

LOS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS DE LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR: PERFILES PROBLEMÁTICOS*

THE INTERPRETATIVE ARGUMENTS
FROM LEGISLATOR'S INTENTION: TROUBLESONE PROFILES

FRANCESCA POGGI

<https://orcid.org/0000-0002-5373-0571>

FRANCESCA ASTA

<https://orcid.org/0009-0002-2049-6085>

*Dipartimento di scienze giuridiche "Cesare Beccaria"
Università degli Studi di Milano*

Fecha de recepción: 5-5-25

Fecha de aceptación: 18-6-26

Resumen: *Este ensayo pretende analizar el argumento interpretativo de la intención del legislador. Distinguiremos seis variantes de este argumento: tres variantes referidas a los legisladores históricos y tres variantes referidas a un legislador ideal y racional. Para cada una de ellas, ofreceremos ejemplos y expondremos los valores que las justifican. Luego, expondremos las críticas teóricas dirigidas hacia cada variante. En apoyo de estas críticas, presentaremos también los*

* Investigación financiada por la UE - Next Generation EU, Mission 4 Component 1, CUP G53D23002380006.

Agradecimientos. Una primera versión de este trabajo fue presentada en el curso de posgrado "Diploma de Experto en Bases para una Legislación Racional" de la Universidad de Girona. Agradecemos al alumnado y personal docente que participaron. También agradecemos a los/las revisores anónimos/as de la revista por sus valiosos comentarios críticos.

Ambas autoras asumen la responsabilidad de las tesis expuestas en este texto. Por razones puramente académicas, indicamos a Francesca Poggi como autora de los párrafos 2, 3, 3.1, 4 y 4.1, y a Francesca Asta como autora de los párrafos 1, 3.2, 4.2 y 5. Francesca Asta también ha realizado el análisis cuantitativo y cualitativo de las sentencias de las Salas Unidas Penales del Tribunal Supremo italiano (*Corte di Cassazione penale, Sezioni Unite*).

resultados de una reciente investigación empírica llevada a cabo en el ordenamiento jurídico italiano. Defenderemos que las críticas teóricas son justificadas. Las variantes que hacen referencia a la intención de los legisladores históricos plantean problemas conceptuales, ontológicos y epistémicos y, de hecho, rara vez se utilizan (al menos en la jurisprudencia italiana). Las variantes referidas al legislador ideal, en cambio, abren espacio a la discrecionalidad judicial.

Abstract: *This essay aims to examine the interpretative argument of the legislator's intention. We will distinguish six variants of this argument: three variants referring to historical legislators and three variants referring to an ideal, rational legislator. For each of them, we will give examples and explain the values that justify them. Then, we will present the theoretical criticisms directed against each variant: in support of these criticisms, we will also present the results of a recent empirical research carried out in the Italian legal system. We will argue that the theoretical criticisms are justified. The variants referring to the intention of historical legislators raise conceptual, ontological and epistemic problems and, in fact, are rarely employed (at least in Italian case law). The variants referring to the ideal legislator, on the other hand, open up room for judicial discretion.*

Palabras clave: intención del legislador; objetivos del legislador; *ratio legis*; interpretación jurídica.

Keywords: legislative intention; legislator's purpose; *ratio legis*; legal interpretation

1. INTRODUCCIÓN

En el contexto del derecho, por “argumento interpretativo” se entiende un esquema argumentativo típico dirigido a justificar una determinada interpretación de un texto jurídico. Es decir, los argumentos interpretativos son razones típicas que sirven para atribuir y justificar la atribución de un determinado significado (norma) a una determinada disposición¹. Hablamos de razones típicas ya que no todas las razones son admisibles en los diferentes sistemas jurídicos. Así, en cualquier sistema jurídico actual, no se puede justificar una interpretación lanzando una moneda, pero tampoco se puede justificar diciendo que es la que mejor se ajusta a la moral subjetiva del decisor.

¹ En este ensayo adoptaremos la distinción entre disposición, entendida como texto, y norma, entendida como significado: cf., p.ej., R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 16ss.; P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 49 ss.; G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 26 ss.

Este ensayo se dedica al examen de un argumento interpretativo que se considera admisible y es muy difundido en casi todos –sino en todos– los sistemas jurídicos: el argumento interpretativo de la intención del legislador. En muchos ordenamientos jurídicos este argumento está positivizado, en el sentido de que está previsto por las propias fuentes del derecho, principalmente por las fuentes legislativas y, entonces, los jueces tienen la obligación, en determinadas condiciones que varían de un país a otro, de emplearlo². Por otra parte, el argumento que nos ocupa está muy extendido también en ordenamientos donde no hay normas explícitas que lo establezcan.

A pesar de su difusión, la doctrina y, sobre todo, la filosofía del derecho, llevan tiempo señalando que bajo la etiqueta de “intención del legislador” se esconden en realidad argumentos diferentes. En este ensayo, analizaremos estos diferentes argumentos interpretativos, distinguiéndolos en dos grupos: los que se refieren a la intención de los legisladores históricos y los que se refieren a la intención de los legisladores ideales (§2). Para cada uno de estos grupos destacaremos los valores que los justifican (§§ 3 y 4) y, a continuación, formularemos una serie de críticas que pretenden poner de manifiesto la debilidad teórica de las diferentes versiones (§§ 3.1. y 4.1.). En apoyo de estas críticas, también citaremos los resultados de una reciente investigación empírica que examinó los usos del argumento de la intención del legislador en las sentencias de las Salas Unidas Penales del Tribunal Supremo italiano (*Sezioni Unite Corte di Cassazione penale*) en los últimos 10 años (§§ 3.2 y 4.2).

