos legales cuyos autores, que son múltiples, tienen diferentes significados previstos.

Pero el significado público original no evita ninguno de esos problemas. La persona razonable, quien es la piedra angular artificial de la interpretación del significado público original, puede no tener una interpretación única. Cada construcción de esta persona ficticia, atribuyendo a él o ella diferentes grados de conocimiento del significado que los autores actuales de los textos legales previeron, producirá diferentes interpretaciones. Dos razonables contemporáneos, cada uno en posesión de información diferente, pueden interpretar el mismo texto jurídico diferente. Y cada uno, presumiblemente, estará buscando el significado intencionado por la autoridad. (No estarían buscando su propio significado.) Pero si ese es el caso, ¿por qué no buscar el significado intencionado por la autoridad, en lugar de lo que algunas personas ficticias que buscan ese significado habrían concluido, especialmente si tales personas, en una situación diferente, habrían

⁷ *Ver, e.g.*, Lawrence B. Solum, "What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory," en 'The Challenge of Originalism' (G. Huscroft y B.W. Miller eds., 2011) 12-41, 22-23.

⁸ *Id.* en 33.

llegado a un diferentes significados? Incluso si algunas personas hubieran estado sorprendidas por ese significado de manera que lo hiciera injusto mantenerlo, la injusticia puede ser manejada por métodos que no requieran negar que esa norma significa lo que sus autores quisieron que signifique.⁹

Con respecto al problema de la agregación, que es un problema real, versiones del significado original público del originalismo son impotentes. Debido a que la persona razonable, que una vez más es la piedra angular del significado original público, estará buscando el significado intencionado por la autoridad, pero también será consciente del problema de agregación, si el problema de agregación hunde el significado intencionado por la autoridad del originalismo, también se hundirá el significado original pública del originalismo.

Hasta el momento, entonces, los problemas de significado recóndito y agregación atribuidos al significado intencionado por la autoridad del originalismo no se evitan, pero son heredados por el significado original público del originalismo. Aunque hay un problema final con el significado original público del originalismo, es un problema que no afecta el significado intencionado por la autoridad del originalismo. Ese es el problema de la elaboración de leyes sin sentido. Según el significado original público del originalismo, la ley que las autoridades tienen la intención de hacer puede no ser la ley que terminan haciendo. Esto es así porque, si el significado original público del originalismo se distingue del significado intencionado por la autoridad de originalismo, las leyes que el significado original público afirmará haber sido promulgadas pueden teóricamente diferir de las leyes que las autoridades pretendieron promulgar. Las leyes serán creaciones humanas, pero no van a ser leyes que cualquier humano quisiera crear. Serán creaciones sin sentido. Y cualquier teoría de interpretación legal que contempla la creación de la ley accidental, y sin sentido, es una teoría que tiene una pesada carga para superar. Si quiere tener éxito, debe demostrar que el número de errores que produce—errores definidos como la divergencia entre las leyes realmente deseadas y las leyes que la teoría interpretativa produce—son menos que los errores producidos por la búsqueda directa de las leyes intencionadas por la autoridad. El hecho que las teorías sobre el significado original público pueden satisfacer esta carga no se puede descartar a priori. Sin embargo, es incierto si las teorías sobre el significado original público pueden tener éxito. Por lo tanto, a partir de ahora la versión del originalismo que yo pretendo que sea un corolario del positivismo jurídico es la versión sobre significado intencionado por la autoridad.

IV. De reglas, estándares, principios y conceptos

⁹ *Ver, e.g.*, Larry Alexander, “Originalism, the Why and the What,” 82 *Fordham L. Rev.* 539, 541-42 (2013); Larry Alexander, “Simple-Minded Originalism,” en ‘The Challenge of Originalism’, nota *supra* 7, 87-98, at 90-91.

Si, de acuerdo con los positivistas jurídicos, normas legales son creaciones humanas, simplemente ¿qué tipo de normas jurídicas pueden crear los humanos? Yo sostengo que sólo hay dos tipos: reglas y estándares. Las reglas son las normas determinados, o al menos son normas a las que no requieren aplicar un razonamiento práctico moral o de algún otro tipo. (Se puede requerir un razonamiento de hecho o matemático complejo, no obstante, siempre que la epistemología requerida no es en sí misma controversial.) En otras palabras, cualquiera sea su diferencia de valores, todos pueden entender lo que la regla requiere. Una señal de 'pare' o de una velocidad máxima son buenos ejemplos de reglas.

