

La teoría comunicativa de la interpretación jurídica en los sistemas jurídicos constitucionalizados. Críticas teóricas y empíricas

The Communication Theory of Legal Interpretation in the Constitutionalised Legal Systems. Theoretical and Empirical Critiques

Francesca Poggi

Università degli Studi di Milano, Italia

Francesca.Poggi@unimi.it

Resumen: Este ensayo pretende analizar críticamente la llamada teoría comunicativa de la interpretación jurídica: una teoría, muy popular hoy en día, que sostiene que no existe una diferencia relevante entre la conversación ordinaria y la interpretación jurídica, pues ambas son formas de entender una comunicación intencional. En particular, según esta teoría, al igual que el contenido de una conversación ordinaria está constituido por la intención comunicativa de su emisor, el contenido de la ley está determinado por las intenciones comunicativas de los legisladores. Después de delinear brevemente la teoría comunicativa y las razones que la sustentan (§2), examinaré las críticas teóricas que se han formulado en contra de ella (§3), cómo sus partidarios reaccionan ante tales críticas modificando algunos elementos de la teoría y si estos ajustes son suficientes para superar las críticas (§4). Después formularé una crítica de carácter empírico en contra de varias versiones de la teoría comunicativa: argumentaré que esta teoría es falsa con respecto a algunos ordenamientos jurídicos –en concreto, a los sistemas jurídicos constitucionalizados–, por no proporcionar una verdadera descripción de la práctica interpretativa jurídica (§5). Finalmente, mencionaré brevemente las consecuencias que la falsedad de esta teoría produce con respecto a algunos valores esenciales de los estados democráticos (§6).

Palabras claves: interpretación jurídica, teoría comunicativa, intención legislativa, interpretación orientada a la constitución, contenido del derecho, Jeffrey Goldsworthy.

Abstract: This essay aims to critically examine the so-called communication theory of legal interpretation. Such theory, which is very widespread, claims that there is no relevant difference between ordinary conversation and legal interpretation, since both are ways of understanding an intentional communication. In particular, according to this theory, just as the content of an ordinary conversation is constituted by the speaker's communicative intention, so the content of law is determined by the legislators' communicative intentions. After briefly introducing the communication theory and the reasons behind it (§2), I will examine the theoretical criticisms that have been raised against it (§3), how its proponents react to those criticisms by modifying

some elements of the theory, and whether such adjustments are sufficient to overcome the criticisms (§4). Then I will formulate an empirical critique against the communication theory in its various versions. I will argue that this theory is false –it does not provide a true description of legal interpretative practice– with respect to some legal systems –the constitutionalised legal systems (§5). Finally, I will briefly mention the consequences that the falsity of this theory yields with respect to some essential values of democratic states (§6).

Keywords: legal interpretation, communication theory, legislative intent, constitutionally oriented interpretation, content of law, Jeffrey Goldsworthy.

I. Introducción

En la teoría del derecho contemporánea, el modelo de interpretación jurídica denominado “modelo conversacional” (*conversational model*) (Dworkin, 1986, pp. 50ss.; Scott, 2011; Canale, 2017, pp. 45ss.; Poggi, 2020a; Poggi, 2020b) o “teoría comunicativa” (*communication theory*) (Greenberg, 2011b; Greenberg, 2014; Goldsworthy, 2019) ha sido defendido por diversos autores. Brevemente, se trata de un modelo que sostiene que no existe una diferencia relevante entre la conversación ordinaria y la interpretación jurídica. Para este, el derecho es una forma de comunicación.

En el presente trabajo, tras delinear brevemente la teoría comunicativa y las razones que la sustentan (§2), examinaré algunas críticas teóricas que se han formulado en contra de ella (§3) y cómo sus partidarios han reaccionado ante tales críticas (§4). Especialmente, analizaré la versión de la teoría comunicativa propuesta por Jeffrey Goldsworthy (2019) en respuesta a las críticas de Greenberg (2011a; 2011b; 2014). Sostendré que los argumentos defendidos por Goldsworthy no son convincentes: no pueden superar los problemas teóricos de la teoría comunicativa. Además, formularé una crítica de carácter empírico contra varias versiones de la teoría comunicativa. Aunque no está siempre claro en la literatura, asumiré que la teoría comunicativa es una teoría descriptiva: una teoría que no pretende establecer cómo se debe interpretar la ley, sino que quiere describir, traer de vuelta a la unidad teórica, las prácticas interpretativas existentes. Concebida de esta manera, argumentaré que es una teoría falsa, al menos con respecto a algunos ordenamientos jurídicos (§5). En último lugar, mencionaré brevemente las consecuencias que la falsedad de esta teoría produce con respecto a algunos valores esenciales de los estados democráticos (§6).

II. Interpretación jurídica y teoría comunicativa

Como se mencionó, la teoría comunicativa sostiene que no existe una diferencia relevante entre la conversación ordinaria y la interpretación jurídica, porque el derecho es una forma de comunicación.

Esta teoría se basa en razones muy poderosas: dado que la legislación emplea principalmente el lenguaje natural, y que sus destinatarios deben comprenderla para dirigir su conducta, parece que la interpretación jurídica no difiere de la comprensión ordinaria. Por tanto, afirma que la mejor teoría del significado ordinario es también la mejor teoría de la interpretación jurídica. En otras palabras, tenemos que atender a las teorías de la interacción comunicativa diaria para entender qué es el significado jurídico –el significado de un texto jurídico– y cómo descubrirlo.

Claramente, las teorías de la comprensión ordinaria son muchas –desde el contextualismo hasta diferentes formas de literalismo; desde el relativismo al inferencialismo– y están en conflicto entre sí. Sin embargo, según sus partidarios, esto no afecta la validez de la teoría comunicativa. El hecho de que no sepamos todavía qué teoría es la mejor no excluye que exista tal teoría (v. Goldsworthy, 2019, pp. 177-178).

Además, todas las teorías del lenguaje ordinario tienen algo en común: asumen que comprender una enunciación equivale a comprender la intención comunicativa del hablante. Es decir, las teorías del lenguaje ordinario asumen que una comunicación es exitosa cuando el oyente comprende lo que el hablante tenía la intención de comunicar. Sin embargo, divergen sobre los parámetros que hacen más o menos probable este éxito: ¿es debido a las reglas semánticas, a las reglas pragmáticas o al contexto? En cualquier caso, todas las teorías del lenguaje ordinario atribuyen importancia a la intención comunicativa, al menos, a efectos del éxito comunicativo.

Entonces, de acuerdo con la teoría comunicativa, la intención del hablante juega el mismo papel importante en la interpretación jurídica que en la conversación ordinaria. Como señala Goldsworthy, aunque hay varios candidatos para el rol de “contenido comunicativo” de una disposición jurídica, “todos dependen, al menos parcialmente, de las intenciones comunicativas del legislador” (Goldsworthy, 2019, p. 167, la traducción es mía).

La teoría comunicativa tiene una fuerte conexión con una visión del derecho, típica también de cierto positivismo jurídico, que Greenberg (2011b; 2014) llama “la imagen

estándar” (*Standard Picture*).¹ En resumen, la imagen estándar sostiene que el contenido de la ley se genera a través de actos de autoridad (*authoritative pronouncements*) realizados de acuerdo con ciertas reglas procedimentales (Greenberg, 2011b, p. 51). Así, por un lado, la imagen estándar es coherente con el positivismo jurídico porque concibe el derecho como cierto tipo de artefacto, de praxis social.² Y, por otro lado, la imagen estándar implica la teoría comunicativa porque, si el contenido de la ley no fuera el contenido lingüístico expresado por los actos de autoridad del legislador, estos actos no producirían directamente derecho. Es decir, el derecho no sería explicable como producto de estos actos.³

La teoría comunicativa, además de estar conectada con la imagen estándar del derecho, también tiene relaciones evidentes con algunos principios fundamentales de nuestros estados de derecho. En particular, con el principio de certeza jurídica, el de separación de poderes y el de democracia. Si el contenido de la ley es el contenido expresado por los textos legislativos sobre la base de las mismas reglas que también se aplican en la comunicación ordinaria, entonces la ley es cognoscible por sus destinatarios y, en este sentido, es cierta. Si el contenido expresado por los textos legislativos es el contenido entendido por los legisladores, entonces el derecho es creado por los legisladores, y los jueces simplemente comprenden las intenciones comunicativas de los legisladores: una tarea que puede no ser sencilla, pero que en todo caso no equivale a la creación de derecho. Además, si el contenido expresado por los textos legislativos es el contenido entendido por los legisladores democráticamente elegidos, entonces nuestras instituciones democráticas tienen sentido.⁴

A pesar de su plausibilidad aparente, en los próximos apartados voy a argumentar que la teoría comunicativa es teóricamente problemática y, sobre todo, de hecho falsa.