Nuestra conclusión es que las críticas teóricas son justificadas. Como veremos, las variantes que hacen referencia a la intención de los legisladores

² Por ejemplo, el argumento de la intención del legislador está expresamente previsto en Italia (art. 12 disp. prel.: “Al interpretar la ley, no puede atribuirse otro significado que el que se desprende del sentido propio de las palabras [...] y de la intención del legislador”) y Colombia (art. 27 Código civil: “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”). De forma menos explícita, mediante la referencia a la finalidad y/o al espíritu, el argumento se encuentra positivizado, por ejemplo, en Argentina (art. 2 Código Civil y Comercial Nacional: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”) y en España (art. 3 del Código civil: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”).

históricos raramente se encuentran en la jurisprudencia italiana -y, cuando se encuentran, siempre van unidas a argumentos diferentes, especialmente sistemáticos. Esto se debe probablemente a los problemas conceptuales, ontológicos y epistémicos que han sido reiteradamente destacados en la literatura. Las variantes referidas al legislador ideal, en cambio, plantean problemas diferentes, principalmente relacionados con la discrecionalidad en la elección de las normas y valores con respecto a los cuales reconstruir una intención legislativa coherente y racional.

2. DESAMBIGUACIÓN DE LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR

Como se ha señalado anteriormente, bajo la etiqueta de “intención del legislador” se ocultan diferentes argumentos. De hecho, se pueden registrar al menos tres significados diferentes de “intención” y dos significados diferentes de “legislador”³.

En primer lugar, por “intención” podemos entender la intención comunicativa: es decir, el significado intencionadamente atribuido a la palabra o a la disposición por su autor. Así, si alguien ordena que “Todos deben tener una vela”, se puede decir que su intención comunicativa es ordenar a todos que tengan una candela, es decir, que con la palabra “vela” entiende “candela” -y no, por ejemplo, la vela de un barco.

En segundo lugar, con “intención” podemos hacer referencia al objetivo o propósito que se persigue diciendo algo -en el caso de los legisladores, al objetivo por el cual se ha aprobado una determinada disposición o ley. Así, alguien puede ordenar que todo el mundo tenga una vela porque hay muchos apagones y quiere que la gente esté preparada por si se queda sin electricidad.

En tercer lugar, con “intención” podemos referirnos al valor que la norma persigue, los derechos o intereses que protege y que, por lo tanto, justifi-

³ Véase E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 312ss.; V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 125 ss.; R. GUASTINI, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Aracne, Roma, 2008, pp. 38 ss.; G.B. RATTI, *Sistema giuridico e sistematizzazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 281 ss.; P. CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídicas*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 95 ss.; V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l'interpretazione*, ETS, Pisa, 2013, pp. 39 ss.; C. LUZZATI, *Del giurista interprete*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 145 ss.; P. BRUNET, F. POGGI, “Legal Interpretation”, en L. BURAZIN, K.E. HIMMA, G. PINO (eds.), *Jurisprudence in the Mirror*, Oxford, OUP, pp. 389-390.

can la norma misma. En este caso, vamos a hablar de “ratio”⁴. Así, la orden de tener candelas, tiene como valor el de proteger la seguridad, la salud y, por lo tanto, está justificada por estos valores⁵.

Nótese que la segunda y tercera nociones son muy parecidas, pueden estar conectadas y resultar difíciles de distinguir⁶, pero no coinciden entre sí. El objetivo o propósito puede ser político y económico, y muchas veces se refiere a la totalidad de la ley en la que está contenida la disposición que ha de interpretarse. El valor o *ratio*, en cambio, hace referencia a valores jurídicos y morales y, en particular, a la protección o implementación de los derechos fundamentales⁷.

Además, podemos distinguir dos nociones de “legislador”: esta expresión puede referirse a los legisladores reales, históricos –los hombres y las mujeres que votaron en favor de la ley– o a un legislador ideal, un buen legislador, un legislador racional⁸.

⁴ A veces se utiliza la expresión “espíritu de la ley (es decir, de la norma)” para expresar la misma noción, especialmente cuando se hace referencia a una *ratio* objetiva (véase más adelante en el texto) –aunque esta expresión no es muy común hoy en día, al menos en Italia. Para los distintos significados del término “espíritu”, véase, por ejemplo, D. García Belaunde, “Consideraciones Esquemáticas en torno al ‘espíritu de la ley’”, *Revista de Derecho*, núm. 4, 1968, pp. 45-52; U. SCARPELLI, C. LUZZATI, *Compendio di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 90-94.

⁵ Marmor, en cambio, distingue entre intenciones como objetivo (que él denomina intenciones ulteriores, *further intentions*) y intenciones a propósito del alcance de aplicación de la norma. No consideraremos aquí este último tipo de intenciones, ya que nos parecen derivadas de las intenciones comunicativas. V. A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 165 ss.

⁶ Cfr. infra §3.2.

⁷ La falta de coincidencia es especialmente evidente en los casos de la llamada legislación simbólica. Con esta expresión nos referimos aquí a los casos en los que las funciones manifiestas de la acción legislativa divergen de sus funciones latentes, incluidos los casos en los que las leyes “se utilizan para ‘enviar un mensaje’, no para actuar directamente sobre la realidad” (F. Ferraro, “Il diritto come simbolo tra i simboli: introduzione al volume” en F. FERRARO (ed.), *Diritto simbolico, simboli nel diritto*, Giuffré, Milano, 2022, p. 9, nuestra traducción). Sobre este tema y para distintos significados de “legislación simbólica”, véase también M. ATIENZA, “Contribución para una teoría de la legislación”, *Doxa*, núm. 6, 1989, pp. 385-403; C. FERNÁNDEZ BLANCO, “La eficacia y efectividad de las normas y la racionalidad material de la ley”, *Diritto & questioni pubbliche*, núm. 23, 2023, pp. 75-95; F. FERRARO, “La legislación simbólica: la necesidad de una redefinición y el problema de las funciones simbólicas del derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 27, 2024, pp. 27-51.

⁸ Algunos autores distinguen una tercera acepción de “legislador”: el legislador actual, entendido como distinto de los legisladores que aprobaron la ley. Véase M. CAVINO, “Intención del legislador y significado de la ley ordinaria en la jurisprudencia de la Corte

Combinando los distintos significados distinguidos anteriormente, obtenemos seis variantes diferentes del argumento de la intención del legislador: intención comunicativa de los legisladores históricos, objetivos o propósitos de los legisladores históricos, valores que los legisladores históricos pretendían proteger, intención comunicativa de un legislador ideal, objetivos o propósitos de un legislador ideal, y, finalmente, *ratio legis* o valor objetivo que la norma implementa y/o protege⁹.

