

INTENCIÓN, CONTRATOS E INTERPRETACIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Federico José Arena*

Resumen

El artículo analiza la tesis intencionalista como solución a problemas de indeterminación en la interpretación jurídica. La investigación se limita a la indeterminación producida por dos rasgos del lenguaje, a saber, la vaguedad y la textura abierta. Según la tesis intencionalista el intérprete debe, en estos casos, recurrir a la intención del autor del texto. Para evitar ciertas objeciones a esta tesis, pero también para mostrar sus límites, se analiza su funcionamiento en la interpretación de los contratos y se muestra que la intención no permite solucionar problemas de vaguedad, aunque sí parece servir para, en ciertos casos, resolver problemas de textura abierta. Sin embargo, en la última sección, se exponen las dificultades que surgen cuando se intenta identificar la intención del autor del texto y que precluyen la posibilidad de que permita resolver concluyentemente los problemas de indeterminación.

Palabras clave: vaguedad, textura abierta, contenido contractual, atribución de intenciones.

Abstract

The paper analyzes the intentionalist thesis as a solution to indeterminacy's problems in legal interpretation. The inquiry focuses on the indeterminacy that arises from two features of language, *i.e.* vagueness and open texture. In these cases, according to the intentionalist thesis, the interpreter must look for the intention of the author of the text. To avoid certain objections to the thesis, but also to show its limits, the paper analyzes how the thesis works in the case of the interpretation of contracts and shows that the intention cannot solve problems of vagueness, even though it seems to be useful to solve problems of open texture. Nevertheless, the last section explores the difficulties that must be faced when identifying the intention of the author and comes to the conclusion that in the end the intention cannot solve, in a definitive way, problems of indeterminacy.

Keywords: vagueness, open texture, contract content, ascription of intentions.

* Universidad de Génova. Correo electrónico: fjarena@gmail.com. Quiero agradecer a Pierluigi Chiassoni, Riccardo Guastini y Álvaro Núñez Vaquero por las observaciones, críticas y comentarios que hicieron a las versiones anteriores de este texto.

1. Introducción

Es común aceptar, en la teoría de la interpretación jurídica, que existen casos en los que la ley deja al juez un marco de indeterminación dentro del cual puede decidir discrecionalmente. Algunos autores incluso sostienen que este fenómeno se extiende a todos los textos jurídicos. Cuando existe indeterminación son posibles múltiples interpretaciones del mismo texto, todas igualmente legítimas, y queda en manos del juez elegir entre cualquiera de ellas. Se encuentra en la literatura iusfilosófica un intento de proporcionar una solución a este fenómeno recurriendo a la intención del legislador. Según esta solución, cuando el texto sea indeterminado, el juez debe (tiene razones para) atribuir al texto el significado que se corresponda con la intención del legislador. La propuesta mencionada, que llamaré tesis intencionalista y que presentaré con mayor precisión más abajo, ha sido defendida utilizando diversos argumentos y ha sido también fuertemente criticada. En este trabajo me limitaré a analizar la capacidad de la tesis intencionalista para resolver los problemas de indeterminación producidos por dos rasgos del lenguaje, a saber, la vaguedad y la textura abierta. Sin embargo, con la pretensión de eludir ciertas objeciones que se han dirigido a esta tesis, me concentraré en su funcionamiento en el caso de la interpretación de los contratos. Creo que en este caso la tesis intencionalista puede ser aplicada sin dar lugar a varias de *esas* controversias. En primer lugar, porque me parece claro que los emisores del contrato usan el texto para transmitir una intención determinada. En segundo lugar, porque a pesar de las controversias, no parece arriesgado afirmar que existe entre los juristas una práctica de interpretar los contratos de este modo.¹ Pienso que esta estrategia me permitirá analizar con mayor precisión el aporte que una tesis intencionalista pretende ofrecer para solucionar problemas de indeterminación, como así también permitirá advertir cuáles son sus limitaciones.

De todos modos, antes de poner a prueba la tesis intencionalista, me parece indispensable precisar cuál es el problema que pretende solucionar. Para ello serán necesarias ciertas aclaraciones preliminares que

¹ No se trata en este trabajo de defender ni analizar una teoría subjetivista de los contratos, sino simplemente de aprovechar los instrumentos teóricos que con relación a la intención de las partes se han desarrollado en teoría de los contratos y combinarlos con aquellos producidos en teoría de la interpretación.

intentaré ofrecer en las dos secciones que siguen. La primera debería dejar en claro cuáles son los problemas que la indeterminación pone a la interpretación jurídica, con especial interés en la tarea del juez. La segunda debería echar luz sobre las variedades de indeterminación que serán objeto de mi análisis.

2. Interpretación jurídica e indeterminación

No es fácil comenzar con una simple referencia a un concepto pacífico de interpretación jurídica,² ya que la adopción de una determinada perspectiva al respecto se encuentra estrechamente vinculada con la posición que se tome acerca de la naturaleza del derecho y de la ciencia jurídica. En este sentido, creo que pueden distinguirse dos modos de concebir la actividad interpretativa. Por un lado, la interpretación se concibe como la actividad mediante la cual los jueces (y los juristas en general), haciendo uso de las reglas del lenguaje u otros métodos interpretativos, identifican el significado de las disposiciones emanadas de la autoridad normativa. Por otro lado, la interpretación se concibe como la actividad mediante la cual los jueces (y los juristas en general), interpretando la práctica jurídica de la comunidad en su conjunto, llegan a una conclusión acerca de aquello que es exigido por el derecho.³ Desde este segundo punto de vista existen otras fuentes, además del lenguaje de la autoridad, que determinan el contenido del derecho. Es obvio que la adopción de una u otra de estas posiciones modifica la incidencia que la indeterminación del lenguaje posee para el derecho.⁴ No pretendo afrontar esta discusión, me limitaré simplemente a presentar una teoría de la interpretación que posee semejanzas con la primera, si bien no comparte todas las tesis de sus defensores.

Según esta teoría, "la interpretación es la actividad que consiste en determinar el significado de los enunciados de las fuentes o, para de-

² Dado que de aquí en más me referiré sólo a la interpretación jurídica, utilizaré, por brevedad, únicamente "interpretación".

³ Dworkin (1986).

⁴ Por ejemplo, Endicott describe la posición dworkiniana de la siguiente manera: "The argument is that vagueness in the authorities' linguistic formulations of purported laws gives no reason to think that any legal rights or duties are indeterminate, because those formulations do not determine the law. They become part of the preinterpretive material that an interpretation of the law must fit." Endicott (2000b, p. 160).

cirlo con otras palabras, la actividad que a partir de los enunciados de las fuentes (de las disposiciones) obtiene normas. La interpretación es por lo tanto una actividad que: (a) se lleva a cabo sobre textos normativos y, (b) de estos, obtiene normas".⁵ Un enunciado interpretativo es un enunciado de la forma "T significa S", donde T está por el texto legislativo (la disposición) y S por su significado (la norma).

Como adelanté, el desarrollo de esta actividad pone al intérprete frente a ciertas dificultades, entre ellas, deberá afrontar problemas de indeterminación. Los filósofos y los juristas no han logrado ponerse de acuerdo sobre el origen y las consecuencias de esta indeterminación. La tesis según la cual el derecho es esencialmente indeterminado es una tesis que suele asociarse con el positivismo jurídico. Se ha también intentado mostrar que cualquier teoría del derecho que acepte la tesis de las fuentes sociales se encuentra conceptualmente comprometida con la tesis de la indeterminación.⁶ Dado que los positivistas son caracterizados como defensores de la tesis de las fuentes sociales,⁷ se los considera comprometidos con la tesis de la indeterminación. De hecho esta tesis resulta sostenida por numerosos autores considerados positivistas.⁸

No obstante, los distintos autores no coinciden acerca del alcance de la indeterminación. Podemos encontrar a quien piensa que existen tanto casos claros o fáciles, donde no hay indeterminación, como casos no claros o difíciles, donde la indeterminación impide que pueda afirmar-

⁵ Guastini (2004, p. 63). Con otras palabras: "L'operazione intellettuale che conduce dall'enunciato al significato –o, se si preferisce, l'operazione di identificazione del significato– altro non è che l'interpretazione. La *disposizione* è dunque l'*oggetto* dell'interpretazione, la norma è il suo *risultato*." Guastini (2004, p. 99).

⁶ Por ejemplo: "Hart's doctrine about judicial discretion is not predicated on a model of rules. It rests, rather, on a picture of law that privileges social acts of authoritative guidance. For Hart, a legal rule is a standard that has been identified and selected as binding by some social act, be it an individual directive, a legislative enactment, a judicial decision, an administrative ruling, or a social custom. Judicial discretion is inevitable, according to Hart, because it is impossible for social acts to pick out standards that resolve every conceivable question." Shapiro (2007b, p. 30).

⁷ Cfr. Caracciolo (2001, p. 37).