Estándares, por otro lado, son normas que requieren aplicar la moral u otra razón práctica. Como ya lo he explicado, un estándar es una norma que requiere para su aplicación que la audiencia haga lo correcto, moral o prudencialmente, dentro de los límites establecidos por las reglas. (Cuando el estándar encarga a su audiencia considerar sólo ciertos factores, esto es equivalente a una regla instruyéndolos para que traten todos los demás factores pertinentes como anulados entre sí y por lo tanto incapaz de determinar el resultado.) "Maneje razonablemente" y "pague una justa contribución impositiva" podrían ser buenos ejemplos de estándares. Personas con valores diferentes aplicarían esos estándares de forma diferente.

Hasta ahora, lo que he dicho—que las normas legales consisten en reglas y estándares—es corriente. Por otra parte, en lo que concierne a la interpretación, las reglas requieren interpretación pero los estándares requieren razonamiento práctico, no interpretación. Lo que la interpretación busca son significados intencionados por la autoridad, y las deliberaciones de razonamiento práctico son independientes de tales significados. La interpretación en sí termina cuando el intérprete descubre que los autores pretenden promulgar un estándar.

Nótese que he limitado normas legales a las reglas y estándares. No he mencionado los principios jurídicos, normas que son creaciones humanas, pero que tienen la dimensión de peso. Reglas se aplican o no se aplican. Si lo precedente, entonces su "peso", al menos dentro del sistema legal, es infinito. En este último caso, su peso es cero. Y los estándares pueden requerir consultar valores externos que tienen la dimensión del peso; pero esos valores y sus pesos no son en sí mismas creaciones humanas.

Algunos teóricos del derecho, sin embargo, creen que se distinguen principios jurídicos, creaciones humanas que tienen un peso que no es ni infinito ni cero. Robert Alexy, por ejemplo, cree que los principios jurídicos, como los he descrito, pueden ser promulgadas

directamente.¹⁰ Ronald Dworkin cree que los principios jurídicos se crean indirectamente. Son los principios más aceptables moralmente que "encajan" con las normas legales y decisiones judiciales¹¹.

He argumentado en otro lugar que no existen principios jurídicos.¹² Principios con peso no pueden ser una creación humana. Tampoco pueden ser creados indirectamente en la forma que Dworkin sostiene. El peso, que es la dimensión que regirá el principio determinará o no los resultados de un número indefinido de posibles casos, no se puede crear. Tampoco puede un cuerpo finito de reglas legales y decisiones crear tal peso. Reglas complejas, con las condiciones y excepciones, pueden imitar el peso, pero no son más que una serie de interruptores encendidos y apagados entre infinito y cero. Pueden existir principios morales con peso, pero no principios jurídicos.

Dworkin, a veces también afirma que algunas normas legales contienen palabras que se refieren a conceptos morales, palabras tales como "crueldad", "igualdad" y "libertad de expresión"¹³. Yo reclamo, sin embargo, que a menos que la moral misma contenga uniones que corresponden a tales palabras normas legales, por lo que es posible que tales palabras tienen referentes morales, entonces, en contra de Dworkin, esas palabras deben hacer referencia a las concepciones particulares de sus autores, el criterio de los autores para aplicar las palabras.¹⁴ Y tenga en cuenta que una de las consecuencias de considerar tales palabras para referirse a los principios en el sector ontológico moral, además de la preocupación de si la moralidad tiene principios distintos que corresponden con las palabras que tienen la intención de referirse a esos principios, es que la autoridad final dentro del sistema legal, como la Corte Suprema, tendrá la última palabra sobre lo que la moralidad realmente requiere—por lo menos dentro del sistema jurídico.¹⁵ Sólo por una revocación de la Corte, mediante una enmienda constitucional, o por la revolución puede la gente escapar de ser gobernados por principios morales que ellos no creen que existan o que tienen una forma y un peso diferente a lo que la Corte ha decretado.