En la siguiente sección (§3), empezaremos analizando las variantes referidas a los legisladores históricos: para cada una de ellas, ofreceremos algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia italiana, examinaremos qué razones pueden aducirse en su favor, y, a continuación, formularemos algunas críticas (§3.1.).

3. INTENCIÓN COMUNICATIVA, OBJETIVOS Y RATIO DE LOS LEGISLADORES HISTÓRICOS

Como se vio previamente, en un primer sentido “intención del legislador” se refiere a la intención comunicativa de los legisladores históricos: esta versión prescribe atribuir a una determinada disposición el mismo significado que le atribuyeron sus autores, los hombres y las mujeres que la aprobaron.

Como ejemplo de este uso, podemos tomar en consideración una conocida decisión del Tribunal Constitucional italiano, en la que éste tuvo que

Constitucional Italiana”, *Derechos y libertades*, núm. 21, 2009, pp. 17-55; P. CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídicas*, cit., pp. 95 ss.; C. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Olejnik, Santiago, 2019, p. 160; J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, “Un catálogo de intenciones legislativas”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 51, 2024, doi: 10.7203/CEFD.51.28097. No consideraremos esta variante en el texto, ya que nos parece empíricamente poco o nada extendida en la jurisprudencia y conceptualmente bastante confusa, tendiendo a solaparse con la noción de los legisladores reales (históricos) o con la noción de legislador ideal. Los jueces emplean la intención del legislador actual cuando interpretan un texto antiguo a la luz del significado de un texto promulgado por el legislador actual, o de los fines o valores perseguidos por este último. Sin embargo, el legislador actual puede ser entendido o como los reales legisladores actuales o como un legislador actual ideal.

⁹ Hay que advertir que las seis nociones identificadas no agotan los significados en los que se hace referencia a la intención del legislador en la literatura y jurisprudencia. Nos ocuparemos únicamente de éstas, tanto porque nos parecen las más extendidas como porque nuestra investigación empírica se ha centrado en ellas. Para más acepciones, véase, por ejemplo, J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, “Un catálogo de intenciones legislativas”, cit.

decidir si la protección de la familia como “sociedad natural fundada en el matrimonio”, prevista en el artículo 29 de la Constitución, se extendía también a las uniones entre personas del mismo sexo. El Tribunal Constitucional lo excluyó basándose en el siguiente argumento: “Como se desprende de los trabajos preparatorios, la cuestión de las uniones homosexuales quedó totalmente al margen del debate en la Asamblea Constituyente, aunque la condición homosexual no era ciertamente desconocida. Los constituyentes, al redactar el artículo 29 de la Constitución, hablaron de una institución que tenía una disciplina precisa en el derecho civil. Por tanto, a falta de otras referencias, es inevitable concluir que tuvieron en cuenta la noción de familia definida por el Código Civil italiano que entró en vigor en 1942, que establecía (y sigue estableciendo) que los cónyuges deben ser personas de distinto sexo”¹⁰. En definitiva, según el Tribunal Constitucional, debe darse a las palabras “familia” y “matrimonio” los mismos significados que le dieron los constituyentes, es decir, el de una pareja heterosexual unida a través de la institución prevista en el Código Civil italiano.

En un segundo sentido, “intención del legislador” hace referencia al objetivo o propósito perseguido por los legisladores históricos al promulgar una determinada disposición o ley. De hecho, al igual que en la comunicación ordinaria, la finalidad con la cual se dicta una norma puede ayudar a eliminar ambigüedades o incertidumbres. Subyace a este criterio hermenéutico un supuesto de racionalidad instrumental. Es decir, se supone que los legisladores pretendían promulgar normas adecuadas para realizar los fines que perseguían.

Consideremos el siguiente ejemplo: un artículo del Código Civil italiano, ahora derogado, permitía la impugnación de la paternidad sólo en hipótesis estrictamente predeterminadas, que incluían la de que durante el período de la concepción el marido padeciera impotencia, aunque sólo fuera para engendrar. En los años 90 se planteó la cuestión de si el marido también podría solicitar la impugnación de paternidad si el hijo hubiera sido concebido mediante procreación médica heteróloga, es decir, mediante donación de esperma, precisamente por la impotencia del marido para procrear. El Tribunal Constitucional italiano estableció que no podía solicitarse, porque el propósito de los legisladores históricos era permitir la impugnación de paternidad en caso de adulterio: en particular, la finalidad de las disposiciones en cuestión no podía extenderse a la procreación médica heteróloga porque

¹⁰ Corte Cost. sen. n° 138/2010.

en el momento de su promulgación esta técnica aún no existía¹¹. Como puede observarse, en este caso, la referencia a la finalidad perseguida por los legisladores históricos se utiliza, no para aclarar el significado de un término, sino para delimitar el ámbito de aplicación de la norma.

Por último, en un tercer sentido, la intención de los legisladores históricos se refiere a los valores que los legisladores históricos pretendían proteger. Un ejemplo interesante de este uso puede encontrarse en la decisión nº 242 de 2019, en la que el Tribunal Constitucional italiano tuvo que pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 580 del Código Penal italiano, que castiga la ayuda e incitación al suicidio. El Tribunal declaró que, en el momento de su promulgación en 1930 bajo el régimen fascista, esta norma pretendía proteger el deber de vivir, como un deber hacia el Estado, de acuerdo con la ideología fascista que lo había inspirado, y añadió que este valor ya no se ajusta al nuevo marco constitucional. Por lo tanto, en opinión del Tribunal, los valores originales, reconstruidos sobre la base de las ideologías del período histórico de promulgación, ya no podían justificar la norma examinada¹².

Las tres variantes del argumento de la intención del legislador referidas a los legisladores históricos se justifican sobre la base de los mismos valores y, en particular, sobre la base del principio democrático y del conectado principio de la separación de poderes¹³. Si el contenido expresado por los textos legislativos es el contenido entendido por los legisladores históricos, entonces el derecho es creado por los legisladores y los jueces simplemente comprenden las intenciones de los legisladores –una tarea que puede no ser sencilla, pero que en todo caso no equivale a la creación de derecho. Y, si el contenido expresado por los textos legislativos es el contenido entendido por los legisladores democráticamente elegidos, entonces nuestras instituciones democráticas tienen un sentido. Como señala Raz, “it makes no sense to give any person or body law-making power unless it is assumed that the law they make is the law they intended to make”¹⁴. Además, estas versiones, y espe-

¹¹ Corte Cost. sen. nº 347/1998.