⁸ Cfr. Bulygin (2006, pp. 23-24), "Es usual caracterizar el positivismo metodológico mediante las siguientes tesis: a) La tesis de la *separación entre derecho y moral*: [...] b) La tesis de las *fuentes sociales*: La existencia y el contenido del derecho en una sociedad dependen de hechos sociales, esto es, de actos o actividades de los miembros de esa sociedad. A estas dos tesis cabe agregar una tercera, cuya importancia fue resaltada por Hart: c) La tesis de la *discrecionalidad* [...]"

se que cierta aplicación de la ley es correcta o incorrecta.⁹ Podemos encontrar también quien afirma que la indeterminación es una propiedad mucho más difusa, incluso que todas las disposiciones normativas son indeterminadas.¹⁰ Dado que mi interés aquí es analizar cómo funciona la tesis intencionalista en ciertos casos de indeterminación, sin ninguna asunción acerca de que pueda o no solucionar todos los problemas a los que esta última da lugar, no entrará en esta discusión.

Sí es en cambio importante comprender en qué consiste la indeterminación cuando se presenta. Que un texto jurídico sea indeterminado puede querer decir:

O bien [...] que antes de la interpretación no existe, estrictamente, *nin-gún* significado [escepticismo extremo]. O bien [...] que antes de la interpretación no existe *un único* significado [escepticismo moderado]. La diferencia es relevante. Entendida del primer modo, la tesis es implausible. [...] puede argüirse que la tesis de la "indeterminación radical" del significado precluye la posibilidad de distinguir entre expresiones significativas y expresiones sin significado alguno. Entendida del segundo modo, en cambio, la tesis resulta indiscutible.¹¹

Si ello es así, entonces "la interpretación consiste en la elección de un significado en lugar de otros. [...] desde este punto de vista, toda cuestión de derecho admite no ya una solución única, sino una multiplicidad de soluciones, ninguna de las cuales puede denominarse correcta. La elección de una solución en lugar de otras es en todos los casos discrecional".¹² Como consecuencia de este hecho, afirma Guas-

⁹ Cfr. Hart (1994, p. 123): "There will indeed be plain cases constantly recurring in similar contexts to which general expressions are clearly applicable but there will also be cases where it is not clear whether they apply or not."

¹⁰ Cfr. Guastini (2004) y Troper (2001). Esta divergencia acerca del alcance de la indeterminación es advertida por Leiter quien sostiene que la disputa entre positivismo hartiano y positivismo realista es la siguiente: "While both acknowledge indeterminacy in law and while both acknowledge, accordingly, that rules do not determine decision in some range of cases, they clearly disagree over the range of cases about which these claims hold true. [...] While Hart would locate indeterminacy and thus the causal irrelevance of rules 'at the margin', Realist skepticism encompasses the 'core' of appellate litigation." Leiter (2001, p. 299).

¹¹ Guastini (2004, p. 36). Para la versión extrema del escepticismo cfr. Troper (2001, p. 74).

¹² Guastini (2004, p. 28). Con otras palabras: "tutti i documenti normativi sono potenzialmente equivoci. [...] dunque: se tutti i testi normativi sono potenzialmente equivoci, allora l'interpretazione giudiziale esige una scelta tra significati configgenti. E l'enunciato che esprime questa scelta ha necessariamente carattere decisivo, non descrittivo." Guastini (2004, p. 39).

tini, los enunciados interpretativos no poseen valor de verdad y, por lo tanto, no tiene sentido decir que un juez se ha equivocado en atribuir al texto un significado (falso) en lugar de otro significado (verdadero). No es posible predicar error acerca de la interpretación de los jueces (en términos de verdad/falsedad).¹³ No existen hechos que permitan distinguir, dentro del conjunto de los enunciados interpretativos de los jueces, entre aquellos enunciados correctos y aquellos enunciados incorrectos.

Para advertir cuál es aquí la dificultad es necesario tener en cuenta que, en los casos de indeterminación, el único enunciado con condiciones de verdad que puede formular el intérprete es el siguiente:

- a) T significa S1, S2, S3, Sn...

Este enunciado se limita a afirmar cuáles son los significados a los que, de hecho, un mismo texto resulta asociado. Un enunciado de este tipo es verdadero si, y sólo si, contiene un elenco completo de las interpretaciones existentes.¹⁴ Sin embargo, el problema consiste en que un enunciado como a) no permite al juez justificar su decisión, ya que la decisión no se considera justificada si el juez no individua o decide cuál es el (único) significado de T. Dicho de otro modo, no es suficiente que, para justificar su decisión, el juez se limite a constatar la existencia de una multiplicidad de significados atribuidos al mismo texto T.¹⁵

En definitiva, la indeterminación deriva del hecho que cada texto normativo puede ser, y de hecho es, interpretado en numerosas maneras diversas y que, como consecuencia de este hecho, no existen criterios que permitan predicar error respecto de los enunciados interpre-

¹³ "O, mejor dicho, dado que no existe una regla o criterio del cual el juez se está apartando (o está siguiendo) no tiene sentido decir que la solución se mantuvo de acuerdo a un criterio. Tiene sentido sí, decir que el juez sigue teniendo (o no) los mismos gustos o preferencias, pero no podemos indicar que el juez ha *incumplido* un criterio precedente. En definitiva, nada garantiza que sus preferencias se mantengan y, lo que es más importante, nada garantiza que podamos señalar error o acierto en la nueva solución." Bouvier (2005, p. 27).

¹⁴ Resultado en el que en general se considera termina la tarea cognitiva del intérprete. Cfr. Guastini (2004, p. 8).

¹⁵ Sin la atribución de un único significado la decisión judicial no se encontraría justificada, pues las premisas no serían suficientes para llegar a una conclusión. "La giustificazione interna [del ragionamento giudiziale] è costituita dall'insieme delle premesse per sé necessarie e sufficienti a fondare logicamente la decisione (il dispositivo della sentenza). Tali premesse, come abbiamo visto, devono includere una norma." Guastini (2004, p. 123).

tativos.¹⁶ Esta consecuencia es similar a aquella que se produce en los casos en que el lenguaje es indeterminado (vago en sentido amplio) y a ello me referiré en la sección siguiente.

3. Variedades de indeterminación

La indeterminación de los textos jurídicos ha sido explicada de diversos modos. Guastini, por ejemplo, releva lo que sucede en la práctica jurídica, a saber, que las disposiciones son interpretadas de modos diversos, incluso incompatibles entre ellos, y todos igualmente legítimos.¹⁷ La existencia de indeterminación ha sido afirmada también con base en argumentos conceptuales. Estos argumentos indican que el origen de la indeterminación se encuentra en el carácter social de los hechos a partir de las cuales los jueces identifican el derecho. Esas fuentes consisten paradigmáticamente en textos y el significado de tales textos sufre inevitablemente de indeterminación.¹⁸ Respecto de todos los términos generales del lenguaje, por ejemplo, se afirma que existen casos en los que no hay hechos que permitan decidir si el término es o no aplicable.¹⁹ Consecuentemente, no tiene sentido decir de una cierta aplicación que sea correcta o no. En principio es posible distinguir, al menos, dos rasgos del lenguaje que originan esta indeterminación, la vaguedad (en sentido estricto)²⁰ y la textura abierta.²¹ Me referiré bre-

¹⁶ La multiplicidad de interpretaciones depende, según Guastini, no tanto de la equivocidad objetiva del lenguaje, sino más bien de: a) de la particular técnica interpretativa utilizada, b) las tesis dogmáticas elaboradas por los juristas, c) de las preferencias o sentimientos de justicia del intérprete. Cfr. Guastini (2010 [2008], pp. 130 y 131).

¹⁷ Guastini, para mayor precisión, distingue entre la indeterminación del sistema jurídico, provocada por la equivocidad de los textos jurídicos, y la indeterminación de cada norma, provocada por la vaguedad de los significados. Cfr. Guastini (2010 [2008], pp. 81-90).

¹⁸ Son numerosos los tipos de indeterminación. Cfr. Endicott (2000b) y Williamson (1994) para una lista.

¹⁹ Según Grice "To say that an expression is vague (in a broad sense of vague) is presumably, roughly speaking, to say that there are cases (actual or possible) in which one just does not know whether to apply the expression or to withhold it, and one's not knowing is not due to ignorance of the facts". Grice H.P., (1989), *Studies in the Way of Words*, Hardvard University Press, Cambridge, p. 177. Tomo la cita de Endicott (2000b, p. 31).

²⁰ Utilizaré 'vaguedad' para referirme a la vaguedad en sentido estricto, y utilizaré 'indeterminación' para referirme a vaguedad en sentido amplio.

²¹ Por ejemplo, Marmor considera necesario distinguir: "Vagueness should be distinguished from open texture [...] Even terms which are not vague are potentially so..." Marmor (2005, pp.

vemente a cada una de ellas para concluir esta primera parte destinada a precisar el problema respecto del cual pretendo analizar el funcionamiento de la tesis intencionalista.