III. Las críticas teóricas contra la teoría comunicativa del derecho

Come he anticipado (§2), las teorías del lenguaje ordinario asumen que una comunicación es exitosa cuando el oyente comprende lo que el hablante tenía la intención de comunicar. La intención comunicativa del hablante es el parámetro para determinar el éxito de la comunicación. Sin embargo, como se ha señalado a menudo en la literatura,⁵ en el ámbito jurídico este parámetro es problemático desde los puntos de vista conceptual, ontológico y epistémico. En particular, el concepto de intención legislativa es muy complejo. Es decir, resulta difícil definir qué queremos decir y a qué nos referimos cuando hablamos de una intención comunicativa de las asambleas legislativas. Además, incluso si pudiéramos aclarar los aspectos conceptuales, seguiría

pendiente tanto el problema ontológico de establecer si tal intención realmente existe, como el problema epistémico respecto de cómo conocerla, cómo acceder a su contenido.

Desde un perfil conceptual, las asambleas legislativas son cuerpos colectivos, compuestos por una pluralidad de sujetos y, por tanto, resulta problemático establecer cómo configurar una intencionalidad comunicativa colectiva en el caso de que esta sea posible.⁶ Es difícil definir en qué consiste esta intencionalidad colectiva, sobre todo porque no estamos hablando de manera genérica de la intención de perseguir determinados fines (por ejemplo, el aumento de las exportaciones o el alivio de la carga fiscal), sino de la intención de comunicar un contenido de significado determinado con una disposición jurídica particular.⁷

Desde el perfil ontológico, es dudoso si una intención comunicativa tal existe. Como observa Greenberg, “es indiscutible que la mayoría de los legisladores no leen la mayor parte de las leyes sobre las que votan” (Greenberg, 2011a, p. 239, la traducción es mía): en tal caso, una intención comunicativa sería detectable solo con respecto a aquellos parlamentarios que hayan leído el texto y votado a su favor, y estos podrían ser una minoría. Sería, por el contrario, difícil sostener que aquellos que votaron a favor del texto sin leerlo tienen una intención comunicativa en sentido estricto: estas personas seguramente tienen la intención de votar por un texto x , que está compuesto por un conjunto de disposiciones D , pero no tienen la intención específica de aprobar D , por el simple motivo de que no saben que x está compuesto por D .⁸

Sin embargo, si se examina más de cerca, no es seguro que incluso aquellos que hayan leído el texto y hayan votado a su favor tengan una única intención comunicativa. En general, la intención de la mayoría legislativa de aprobar un texto dado no garantiza en absoluto que todos aquellos que votaron a favor de tal texto tuvieran la misma intención comunicativa a su respecto. En otros términos, aun admitiendo que es detectable la intención de aprobar un conjunto determinado de disposiciones D con finalidad comunicativa –y no simplemente aprobar un texto cuyo contenido se ignora– en la mayoría parlamentaria, parece que configurar la intención de comunicar cierto significado y no otro, cierto conjunto de normas y no otro, a través de ese texto, es algo más complicado. A este respecto, es bien conocido que la legislación es una cuestión de negociación y compromisos: “En consecuencia, a menudo el lenguaje [de la ley] se elige no para implementar la intención comunicativa de nadie, sino porque, por ejemplo, es suficientemente poco claro para que una mayoría lo acepte” (Greenberg, 2011a, p. 253, la traducción es mía). Es decir, es fisiológico que, en nuestros parlamentos, se llegue a un acuerdo sobre el texto, sobre las disposiciones, pero no sobre las normas que expresan.⁹

En este caso, claramente no hay ninguna intención comunicativa unitaria.

Consideremos, por ejemplo, la conocida disposición jurídica “Quien, durante y en relación con cualquier delito de violencia o tráfico de drogas [...], use [...] un arma de fuego, además de la pena prevista por tal delito de violencia o tráfico de drogas, será sentenciado a cinco años de prisión”.¹⁰ La expresión “usar un arma de fuego” puede ser enriquecida y entendida de diversos modos, como “usar un arma de fuego como arma”, “usar un arma de fuego de cualquier manera (incluyendo para rascarse la cabeza)”,¹¹ “usar un arma de fuego para cometer una serie de actividades previstas en otras disposiciones jurídicas”, etc. ¿Cómo es posible que la mayoría haya tenido una única intención respecto de cómo enriquecer y entender esta disposición jurídica, considerando que esta supuesta intención no es en absoluto transparente? ¿No es más plausible pensar que la mayoría se puse de acuerdo en el texto, en la disposición, pero no en lo que esta comunica?¹²

Finalmente, bajo el perfil epistémico es dudoso cómo conocer la intención comunicativa colectiva de los legisladores. A este respecto, en la filosofía del lenguaje ordinario el contexto juega un papel importante. Más exactamente, aunque las diferentes teorías del lenguaje ordinario divergen sobre cuál es el papel del contexto, nadie duda de que el contexto juega un papel. Hoy en día, las principales controversias se refieren a la autonomía de la semántica, a la posibilidad de identificar un significado semántico completo y autónomo, y a la naturaleza *top-down* o *bottom-up* de los procesos de comunicación. Sin embargo, todas las teorías admiten que el contexto juega un papel importante en la identificación del significado comunicado. Pongo un ejemplo para aclarar el punto. Supongamos que, mirando por la ventana, le digo a mi hijo: “Llueve”. Nadie duda que diciendo “Llueve” comunico y tengo la intención de comunicar que “llueve aquí y ahora”. Sin embargo, según algunos autores, “Llueve” expresa un significado indeterminado, y su determinación depende del contexto y no está guiada por nada en la sintaxis o semántica del enunciado.¹³ Otros autores cuestionan que “Llueve” exprese una proposición completa, que equivale a “hay un caso de lluvia (no ubicada)”, incluso si admiten que no es este el significado que yo comunico.¹⁴ Aún otros autores sostienen que “Llueve” expresa un significado incompleto, pero argumentan que su determinación depende de una variable oculta en la estructura sintáctica o semántica de la oración; por lo tanto, la identificación del lugar y del tiempo relevante equivale a la saturación contextual de una variable oculta (*hidden indexical*). Como podemos ver, nadie niega que el significado comunicado sea más amplio de lo que

se dice literalmente, y nadie niega que el contexto tenga una función relevante en la identificación de este significado comunicado; sin embargo, existen fuertes diferencias sobre cuál es este rol y sobre cómo se desempeña.

Ahora bien, en el ámbito jurídico, el contexto es caracterizado por una opacidad e indeterminación inevitables y estructurales. La individuación del contexto relevante –y sobre todo del co-texto relevante, es decir, del conjunto de normas a la luz del cual interpretar una determinada disposición– es objeto de controversia.

En primer lugar, es necesario especificar a qué contexto nos referimos: ¿al contexto en el cual la ley fue aprobada, o a aquel en el cual debe ser aplicada? La teoría comunicativa requiere que solo tengamos en cuenta el contexto al que se refieren los hablantes, es decir, el contexto en el que se aprobó la disposición. Sin embargo, como veremos más adelante (§5), muchas veces los jueces no se refieren a este contexto.