Por último, debo decir una palabra sobre el lenguaje moralmente temeroso en los regímenes legales, tales como, por ejemplo, el de Canadá, que renuncian oficialmente

¹⁰ Ver Larry Alexander, "Legal Objectivity and the Illusion of Legal Principles," en 'Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy' (M. Klatt ed., 2012), 115-31.

¹¹ Ver Ronald Dworkin, 'Law's Empire' (1986).

¹² Ver Larry Alexander, "The Objectivity of Morality, Rules, and Law: A Conceptual Map," 65 Alabama L. Rev. 501 (2013); Alexander, nota *supra* 10; Larry Alexander y Kenneth Kress, "Against Legal Principles," en 'Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy' (A. Marmor ed., 1995), 279-327.

¹³ Ver Ronald Dworkin, "Comment," en 'A. Scalia, A Matter of Interpretation : Federal Courts and the Law' (1997), 115-27.

¹⁴ Ver Larry Alexander y Frederick Schauer, "Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire," 48 William & Mary L. Rev. 1579, 1599-1601 (2007).

¹⁵ *Id.* en 1595-96.

originalismo. La Corte Suprema de Canadá, por ejemplo, ha negado que debe interpretarse las palabras de la Carta Magna sobre la base de lo que sus palabras pudieron haber significado para quienes las adoptaron.¹⁶ Para repetir un punto anterior, sin embargo, las palabras son sólo palabras, y palabras en un idioma o dialecto en particular, en lugar de meros signos o sonidos, si hubieran sido producidas por un autor o autores teniendo la intención de comunicar algo a un público. Al hacer caso omiso al significado intencionado por la autoridad, los tribunales canadienses están esencialmente apropiando las marcas en la página para ser autor de sus significados preferidos—tanto como un secuestrador, que corta las palabras y frases de una revista de moda para hacer una nota de rescate, se apropia de las marcas de los demás con el fin de transmitir sus propios significados. Y los tribunales canadienses están indudablemente preocupados de que sus significados en sus opiniones sean seguidos por aquellos sobre quienes tienen autoridad en lugar de ser tratados de la misma forma que los tribunales canadienses tratan a las palabras de los autores de la Carta Magna.

Mi conclusión es, entonces, que las normas jurídicas son reglas o estándares. Los estándares no son normas que se interpretan. Se busca la aplicación de la razón práctica, no descifrar las expresiones lingüísticas. Reglas, por el contrario, son normas jurídicas que deben ser interpretados. Son creaciones humanas que significan lo que sus creadores pretendieron que signifiquen. Atribuir cualquier otro significado para ellos es tomar los símbolos empleados por los autores y en un sentido volverse autores ellos y darles un nuevo significado. Los símbolos del autor—las marcas o los sonidos (o banderas o humo) pueden seguir siendo los mismos, pero los "textos" que esos símbolos crean pueden ser diferente. Y la pregunta relevante será quién tiene la autoridad necesaria para crear las normas jurídicas, los autores originales, ¿o las personas que han proclamado los símbolos de los autores originales que significan algo distinto de lo que ellos pretenden significan?

V. Problemas

Ahora he hecho el caso para la relación entre el positivismo jurídico —la opinión de que la ley es una creación humana— y originalismo, la opinión de que los símbolos significan lo que las personas que los emplean tienen la intención que signifique. El caso es, creo yo, relativamente sencillo. ¿Por qué entonces es resistido con tanta frecuencia y vehemencia? En esta sección consideraré una variedad de problemas que pueden afectar el originalismo, algunos de los cuales son preocupaciones reales, pero ninguno de los cuales es mortal o muestra el atractivo de algún punto de vista opuesto.

1. El problema Kripkenstein

¹⁶ Ver Larry Alexander, "Of Living Trees and Dead Hands: The Interpretation of Constitutions and Constitutional Rights," 22 Canadian J. of L. & Jurisp. 227 (2009).