3.1. Vaguedad

La vaguedad es la propiedad del significado de ciertos términos del lenguaje que impide establecer el límite a partir del cual el término es aplicable y antes del cual no lo es, como sucede, por ejemplo, con los términos "calvo" o "montón". Endicott señala que "la marca de la vaguedad es la aparente susceptibilidad de una expresión al 'principio de tolerancia' –el principio según el cual un pequeño cambio del objeto en un aspecto relevante para la aplicación de la expresión no puede hacer una diferencia con relación a la aplicación o no de la expresión".²² Por ejemplo: "Un grano de arena no es un montón de arena. Para cualquier número n, si n granos de arena no hacen un montón, entonces tampoco lo harán si se agrega un grano de arena más. Pero en este caso no será nunca posible obtener un montón, pues cada grano de arena adicional nos dejará sin un montón tal como nos dejó el grano anterior".²³

3.2. Textura abierta

La textura abierta es, en cambio, la propiedad del significado de un término en virtud de la cual pueden presentarse circunstancias excepcionales.

101-102). Sin embargo, la aceptación de la distinción no es unánime. No la comparte, al menos si la "open texture" es concebida como vaguedad potencial. Endicott: "I have defined 'vague' to apply to an expression if there are actual or possible borderline cases of its application. That stipulation seems to cost nothing, because no one has ever shown that the distinction has any consequences at all for jurisprudence. And, in fact, open texture and vagueness cannot be distinguished as properties of the meaning of expression by the contingency of whether there are actual borderline cases." Cfr. Endicott (2000b, p. 38). Más adelante intentaré distinguir entre vaguedad y textura abierta, sin concebir a esta última como vaguedad potencial.

²² Endicott (2000b, p. 33). Endicott llama "imprecision" a este sentido más estricto de vaguedad. Williamson prefiere no proporcionar una definición de vaguedad y, en cambio, propone un caso en que diríamos que un término es vago, por ejemplo, el término "anciano": "At some times, it was unclear whether Rembrandt was old. He was neither clearly old nor clearly not old. The unclarity resulted from vagueness in the statement that Rembrandt was old." Williamson (1994, p. 2).

²³ Philosophy Dictionary definition of vagueness, *The Oxford Dictionary of Philosophy*, Copyright © 1994, 1996, 2005 by Oxford University Press.

cionales para las cuales no existe una respuesta preestablecida que resuelva la aplicación del término en cuestión. La manera estándar de concebir la textura abierta es como vaguedad potencial. Sin embargo, parece más interesante resaltar, en lugar de sus semejanzas con la vaguedad, sus aspectos específicos. La textura abierta pone en evidencia el carácter incompleto de las descripciones empíricas, en el sentido que no es posible verificarlas de manera completa. Esto conlleva la imposibilidad de proporcionar un conjunto de condiciones necesarias y suficientes para la aplicación del término.²⁴ Así, la textura abierta se concibe como aquel tipo de indeterminación que se genera cuando se presentan casos de difícil clasificación, tal como el avenir de circunstancias inesperadas, nuevos descubrimientos o cosas con una combinación de propiedades inédita.²⁵ Por ejemplo:

El término “madre” no es vago, pero su textura abierta se revela cuando como consecuencia de desarrollos tecnológicos es posible distinguir entre la madre que produce el óvulo, la madre que lleva el feto a término y la madre que cría el bebé. No vale la pena preguntarse quién es la verdadera madre, simplemente porque el término no es adecuado para sugerir una solución en presencia de estas nuevas circunstancias.²⁶

Este fenómeno se debe, según Hart, a dos características de los usuarios del lenguaje. Por un lado, la relativa falta de conocimiento del futuro; por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, la relativa indeterminación de propósitos.²⁷

²⁴ Narváez resalta también la relevancia de la noción de incompletitud en la concepción que Waismann tiene de la textura abierta, quien introdujo (en versión alemana) la expresión: “La textura abierta se convierte en una de las razones que produce la deficiencia esencial que la descripción empírica comporta: que una descripción no pueda nunca verificarse concluyentemente.” Cfr. Narváez (2004, p. 225).

²⁵ Son casos en los que “[w]e have not settled, because we have not anticipated, the question which will be raised by the unenvisioned case when it occurs: [...] When the unenvisioned case do arise, we confront the issues at stake and can then settle the question by choosing between the competing interests in the way which best satisfies us. In doing so we shall have rendered more determinate our initial aim, and shall incidentally have settled a question as to the meaning, for the purposes of this rule, of a general word.” Hart (1994, p. 129).

²⁶ Philosophy Dictionary definition of open texture, *The Oxford Dictionary of Philosophy*, Copyright © 1994, 1996, 2005 by Oxford University Press.

²⁷ Cfr. Hart (1994, p. 128). “It is a feature of the human predicament (and so for the legislative one) that we labour under two connected handicaps whenever we seek to regulate, unambiguously and in advance, some sphere of conduct by means of general standards to be used without further official direction on particular occasions. The first handicap is our relative

Lo que me interesa resaltar es que la diferencia, entre vaguedad y textura abierta, reside entonces en la relevancia que la posición epistemológica del hablante, o de la comunidad de hablantes, posee respecto a la producción de la indeterminación.²⁸ En el caso de la vaguedad, la imprecisión del término no parece depender de la cantidad de conocimiento que posee la comunidad de hablantes, mientras que la textura abierta se presenta, precisamente, como un caso provocado por la incapacidad humana de conocer con anticipación todos los hechos futuros.²⁹

Las soluciones propuestas para enfrentar el problema que la indeterminación del lenguaje conlleva para la interpretación del derecho son varias. Por ejemplo, se ha sostenido que la vaguedad puede resolverse formulando una regla de segundo nivel.³⁰ Como adelanté, me ocuparé

ignorance of fact: the second is our relative indeterminacy of aim. If the world in which we live were characterized only by a finite number of features, and these together with all the modes in which they could combine were known to us, the provision could be made in advance for every possibility". Hart (1994, p. 129).

²⁸ En la actualidad se prefiere no anticipar en la definición de vaguedad el carácter epistémico o no de la imprecisión. Esto se debe a la relevancia adquirida por la teoría epistémica de la vaguedad. La importancia actual de esta teoría se deriva del hecho que, si acertada, podría proporcionar apoyo a la pretensión de extender el principio lógico de bivalencia al lenguaje ordinario. Cfr. Williamson (1994, pp. 4 y ss.). Sin embargo, me arriesgo a afirmar que, si la imprecisión en el caso de vaguedad es también consecuencia de insuficiencias epistémicas, ello no anularía lo que sigue. Pues en ese caso resultaría aplicable a la vaguedad, con adecuados ajustes, el análisis que haré con relación a la textura abierta.

²⁹ Los ejemplos citados parecen dar crédito a la distinción entre textura abierta y vaguedad y por lo tanto la conservaré. Sin embargo es posible reconstruir los casos de textura abierta de modo tal que la diferencia entre una y otra se haga difusa. Por ejemplo, puede afirmarse respecto del término "madre" que en los casos nuevos el fenómeno comparte ciertas propiedades con el caso conocido, pero posee otras que hacen dudosa la aplicación del término. El problema recaería entonces sobre la cantidad y relevancia de propiedades respecto a las cuales ambos fenómenos deben asemejarse o pueden diferenciarse para que la aplicación del término sea correcta. Bajo esta reconstrucción el problema se vuelve similar al que presentan los casos sometidos al principio de tolerancia y, en consecuencia, la textura abierta podría ser entendida como una especie de imprecisión. Hart parece advertir esta posibilidad cuando señala: "Faced with the question whether the rule prohibiting the use of vehicles in the park is applicable to some combination of circumstances in which it appears indeterminate, all that the person called upon to answer can do is to consider (as does one who makes use of a precedent) whether the present case resembles the plain case 'sufficiently' in 'relevant' respects." Hart (1994, p. 127).

³⁰ Cfr. Dworkin (1978, pp. 12-16). La regla de segundo orden establece el modo en que han de ser tratados los casos de vaguedad. Puesto de modo simple, la regla de segundo orden establecería que el término se aplica sólo si el caso es claro y, en consecuencia, que no se aplica si el caso es dudoso. Parafraseando a Dworkin, si como resultado de la vaguedad un enunciado del tipo "x es un automóvil usado" puede ser verdadero, falso o ni verdadero ni falso, la regla de segundo orden (una regla interpretativa o un "principio de legislación") podría simplemente

sólo de la tesis que defiende la posibilidad de solucionar los problemas de indeterminación recurriendo a la intención de quien ha formulado el texto. La discusión de esta tesis en el ámbito de la teoría general del derecho es amplia. En primer lugar no resulta claro cuál es el alcance que la tesis pretende tener, quizás como reflejo del hecho que, tal como he mencionado, tampoco existe acuerdo acerca del alcance de la indeterminación. Por un lado, la tesis intencionalista ha sido avanzada como una tesis (normativa) general sobre la interpretación, en cuanto propondría un criterio para establecer la corrección de todos los enunciados interpretativos. Según este punto de vista, la corrección del enunciado interpretativo depende del hecho que el significado atribuido coincida con el significado que le atribuyera el emisor, esto es, el legislador. Por otro lado, la tesis ha sido avanzada también como técnica interpretativa aplicable a los casos en los que el juez se encuentra frente a una dificultad interpretativa. Esto sucede, sobre todo, en los casos en que el lenguaje es indeterminado como consecuencia de la vaguedad o textura abierta de los términos utilizados.³¹ Pienso que no es necesario, y no creo encontrarme en condiciones de, resolver estos desacuerdos aquí. Quisiera sólo analizar si, y cómo, la tesis intencionalista permite resolver los casos de indeterminación producidos por estos dos rasgos del lenguaje, ya sea que se trate de una situación excepcional, ya sea que se trate de una situación común. Asimismo, quisiera analizar el funcionamiento de esta tesis con relación a la interpretación de los contratos. Ello se debe a que, me parece, las diferencias entre el contrato y la ley permiten analizar la tesis intencionalista sin tener que enfrentar ciertas objeciones que los filósofos del derecho le han dirigido.

indicar que, si el enunciado no es verdadero, entonces ha de ser tratado como falso. Esta regla solucionaría tanto los casos en que el enunciado es falso, como los casos en que el enunciado no es ni verdadero ni falso. Contra esta propuesta se ha objetado que no tiene en cuenta la posibilidad de una vaguedad de segundo orden, ya que no existe una línea neta que permita distinguir entre casos claros y casos discutibles de aplicación de un término. Cfr. Raz (1979, p. 73-4) y Endicott (2000b, p. 63-72).