En segundo lugar, debemos determinar qué elementos del contexto en el cual la ley fue aprobada son relevantes: ¿sólo las demás disposiciones de la misma ley en la que está insertada la disposición a interpretar son relevantes?, ¿y otras normas que regulan la misma materia o materias relacionadas?, ¿qué sucede, entonces, con los principios constitucionales? Y si es así, ¿qué principios y cómo deben entenderse? La teoría comunicativa requiere que sea relevante solo el contexto que fue asumido como relevante por los hablantes. Evidentemente, determinar qué contexto se asumió como relevante por todos los parlamentarios –o, al menos, por la mayoría que aprobó el texto– es una empresa epistémica sumamente difícil. Las interpretaciones en conflicto casi siempre se caracterizan precisamente por el hecho de que asumen diferentes contextos como relevantes.

Tomemos como ejemplo el caso *Smith v. U.S.*¹⁵ En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo que decidir si alguien que cambia armas por drogas debe ser condenado de acuerdo con el Título 18 U. S. C. § 924(c)(I): “Quien, durante y en relación con cualquier delito de violencia o tráfico de drogas [...], use [...] un arma de fuego, además de la pena prevista por tal delito de violencia o tráfico de drogas, será sentenciado a cinco años de prisión”.

La mayoría argumentó que el contexto relevante estaba representado por otras disposiciones de la misma ley y por el propósito legislativo. En cuanto a las otras disposiciones, la Corte observó que, de acuerdo con la sección 924(d)(1), cualquier “arma de fuego o munición destinada a ser utilizada” (*firearm or ammunition intended to be used*) en los delitos enumerados en la sección 924(d)(3) está sujeta a incautación

y decomiso; y que el §924(d)(3) también enumera delitos en los que el arma de fuego no se usa como un arma, sino como un artículo de trueque o comercio. En cuanto al propósito legislativo, la Corte Suprema lo identificó con el “propósito de contrarrestar el mayor riesgo de violencia y muerte que acompaña a la introducción de armas de fuego en delitos de tráfico de drogas”.¹⁶ Entonces, tomando en cuenta este contexto, la mayoría decidió que la expresión “usar un arma de fuego” debía entenderse como “usar en cualquier modo un arma de fuego en relación con las actividades enumeradas en el §924(d)(3)”.

La minoría (jueces Scalia, Stevens y Souter) no estuvo de acuerdo con esta conclusión, así como con la identificación del contexto de referencia. En primer lugar, según el voto de la minoría (*dissenting opinion*), el elemento contextual más importante era la disposición: “añadir el objeto directo ‘un arma de fuego’ al verbo ‘usar’ estrecha el significado de ese verbo (ya no puede significar ‘participar en’)”.¹⁷ Por lo tanto, según la minoría, el elemento contextual representado por la secciones 924(d)(3) no era relevante porque no empleaba la frase “usar un arma de fuego”, sino que preveía la confiscación de armas de fuego que se “usan en” los delitos mencionados.

En segundo lugar, la opinión minoritaria atribuyó relevancia a las *United States Sentencing Guidelines*, que establecen sanciones más severas cuando las armas de fuego son “descargadas”, “blandidas, exhibidas o poseídas” o “utilizadas de otra manera”. Según las *United States Sentencing Guidelines*, la expresión “utilizadas de otra manera” empleada con referencia a armas peligrosas (incluidas las armas de fuego) significa que la conducta no equivalía a la descarga de un arma de fuego, pero era más que blandir, mostrar o poseer un arma de fuego u otra arma peligrosa”.¹⁸

En tercer lugar, la minoría consideró la historia legislativa: originalmente el artículo 924(c)(1) se refería al uso de un arma de fuego durante delitos de violencia, y luego se agregó la disposición sobre el uso de un arma de fuego durante y en relación con los delitos de tráfico de drogas. Es bastante obvio que “usar un arma de fuego durante delitos violentos” significa usarla como arma de fuego.

Finalmente, la minoría incluyó la regla *in dubio pro reo* (*rule of lenity*) en el contexto relevante: de acuerdo con esta regla, cuando existe ambigüedad en la ley penal, las dudas se resuelven a favor del imputado. Partiendo de este contexto diferente, la minoría concluyó que “usar un arma de fuego” significaba “hacer lo que se hace típicamente con un arma de fuego, es decir, usarla como arma”.

Como, espero, este ejemplo deja claro, las controversias interpretativas son a

menudo controversias sobre cómo reconstruir el contexto relevante. El contexto, por tanto, siendo en sí mismo objeto de controversia, es de poca ayuda para identificar la intención comunicativa de los legisladores.

IV. Las réplicas de Goldsworthy

Los problemas conceptuales, ontológicos y epistémicos antes examinados son considerados superables por los partidarios de la teoría comunicativa. Así, Goldsworthy (2019) ha considerado y rechazado estos problemas, en la versión particular propuesta por Greenberg (2011a; 2011b; 2014). La estrategia principal de Goldsworthy consiste en apoyar una versión particular de la teoría comunicativa: la teoría comunicativa objetiva (*objective communication theory*). En resumen, esta teoría se basa en intenciones comunicativas manifiestas, accesibles a través de evidencia textual y contextual (v. Goldsworthy 2019, 180). Goldsworthy cita y adopta la visión de Scalia (2018), según la cual “buscamos una especie de ‘intención objetivada’: la intención que un lector razonable deduciría del texto de la ley, colocado junto al resto del *corpus juris*”, añadiendo que, sin embargo, se pueden emplear también “otras pruebas contextuales admisibles de la intención” (Goldsworthy, 2019, p. 180, la traducción es mía).

No creo que esta versión de la teoría comunicativa pueda superar los problemas señalados anteriormente. En particular, no puede superar los problemas epistémicos: oyentes razonables pueden reconstruir razonablemente y de diferentes maneras el contexto relevante a la luz del cual interpretar lo que una disposición comunica. Goldsworthy mismo admite que los jueces conciben e identifican la intención objetiva de modo diferente (Goldsworthy, 2019, pp. 177-8) y reconoce que la teoría comunicativa objetiva es parcialmente indeterminada (Goldsworthy, 2019, p. 181). Sin embargo, según Goldsworthy, el hecho de que los jueces configuren e identifiquen la intención comunicativa de los legisladores de diferentes maneras (es decir, la presencia de desacuerdos conceptuales y epistémicos), por un lado, no prueba que esta intención no exista y, por el otro, no afecta a la validez de la teoría comunicativa. En su opinión, los desacuerdos judiciales no prueban que la intención legislativa no exista porque “podemos estar de acuerdo en que algo existe a pesar de los desacuerdos teóricos sobre su naturaleza; si no, no habría prácticamente nada que pudiéramos creer que exista” (Goldsworthy, 2019, p. 177, la traducción es mía). Además, Goldsworthy parece argumentar que los desacuerdos judiciales no afectan a la validez de la teoría comunicativa, sino que, en cierto sentido, la confirman.

Según Goldsworthy, la teoría comunicativa se fundamenta en la práctica, en el

hecho de que la práctica judicial angloamericana cumple y, al mismo tiempo, fomenta la doctrina de la *Legislative Intention*. “Es la práctica de los funcionarios la que determina directamente el asunto [es decir, lo que significan las leyes], sus compromisos normativos nos ayudan a entender por qué adoptaron y continúan adhiriéndose a esa práctica” (Goldsworthy, 2019, p. 181, la traducción es mía). En suma, la teoría comunicativa objetiva simplemente proporciona la mejor explicación de la práctica angloamericana.¹⁹ Si he entendido bien, según Goldsworthy, la existencia de esta práctica no está realmente afectada por los desacuerdos conceptuales y epistémicos: estos desacuerdos simplemente hacen que la práctica sea más indeterminada. El hecho de que todos los jueces remitan a la doctrina de la intención del legislador y traten de individualarla, si bien la configuran de manera diferente, confirma que esta es la práctica que siguen. Esto también sería verdadero en los casos en los cuales la referencia a la doctrina de la *Legislative Intention* es claramente ficticia, y los jueces realmente ejercen un poder normativo. Según Goldsworthy, “lo que los jueces dicen que hacen es la mejor prueba del alcance de su autoridad legal con respecto a lo que a veces pueden hacer realmente” (Goldsworthy, 2013, p. 308, la traducción es mía; v. también Goldsworthy, 2019, pp. 192-193). Es decir, el hecho de que los jueces solo rindan homenaje de palabra a la doctrina de la *Legislative Intention*, en casos que Goldsworthy considera numéricamente marginales –pues luego actúan de manera diferente–, confirma que esa es la doctrina que corresponde a la práctica ortodoxa ya que los jueces deben, al menos, pretender respetarla.