¹² Volveremos sobre esta decisión más adelante: §4.

¹³ Véase, por ejemplo, R. EKINS, J. GOLDSWORTHY, “The Reality and Indispensability of Legislative Intentions”, *Sidney Law Review*, núm. 36, 2014, pp. 39 ss.; P. SANDRO, *The Making of Constitutional Democracy: From Creation to Application of Law*, Hart publishing, Oxford, 2022, cap. 2; R. SIMÕES NASCIMENTO, “El argumento de la intención del legislador: usos y propuesta normativa”, *Doxa*, núm. 47, 2023, p. 106.

¹⁴ J. RAZ, *Between Authority and Interpretation*, OUP, Oxford, 2009, p. 274. En particular, Raz defiende la tesis que denomina “Authoritative Intention Thesis”, según la cual “to the ex-

cialmente las dos primeras, corresponden a criterios que seguimos en la conversación ordinaria, y esto también realiza valores propios de la democracia. Incluso en la conversación ordinaria, el significado de una enunciación se considera equivalente al significado que el hablante pretende comunicar tras ella, e incluso en la conversación ordinaria los objetivos que un hablante persigue al decir algo puede ayudar a entender mejor lo que quiere decir. Utilizar en la interpretación del derecho los mismos criterios que utilizamos en la conversación ordinaria facilita la comprensión de la ley por sus destinatarios, y esto, a su vez, aumenta la certidumbre de la ley, entendida como previsibilidad¹⁵.

A pesar de su conformidad con importantes valores de nuestras democracias constitucionales, el argumento de la intención de los legisladores históricos, en sus tres variantes, plantea algunos problemas serios, que examinaremos en la siguiente sección.

3.1. Críticas: problemas conceptuales, ontológicos y epistémicos

En filosofía y teoría general del derecho se ha observado a menudo cómo la referencia a la intención comunicativa, los objetivos y la *ratio* de los legisladores históricos da lugar a problemas conceptuales, ontológicos y epistémicos¹⁶. Empezamos por analizar los problemas conectados a la intención

tent that the law derives from deliberate law-making, its interpretation should reflect the intention of its lawmaker" (J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, cit., p. 275). Sin embargo, la intención relevante para Raz es simplemente la intención mínima de participar en el proceso legislativo aceptando sus resultados: "Legislators who have the minimal intention know that they are, if they carry the majority, making law, and they know how to find out what law they are making. All they have to do is establish the meaning of the text in front of them" (J. RAZ, *Between Authority and Interpretation*, cit., 284-5). Según Raz, por tanto, los textos tienen (casi siempre) un significado claro, determinado por reglas semánticas y sintácticas, así como por las prácticas interpretativas de la comunidad jurídica en cuestión. Para una crítica de las tesis de Raz -y de semejantes tesis de Marmor (A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, cit.)- véase I. LIFANTE, "Interpretación y modelos de derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica", *Doxa*, núm. 22, 1999, pp. 171-193.

¹⁵ Cf., p.ej., F. POGGI, "La teoría comunicativa de la interpretación jurídica en los sistemas jurídicos constitucionalizados. Críticas teóricas y empíricas", *Isonomía*, núm. 58, 2022, p. 59, que, sin embargo, critica la tesis según la cual no hay una diferencia relevante entre la conversación ordinaria y la interpretación jurídica.

¹⁶ Véase D. CANALE, G. TUZET, "What the Legislature Did Not Say. Legislative Intentions and Counterfactuals in Legal Argumentation", *Journal of Argumentation in Context*, núm. 5, 2016, pp. 249-70; D. CANALE, F. POGGI, "Pragmatic Aspects of Legislative Intent",

comunicativa, entendida como la intención de comunicar algo (y nada más) con la aprobación de una disposición determinada –por ejemplo, de entender con la palabra “familia” la pareja heterosexual unida en matrimonio.

Desde un perfil conceptual, las asambleas legislativas son cuerpos colectivos compuestos por una pluralidad de sujetos y resulta problemático establecer si y cómo configurar una intencionalidad comunicativa colectiva. Las dos soluciones principales consisten en entender esta intención comunicativa (i) como la suma de las intenciones individuales de los parlamentarios o, (ii) como una intención colectiva no derivada de la suma de las intenciones individuales. Sin embargo, desde el perfil ontológico, es dudoso que ambas existan.

Empecemos por analizar la tesis de la suma. Como observa Greenberg, “It is uncontroversial that most legislators do not read most of the text of the statutes on which they vote”¹⁷: 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 aprobar *D*, por el simple motivo de que no saben que *x* está compuesto por *D*. Sin embargo, si se examina más de cerca, no es seguro que incluso aquellos que han leído el texto y han votado a su favor tengan una única intención comunicativa.

La agregación de intenciones individuales conduce a algunas paradojas bien conocidas¹⁸. Supongamos, por comodidad, que sólo hay tres parla-

American Journal of jurisprudence, núm. 64, 2019, pp. 125-138; A. Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Almqvist & Wiksell's boktr., Uppsala, 1953; N. BOBBIO, “Le bon législateur”, *Logique et analyse*, núm. 14, 1971, pp. 243-249; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, cit., pp. 312 ss.; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 150 ss.; R. GUASTINI, *Nuovi studi sull'interpretazione*, cit., pp. 38 ss.; M. GREENBERG, “Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication”, en A. MARMOR, S. SOAMES (eds.), *Philosophical Foundations of the Language in the Law*, OUP, Oxford, 2011, pp. 217-264; V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l'interpretazione*, cit., pp. 39 ss. y pp. 74 ss.; C. LUZZATI, *Del giurista interprete*, cit., pp. 145 ss.; F. POGGI, “La teoría comunicativa de la interpretación jurídica en los sistemas jurídicos constitucionalizados. Críticas teóricas y empíricas”, cit., pp. 57-81.