³¹ Cfr. Marmor (2005, p. 121): "I have argued [...] that the existence of easy cases is made possible [...] by the fact that rules can often be simply understood, and then applied, without the mediation of interpretation. Hence, it will be presumed here that intentionalism, like any other interpretative strategy, pertains to the kinds of reasons judges should rely upon when deciding *hard cases*; that is, when the issue is not settled by the existing legal standards, and interpretation is required to determine the appropriate solution to the case."

4. Algunas objeciones contra la tesis intencionalista y la interpretación de los contratos

Antes de pasar al análisis de los problemas que las dos variedades de indeterminación del lenguaje ponen a la interpretación de los contratos, me referiré a cuatro objeciones a la tesis intencionalista que pretendo evitar tratando el caso de los contratos.

Una primera objeción sostiene que no existe algo como la intención del legislador. Esta afirmación ontológica se basa en el carácter colectivo de gran parte de los órganos parlamentarios actuales. Se ha sostenido que “es como mínimo dudoso que pueda reconocerse una ‘intención’ a un órgano colegial en el mismo sentido en que se habla de intención (o de voluntad) con relación a individuos singulares”.³²

Para responder a esta objeción, los defensores de la tesis intencionalista podrían intentar mostrar que existe algo como una entidad colectiva, y que esa entidad posee una intención de naturaleza similar a la intención de los individuos. Pero en este caso deberían enfrentarse a no pocas controversias ontológicas³³. En lugar de esta estrategia, el defensor podría intentar mostrar que existe una intención compartida, constituida por la suma no accidental de las intenciones, análogas, de cada uno de los legisladores.³⁴ Sin embargo, se suele observar que “sucede

³² Guastini (2004, p. 188) y Troper (2001, pp. 72 y ss. 9).

³³ Respecto de la atribución de intenciones a grupos Shapiro sostiene: “Two basic options present themselves. A shared intention might either be an intention in the mind of the group. Or it might be constituted by the individual intentions of the group members. Bratman rejects the first option, given the apparent metaphysical extravagance that comes with the postulation of group minds. He opts instead for a reductionist account which seeks to explain shared intentions as a complex of individual intentions.” Shapiro (2007a). Marmor defiende la posibilidad de atribuir intenciones a grupos sin que esto signifique asimilarlos a seres conscientes. Esto puede llevarse a cabo, a decir de Marmor, identificando los agentes relevantes del grupo cuya intención será considerada como la intención del grupo. Este procedimiento es un procedimiento extendido en ciertos ámbitos jurídicos como por ejemplo el societario. De todos modos, no puede decirse lo mismo de los órganos legislativos, donde incluso los principios democráticos impedirían este tipo de preferencias. Cfr. Marmor (2005, p. 122).

³⁴ La distinción entre la mera suma de intenciones e intención colectiva se encuentra también en Shapiro. Este autor señala que existen dos posibilidades para dar cuenta de las intenciones colectivas como agregado de intenciones individuales: “The intentions of each group member may refer either to their own actions in the shared activity (call these “singular” intentions) or to the group’s activity (call these “plural” intentions). According to the first option, our shared intention to cook dinner consists in my singular intention to do *my* part in cooking dinner and my wife’s singular intention to do *her* part in cooking dinner. On the second alternative, our shared

con frecuencia que un texto normativo no nazca de la voluntad (unilateral) de un único sujeto (institucional o político), sino que sea fruto de actividad ‘negocial’”.³⁵

En este último caso, la mejor respuesta disponible parece ser la de indicar las intenciones de la mayoría como determinantes de la intención colectiva. De todos modos las críticas no se detienen aquí.

La segunda objeción, estrechamente ligada a la anterior, sostiene que es común que quienes votan un proyecto legislativo posean intenciones distintas. “Todo texto normativo es siempre fruto de la colaboración de ‘sujetos’ distintos, individuales y colegiados [...] de modo tal que no es para nada claro quién haya de ser considerado el ‘autor’ de cada disposición individual y (aún menos) de la ley en su conjunto”.³⁶ La exigencia de comprobar la intención del legislador “presupone que todo documento normativo pueda ser reconducido de modo unívoco a un ‘autor’, y que constituye manifestación de su voluntad. Pero, naturalmente, existen no pocas dificultades para determinar quién sea el autor de cada texto normativo”.³⁷

Frente a ambas objeciones el contrato ofrece ciertas ventajas, pues no es común que se presenten dificultades para identificar las partes del acuerdo. Aún más, en los casos en que se tratase de personas jurídicas es posible indicar ciertas convenciones que permiten individuar la intención de algunos miembros, los representantes, como la intención de la persona jurídica. De este modo, se puede decir que el autor del texto se encuentra identificado en el caso de los contratos y que, en su caso, se trata de identificar la intención de individuos –llegando a un acuerdo en su propio interés o en representación de los intereses de otros.

Una tercera objeción, ahora epistémica, señala la dificultad de identificar y recolectar la prueba que, más allá del texto, es necesaria para establecer la intención del legislador. “De todos modos, con relación a la ley formal, parece natural pensar que la intención del legislador –aun cuando fuera posible conocerla– ha de establecerse a partir del estudio de los ‘trabajos preparatorios’, o sea de los actos parlamentarios”.³⁸

intention consists in my plural intention that *we* cook dinner and my wife’s plural intention that *we* cook dinner.” Shapiro (2007a).

³⁵ Guastini (2004, p. 189).

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Ibid.* (2004, p. 188).

³⁸ *Ibid.* (2004, p. 189).

Respecto a los contratos, existe en cambio una práctica interpretativa más estable. Más allá de las controversias existentes entre los juristas expertos en materia contractual, creo posible afirmar que la interpretación del contrato es comúnmente concebida como la actividad tendiente a averiguar el significado del acuerdo alcanzado por las partes,³⁹ y que ello ha conducido a un extenso análisis tanto del concepto de intención de las partes, como de los métodos para conocerla. Asimismo los distintos textos normativos, en su mayoría, incluyen previsiones acerca de la relevancia de la intención de las partes contrayentes para esa actividad, como así también acerca de los elementos relevantes para la identificación de la intención.⁴⁰

Finalmente, una cuarta objeción, sostiene que no existen razones que obliguen al juez a seguir la intención del legislador, aun cuando esta pueda ser identificada. Este tipo de crítica se dirige contra los intentos de justificar la deferencia a la intención del legislador con argumentos que apelan al valor democrático de una decisión del parlamento, en cuanto representante de la mayoría, o con argumentos que apelan a la legitimidad de la decisión de la autoridad, en cuanto se encuentra en una posición epistemológica privilegiada.⁴¹ La intención de los contrayentes adquiere en cambio mayor relevancia en el caso de los contratos, ya que gran parte de las legislaciones modernas consagra el principio de autonomía contractual o autonomía de la voluntad. De acuerdo a este principio las personas son libres para contratar y libres para fijar el contenido del acuerdo, al cual quedan obligados tal como si se tratara de una ley.⁴² En todo caso, no ingresaré en esta discusión,

³⁹ Cfr., por ejemplo, Janko (2006-2007, p. 604): "Interpretation is the process of determining the meaning that parties attach to their bargained-for language".

⁴⁰ Más abajo volveré sobre estas afirmaciones.

⁴¹ Este parece ser el punto de vista de Marmor. Cfr Marmor (2005, pp. 134 y ss). Tal como señala Lifante Vidal, este autor restringe tanto la justificación del recurso a la intención del legislador que termina por limitarla a casos en "los que la legislatura es correctamente calificada como experta sobre el tema particular que ha promulgado, y hasta el punto en que lo sea en relación con sus sujetos". Cfr. Lifante Vidal (1999, p. 189).