No obstante, ambos argumentos, que están conectados entre sí, no parecen convincentes.

Respecto del primer argumento, es verdad que algo puede existir a pesar de haber fuertes desacuerdos teóricos sobre su naturaleza. Si hablamos de algo, X , y yo pienso que X es a , mientras tú piensas que X es b , esto no implica que X no exista –o que sí exista–: solo implica que no estamos hablando de la misma cosa. Si hablamos de olmos, y creo que un olmo es un árbol grande, mientras que tú crees que es un alga, no estamos hablando de lo mismo, aunque los olmos ciertamente existen. Podemos hablar más o menos de lo mismo o, mejor, de cosas similares; pero no hablamos de lo mismo.²⁰ De igual manera, si los jueces conciben e identifican la intención legislativa de manera diferente, no están participando en la misma práctica o, más bien, están participando en la misma práctica solo que adoptando un nivel de descripción muy general y abstracto –el mismo nivel que nos permite decir que incluso aquellos que se ajustan solo a las palabras también siguen la práctica–. Si hablamos de olmos, y yo los entiendo como

árboles grandes y tú como algas, siempre podemos decir que estamos hablando de lo mismo porque ambos hablamos de vegetales.

También me parece cuestionable la idea de que una práctica se defina mejor por lo que uno dice, que por lo que hace. Ciertamente si, como cree Goldsworthy, hay comportamientos absolutamente mayoritarios –hay una práctica– y las desviaciones son marginales y ocultas –es decir, quienes se desvían fingen seguir la praxis–, entonces las desviaciones no afectan a la práctica. Pero esto pasa solo porque las desviaciones son minoritarias. Pero ¿qué pasaría si la mayoría de los jueces rindieran un homenaje formal a la doctrina, pero luego ni siquiera intentarían seguirla? Aquí sería muy difícil asumir que lo que uno dice es más importante que lo que hace. Los comportamientos, más que las declaraciones, definen la práctica.

Además, Goldsworthy sugiere que todos los desacuerdos podrían superarse algún día si la filosofía del lenguaje ordinario demuestra que una versión de la teoría comunicativa objetiva es mejor que otra (v. Goldsworthy, 2019, pp. 177-8). Sin embargo, esto equivale a asumir exactamente lo que se tiene que probar, es decir, que no existe una diferencia relevante entre la comprensión ordinaria y la interpretación jurídica. En mi opinión, es precisamente la teoría comunicativa objetiva la que produce una brecha entre la comprensión ordinaria y la interpretación jurídica.

Al contrario de lo que parece pensar Goldsworthy, la teoría comunicativa objetiva no resuelve el problema ontológico –¿existe una intención comunicativa colectiva de los legisladores?–, sino que lo pasa por alto, lo elude. Esta teoría no requiere la existencia de ninguna intención comunicativa efectiva por parte de los legisladores: lo que importa es el significado que un oyente razonable atribuye a una disposición dada en un contexto que tiene que determinarse. Por consiguiente, la teoría comunicativa objetiva no está sujeta a las críticas ontológicas expresadas en el párrafo anterior. Pero esto implica, también, que es una teoría muy diferente de las que se formulan respecto a la comunicación ordinaria. Como hemos visto (§2), todas las teorías del lenguaje ordinario asumen que comprender una enunciación equivale a comprender la intención comunicativa, subjetiva, real, del hablante. Es decir, todas las teorías del lenguaje ordinario atribuyen importancia a la intención comunicativa del hablante, entendida como intención subjetiva y real, a efectos de determinar el éxito comunicativo. Pero este parámetro está ausente en la teoría comunicativa objetiva: falta un criterio para establecer el éxito de la comunicación.

En otras palabras, la teoría comunicativa objetiva puede superar los problemas ontológicos solo al coste de alejarse de las teorías del lenguaje ordinario y, entonces, de

contradecir sus propios presupuestos. Si en cambio quiere equipararse a estas teorías, debe estipular que existe, junto a la intención objetiva reconstruida por el oyente, una intención subjetiva que representa el parámetro de éxito de la interpretación; aunque, en ese caso, se repetirían todos los problemas ontológicos discutidos anteriormente.²¹ Quiero enfatizar que el precio de renunciar a un parámetro de éxito en la interpretación es muy alto: si falta un parámetro para establecer el éxito comunicativo, cada propuesta interpretativa –y, en particular, cada reconstrucción del contexto relevante– tiene teóricamente la misma validez que las otras.

V. Una cuestión de hecho: la interpretación orientada a la Constitución

Aparte de las dificultades teóricas señaladas anteriormente, en este párrafo quiero defender la tesis de que, de hecho, en muchos ordenamientos jurídicos la teoría comunicativa es falsa: la intención de los legisladores no tiene un peso significativo en la interpretación judicial. Mi argumento es local y no general: es decir, no es un argumento que tenga la pretensión de valer para todos los ordenamientos jurídicos, sino para algunos ordenamientos particulares. Por lo tanto, no es una crítica a Goldsworthy en sentido estricto, ya que él limita sus tesis a la práctica jurídica angloamericana. Mi argumento se refiere en cambio a algunos ordenamientos europeos y latinoamericanos, caracterizados por lo que se ha definido como el proceso de constitucionalización. De acuerdo con Guastini, por “constitucionalización” podemos entender “un proceso de transformación [...] al término del cual el ordenamiento [...] resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, desbordante” (Guastini, 2011, p. 196, la traducción es mía).

Un aspecto del proceso de constitucionalización es el amplio uso del argumento de la interpretación orientada a la Constitución. La interpretación orientada a la Constitución es la interpretación que adapta, armoniza, la ley a la Constitución; eligiendo, entre las normas expresadas en abstracto por una determinada disposición de ley, aquella que evita cualquier conflicto con principios constitucionales previamente interpretados. En muchos ordenamientos jurídicos, la interpretación orientada a la Constitución es una técnica interpretativa omnipresente que tiene “tanta importancia que, aunque se quisiera, sería difícil de exagerar” (Guastini, 2011, pp. 210-211, la traducción es mía). Creo que la interpretación orientada a la Constitución es tan importante debido, al menos, a tres factores.

En primer lugar, la interpretación orientada a la Constitución se practica no solo

por los tribunales constitucionales, sino también y, sobre todo, por los jueces comunes. En muchos países, los jueces comunes tienen no solo la facultad, sino la obligación de recurrir a este argumento interpretativo.²² Así, por ejemplo, en Italia, el Tribunal Constitucional (*Corte Costituzionale*) ha adoptado la práctica de declarar inadmisibles las cuestiones de legitimidad constitucional, si los jueces que las plantean no demuestran que no es posible recurrir a una interpretación orientada a la Constitución.²³ En consecuencia, los jueces tienen la obligación de recurrir a la interpretación conforme, y solo pueden plantear una cuestión de legitimidad constitucional si tal interpretación no es factible.