¹⁷ M. GREENBERG, “Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication”, cit., p. 239.

¹⁸ Cf., p.ej., K. ARROW, *Social Choice and Individual Values*, Wiley, New York, 1963; P.C. FISHBURN, “Paradoxes of Voting”, *American Political Science Review*, núm. 68, 1974, pp.

mentarios, o tres grupos parlamentarios (*A*, *B* y *C*), y que tenemos que votar una disposición que establece: (i) la prohibición de entrada de vehículos al parque; (ii) una excepción para los vehículos eléctricos; (iii) una excepción para los vehículos a pedales. *A* vota a favor de (i), contra (ii) y a favor de (iii). *B* vota contra (i), a favor de (ii) e (iii). *C* vota a favor de (i), a favor de (ii) y contra (iii). El resultado de la agregación es una disposición que prohíbe la entrada de vehículos, excepto los eléctricos y los de pedales, y esta es una disposición que ninguno de los tres parlamentarios o grupos quería¹⁹.

Nótese que aquí seguimos hablando de textos, de disposiciones y no de su significado. Si hablamos de significados, las cosas son aún más complicadas: ¿incluimos las ambulancias en la noción de vehículos? ¿Incluimos los camiones de la basura? ¿Las sillas de ruedas para personas con discapacidad que se empujan a mano son vehículos?

Frente a estos ejemplos, se puede argumentar que, siempre que se trate de textos, sigue existiendo una voluntad colectiva de la mayoría para aprobar una determinada disposición. En efecto, cada parlamentario quiere seguir las reglas establecidas para la aprobación del texto de la ley -reglas que incluyen la regla de la mayoría -y, por lo tanto, quiere también el resultado de estas reglas- o, al menos, se compromete de antemano a aceptar como propio el resultado de estas reglas²⁰.

Supongamos que tenemos que decidir qué hacer esta noche con nuestras amigas. Personalmente, me gustaría ir al cine y definitivamente no quiero

537-546; W.V. GEHRLEIN, "Condorcet's paradox", *Theory and Decision*, núm. 15, 1983, pp. 161-197; L.A. KORNHAUSER, L.G. SAGER, "Unpacking the Court", *Yale Law Journal*, núm. 96, 1986, pp. 82-117; A.K. SHEPSLE, "Congress Is a 'They' Not an 'It': Legislative Intent as Oxymoron", *International Review of Law and Economics*, núm. 12, 1992, pp. 239-256; C. LIST, "The theory of judgment aggregation: an introductory review", *Synthese*, núm. 187, 2012, pp. 179-207; G. tuzet, "More Votes, More Irrationality", *The American Journal of Jurisprudence*, núm. 64, 2019, pp. 61-78.

¹⁹ Esta paradoja es analizada, entre otros, por L.A. KORNHAUSER, L.G. SAGER, "Unpacking the Court", cit., pp. 108ss., aunque en relación con las decisiones de los jueces colegiados. Un ejemplo similar puede encontrarse en J. Waldron, *Law and Disagreements*, OUP, Oxford, 1999, pp. 125 ss.

²⁰ Cf. R. EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, OUP, Oxford, 2012, pp. 106 ss.; J. South, "Are Legislative Intentions Real?", *Monash University Law Review*, 40, 2014, pp. 853-889. En opinión de Ekins, además, mucho depende de cómo se articulen realmente los procesos legislativos. Por ejemplo, si el procedimiento incluye, no sólo una votación artículo por artículo, sino también una votación final sobre el texto global, entonces no se plantea la paradoja anterior. Para una crítica de este argumento, véase J. WALDRON, *Law and Disagreements*, cit., p. 126.

ir al teatro. Pero mi principal deseo es hacer algo con mis amigas. Estamos de acuerdo en votar. Desde luego, me comprometo a hacer lo que la mayoría quiera hacer. Votamos y la mayoría quiere ir al teatro. Así que yo también voy al teatro. El problema es: ¿se puede decir que quiero ir al teatro? Creemos que hay intuiciones lingüísticas diferentes sobre este punto.

En cualquier caso, si pasamos de la voluntad de aprobar un texto a la voluntad de comunicar un determinado significado y no otro, las cosas se complican. En general, la intención de la mayoría legislativa de aprobar un texto determinado 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, aún admitiendo que en la mayoría parlamentaria sea detectable la intención de aprobar un conjunto determinado de disposiciones *D* con finalidad comunicativa –y no simplemente aprobar un texto cuyo contenido se ignora–, parece más complicado configurar la intención de comunicar, a través de ese texto, un cierto significado y no otro, un cierto conjunto de normas y no otro. A este respecto, es bien conocido que la legislación es una cuestión de negociación y compromisos: “As a result, the language is often chosen not in order to implement anyone’s communicative intention, but because, for example, it is unclear enough for a majority to accept”²¹. Es decir, es fisiológico que, en nuestros parlamentos, se llegue a un acuerdo sobre el texto y sobre las disposiciones, pero no sobre las normas que expresan. Y las disposiciones pueden ser ambiguas, indeterminadas y vagas. En este caso, claramente, no hay ninguna intención comunicativa unitaria²².

²¹ M. GREENBERG, “Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication”, cit., p. 253. En el mismo sentido, véase K. Olivecrona, *Law as Fact*, Stevens & Sons, 2^a ed., London, 1971, pp. 92-93; G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Giuffrè, Torino, 1980, pp. 366-7; J. WALDRON, *Law and Disagreements*, cit., pp. 128 ss.; C. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., p. 46. También Marmor observa que “The most familiar aspect of legislation that it is almost always a result of a compromise. Compromise often consists in what I would like to call tacitly acknowledge incomplete decisions –that is, decisions deliberately leave certain issues undecided” (A. MARMOR, “The Pragmatics of Legal Language”, *Ratio Juris*, núm. 21, 2008, p. 436).