⁴² Que el principio de la autonomía de la voluntad exija al intérprete deferencia a la intención de las partes es consecuencia de las dos maneras en que se basa su justificación. En primer lugar, se considera valioso que los mismos individuos se den sus propias normas, de manera tal que ninguna de las partes quede sometida a una obligación que no acordó asumir y se respetando su libertad individual. En segundo lugar, se estima útil que los individuos puedan regular supuestos particulares cuya previsión exhaustiva resultaría imposible, o al menos engorrosa, para el legislador. Cfr. Aparicio (1997) y Messineo (1948). Una interpretación 'objetiva' del contrato que,

por lo que no intentaré ofrecer razones que justifiquen el recurso a la intención de las partes; mi trabajo se concentrará únicamente en verificar el funcionamiento de la tesis intencionalista.

Asumiendo entonces que en el caso de los contratos estoy eximido de afrontar en detalle las objeciones señaladas paso entonces al abordaje de la cuestión que me trajo hasta este punto.

5. La intención de las partes frente a la indeterminación del contrato

En este punto conviene precisar cuál es el alcance de la tesis intencionalista, tal como la he presentado, con relación ahora a la interpretación de los contratos. A tal fin será de utilidad traer a colación, si bien brevemente, elementos de la teoría contractual. Suele afirmarse que el objeto de la interpretación es el contenido normativo del contrato.⁴³ Ahora bien, la determinación de la existencia y el contenido de un acuerdo entre dos o más personas no es una tarea sencilla.⁴⁴ Comúnmente se distingue entre acuerdos expresos y acuerdos tácitos. Dentro de los acuerdos expresos se distingue a su vez entre acuerdos manifes-

sobre la base de criterios de justicia, imponga al contrato un contenido razonable o justo, pero alejado de la intención de las partes, conllevaría dos consecuencias negativas. En primer lugar, resultaría afectada la libertad individual ya que los individuos quedarían sujetos a obligaciones que no consintieron. En segundo lugar se desalentaría la práctica contractual ya que las partes no tendrían certeza acerca de los compromisos que asumen. Existen, claro, posiciones encontradas acerca de estas afirmaciones. Por ejemplo Langille y Ripstein parecen estar de acuerdo acerca de la incompatibilidad entre una interpretación 'objetiva' y el respeto de la intención de las partes. Cfr. Langille y Ripstein (1996, p. 67-68). Contra Valcke (2005). De otro lado se ha afirmado que imponer a las partes obligaciones que no pretendieron asumir no va en contra del espíritu del derecho contractual, sino que, en cambio, hacerlo es necesario para facilitar la actividad contractual. Cfr. Endicott (2000a, pp. 169-70). Finalmente existen posturas que niegan la relevancia de la autonomía de la voluntad para el derecho contractual moderno. Cfr. Atiyah (1979) y Alpa (1990, p. 128).

⁴³ Por ejemplo, cfr. Valcke (2009, p. 79), donde afirma que la interpretación contractual consiste en: "the task of determining the normative content of a contract". Es decir que ha de distinguirse entre, por un lado, el mero contenido del acuerdo y, por otro lado, la parte de ese contenido que merece la protección del ordenamiento, es decir, que posee fuerza normativa.

⁴⁴ Tratándose de contratos es común distinguir entre la tarea de establecer si un contrato existe, por un lado, y la tarea de determinar, en su caso, el contenido normativo del contrato, por otro lado. Cfr. Valcke (2009, p. 79). Si bien la intención juega un papel relevante en ambos procesos, sólo me ocuparé aquí de su relevancia para la segunda tarea señalada y a la que denominaré interpretación contractual.

tados sólo verbalmente y aquéllos formulados mediante un texto.⁴⁵ Por lo general se considera que existe un acuerdo cuando ha tenido lugar una manifestación (oral o escrita) en tal sentido, mientras en el resto de los casos es necesario prestar atención a otros tipos de comportamiento de los sujetos involucrados. Las teorías acerca de la identificación del contenido contractual suelen discutir precisamente acerca de cómo determinar el contenido normativo de ese acuerdo. En principio estos distintos puntos de vistas se dividen entre aquellos enfoques subjetivistas y aquellos enfoques objetivistas. Los primeros afirman y los segundos rechazan que el contenido normativo del contrato ha de ser determinado según, o bien las intenciones de las partes, o bien el significado que las partes le atribuyeron a su acuerdo.⁴⁶ Lo que me interesa aquí resaltar es que el análisis de la tesis intencionalista que propongo llevar a cabo en este trabajo no se inserta en ese debate. No se trata de defender la tesis intencionalista con relación a la determinación del contenido normativo del contrato, sino de medir su rendimiento como solución a casos de indeterminación del contenido contractual. En particular cuando, tratándose de contratos formulados por escrito, se presentan nuevamente cuestiones relativas a la interpretación de un texto. En estos casos los problemas pueden provenir, como en la ley, de las dos formas de indeterminación del lenguaje a las que me he referido. Frente a un contrato que contenga un término de significado vago o caracterizado por textura abierta el juez se encuentra con el problema que el texto no es suficiente para individualizar el contenido del acuerdo al que han

⁴⁵ La doctrina aclara que “existe una ‘declaración expresa’ si la voluntad es exteriorizada con medios lingüísticos [...], se tiene, en cambio ‘manifestación tácita’ si ella es llevada a cabo con un comportamiento que sea objetivamente unívoco y concluyente, es decir, un comportamiento distinto de la palabra y del escrito y sin embargo capaz de provocar la convicción que el autor, al hacerlo, haya querido manifestar una voluntad ‘contractual’”. Criscuoli (1996, p. 28). Cfr. también Sangermano (2007, p. 91). Las condiciones para la existencia de un contrato son, claramente, más numerosas incluyendo, entre otras, la capacidad de contratar, la existencia de una causa y de un objeto determinado.

⁴⁶ Cfr. Janko (2006-2007, p. 601). La distinción puede advertirse también en el trabajo de Valcke (2009, p. 113). Sin embargo, esta aparente diferencia puede terminar colapsando una vez que se precisan los mecanismos para determinar el significado atribuido por las partes. Así, de ambos lados se ha caracterizado el “contenido” del contrato de manera muy distintas, ya sea como el significado del acuerdo al que llegaron las partes, como el significado del texto, como el contenido de las mentes de las partes, como aquello que personas razonables e informadas habría acordado, etc. Para una lista más extendida cfr. Langille y Ripstein (1996, pp. 65-69). La misma diversidad de respuestas se presenta con relación a los distintos modos de entender el significado del texto del contrato.

Ilegado las partes. En el caso de la vaguedad, porque el término elegido por las partes es impreciso. Así, por ejemplo, si el objeto de una compraventa resulta descrito como “automóviles usados” pueden surgir casos en los que resulte difícil precisar si satisfacen o no la descripción. En el caso de la textura abierta, porque el caso que el juez tiene en frente posee ciertas propiedades excepcionales que vuelven dudosa la aplicación del término.⁴⁷ La distribución de los riegos de un contrato suele verse afectada por casos inesperados o situaciones imprevistas,⁴⁸ es posible que algunos de esos casos produzcan una indeterminación de este último tipo. Por ejemplo, nuevos desarrollos industriales podrían afectar la aplicación de la cláusula, incluida en un contrato de seguro de vida, que establezca la exención de responsabilidad del asegurador cuando el fallecimiento del asegurado se produzca en virtud de la manipulación negligente de un arma.

Para iniciar el análisis del modo en el que la intención de las partes puede ser utilizada para solucionar estos supuestos de indeterminación, retomaré una distinción hecha con relación a la intención del legislador y la aplicaré al caso de las partes de un contrato.⁴⁹ En este sentido, es posible distinguir entre la intención como aquello que las partes querían decir con el texto (intención con relación al significado) y la intención como aquello que las partes querían hacer utilizando ciertas palabras (intención como fin).⁵⁰ Respecto de la intención con relación al significado es posible formular una distinción adicional. Si se conci-

⁴⁷ La intención de las partes no es, claramente, el único, ni tampoco necesariamente el principal, recurso a disposición de los jueces en casos de indeterminación. Los jueces podrían recurrir a los distintos métodos interpretativos, cuando ellos sean adecuados, como también podría intentar atribuir al texto otro significado distinto del convencional, como por ejemplo el que a los términos atribuye el grupo de hablantes al cual eventualmente pertenezcan las partes. Cfr. Janko (2006-2007, p. 643).

⁴⁸ “Many of the leading cases in contract law involve what are alleged to be unassigned risks. Some are comparatively minor, and present small gaps to be filled as they arise. Others are major, and are said to frustrate the very purposes of the contract.” Langille y Ripstein (1996, pp. 64-65).

⁴⁹ Para una lista extendida de los distintos sentidos en que puede entenderse “intención” en la pregunta “¿Cuál era la intención del legislador?” véase MacCallum (1993, p. 5). Las distinciones posibles acerca de la intención no se agotan con las formuladas en ámbito de teoría de la interpretación, por ejemplo Lifante Vidal (1999, pp. 183-186), se refiere a una de las distinciones llevadas a cabo en filosofía de la acción.