En segundo lugar, en muchos ordenamientos jurídicos la interpretación orientada no se reduce a descartar aquellas normas que claramente están en conflicto con la Constitución, sino que consiste en elegir las normas que más implementan los valores constitucionales. En otras palabras, la interpretación orientada a la Constitución evita no solo contradicciones lógicas en sentido estricto, sino también “simples incongruencias, desarmonías entre ley y Constitución” (Guastini, 2011, p. 210, nota 41).²⁴ Consideremos el siguiente ejemplo tomado del derecho italiano.

La ley n. 6/2004 ha introducido una nueva forma de ayuda jurídica, llamada “administración tutelar de apoyo” (*amministrazione di sostegno*), para las personas que, aun no estando inhabilitadas legalmente, no están en condiciones de administrar sus bienes. Las disposiciones que regulan el procedimiento de nombramiento del administrador de soporte no requieren expresamente que la persona sea asistida por un defensor. Algunos autores y tribunales han argumentado que esta ley no viola el derecho constitucional de defensa, pues el procedimiento de nombramiento del administrador es un procedimiento de jurisdicción voluntaria que no pretende imponer una pena, sino proteger a una persona. Por el contrario, el Tribunal Constitucional italiano ha decidido que una interpretación que implemente de manera más efectiva los derechos constitucionales, requiere que sea considerada aplicable la previsión del art. 82 c.p.c., la cual prescribe, en general, la necesidad de asistencia de un defensor.²⁵ En otras palabras, aunque no había una violación en sentido estricto de las normas constitucionales, pues en los procedimientos de jurisdicción voluntaria la presencia de un defensor no es necesaria, ante el silencio de la ley n. 6/2004, esta tiene que ser interpretada a la luz del art. 82 c.p.c. para una mejor realización de los valores constitucionales.

Finalmente, la interpretación orientada a la Constitución muchas veces no se traduce simplemente en elegir entre normas expresadas por una disposición, un texto, sino que parece superar los límites textuales. Por ejemplo, en Italia, se estableció que el art. 187

del nuevo código de circulación (“Conducción en estado de alteración psicofísica por uso de drogas”), que dice “quien conduzca en condiciones de alteración física y psíquica relacionadas con el uso de estupefacientes o sustancias psicotrópicas [...] se castiga *con las sanciones* del artículo 186 (“Conducción en estado de embriaguez”), se refiere tanto a las sanciones como a la jurisdicción, siendo esta la única interpretación conforme a la Constitución. De lo contrario, los delitos a los que se refieren los artículos 186 (“Guía en borrachera”) y 187 (“Guía en estado de alteración psicofísica por uso de drogas”) habrían sido atribuidos a distintas jurisdicciones –el Tribunal en composición monocrática (*Tribunale in composizione monocratica*) y el juez de paz, respectivamente– en violación de los artículos 3 y 27 de la Constitución.²⁶ Está claro que se puede dudar de que “sanciones” signifique “sanciones y jurisdicción”, pero está igualmente claro que es la única “interpretación” conforme a la Constitución.

Ahora bien, parece que la interpretación orientada a la Constitución no es compatible con la teoría comunicativa: la interpretación orientada no apunta a comprender la intención de los legisladores, ni siquiera si se concibe como una intención objetiva, sino a elegir la norma que mejor actúa y se ajusta a los valores constitucionales.

En sentido contrario, Goldsworthy opina que la interpretación orientada a la Constitución, que consiste en la elección entre varias interpretaciones permitidas por el texto o en la determinación de un significado indeterminado, es consistente con la teoría comunicativa objetiva. Según Goldsworthy, los jueces atribuyen normalmente algunos compromisos fundamentales (*standing commitments*) a los legisladores – como, por ejemplo, el respeto de los derechos y principios fundamentales–, y los legisladores lo saben. Por lo tanto, estos compromisos actúan como asunciones tácitas compartidas entre legisladores y jueces, y pueden legítimamente fundar presunciones sobre la intención legislativa. Así, imaginemos que se crea un nuevo delito y que la disposición que lo prevé no requiere expresamente la *mens rea* (es decir, el dolo o la culpa). Goldsworthy opina que en este caso no es inverosímil suponer que, sin embargo, los legisladores asumieron que la *mens rea* era necesaria, ya que los jueces generalmente la consideran así. “Si existe una duda genuina sobre el asunto, tal presunción podría operar como un obstáculo epistémico sensible; los tribunales, de hecho, requieren un alto grado de certeza antes de concluir que la ley tiene la intención de excluir el requisito habitual de la *mens rea*” (Goldsworthy, 2019, p. 190, la traducción es mía). Entonces, cuando los jueces deciden que el requisito de *mens rea* es necesario y está implícito, no expresamente previsto, ellos respetan “una intención básica (*standing intention*) que es razonablemente atribuible al legislativo” (Goldsworthy, 2019, p. 291, la traducción es

mía). En casos como el anterior la teoría comunicativa objetiva parece salvarse: según esta teoría el significado entendido por los legisladores es el significado que le atribuiría un oyente razonable, que claramente puede basarse en presunciones razonables.

Además, Goldsworthy admite que a veces la interpretación jurídica puede consistir en corregir o mejorar el texto de la ley (Goldsworthy, 2019, pp. 184 ss.) y reconoce que este tipo de interpretación no es compatible con la teoría comunicativa. Sin embargo, según Goldsworthy, esta interpretación correctiva es compatible con la doctrina de la supremacía legislativa y, por tanto, con la visión estándar. “Al ‘rectificar’ el estatuto para servir mejor a los propósitos manifiestos del legislativo, [los jueces] podrían actuar más fielmente como agentes que si se adhieren estrictamente a la imperfecta búsqueda de esos propósitos realizada por el propio legislativo” (Goldsworthy, 2019, p. 185, traducción mía). Es decir, “los agentes fieles deben apartarse, a veces, de la estricta adhesión a las instrucciones de sus mandatarios, para ejecutar mejor las intenciones y propósitos manifiestos de los mandatarios mismos” (Goldsworthy, 2019, p. 185, la traducción es mía). En otras palabras, los jueces quieren aplicar lo que razonablemente creen que son las intenciones de los legisladores, los propósitos que estos han manifestado, incluso si ello no se adhiere al significado comunicado (al significado que un oyente razonable daría al texto). Por lo cual, la doctrina de la supremacía legislativa y la visión estándar estándar seguirían siendo válidas.

Independientemente de que las tesis de Goldsworthy sean adecuadas para los ordenamientos jurídicos angloamericanos, quiero sostener que estas no se aplican a la interpretación conforme a la Constitución tal y como es practicada actualmente en muchos ordenamientos “constitucionalizados” de Europa y Latinoamérica, por al menos dos razones.

VI. La interpretación orientada a la Constitución y la teoría comunicativa objetiva

La interpretación conforme a la Constitución no es compatible ni con la visión estándar ni con la teoría comunicativa objetiva.

En primer lugar, la interpretación conforme a la Constitución no busca realizar el objetivo manifiesto, obvio, perseguido por los legisladores, pues este mismo objetivo puede ser considerado contrario a los valores constitucionales. En otras palabras, si el objetivo manifiesto de los legisladores es contrario a la Constitución,

entonces es irrelevante y debe dejarse de lado: los jueces operan como agentes fieles no del poder legislativo, sino de los valores constitucionales. Así, por ejemplo, la ley italiana n. 40/2004 tenía como objetivos manifiestos y declarados limitar el acceso a la procreación médicamente asistida y proteger a los embriones (art. 1). Precisamente estos propósitos fueron considerados contrarios a la Constitución y no fueron tomados en consideración en la interpretación de las disposiciones de la ley.²⁷ Es decir, si los objetivos de los legisladores son manifiestos y los jueces se apartan abiertamente de ellos, decir que todavía operan como agentes fieles a la legislación es sólo una ficción.²⁸

En segundo lugar, incluso si es legítimo asumir que los legisladores respetan los valores constitucionales y esta presunción puede actuar como una guía interpretativa en casos dudosos, a veces es claro que no se aplica. Esto ocurre no solo en los casos en que, como hemos visto, el propio propósito perseguido por una ley se considera inconstitucional, sino también en los casos en que la ley es anterior a la Constitución. Este segundo caso es más o menos frecuente según lo reciente que sea la Constitución, pero en muchos ordenamientos jurídicos es un fenómeno amplio y no marginal. Por ejemplo, en un famoso fallo, el Tribunal Constitucional italiano estableció que todas las disposiciones del código penal, emitido en el año 1930 bajo el régimen fascista, debían ser interpretadas a la luz de la Constitución de 1948 y, en particular, del art. 27 de la Constitución (“La responsabilidad penal es personal”), como si requirieran la *mens rea*, es decir, la culpa o el dolo (Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364). Tengamos en cuenta que nadie dudaba de que el código penal contenía ofensas de responsabilidad objetiva.²⁹

Como espero que quede claro, se trata de prácticas interpretativas totalmente incompatibles con cualquier versión de la teoría comunicativa, así como con cualquier teoría del lenguaje ordinario. En la conversación ordinaria, sería absurdo interpretar aquello que un hablante dice a la luz de un contexto que sabemos que el hablante no conoce ni puede conocer.