Seré breve aquí. El llamado problema Kripkenstein se refiere a la elaboración de Sol Kripke de un rompecabezas planteado por Wittgenstein, a saber, ¿cómo podemos saber si estamos siguiendo correctamente una regla?¹⁷ La elaboración de Kripke utiliza el ejemplo de la suma: ¿cómo puede alguien que nunca ha añadido dos números—en el particular ejemplo de Kripke, 67 y 58—saber que la regla de adición ha sido "más" antes, lo que produciría la respuesta 125, en lugar que "quus", que producirían la respuesta, 125 hasta ahora, pero ahora 5? Debido a que la persona nunca ha añadido 67 y 58 antes, ¿qué hace que sea el caso de que la regla de la suma que ha seguido ha sido más, en lugar de quus? Y tal como se aplica a la interpretación, el problema sería, ¿qué hace que sea el caso de que en el momento en que el autor se propone un significado, que el significado se extiende adecuadamente a los casos que no estaban presentes en su mente en el momento en que establecía el significado? Si, por ejemplo, tenía la intención de prohibir las mascotas de los restaurantes, ¿qué hace que en el caso "mascotas" se refiera a mi perro Pastor Alemán, que el autor desconoce, en lugar de otros perros que no sean mi Pastor Alemán? Después de todo, nada en los contenidos finitos de su mente en el momento en que el autor prevé la prohibición parece que sea el caso en que incluía o no incluía a mi perro.

Hay una vasta literatura sobre el problema Kripkenstein y sus posibles soluciones.¹⁸ Lo que es importante es que ni Wittgenstein, Kripke, ni sus comentaristas son escépticos acerca de las reglas y seguimiento de reglas, ya sean las reglas de las matemáticas o las reglas que creamos a través de nuestras intenciones. Podemos estar seguros de que sabemos cómo agregar números que nunca antes hemos añadido. Y del mismo modo, podemos estar seguros de si tuvimos la intención o no de prohibir algunos perros en particular en los restaurantes, aunque no sabíamos o no contemplamos esos perros en particular en el momento en que fuimos autor de la prohibición. Habrá ocasiones en las que no estamos seguros—más de esa posibilidad en la siguiente sección—pero en general no nos veremos afectados por las dudas de Kripkenstein. En resumen, no hay ninguna razón para dudar de la existencia de significados intencionados que están más allá del contenido concreto de la mente del autor de esos significados.

2. El problema del resultado infeliz

Supongamos que el significado intencionado por la autoridad de una norma jurídica conduce a lo que el intérprete cree ser resultados infelices. En efecto, supongamos que el intérprete cree que la autoridad o autoridades que promulgaron la norma jurídica considerarían ellos mismos estos resultados como infelices. ¿Debería ese caso llevar al intérprete a creer que el significado pretendido de la regla es otro distinto del que parece ser? En general, la respuesta es "no".

¹⁷ Ver Larry Alexander y Emily Sherwin, 'Demystifying Legal Reasoning' (2008), 160-65; Larry Alexander y Emily Sherwin, 'The Rule of Rules' (2001), 112-14.

¹⁸ Ver, e.g., las autoridades citadas en 'Demystifying Legal Reasoning', supra nota 17, at 161 n. 69.

La relación entre el significado intencionado por la autoridad y los resultados infelices puede tomar cuatro formas. En primer lugar, los autores podrían decir, estamos de acuerdo en que nuestra regla conduce a estos resultados infelices, y lamentamos la intención del significado que conduce a esos resultados. Simplemente, cometimos un error y somos autores de una norma jurídica mala. Este problema es el problema banal de la ley mala, un problema que el positivismo jurídico seguramente contempla y en un sentido abraza.

En segundo lugar, los autores podrían decir, sí, estos resultados son infelices, pero sabíamos que nuestra regla, como todas las reglas, sería poco inclusiva y que, por lo tanto, llevaría a resultados infelices en algunos casos. Pero todavía creemos que tener una regla en lugar de un estándar es a fin de cuentas preferible a pesar de los resultados infelices ocasionales, como los que están aquí. Este problema es el problema de las normas, un problema que es bien conocido.¹⁹ Pero no es un problema que socava la proposición de que las reglas pueden ser en equilibrio beneficiosas, mucho menos socava la posibilidad de su existencia.