⁵⁰ Cfr. por ejemplo Guastini (2004, p. 152), quien distingue entre lo que el legislador quería decir y lo que quería hacer; y MacCallum (1993, pp. 6-10), quien se refiere a la distinción entre intención como *intended meaning* y como *purpose*.

be a las partes como intentando, a través del texto, expresar su acuerdo, entonces es posible atribuirles una intención mínima consistente en usar el significado convencional del texto para transmitir sus intenciones. En este sentido la intención de las partes se limita a aquella expresa por el significado convencional de los términos utilizados. Si esto fuera todo lo que se puede responder frente a la pregunta por la intención, entonces aquí terminaría la discusión sobre la posibilidad de que la intención resuelva problemas de indeterminación, ya que por hipótesis el significado del texto es indeterminado y por lo tanto también lo será la intención de las partes.⁵¹ Sin embargo, además de esta intención en sentido mínimo, las partes pueden tener una intención acerca de la aplicación correcta de los términos usados en el texto (intención aplicativa) y que no necesariamente coincide, aunque claramente ha de existir un área de superposición, con el significado convencional.⁵²

Por último las intenciones como fin consisten en aquello que las partes pretendían obtener a través del contrato, sus objetivos o los efectos que buscaban provocar.

De los tres tipos de intención que he distinguido, a saber, intención en sentido mínimo, intenciones aplicativas e intención como fin, sólo las dos últimas, dado que no coinciden necesariamente con el significado convencional del texto, pueden ser de ayuda al intérprete.⁵³ Si ello es así, entonces es posible que, aun siendo impreciso el significado del

⁵¹ Esta es la conclusión a la que, respecto de la interpretación de la ley, llega Raz, quien defiende la “Authoritative Intention Thesis” apoyada en la idea de intención mínima. “The Authoritative Intention Thesis is crucial for the legitimation of legislation. An enactment which is not interpreted as it was meant or intended to be cannot rest on the authority of the legislature [...]. But The Authoritative Intention Thesis is no use as an aid to, or method of interpretation.” Raz (1996, p. 271).

⁵² Marmor distingue entre *further intentions* y *application intentions*. las primeras se refieren a aquello que el legislador pretendía obtener (o evitar) sancionando la ley, las segundas a aquello que el legislador consideraba una aplicación correcta de la ley. Cfr. Marmor (2005, pp. 127 y ss.): “Apart from their various aims in enacting a given law, legislator often have certain intentions or expectations as to the proper application of the law they have enacted.”

⁵³ Obviamente que la discusión puede seguir sólo si asumimos un cierto optimismo acerca del alcance de la profundidad intencional de las partes. Alf Ross llama, usando expresiones de Arne Naes, *definiteness of intention* o *intentional depth* al conjunto de posibilidades que el autor del texto se representó con relación al caso en cuestión. Cfr. Ross (1958, p. 120). Como sabemos, es siempre posible que se presenten circunstancias excepcionales y con frecuencia sucederá que el autor no las haya previsto, en este caso no habrá intención que sea de ayuda. Incluso, como vimos, la profundidad intencional es necesariamente limitada pues es imposible que los seres humanos logren anticipar todos los casos futuros posibles. Cfr. Hart (1994, p. 128).

texto las partes tengan una intención que lo precisa, o que, tratándose de un caso extraordinario respecto del significado ordinario, el mismo se encuentre cubierto por la intención de las partes. Cuando la imprecisión afecta el significado ordinario del término, la llamaré *vaguedad semántica*, y llamaré *vaguedad intencional* a la imprecisión en la intención aplicativa de las partes. Distinguiré de igual manera entre *textura abierta semántica* y *textura abierta intencional*.

Creo que la intención de las partes no ofrece mucha ayuda en el caso de la vaguedad semántica. En primer lugar, porque aun cuando las partes hayan fijado intencionalmente un límite, la imprecisión se trasmite inevitablemente a éste.⁵⁴ En segundo lugar, porque parece bastante difícil encontrar casos en los que la vaguedad semántica no coincida con la vaguedad intencional. Ello en cuanto, como ya ha sido señalado antes, cualquiera sea el límite que pretenda precisar la aplicación del término, la diferencia entre el último caso de aplicación y el primer caso de no aplicación es ínfima. Por lo que resultaría extraño que las partes privilegién tanto la certeza y que, a pesar de ello, no lo hayan plasmado en el texto del acuerdo. Además, la ausencia de otras razones que permitan justificar una decisión acerca del límite es lo que hace que tampoco resulten relevantes las intenciones como fin.

En cambio, la situación parece ser distinta en casos de textura abierta semántica. Parece posible imaginar una situación en la que, aún siendo el caso sorprendente respecto al significado convencional del término, haya sido intención de las partes aplicar (o no) el término a ese caso. La intención aplicativa podría de este modo ofrecer al intérprete una ayuda para solucionar la indeterminación. También la intención como fin podría ofrecer una respuesta según que la aplicación (o no) del término sea necesaria para la consecución del fin que las partes perseguían al formular el acuerdo.

Podemos ahora concluir que la intención parece proporcionar una ayuda al juez para resolver casos de textura abierta semántica.⁵⁵

⁵⁴ Pues siempre podrá alegarse vaguedad de los términos utilizados para expresar el nuevo límite. Por ejemplo si quisieramos limitar la vaguedad del término "calvo" estableciendo la cantidad mínima de cabellos que impiden la aplicación del término, la vaguedad podría ser alegada del término "cabello": ¿qué es un cabello, qué largo ha de tener, qué color, ha de ser saludable?

⁵⁵ He omitido aquí referirme a la cuestión normativa acerca de si la intención es un recurso disponible sólo cuando hay coincidencia entre las partes ("encuentro de las mentes") o si, en su caso, cuál es la parte cuya intención ha de prevalecer. Cfr., por ejemplo, Valcke (2009, pp. 644-

6. Determinación de la intención de las partes

Investigando acerca de la aplicación de la tesis intencionalista a la interpretación de los contratos he concluido que el recurso a la intención parece servir para resolver los casos de textura abierta semántica, pero no los de vaguedad semántica. Llegados a este punto será necesario entonces identificar las intenciones de las partes del contrato. Esta investigación exige precisar, no tanto los distintos sentidos en que se puede tener intención de *P* como hice en la sección precedente, si no qué es lo que ha de buscarse si se pretende encontrar la intención de las partes. Una precisión tal no es sin embargo sencilla. Ya hemos asumido que el texto del acuerdo, siendo por hipótesis indeterminado, no será de ayuda para conocer la intención.⁵⁶ En el caso de la interpretación de los contratos, y frecuentemente restringiendo su aplicación a casos de falta de claridad en el texto, muchos ordenamientos incorporan como criterio la conducta de las partes, anterior, concomitante y posterior a la conclusión del acuerdo.⁵⁷ Esta aparente uniformidad de textos normativos no ha impedido que los juristas elaboren propuestas diferentes.

Si bien los desarrollos teóricos en este sentido se han producido con relación a la determinación del contenido normativo del contrato, no veo inconvenientes en utilizarlos para caracterizar la búsqueda de la intención en el caso menos ambicioso de la tesis intencionalista. Existen al respecto, en la dogmática contractual, dos distinciones bastante extendidas, que a veces son concebidas como superpuestas, pero que creo es necesario mantener separadas. Por un lado, es común distinguir entre la voluntad objetiva (o reglamentaria) del contrato y la voluntad

650) quien propone, sobre la base de sus investigaciones lingüísticas, que la parte cuya intención ha de prevalecer es la que “recibe” el texto del acuerdo.

⁵⁶ Ello no quiere decir que siendo claro el significado del texto (si se admite esta posibilidad), esto sea ya suficiente para individuar la intención de las partes.

⁵⁷ El artículo 1362 del Código civil italiano al referirse a la determinación de la común voluntad dispone que debe evaluarse el comportamiento de las partes en su conjunto incluso el posterior a la conclusión del contrato. El “incluso” es interpretado en el sentido que además debe tenerse en cuenta el comportamiento anterior y concomitante. El Código de Comercio Argentino dispone igualmente en el artículo 218 que: “Siendo necesario interpretar la cláusula de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes: [...] 4º Los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato; [...]”

psicológica (o interna) de las partes.⁵⁸ Por otro lado, es también común distinguir entre la voluntad declarada o llevada al exterior y la voluntad interna o psicológica que permanece en la intimidad del sujeto. La aparición de "psicológica" e "interna" en ambos pares es lo que puede impulsar a superponer ambas distinciones.

Ahora bien, cuando se dice que la voluntad contractual no es la misma cosa que la voluntad psicológica es necesario aclarar si "psicológica" se refiere sólo a la voluntad que ha quedado en la intimidad,⁵⁹ o si se refiere también a la voluntad de los contrayentes que ha sido exteriorizada, esto es, que ha sido declarada. Una cuestión diferente es determinar si sólo la voluntad exteriorizada (ya sea de modo intencional o deducible del comportamiento, se trate de actos lingüísticos o no) es compatible, en cuanto cognoscible, con el respeto de la autonomía de la otra parte. Lo que en este caso se rechazaría como elemento de la voluntad contractual es la intención no exteriorizada, aquella que ha quedado en la intimidad.