²² South defiende la existencia de intenciones reales de los legisladores históricos identificándolas con las intenciones que prevalecieron en el proceso legislativo (*prevailing intentions*) reconstruidas a través de los criterios interpretativos (*rules of constructions*). “An intention prevails in the lawmaking process when Parliament acts on it by enacting legislation that gives effect to the intention according to the rules of construction” (J. South, “Are Legislative Intentions Real?”, *Monash University Law Review*, núm. 40, 2014, p. 869). Esta tesis recuerda a la doctrina, muy extendida en el continente europeo, según la cual la única intención legislativa relevante es la cristalizada en el texto de la ley, pero se aparta de ella al subrayar cómo (en el

Finalmente, bajo el perfil epistémico es dudoso cómo conocer la intención comunicativa de los legisladores históricos, concebida como la suma de las intenciones individuales. Los materiales preparatorios y las declaraciones parlamentarias pueden no ser accesibles o pueden ser no concluyentes; es más, a veces incluso se contradicen entre sí, dejando claro que una misma disposición ha sido interpretada de forma diferente por quienes la aprobaron²³. Además, en algunos ordenamientos jurídicos, el uso de estos documentos no está permitido o está sujeto a restricciones, ya que se trata de textos que los destinatarios de las leyes no pueden conocer fácilmente²⁴.

Para superar los problemas asociados a la tesis que concibe la intención comunicativa de los legisladores históricos como la suma de intenciones comunicativas individuales, algunos autores proponen recurrir a las teorías de la intencionalidad colectiva²⁵. Las teorías más conocidas y plausibles –como aquellas de Bratman, Tuomela o Gilbert²⁶– configuran la intencionalidad colectiva como diferente e irreductible a la suma de intencionalidades individuales, incluso si requieren que surja, emerja de intenciones individuales con alguna coincidencia (al menos parcial) en el contenido proposicional. Otros autores, sin embargo, critican la posibilidad de utilizar estas teorías para dar cuenta de una intención comunicativa colectiva unívoca de los legisladores

sistema jurídico australiano, al que se refiere el autor) los criterios de interpretación atribuyen también relevancia al contexto, a las “*surrounding circumstances*” (p. 870). En síntesis, el problema de esta tesis es que no tiene en cuenta que los criterios interpretativos admisibles pueden ser múltiples, no estar ordenados jerárquicamente y generar interpretaciones contradictorias.

²³ En Italia, un ejemplo paradigmático de disposición aprobada con intenciones comunicativas opuestas es el artículo 2 de la Ley nº 180/1978. De los trabajos preparatorios y las declaraciones de voto se desprende que algunos grupos parlamentarios aprobaron esta disposición porque permitía el tratamiento sanitario obligatorio fuera de los psiquiátricos hospitalarios, y otros porque lo excluía: véase E. DALY, “I fantasmi del diritto. Alcune riflessioni sul trattamento sanitario obbligatorio extraospedaliero”, *Biolaw journal*, núm. 2, 2021, pp. 227-246.

²⁴ Es el caso, por ejemplo, de Australia y Nueva Zelanda: véase J. GOLDSWORTHY, “Originalism in Constitutional Interpretation”, *Federal Law Review*, núm. 25, 1997, pp. 1-50; J. ALLAN, “Constitutional Interpretation v. Statutory Interpretation. Understanding the Attraction of ‘Original Intent’”, *Legal Theory*, núm. 6, 2000, pp. 109-126; R. EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, cit., p. 274.

²⁵ V. R. EKINS, *The Nature of Legislative Intent*, cit., pp. 219 ss.; R. SILTALA, *Law, Truth, and Reason*, Springer, Dordrecht, 2011, pp. 165 ss.

²⁶ M. GILBERT, *On Social Facts*, Princeton University Press, Princeton, 1989; R. TUOMELA, “We Will Do It: An Analysis of Group Intentions”, *Philosophy and Phenomenological Research*, núm. 51, 1991, pp. 249-77; M.E. BRATMAN, *Shared Agency: A Planning Theory of Acting Together*, OUP, Oxford, 2014.

históricos, aunque por razones diferentes²⁷. No es necesario en este ensayo reconstruir este complejo debate, pues nos parece suficiente observar que, de hecho, los intérpretes jurídicos, y los jueces en particular, no reconstruyen la intención de los legisladores apelando a ninguna teoría de la intencionalidad colectiva. En otras palabras, incluso si fuera posible encontrar una teoría lo suficientemente sofisticada como para dar cuenta de la existencia de una intención comunicativa colectiva unívoca de los legisladores, no cabe duda de que no se sigue de hecho en la práctica interpretativa jurídica. Los intérpretes jurídicos y los jueces, en particular, no reconstruyen el significado de los textos normativos apelando a sofisticadas teorías de la intención colectiva. Tal teoría sólo puede ser válida como propuesta interpretativa, pero no puede explicar el modo en que se emplea el argumento de la intención del legislador en nuestros ordenamientos jurídicos.

La variante que configura la intención de los legisladores históricos como los objetivos o propósitos perseguidos por éstos parece plantear menos problemas, ya que los fines en cuestión muchas veces son declarados en la ley, especialmente, en los preámbulos o en los primeros artículos²⁸. Sin embargo, también en estos casos pueden surgir problemas.

En primer lugar, la disposición que enuncia los objetivos o propósitos puede no estar tan clara: su misma interpretación puede ser controvertida.

En segundo lugar, los objetivos o propósitos suelen ser muy generales y genéricos y, por tanto, de poca ayuda para interpretar una disposición par-

²⁷ Cf. R. POSCHER, "The Normative Construction of Legislative Intent", *Droit & Philosophie*, núm. 9, 2017, pp. 107-133; F. POGGI, "Against the conversational model of legal interpretation. On the difference between legislative intent and speaker's intention", *Revis*, núm. 40, 2020, pp. 9-26; H. ASGEIRSSON, *The Nature and Value of Vagueness in the Law*, Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 38ss.; K. POSLAJKO, The meta-metaphysics of group beliefs: in search of alternatives, *Synthese*, núm. 201, 2023, pp. 113 ss., <https://doi.org/10.1007/s11229-023-04108-3>.