En tercer lugar, los autores podrían decir, estos resultados son tan terrible que es absurdo suponer que nuestro significado pretendido los produce.²⁰ Si hubiéramos dicho "vehículos en el parque no", ¿alguien realmente supondría que significaba excluir a los vehículos de emergencia, como ambulancias, aunque no hemos hecho ninguna excepción específica para ellos? O si hubiéramos dicho "no uso de teléfonos celulares en la biblioteca," ¿alguien realmente asumiría que significaba la prohibición de cubrir informes de un crimen violento o un incendio, aunque no hicimos excepciones específicas para estos usos? La intención de nuestros significados a menudo se extienden más allá y, a veces, no están a la altura de lo que decimos literalmente.²¹ Este problema no es más que un problema endémico cuando se interpreta el uso del lenguaje.

En cuarto lugar, habrá algunos casos en los que el autor dirá, yo no sé si su significado intencionado cubre este caso, cuando el resultado que se produciría es o no infeliz.²² En otras palabras, no estoy seguro de lo que pretendía con respecto a este tipo de casos. Nuevamente, este problema es endémico cuando se interpreta el uso del lenguaje.

3. El problema de agregación

¹⁹ Ver Alexander y Sherwin, 'Rule of Rules', nota *supra* 17, en cap. 4.

²⁰ Id. en 249 n. 63; Alexander y Sherwin, 'Demystifying Legal Reasoning', nota *supra* 17, en 168-70.

²¹ Ver Richard Ekins, 'The Nature of Legislative Intent' (2012), cap. 7.

²² Ver Alexander y Sherwin, 'The Rule of Rules', nota *supra* 17, en 118.

Este problema es el que más a menudo es dirigido contra la interpretación jurídica basado en significados intencionados por la autoridad. Para muchos las normas jurídicas son el producto de cuerpos—legislaturas plurinominales, convenciones constitucionales, paneles de jueces o administradores, y así sucesivamente. Y si uno niega la existencia de mentes agrupadas, entonces las normas que dichos órganos promulgan tienen muchos autores, no sólo uno. Y, ¿cómo determinamos el significado intencionado por la autoridad de un texto que tiene varios autores?

Una de las respuestas, la que Richard Kay y yo favorecemos, es la búsqueda de un significado intencionado compartido, un significado deseado por lo menos del número de legisladores necesarios para promulgar la ley.²³ En muchos casos, existirá un significado deseado compartido. Cuando mi esposa y yo creamos un documento de fideicomiso para organizar nuestros activos y su distribución, los significados que cada uno quería que sea expresado por ese documento eran, creo, los mismos significados. Ellos fueron significados intencionados compartidos. Así, también, creo, los significados intencionados expresados en las reglas académicas dictadas por mi facultad. Y si recién casados y las facultades de derecho pueden tener significados intencionados compartidos, también lo pueden legislaturas, paneles de jueces y otras autoridades legales plurinominales.

Por otro lado, si no hay un significado intencionado compartido por el número de legisladores necesarios para promulgar normas legales, entonces, los textos que promulgan son, a efectos de expresar las normas legales válidas, sin sentido. Son palabrerías.²⁴ Ninguna norma fue promulgada y expresada a través de ellos.

Ahora algunos originalistas desean evitar esta conclusión a toda costa. Eso explica el atractivo de la versión original significado público, como dije cuando discutí esa versión en la sección III. Allí, expresé mis dudas de que el significado original público del originalismo, que se basa en una construcción, el miembro razonable del público en el momento de la promulgación, que a su vez está buscando el significado original intencionado por la autoridad, podría mejorar el significado intencionado por la autoridad del originalismo. Algunos defensores del significado original público de originalismo creen que puede evitar el problema de la agregación del significado intencionado por la autoridad de originalismo. Como ya he dicho en la sección III, no creo que pueda. Así que voy a dar un ejemplo sobre un fracaso del significado compartido que no puede ser evitado por el significado público original.

Supongamos que una legislatura de tres personas promulga una norma que prohíbe X por dos a un voto. X es ambigua y puede significar ya sea A o B, que son excluyentes entre sí. Legislador 1 por X entiende en el sentido de A y habría votado en contra de la regla si

²³ Ver Alexander y Sherwin, 'Demystifying Legal Reasoning', nota *supra* 17, en 171-73, 182-85.