En términos más generales, el uso de presunciones puede ser legítimo, pero solo si las presunciones están bien fundamentadas; esto muchas veces no ocurre ni en relación con el respeto de los valores constitucionales, ni con la mejor manera de implementarlos, dado que estos valores suelen ser genéricos e indeterminados, y suelen estar en conflicto entre sí. En otras palabras, muchas veces establecer si cierta interpretación está en conflicto con la Constitución o cuál interpretación implementa más los valores constitucionales, es una cuestión discrecional.³⁰

En conclusión, como he dicho, mi tesis es empírica y se limita a algunos

ordenamientos jurídicos, sin pretensión de validez general. Ciertamente, puede ser que, en el derecho angloamericano, la interpretación conforme a la Constitución juegue un papel más limitado. Así, en los Estados Unidos, según una opinión consolidada, si una interpretación suscita serias dudas de constitucionalidad, solo la presencia de una evidente ambigüedad puede autorizar al juez a optar por una interpretación diferente.³¹ Es decir, parece que la interpretación conforme a la Constitución, que en los Estados Unidos se denomina “*canon of constitutional avoidance*”, tiene que limitarse a resolver ambigüedades, no puede ir más allá del texto y no puede preferir la interpretación que más implementa los valores constitucionales, sino solo descartar la que los infringe. Sin embargo, como señala Slocum, los tribunales estadounidenses “utilizan la ambigüedad como un concepto paraguas que engloba las distintas formas de indeterminación” (Slocum, 2018, p. 200, la traducción es mía). Además, como argumenta Slack, muchas veces el *constitutional avoidance canon* promueve un verdadero activismo judicial (Slack, 2006, p. 1057). “The avoidance canon, a diferencia de otras técnicas, produce como resultado una presunción de inconstitucionalidad. Dado que el canon se activa por la mera posibilidad de una cuestión constitucional grave, los tribunales que aplican el canon nunca deciden directamente la constitucionalidad de la lectura cuestionable de una ley” (Slack 2006, 1063, la traducción es mía). Es decir, el uso de esta técnica no debe probar que una de las posibles interpretaciones viola realmente un derecho constitucional específico, sino que es suficiente referirse a la presencia de una seria duda constitucional, así se crea aquello que Posner denomina “*judge-made penumbra*”, en torno a ciertas cuestiones de relevancia constitucional (Posner, 1983, p. 816). Si las cosas son así, hay que dudar de que la situación del ordenamiento norteamericano sea realmente tan diferente de aquellas de otros ordenamientos constitucionalizados.

VII. Conclusiones. ¿Qué nos queda de los valores democráticos?

Como hemos visto, la teoría comunicativa está conectada con algunos valores fundamentales de nuestras instituciones democráticas, como la división de poderes y la certeza del derecho. Además, esta teoría está implicada por la visión estándar, la cual, a su vez, es compatible con el positivismo jurídico. Si, como he sostenido, la teoría comunicativa fracasa, es falsa con respecto a ciertos ordenamientos jurídicos, hay que preguntarnos qué queda de aquellos valores y de la misma teoría positivista en estos ordenamientos. Por supuesto, no es una novedad que haya una tensión entre el control constitucional y la democracia: por ejemplo, Waldron, que es también un positivista normativo,³² ha profundizado en muchas ocasiones en este tema. Claramente, esta misma tensión también se produce entre la interpretación conforme a la Constitución y

la democracia, por lo menos, en todos los casos en los cuales la interpretación conforme supera los límites textuales o se pone claramente en contra del objetivo legislativo manifiesto.³³ Estos temas son demasiado complejos como para tratarlos en estas líneas finales. Aquí quiero enfatizar que mis tesis, si son correctas, no implican un completo fracaso de los ideales democráticos. Si mis tesis son correctas, el derecho no se produce *solo* a través de actos de autoridad (*authoritative pronouncements*) cumplidos por los legisladores y realizados de acuerdo con ciertas reglas procedimentales, sino que se produce *también* a través de estos actos. El derecho, como conjunto de normas, es una empresa colectiva.

En particular, el derecho es un producto intencional en el sentido de que es el producto de acciones colectivas intencionales: los cuerpos legislativos tienen la intención común de que el texto X sea una ley, que expresa disposiciones que pueden interpretarse como normas jurídicas.³⁴ La autoridad del Parlamento consiste en esto: las asambleas legislativas ejercen la función de dirigir el comportamiento de los destinatarios mediante la emisión de los textos, que ellos y los destinatarios entienden, como expresión de normas jurídicas. La intencionalidad en cuestión, sin embargo, se refiere solo a la emanación de un texto como ley y no a los significados, las normas, que expresa. Los textos legales pueden ser interpretados de formas diferentes e incompatibles según los diferentes argumentos interpretativos y la reconstrucción del contexto relevante. Sobre todo, como hemos visto, en muchos ordenamientos los textos de las leyes son interpretados con el fin de aplicar en su máximo grado los valores incorporados en la Constitución; valores que, a su vez, son objeto de determinación por parte de los intérpretes.

Queda claro que, desde este marco, la implementación de principios como la separación de poderes, la certeza del derecho (entendida como la previsibilidad de las decisiones judiciales) y la autoridad del Parlamento se debilitan considerablemente. Pero no se anulan. La autoridad del Parlamento y la separación de poderes se refieren a los textos de ley: textos que en la cultura jurídica se consideran un punto de referencia necesario –aunque no un límite insuperable– de la interpretación. La certeza debe ser conmensurada también con la difusión y el consenso social sobre los derechos constitucionales y la forma de entenderlos.

En mi opinión, es un hecho, un dato fáctico, que la separación de poderes, la certeza del derecho y la autoridad del Parlamento son ideales regulatorios que nunca se han realizado plenamente en las sociedades reales. Y este hecho constituye, a su vez, un criterio de adecuación de toda teoría descriptiva, en el sentido de que toda teoría

descriptiva debería ser compatible con tal hecho. Ciertamente, si esto es correcto, surgen nuevas cuestiones para las teorías normativas. Podemos preguntarnos si es correcto seguir asumiendo estos valores como ideales regulatorios o si, en cambio, tenemos que relegarlos a una posición marginal. Podemos preguntarnos si el grado de cumplimiento de estos valores es satisfactorio o si, y en qué medida, estamos dispuestos a diseñar herramientas regulatorias para realizarlos aún más, dado que, como se ha dicho, están en tensión con otros valores que también consideramos importantes. Para que estas preguntas tengan sentido, es necesario reconstruir correctamente las prácticas jurídicas contemporáneas, sin escudarse en imágenes tranquilizadoras, pero falsas, como las que ofrece la teoría comunicativa. Este ensayo ha intentado ofrecer algunas contribuciones en esa dirección.