²⁸ Por las razones que hemos dicho, estos objetivos, aunque se enuncien, no pueden entenderse como fines que todos los legisladores históricos, y ni siquiera su mayoría, compartieron realmente. Sin embargo, esto puede ser irrelevante en los casos en los cuales estén insertados en la propia ley, ya que son vinculantes, tienen la misma fuerza de ley. No obstante, debe subrayarse que, en muchos ordenamientos jurídicos, la eficacia de los preámbulos es controvertida: véase, por ejemplo, C. ROVIRA FLOREZ DE QUIÑONES, *Valor y función de las exposiciones de motivos en las normas jurídicas*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1972, esp. p. 96; M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi: le ragioni economico-finanziarie degli interventi legislativi secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale*, in F. FERRARO, S. ZORZETTO (eds.), *La motivazione delle leggi*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 13 ss.

ticular. Por poner un ejemplo, imaginemos una ley cuya finalidad, enunciada en el preámbulo, sea garantizar el buen funcionamiento de la economía. Supongamos entonces que el problema consista en interpretar una disposición que sanciona a quien consigna en el balance de una empresa “hechos no verídicos” y, en particular, en establecer si por “hechos no verídicos” se entienden sólo hechos falsos o también hechos incorrectamente valorados²⁹. Como muestra este ejemplo, el objetivo de la ley, aunque claro y expreso, es demasiado genérico para servir de guía interpretativa de la disposición en cuestión.

En tercer lugar, el objetivo declarado puede no corresponder al objetivo real perseguido por los legisladores, como ocurre con la denominada legislación simbólica³⁰. Por ejemplo, el artículo 1 de la Ley Italiana nº 194 de 1978 sobre la interrupción voluntaria del embarazo proclama que el Estado italiano protege la vida humana desde su inicio. La afirmación es genérica, ya que no especifica cuándo comienza la vida (si con la concepción o con el nacimiento) pero, en cualquier caso, puede parecer por lo menos discordante en una ley que da amplias oportunidades para el aborto voluntario en el primer trimestre³¹. De hecho, esta afirmación se explica en relación con la preocupación expresada por los partidos minoritarios y parte de la opinión pública de que una ley que permitiera el aborto socavaría el valor constitucional de la vida.

Finalmente, como esperamos que sea evidente, la variante que identifica la intención del legislador con la *ratio* perseguida por los legisladores históricos comparte muchos de los problemas conceptuales, ontológicos y epistémicos ya considerados: es dudoso que exista una única *ratio* compartida por todos los parlamentarios y no está claro cómo conocerla.

²⁹ El ejemplo se inspira en el caso resuelto por Cass. pen., sez V, sen. nº 33774/2015.

³⁰ Asgeirsson, que ciertamente no subestima las dificultades de identificar la intención de los legisladores (especialmente si se entiende como una intención comunicativa), sostiene que los jueces pueden y deben recurrir a los objetivos (“*purposes*”) de los legisladores históricos sólo si se cumplen ciertas condiciones: deben ser razones que, en su función pública, los legisladores hayan formulado expresamente y con las que se hayan comprometido de manera genuina. Asgeirsson reconoce que, desde el punto de vista epistémico, estas condiciones son a menudo difíciles de determinar y dependen en gran medida de las características de cada sistema legislativo. Véase H. ASGEIRSSON, *The Nature and Value of Vagueness in the Law*, cit., pp. 150ss.

³¹ Cf. E. PEPPONI, “Il diritto di capire e la discriminazione linguistica nel linguaggio giuridico. Il caso della legge italiana sull’aborto”, *About Gender*, núm. 15, 2019, pp. 264-282.

3.2. Críticas: evidencias empíricas

Para confirmar las críticas teóricas anteriores, presentamos aquí los resultados parciales de una investigación empírica que estamos llevando a cabo con nuestro grupo de investigación en la Universidad de Milán, junto con las Universidades de Siena, Venecia, Brescia y la Universidad Bocconi. Los resultados se refieren al análisis de una población de 154 sentencias de las Salas Unidas Penales del Tribunal Supremo italiano (*Sezioni Unite della Cassazione penale* –en adelante, también “Tribunal”), dictadas en el decenio 2014-2023, y seleccionadas del total de 270 decisiones, emitidas por el mismo órgano en la década analizada, por el hecho de contener algunas claves de búsqueda tomadas como indicio de la referencia a la intención del legislador³². El análisis de estas 154 sentencias reveló que, en realidad, sólo en 59 sentencias se utilizó el argumento de la intención del legislador de manera interpretativa. Los demás casos representan falsos positivos³³ o casos en los que el argumento es mencionado por el Tribunal, sin desempeñar ningún papel en el proceso argumentativo³⁴.

Por tanto, un primer resultado importante de la investigación es haber demostrado que el argumento de la intención del legislador es poco utilizado por las Salas Unidas Penales del Tribunal Supremo italiano: de un total de 270 decisiones, dictadas entre 2014 y 2023, sólo se utiliza en 59, es decir, en el 21,85% de los casos. Teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico italiano el argumento en cuestión es, junto con el argumento literal, el único argumento

³² La búsqueda se realizó en la base de datos jurídicos “One Legale”, utilizando 23 claves de búsqueda. Para reducir la posibilidad de falsos positivos, sólo se seleccionaron las sentencias en las que las palabras de las claves de búsqueda aparecían dentro de un intervalo de 5 palabras. Las 23 claves de búsqueda, en italiano, han sido las siguientes: <volontà legislatore>, <intenzione legislatore>, <intenzioni legislatore>, <scopo legislatore>, <obiettivo legislatore>, <proposito legislatore>, <intento legislatore>, <finalità legislatore>, <finalità riforma>, <intenzione riforma>, <scopo riforma>, <obiettivo riforma>, <intento riforma>, <volontà novella>, <intenzione novella>, <intento novella>, <legislatore voluto>, <legislatore inteso>, <scelta legislatore>, <assemblea constituyente>, <revisione costituzionale>, <legislatore intende>, <scelta política>.

³³ Como se menciona en la nota anterior, nuestras claves de búsqueda consistían en 2 palabras que podían aparecer en un rango de 5 palabras. Esto dio lugar a una serie de falsos positivos.