Por ello creo necesario distinguir entre dos modos de entender la intención de las partes. Por un lado, el punto de vista según el cual la intención consiste en un estado mental en el que efectivamente se encontraban las partes al momento de contratar.⁶⁰ Por otro lado, la posición que concibe la intención de las partes como algo que depende de una combinación de estados de las partes y de estados del mundo.⁶¹

⁵⁸ Por ejemplo, Valcke señala la distinción, en derecho francés, entre el sentido subjetivo ("what the parties actually intended") y el sentido objetivo ("what the parties might, or ought to, or could reasonably have intended") de intención contractual. Cfr. Valcke (2009, pp. 88-9).

⁵⁹ Por ejemplo Criscuoli afirma que "La volontà contrattuale non coincide con la volontà psicologica (o interna) dei singoli contraenti". Criscuoli (1996, p. 340).

⁶⁰ Cfr. Janko (2006-2007, p. 637-8), quien entiende el contrato como el resultado de un proceso de comunicación: "In terms of speech circuit, communications is a process of several steps: a sender associates an acoustic image with a concept in the brain to form a sign, the brain sends an impulse to the organs of phonation, sound waves are transmitted to the receptor (or recipient), the receptor's ear sends an acoustic image to the brain, and in the brain, the acoustic image is associated with the corresponding concept". También, criticándola, Langille y Ripstein (1996, p. 63): "A prominent view of contract law supposes that, in understanding agreements, we must look into the minds of the parties making them. The terms of the agreement must be represented in the minds of the contractors in all of their detail."

⁶¹ Cfr. Langille y Ripstein (1996, p. 74-5): "Meaning is always found in the common space between speaker and interpreter. Speaker and interpreter meet on the common ground they occupy, in which each is able to take the other to be saying largely true and plausible things, and to have largely comprehensible goals."

Para avanzar me parece necesario proponer una estipulación terminológica para dar cuenta de las distinciones mencionadas. Para distinguir entre, por un lado, la intención efectiva de las partes y, por otro lado, la intención de una persona razonable informada de las circunstancias (u otros modos de concebir la denominada intención objetiva), propongo las expresiones “intención de las partes” e “intención del buen contratante”, respectivamente. Para distinguir entre dos modos de concebir la intención de las partes, a saber, como un estado mental o psicológico interno de cada una de las partes, o como una combinación de estados de las partes y estados del mundo, propongo las expresiones “concepción internista” y “concepción externista” de la intención de las partes, respectivamente.

En todo caso, es la intención de las partes la que desempeña el papel fundamental en el funcionamiento de la tesis intencionalista. Es necesario entonces proporcionar un relato acerca de cómo es posible identificar esa intención. Como adelanté, suelen distinguirse dos métodos de interpretación de los contratos, uno objetivo y otro subjetivo. Creo que la dificultad para distinguir entre voluntad interna, voluntad exteriorizada, y la denominada voluntad objetiva, que he señalado más arriba, ha contribuido a una formulación de la distinción entre interpretación subjetiva e interpretación objetiva que, me parece, puede llevar a confusiones adicionales. Sobre todo porque se ha considerado que cualquier noción de interpretación subjetiva hará referencia a la voluntad interna, no exteriorizada de las partes. Consecuentemente, ha sido común identificar la utilización de métodos objetivos de interpretación con la interpretación no psicológica. Pienso, en cambio, que es posible distinguir entre métodos objetivos de *interpretación subjetiva*, por un lado, y métodos de interpretación objetiva (función social, función económica, etc.) por el otro. El método objetivo de interpretación subjetiva por excelencia es el análisis del comportamiento de las partes, ya sea que haya resultado en otros textos, ya sea acciones no lingüísticas. Este criterio es todavía compatible tanto con la concepción internista como con la concepción externista de la intención de las partes.

Estos problemas también han sido abordados en el ámbito de la filosofía de la mente. Tradicionalmente la intención ha sido concebida como una combinación de dos elementos, una creencia y un deseo. Bajo esta perspectiva la intención de decir o hacer A, equivale al conjunto formado por el deseo de decir o hacer A y la creencia que a través

de ciertas palabras o movimientos sea posible decir o hacer A. Sin embargo, este modo de concebir la intención no es unánime.⁶² Hay autores que consideran la intención un estado mental no reducible a creencias o deseos.⁶³ No creo estar en condiciones de efectuar un repaso por todos y cada uno de los modos de concebir los estados mentales, si bien creo que algunas tesis de la indeterminación del significado están comprometidas con un cierto modo de entender los estados mentales, lo que reduciría la extensión de una investigación tal.

El debate teórico en filosofía de la mente y en las ciencias cognitivas es apasionante porque, a pesar de los argumentos conceptuales que hacen dudar de la potencialidad explicativa de la ciencia en este campo,⁶⁴ si los científicos lograran proporcionar una teoría de los estados mentales y de su contenido que permita identificarlos de manera independiente al comportamiento, por ejemplo a través de estados del cerebro, sería un descubrimiento revolucionario.⁶⁵ Y es obvio que si lo consiguiera ello significaría un cambio radical en nuestra manera de comunicarnos y de comprender el comportamiento de los demás.

Es de imaginar que en este escenario los contratos no se concluirían sólo suscribiendo un texto, sino también acompañando un certificado médico de los estados mentales de las partes. Probablemente, siguiendo con el relato bradburiano, este método de contratación adquiriría una importancia preponderante y el uso del texto resultaría finalmente abandonado. No obstante, no es fácil imaginar de qué manera este modo podría eliminar los problemas de indeterminación, pues el señalamiento de los estados mentales, ya sea en un certificado médico, deberá llevarse a cabo en algún lenguaje. El juez (¿existirían todavía jueces?) deberá por lo tanto interpretar este lenguaje y, de nuevo, surgirán problemas de indeterminación. Sólo en el remoto caso que la ciencia

⁶² Cfr. Mele (1997, p. 17).

⁶³ Por ejemplo, Bratman propone un abordaje en el cual la intención es concebida como un estado psicológico con un rol causal diverso al rol causal de otros estados mentales tales como creencias o deseos. Siendo el rol causal aquello que identifica cada estado mental, la intención es entonces un estado mental específico. Cfr. Bratman (1987, pp. 9-13).

⁶⁴ Un tratamiento de varios de esos argumentos, con propuestas para afrontarlos, puede verse, por ejemplo, en Dennett, D. (2005), *Sweet Dreams (Philosophical Obstacles to a Science of Consciousness)*, The MIT Press, Cambridge.

⁶⁵ Las teorías materialistas de los estados mentales tienen precisamente la pretensión de llevar a cabo este programa. Para un resumen meditado de las teorías existentes en el ámbito de la filosofía de la mente ver Poggi, F., (2007), "Tra anima e corpo", en *Materiali per una storia de la cultura giuridica*, XXXVII, 1, pp. 161-188.

logre descubrir un método, gracias al cual el juez pudiera experimentar los mismos estados mentales de los contrayentes, sería probable que esta indeterminación resulte eliminada.

En todo caso, mientras que los estados neuronales u otros estados físicos candidatos no sean más conocidos y accesibles a la inspección, el modo de conocer los estados mentales ajenos continuará siendo, preponderantemente, el examen del comportamiento. Pero en este caso nos encontramos otra vez frente a una dificultad para el juez que deseé, y deba, resolver una indeterminación. La dificultad proviene del hecho que el comportamiento, criterio que parece funcionar en los casos ordinarios, no permite atribuir estados mentales de manera definitiva. La observación de la conducta de las partes, incluso la conducta verbal, sobre la cuál el juez pretenda basar la atribución de una intención (aplicativa o como fin) no implica lógicamente la existencia de una única intención. Un mismo comportamiento puede ser de hecho manifestación de intenciones diversas y, del mismo modo, la misma intención puede manifestarse mediante comportamientos diferentes.⁶⁶ Por ejemplo, podemos imaginar a un hombre, Joaquín, sentado a la mesa de un bar, que levanta su brazo. En este caso, le podemos atribuir intenciones diversas, tales como saludar a un amigo o llamar al camarero. El movimiento del brazo es compatible con ambas intenciones. Incluso es compatible con la ausencia misma de la intención de levantar el brazo, pues bien podría tratarse de un movimiento reflejo. Seguramente observando la conducta sucesiva de Joaquín y ciertos elementos del contexto podremos descartar algunas de estas atribuciones en beneficio de otras, pero la nueva conducta permitirá a su vez formular más de una hipótesis acerca de su intención, y así sucesivamente.⁶⁷

Este carácter abierto de las atribuciones de intenciones es señalado por dos filósofos con visiones encontradas acerca de la acción, tales como Davidson y Von Wright, y que podríamos considerar, en un arriesgado paralelo, como representantes de la concepción externista y

⁶⁶ Cfr. von Wright (1985, p. 36): "The observations on behaviour (including verbal responses) on the basis of which we attribute to an agent a certain reason for action do not logically entail the existence of the reason".