Referencias bibliográficas

- Bobbio, Norberto, 1971: “Le bon législateur”. *Logique et analyse*, 14, pp. 243-249.
- Borg, Emma, 2004: *Minimal Semantics*. Oxford-New York, OUP.
- Canale, Damiano, 2017: “What Inferentialism Tells Us About Combinatory Vagueness in Law”, in Poggi, Francesca, Capone, Alessandro (eds.), *Pragmatics and Law. Practical and Theoretical Perspectives*. Cham, Springer, pp. 43-66.
- Canale, Damiano y Poggi, Francesca, 2019: “Pragmatic Aspects of Legislative Intent”. *The American Journal of Jurisprudence*, 64(1), pp. 125-138.
- Cappelen, Herman y Lepore, Ernest, 2005: *Insensitive Semantic*. Oxford, Blackwell.
- Diciotti, Enrico, 1999: *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Torino, Giappichelli.
- Dworkin, Ronald, 1986: *Law’s Empire*. Cambridge, Harvard University Press.
- García Jaramillo, Leonardo y Benítez Rojas, Vicente F., 2018: “El control judicial le cuesta demasiado a la democracia. Entrevista a Jeremy Waldron”. *Isonomía*, 48, pp. 171-182.
- Goldsworthy, Jeffrey, 2019: “The Real Standard Picture and How Facts Make Law: a Response to Mark Greenberg”. *The American Journal of Jurisprudence*, 64(2), pp. 163-211.
- _____, 2013: “Legislative Intention Vindicated?”. *Oxford Journal of Legal Studies*, 33, pp. 821-842.

- Greenberg, Mark, 2011a: "Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication", in Marmor, Andrei y Soames, Scott (eds.), *Philosophical Foundations of the Language in the Law*. Oxford, OUP, pp. 217-264.
- _____, 2011b: "The Standard Picture and Its Discontents". In Green, Leslie y Leiter, Brian (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*. Oxford, OUP, pp. 39-106.
- _____, 2014: "The Moral Impact Theory of Law". *Yale Law Journal*, 123, pp. 1288-1342.
- Guastini, Riccardo, 2004: *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano, Giuffrè.
- _____, 2008: *Nuovi studi sull'interpretazione*. Roma, Aracne.
- _____, 2011: *La sintassi del diritto*. Torino, Giappichelli.
- Hägerström, Axel, 1953: *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. Uppsala, Almqvist & Wiksells boktr.
- Luzzati, Claudio, 2016: *Del giurista interprete*. Torino, Giappichelli.
- Kutz, Christopher, 2000: "Acting together". *Philosophy and Phenomemological Research*, 61, pp. 1-31.
- Marcianò, Valeria G.F., 2005: "Le ordinanze di manifesta inammissibilità per "insufficiente sforzo interpretativo": una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente?". *Giurisprudenza costituzionale*, 50, pp. 785-812.
- Morelli, Marco, 2005: "L'interpretazione adeguatrice delle norme di legge e l'extrema ratio del sindacato di costituzionalità". *Nuova rassegna*, 19-20, pp. 2149-2150.
- Olivecrona, Karl, 1939: *Law as Fact*. Copenhagen, Munksgaard.
- _____, 1971: *Law as Fact*, 2nd ed. London, Steven & Sons.
- Parodi, Gianpaolo, 2008: "Seguito giurisdizionale delle decisioni costituzionali interpretative ed additive di principio ed elementi di 'diffusione' nel controllo di costituzionalità". *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, pp. 821-849.
- Perry, John, 1998: "Indexicals, Context and Unarticulated Constituent", in Aliseda, Atocha, van Glabbeek, Rob y Westerstahl, Dag (eds.), *Computing Natural Language*. Stanford,

- CSLI Publications, pp. 1-11.
- Poggi, Francesca, 2020a: "Against the conversational model of legal interpretation". *Revus*, 40, pp. 9-26.
- Poggi, Francesca, 2020b: *Il modello conversazionale*. Pisa, ETS.
- Posner, Richard A., 1983: "Statutory Interpretation – in the Classroom and in the Courtroom". *University of Chicago Law Review*, 50, pp. 800-822.
- Raz, Joseph, 2009: *Between Authority and Interpretation*. Oxford, OUP.
- Recanati, François, 2004: *Literal meaning*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Ríos Alvarez, Lautaro, 2010: "El control difuso de Constitucionalidad de la Ley en Chile y en otros países de América". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 23, pp. 417-443.
- Scalia, Antonin, 2018: *A matter of interpretation*. Princeton, Princeton University Press.
- Scott, Allison W. 2011. *Legal Interpretation: Taking Words Seriously*. Claremont College, CMC senior theses.
- Slack, Michelle R., 2006: "Avoiding Avoidance: Why Use of the Constitutional Avoidance Canon Undermines Judicial Independence. A Response to Lisa Kloppenberg". *Case Western Reserve Law Review*, 56, pp. 1057-1069.
- Slocum, Brian C., 2018: "Replacing the Flawed Chevron Standard". *William and Mary Law Review*, 60, pp. 195-266.
- Sorrenti, Giusi, 2014: "La interpretación conforme a la Constitución en el ordenamiento italiano: estado de la cuestión". *InDret*, 2, pp. 1-20.
- Tarello, Giovanni, 1980: *L'interpretazione della legge*. Milano, Giuffrè.
- Troper, Michel, 1999: "Una teoria realista dell'interpretazione". *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 29, pp. 473-494.
- Velluzzi, Vito, 2013: *Le Preleggi e l'interpretazione*. Pisa, ETS.
- Waldron, Jeremy, 1999: *Law and Disagreement*. Oxford, OUP.

Agradecimientos

Una versión preliminar de este ensayo fue discutida, el 3 de junio de 2021, en un webinar organizado por la Escuela de Posgrado en Derecho, de la Universidad Espíritu Santo (Ecuador) y, el 20 de octubre de 2021, en un webinar organizado por la Universidad Santiago de Cali (Colombia). Agradezco a todas las personas que participaron en el debate por sus comentarios y consejos.

Notas

- 1 Sin embargo, según Greenberg, la imagen estándar es tan genérica que incluso algunos antipositivistas podrían aceptarla. Véase Greenberg, 2014, pp. 1295-6.
- 2 Sin embargo, no parece que un positivista jurídico deba aceptar necesariamente la imagen estándar: el derecho también puede explicarse como un conjunto de hechos sociales diferentes o, en parte, no equivalentes a actos normativos.
- 3 En palabras de Goldsworthy: “si una norma jurídica pudiera tener un contenido distinto del contenido lingüístico del pronunciamiento autoritativo que la creó, entonces la existencia de la norma no podría explicarse directamente por el mero hecho de haber sido pronunciada autoritativamente” (Goldsworthy, 2019, p. 167, la traducción es mía).
- 4 Como señala Raz, “no tiene sentido otorgar a alguien o a un organismo el poder de legislar, a menos que se asuma que la ley que hace es la que pretendía hacer” (Raz, 2009, p. 274, la traducción es mía).
- 5 Véase, por ejemplo, Hägerström, 1953; Bobbio, 1971; Diciotti, 1999, pp. 312 ss.; Guastini, 2004, pp. 150 ss.; Guastini, 2008, pp. 38 ss.; Greenberg, 2011; Velluzzi, 2013, pp. 74 ss.; Luzzati, 2016, pp. 145 ss.
- 6 Así, en otros trabajos he argumentado que las principales teorías de la intencionalidad colectiva son incapaces de dar cuenta de una intención comunicativa colectiva: véase Canale & Poggi, 2019; Poggi, 2020a; Poggi, 2020b. Además, es dudoso que haya que considerar la intención de los parlamentarios y no, por el contrario, la de otros sujetos como, por ejemplo, quienes redactaron efectivamente el proyecto de ley o la de las personas que aprobaron la Constitución a través de un referéndum: sobre el punto, véase Dworkin, 1986, p. 318; Troper, 1999.
- 7 Siguiendo un uso generalizado, por “disposiciones” entiendo enunciados, secuencias de palabras con forma gramaticalmente completa, insertadas en las fuentes del derecho. Por “normas”, en cambio, me refiero al contenido de significado expresado por disposiciones. Como es bien sabido, no existe una relación biunívoca entre disposiciones y normas debido a fenómenos como la ambigüedad, la polisemia, la sinonimia, etc.
- 8 Ciertamente, los parlamentarios, aunque no hayan leído el texto, pueden haber sido informados del contenido de *D* en una reunión del grupo parlamentario o por un

asesor. Si es así, tendrán la intención de aprobar un texto que exprese ese contenido. Sin embargo, seguirán sin tener la intención de aprobar exactamente los enunciados *D* porque, precisamente, no conocen, no han leído, tales enunciados (y, por tanto, ni siquiera pueden saber si tales enunciados expresan realmente el contenido que otros le han referido).