²⁴ Id.

X significaba B. Legislador 2 tiene por X entiende en el sentido de B y hubiera votado en contra de la regla si X hubiera significado A. Legislador 3 ha votado en contra de la regla y habría votado en contra, independientemente de si X significa A o B.

Ahora supongamos nuestra construcción, la persona razonable en el momento de la promulgación conoce esto. ¿Qué significado él o ella pensaría de X? Por supuesto, si estipulamos que la persona razonable sabe que X puede significar A, pero no sabe que X también puede significar B—o viceversa—entonces la persona razonable creerá que X significa A (o B). Pero esa estipulación es completamente arbitraria. Y adicionalmente, como ya he dicho en la sección III, procediendo de esa manera produce una ley—en este caso, la prohibición de A—que no fue la intentada por el organismo con la autoridad para hacer la ley. Fue producida por un solo miembro de la legislatura de tres miembros que esta autorizada a promulgar una ley sólo por mayoría de votos. Y aunque la mayoría votó a favor de prohibir X, la mayoría no votó a favor de prohibir A. Esta última prohibición es producto de una estipulación arbitraria. Es un ejemplo de la creación de una ley sin sentido.

Algunos críticos de la versión del significado intencionado de la autoridad de originalismo y defensores de la versión del significado original público no se dejan intimidar por este grado de inconsciencia. Ellos creen que algunas reglas de fondo sobre interpretación pueden producir una ley en los casos en los que el enfoque del significado intencionado por la autoridad no tiene sentido.²⁵ Tales normas podrían ser instrucciones tales como "cuando una palabra tiene varios significados, elija el primer significado de la misma que aparece en tal y tal diccionario." Si estas reglas pueden manejar todos los casos de agregación fallida del significado intencionado por la autoridad, entonces aunque las leyes que se producen sean parcialmente el resultado de un proceso sin sentido, tales leyes pueden todavía ser preferibles a tener legisladores que no pueden promulgar leyes y promulgan tonterías en su lugar. Porque si los legisladores saben que estas reglas operarán en sus textos, es de suponer que se harán cargo de ver que las reglas producen los significados que ellos se proponen. Habrá más casos de ley consciente de lo que se promulgó sin esas normas, cuando la alternativa a la ley consciente es una ley sin sentido alguno. Tales reglas de fondo pueden, se argumenta, traer una buena cantidad de convergencia de significados intencionados por la autoridad y significados que las reglas de fondo producen. Ellos no pueden eliminar la brecha entre el consciente y lo sin sentido, pero pueden reducirla.

En última instancia, si la dependencia de las reglas de fondo producirá suficiente convergencia entre la creación de ley consciente y la creación de ley sin sentido es, al igual que todas las recetas de reglas consecuencialista, una cuestión empírica, como si las leyes sin sentido que quedan son mejores o peores que apegarse únicamente con la

²⁵ Ver, e.g. Alexander y Sherwin, 'Demystifying Legal Reasoning', nota *supra* 17, en 173-85.

búsqueda de significados intencionados por la autoridad y la posibilidad de encontrar tonterías. También dependen de ser un conjunto determinado de normas de fondo, por otra parte las reglas de fondo de las cuales los legisladores son conscientes y entienden. No puedo decir que estas cuestiones son imposibles, aunque admito ser escéptico.

VI . Conclusión

Para concluir, puedo ser breve. El positivismo jurídico considera la ley como una creación humana. Es creada por aquellos que tienen la autoridad para crearla. El originalismo cuenta con que los textos son sólo textos y no marcas, sonidos, humo, banderas, o algún otro elemento de silencio cuando esas marcas, sonidos, u otros artículos son utilizados por un autor o autores para transmitir el significado intencionado por los autores a una audiencia. Cuando los autores son los que tienen la autoridad para crear leyes, y los autores intentan que sus textos creen leyes y comunicar su contenido al público relevante, entonces parece natural suponer que las leyes significan lo que sus autores pretenden que signifiquen. El positivismo jurídico y originalismo van de la mano y no pueden ser separados.