⁶⁷ Cfr. von Wright (1985, p. 34): "I see the agent's hands and arms go through certain movements manipulating a lock with a key. What is the agent doing? Unlocking the cupboard? This is one possibility. Or trying to see whether he can open it? [...]. Or checking whether the key fits the lock?. [...] These are other possibilities. In order to know which of these actions the agent is performing, if any, we must know what he intended or 'meant' by his behaviour."

de la concepción internista, respectivamente, de la intención de las partes. Davidson⁶⁸ sostiene que la atribución de actitudes y conducta intencional es susceptible de ser constantemente modificada en virtud de aquello que puede ser descubierto en el futuro. Pues la actitud atribuida se inserta en, y depende de, el sistema total de los estados mentales del agente.⁶⁹ Por ejemplo, un modo de determinar si un individuo posea la creencia “Hay vida en Marte” podría consistir en verificar si responde “Sí” a la pregunta “¿Hay vida en Marte?” Esto mostrará que posee esa creencia sólo si entiende el español, si produjo el sonido “Sí” de manera intencional, si la preferencia fue una respuesta a los sonidos percibidos como significando algo en español, etcétera.⁷⁰ En igual sentido Von Wright, desde una perspectiva diversa, sostiene que la manera de establecer la intención del agente y en general sus actitudes intencionales consiste, por un lado, en relevar aquello que el agente mismo declara a través de respuestas verbales a determinadas preguntas. Pero, por otro lado, suele resultar también necesario investigar en su historia pasada y su conducta posterior a la acción. Debido a esto, según Von Wright, la existencia de una actitud intencional no es algo que pueda ser identificado mediante referencia a la verificación de un estado de cosas determinado o al acaecimiento de un cierto proceso.⁷¹

La atribución de una intención es un proceso abierto y es, otra vez, el juez quien debe decidir que intención atribuir.

7. Conclusión

En la primera parte he intentado presentar el problema de la indeterminación. En ciertos casos este problema se produce debido a que las reglas del lenguaje no son suficientes para proporcionar al juez to-

⁶⁸ Son los mismos Langille y Ripstein, defensores de la aquí denominada concepción externista de la intención de las partes, quienes se apoyan en los puntos de vista de Davidson para defender su propuesta teórica. Cfr. Langille y Ripstein (1996, pp. 72-5).

⁶⁹ Davidson apoya esta conclusión en el carácter holista de lo mental y en la necesidad de utilizar un principio de racionalidad en la atribución. Cfr. Davidson (1980b, p. 231).

⁷⁰ Tomo el ejemplo de Davidson (1980a, p. 217), quien lo utiliza para mostrar las dificultades del “definitional behaviourism”.

⁷¹ Von Wright (1985, p. 36). Lo dice también con las siguientes palabras: “To understand behaviour as intentional. I shall say, is to fit it into a ‘story’ about an agent.” Von Wright (1983, p. 42).

dos los criterios necesarios para decidir un caso. Para decidir un caso el juez necesita reglas que le permitan identificar *un* significado y no es suficiente que las reglas del lenguaje le permitan establecer que el texto es compatible con los significados $S_1, S_2, S_3, \dots, S_n$. Se ha pretendido encontrar en la intención del autor del texto el criterio para superar esta indeterminación. Analizando esta propuesta con relación a la interpretación del contrato he argumentado que el juez puede, bajo ciertas condiciones, recurrir a la intención aplicativa y a la intención como fin para resolver problemas de textura abierta semántica. Sin embargo, he intentado mostrar que el juez se encontrará nuevamente con el problema inicial. Esta dificultad es consecuencia del hecho que la identificación de la intención se lleva a cabo a través del comportamiento y la interpretación del comportamiento no es unívoca. Nos encontramos frente al problema del carácter abierto de la interpretación de la conducta. En definitiva parece que tampoco el recurso a la intención del emisor del texto proporciona al juez una solución única. Si las cosas están así, entonces el carácter abierto de los enunciados interpretativos subsiste incluso en una perspectiva intencionalista.

Bibliografía

- Alpa, G., (1990), *I contratti in generale*, UTET, Torino.
- Aparicio, J., (1997), *Contratos. Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires.
- Atiyah, P., (1979), *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford.
- Bouvier, H., (2005), "Particularismo y generalismo. Un análisis de las tensiones entre racionalidad narrativa y subsuntiva en el ámbito teórico y jurídico", en *Analisi e diritto*, 2004, pp. 23-51.
- Bratman, M., (1987), *Intention, Plans, and Practical Reason*, Harvard University Press, Cambridge.
- Bulygin, E., (2006), *El positivismo jurídico*, México, Fontamara. Los números de página corresponden a la traducción italiana de Chias-

- soni, P., Guastini, R., y Ratti, G., (2007), *Il positivismo giuridico*, Giuffrè, Milano.
- Caracciolo, R., (2001), "Realismo moral vs. positivismo jurídico", en *Analisi e Diritto*, 2000, pp. 37-44.
- Criscuoli, G., (1996), *Il contratto*, Cedam, Padova.
- Davidson, D., (1980a), "Mental Events", en *Essays on Actions and Events*, Clarendon Press, Oxford, pp. 207-225.
- _____, (1980b), "Psychology as Philosophy", en Davidson, D., *Essays on Actions and Events*, Clarendon Press, Oxford, pp. 229-239.
- Dworkin, R., (1978), "No Right Answer?", *New York University Law Review*, 53, pp. 1-32.
- _____, (1986), *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge MA.
- Endicott, T., (2000a), *Objectivity, Subjectivity and Incomplete Agreements*, en Horder, J. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, p. 155-171.
- Endicott, T., (2000b), *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Nueva York.
- Guastini, R., (2004), *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano.
- _____, (2010 [2008]), *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Moreno Cruz, D. (trad.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Hart, H.L.A., (1994), *The Concept of Law*, 2da ed., Bulloch, P.A. y Raz, J. (eds.), Clarendon Press, Oxford.
- Janko, J., (2006-2007), "Linguistically Integrated Contractual Interpretation: Incorporating Semiotic Theory of Meaning-Making Into Legal Interpretation", *Rutgers Law Journal*, 38, pp. 601-653.
- Langille, B. y Ripstein, A., (1996), "Strictly Speaking – It Went Without Saying", *Legal Theory*, 2, pp. 63-81.
- Leiter, B., (2001), "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered", en *Ethics*, 111, 2, pp. 278-301.
- Lifante Vidal, I., (1999), "Interpretación y modelos de Derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica", *Doxa*, 22, pp. 171-193.

- MacCallum, G., (1993), "Legislative Intent", en MacCallum, G., *Legislative Intent and Other Essays on Law, Politics, and Morality*, The University of Wisconsin Press, Madison, pp. 3-35.
- Marmor, A., (2005), *Interpretation and Legal Theory*, 2a. ed. [1992], Hart Publishing, Oxford-Portland.
- Mele, A., (1997), "Introduction", en Mele, A. (ed.), *The Philosophy of Action*, Oxford University Press, New York, pp. 1-26.
- Messineo, F., (1948), *Dottrina Generale del Contratto*, Dott. A. Giuffrè, Milano.
- Narváez, M., (2004), "Enunciados filosóficos vs. enunciados teóricos. El caso de la textura abierta del derecho", en *Analisi e Diritto*, 2002-2003, pp. 211-240.
- Raz, J., (1979), *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford.
- _____, (1996), "Intention in Interpretation", en George, R. (ed.), *The Autonomy of Law Essays on Legal Positivism*, Oxford UP, Oxford, pp. 249-286.
- Ross, A., (1958), *On Law and Justice*, Stevens & Sons, Londres.
- Sangermano, F., (2007), *L'interpretazione del contratto*, Giuffrè, Milano.
- Shapiro, S., (2007a), "Massively Shared Agency", trabajo presentado en el Dipartimento Giovanni Tarello, Genova, Italia.
- _____, (2007b), "The Hart-Dworkin Debate: a Short Guide for the Perplexed", en Ripstein, A. (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge University Press, New York, pp. 22-55.
- Troper, M., (2001), *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, París.
- Valcke, C., (2005), "Objectivisme et consensualisme dans le droit français de l'erreur dans les conventions", en *Revue de la Recherche Juridique*, 2.
- _____, (2009), "Contractual Interpretation at Common Law and Civil Law: An Exercise in Comparative Legal Rhetoric", en Neyers, J.W., Pitel, S.G.A. y Bronaugh, R. (eds.), *Exploring Contract Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 77-114.
- von Wright, G.H., (1983), "Determinism and the Study of Man", en *Practical Reason, Philosophical Papers*, Vol. I, Basil Blackwell, Oxford.
- _____, (1985), "Of Human Freedom", en McMurrin, S. (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, Vol. VI., University of Utah Press, Salt Lake City, pp. 107-170. Reimpreso en von Wright, G. H.,

(1998), *In the Shadow of Descartes*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, pp. 1-44. Las citas son de la reimpresión.
Williamson, T., (1994), *Vagueness*, Routledge, Londres-Nueva York.

Recepción: 04/04/2010

Aceptación: 06/10/2010