- 9 Véase Olivecrona, 1939, pp. 36 ss.; Olivecrona, 1971, pp. 92-93; Tarello, 1980, p. 367.
- 10 *V. Smith v. United States*, 508 U.S. 223 (1993).
- 11 En realidad, para algunos autores, “usar un arma de fuego de cualquier manera” no es el significado enriquecido de “usar un arma de fuego” sino su contenido semántico mínimo. No discutiré este punto aquí.
- 12 Como señala Hägerström (1953, p. 34), no se puede pensar que los legisladores, incluso en el caso que haya un solo legislador, hayan tenido una apreciación clara de todas las implicaciones de la ley que promulgaron: de hecho, a veces habrá que aplicar una ley a casos que no podían haberse previsto en el momento de su promulgación. En el mismo sentido véase Troper, 1999.
- 13 Perry, 1998; Recanati, 2004.
- 14 Borg, 2004; Cappelen & Lepore, 2005.
- 15 508 U. S. 223 (1993).
- 16 508 U. S. 223 (1993), 224, la traducción es mía.
- 17 508 U. S. 223 (1993), 245, la traducción es mía.
- 18 508 U. S. 223 (1993), 243, la traducción es mía.
- 19 En palabras de Goldsworthy, la teoría comunicativa objetiva “proporciona el informe (la interpretación, si se quiere) más plausible de la comprensión jurídica ortodoxa del contenido de las leyes y de las constituciones angloamericanas, que he llamado la doctrina de la Intención Legislativa” (Goldsworthy, 2019, p. 181, la traducción es mía).
- 20 Goldsworthy opina que “hay mucho más acuerdo entre los jueces y los juristas de lo que Greenberg reconoce. Por ejemplo, desde hace mucho tiempo (si es que alguna vez lo ha hecho), ningún juez ha propuesto seriamente que el significado de una ley se limite a lo que los filósofos llaman el ‘significado del enunciado’ (aproximadamente, su significado literal) [...]. Todos los textualistas americanos modernos [...] reconocen la importancia de entender una ley a la luz de su contexto” (Goldsworthy, 2019, p. 178, la traducción es mía). Independientemente de la veracidad de estas afirmaciones, el problema, como ya hemos visto, es que la identificación/construcción del contexto es, en sí misma, objeto de desacuerdos.
- 21 Desarrollé este argumento en Poggi 2000a; Poggi 2000b.
- 22 Como señala Ríos Alvarez (2010, p. 425), en Chile, por ejemplo, aunque la Constitución del 1833 no prevé ningún control de la constitucionalidad de las leyes, La Corte Suprema,

en circular dirigida a las Cortes de Apelaciones el 2 enero de 1867, las instrúa en el sentido de interpretar las leyes dando “preferencia a la Constitución si estuviera en clara y abierta pugna con ellas”.

- 23 Este principio, en Italia, ha sido reiteradamente afirmado por el Tribunal Constitucional a partir de la sentencia de 19 de julio de 1989, n. 456. Cf.; también Tribunal Constitucional 14 octubre de 1996, n. 356 y Tribunal Constitucional de 7 de mayo de 2008, n. 147. En literatura véanse, por ejemplo, Marcianò 2005; Morelli 2005; Sorrenti 2014.
- 24 Sobre este tema en el derecho italiano v. Parodi 2008. Sorrenti habla de “soluciones totalmente inéditas, forzadas” (Sorrenti, 2014, p. 13), de “interpretaciones conformes extremadamente audaces que equivalen a una reescritura sustancial de los textos” (Sorrenti, 2014, p. 17).
- 25 Tribunal Constitucional orden 16 abril 2007, n. 128. V. también Corte Cass. 29 noviembre 2016, n. 25366.
- 26 V. Tribunal Constitucional, orden 19 de abril de 2007, n. 133.
- 27 Por ejemplo, el Tribunal Constitucional italiano ignoró descaradamente los propósitos enunciados en el preámbulo, al establecer que la ley no contenía prohibición alguna (tampoco implícita) respecto al diagnóstico genético preimplantacional: v. Corte Cost. ord. n. 369 del 2006.
- 28 Incluso en la experiencia jurídica norteamericana no faltan casos famosos en los que los jueces ignoraron las intenciones y los propósitos declarados de los legisladores, como *Caminetti v. United States*, 242 U.S. 470 (1917). El Mann Act se aplicaba a cualquier persona que transportase conscientemente, en el comercio interestatal, cualquier mujer o niña con fines de prostitución o libertinaje, o con cualquier otro fin inmoral. El informe de la comisión parlamentaria dejó claro que el propósito del Mann Act solo era apuntar a las prácticas comerciales (*commercial vice*) y no a los actos inmorales sin fines de lucro. A pesar de esta intención manifiesta, la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que la norma se aplicaba también a quien transportaba una mujer con el fin de consumir, de forma consensuada, sexo extraconyugal.
- 29 Casos similares y muy frecuentes son aquellos en los que los jueces interpretan una disposición a la luz de su *ratio*, reconstruida, sin embargo, no según el propósito manifiesto del legislador histórico, sino a la luz de intervenciones normativas más recientes.
- 30 Creo que este problema afecta a toda la teoría comunicativa objetiva y que no es más que un aspecto particular de los problemas epistémicos antes analizados. Si no existe un criterio claro para determinar cuándo es razonable asumir una presunción determinada –o, lo que es lo mismo, qué características debe tener un oyente “razonable”–, el recurso a la teoría de la intención objetiva del legislador es solo una máscara para la discreción interpretativa. Así, por ejemplo, en Estados Unidos hay una multiplicidad de criterios interpretativos: el problema no es solo, como supone Goldsworthy (2019, pp. 189 ss.), que son muchos y muy técnicos, sino que pueden entrar en conflicto entre sí y que falta un criterio de resolución de conflictos. ¿Sobre qué base puede fundarse la presunción de

que los legisladores han dado preferencia a un criterio y no a otro?

- 31 Véase, por ejemplo, *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S., 678, 697-99 (2001).
- 32 V. recientemente García Jaramillo & Benítez, 2018. El positivismo normativo es la tesis según la cual el derecho debe identificarse sin referencia a su calidad moral.
- 33 El hecho de que haya una tensión entre el control constitucional y la interpretación conforme a la Constitución, por un lado, y la democracia, por el otro, no implica necesariamente que los ordenamientos no-constitucionalizados (o no constitucionalizados en un grado alto) sean más democráticos. No solo existen ordenamientos jurídicos no constitucionalizados que no son claramente democráticos (como dictaduras, monarquías absolutas, oligarquías, etc.), sino que el nivel de democracia (y, en particular, de respeto por el principio de separación de poderes) depende también de otros factores y, en particular, de la práctica interpretativa que efectivamente sigan los jueces. En otras palabras, la teoría comunicativa podría ser falsa incluso en ordenamientos no constitucionales si los jueces, por ejemplo, recurren sistemáticamente a argumentos interpretativos distintos de los que se utilizan en la conversación ordinaria, como la interpretación evolutiva.

Recepción: 7 noviembre 2022

Revisión: 2 febrero 2023

Aceptación: 14 febrero 2023