³⁴ Por ejemplo, los casos en los que las Salas Unidas Penales del Tribunal Supremo italiano citan el texto del art. 12 dip. prel. c.c. it., según el cual “Al aplicar la ley, no puede atribuirsele otro sentido que el que se desprende del sentido propio de las palabras según la conexión entre ellas, y de la intención del legislador”, pero luego emplea en su razonamiento el argumento literal y no el de la intención del legislador.

positivizado, es decir, impuesto por una norma jurídica de rango legislativo (art. 12 disp. prel. c.c.), el resultado es bastante sorprendente. Y hay más.

En el análisis de las sentencias, optamos por considerar que la intención del legislador se refería al legislador histórico siempre que no surgieran elementos textuales claros de los que pudiera deducirse una referencia al legislador ideal. Como consecuencia, registramos una clara prevalencia del argumento del legislador histórico (96,4% de los casos en los que el argumento se utiliza interpretativamente). Sin embargo, cabe señalar, que sólo en el 27% de los casos³⁵ se justifica la reconstrucción de la voluntad del legislador histórico apelando a los materiales preparatorios³⁶ y sólo en el 3,7% apelando a la *occasio legis*. En la mayoría de los casos, la intención del legislador se deriva del significado de otras disposiciones primarias (51% del total), con referencia a disposiciones del mismo documento normativo (35%), concretamente el Código Penal italiano y la Ley de Enjuiciamiento Criminal Italiana, o a disposiciones contenidas en otras fuentes primarias (16%). Parece, por tanto, que en la mayoría de los casos los jueces no reconstruyen realmente la intención de los legisladores históricos, sino que le superponen la intención que habría tenido un legislador ideal, es decir, coherente y racional³⁷.

Para confirmar la dificultad de distinguir entre intención comunicativa, *ratio* y objetivos de los legisladores históricos e intención comunicativa, *ratio* y objetivos de los legisladores ideales, consideremos un par de ejemplos³⁸.

³⁵ Este porcentaje, así como los siguientes, no se refiere al número total de decisiones analizadas (59), sino al número total de casos en los que se utiliza el argumento de la intención del legislador en el contexto de dichas decisiones (140 casos). De hecho, es muy frecuente que en una misma sentencia se emplee el argumento de la intención del legislador con distintos significados, o que se haga referencia a fuentes diferentes (trabajos preparatorios, argumentación sistemática, etc.) para reconstruir el mismo tipo de intención.

³⁶ En particular, se citan sobre todo los informes de acompañamiento o ilustrativos del proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal italiana. En algunos casos, se mencionan los cambios de conversión de la ley o las enmiendas; por último, los dictámenes y los informes de las comisiones parlamentarias.

³⁷ Lo anterior también se ve confirmado por el uso, ciertamente limitado (7% de los casos), de argumentos contrafácticos. Véase, por ejemplo: "Si el legislador hubiera tenido la intención de limitar la sanción del artículo 179 del Código penal a la citación en sentido estricto del acusado a juicio, le habría sido fácil especificarlo" (Cass. Pen., SSUU, sentencia n.º 7697/2017). Estos argumentos, aunque se refieran directamente a la intención del legislador histórico, sólo funcionan a condición de que este legislador sea caracterizado como un sujeto racional, que no dice ni más ni menos que lo que pretende decir.

³⁸ En cuanto al tipo de intención, prevalece la intención comunicativa (73,1% de los casos).

En una primera sentencia, el problema consistía en determinar si, a los efectos del delito de cultivo de plantas de las que puedan extraerse sustancias estupefacientes, basta con que la planta, conforme al tipo botánico previsto, sea apta por su grado de madurez para producir sustancias destinadas al consumo, no siendo relevante la cantidad de principio activo obtenible de forma inmediata, o si es necesario verificar además que la actividad sea concretamente susceptible de perjudicar la salud pública y de favorecer la circulación de la droga en el mercado. En efecto, sobre este punto existía un duradero contraste jurisprudencial. El Tribunal considera que, para resolver esta cuestión, es necesario identificar la política del legislador (es decir, en nuestros términos, los objetivos que perseguían lo legisladores). La referencia parece ser al legislador histórico, sin embargo, esta política se identifica principalmente haciendo referencia a sentencias del Tribunal Constitucional italiano y del propio Tribunal Penal (en particular a las sentencias gemelas nº 28605 y 28606 de 24/04/2008). El único argumento en cierto modo referible a una intención del legislador histórico consiste en observar que, incluso después de las modificaciones introducidas por la Ley nº 49/2006, la actividad de cultivo no se menciona entre las sancionadas únicamente en el ámbito administrativo –sin tener en cuenta que la reforma tuvo lugar antes de las sentencias gemelas y, por tanto, cuando las Salas Unidas Penales del Tribunal Supremo italiano no se habían pronunciado sobre el conflicto. En cuanto a la objeción (literal) de que el término “cultivo” se refiere a un cultivo “técnico-agrícola”, distinto de un mero cultivo “doméstico”, el Tribunal se limita a observar que no hay rastro de tal distinción en las fuentes –o, mejor dicho, que el único rastro que se encuentra en las fuentes no es relevante³⁹. La conclusión del Tribunal es que “el legislador pretendía castigar cualquier actividad que incremente el riesgo de difusión de sustancias estupefacientes” (Cass. Pen., S.U., sent. nº 12348/2020). Sin embargo, como reconoce expresamente el mismo Tribunal, la solución se encuentra “en un plano literal y sistemáti-

³⁹ A este respecto, el Tribunal señala que, si bien es cierto que el artículo 27 del DPR nº 309/1990, a efectos de la autorización del “cultivo”, se refiere también a las “parcelas catastrales” y a la “superficie del terreno en el que se va a realizar el cultivo”, y que los artículos subsiguientes, 28, 29 y 30, se refieren a los métodos de supervisión, recolección y producción del “cultivo autorizado” y a los excedentes de producción “sobre las cantidades permitidas” –elementos potencialmente evocadores de un cultivo no limitado al ámbito doméstico–, no es menos cierto que se trata de prescripciones referidas a los requisitos necesarios para obtener la autorización de cultivo y no a un cultivo ilegal.

co". En definitiva, la referencia a los objetivos de los legisladores históricos parece más un recurso retórico que otra cosa⁴⁰.

En una segunda sentencia se trataba de decidir si el juez, ante una solicitud de aplicación de la medida cautelar de arresto domiciliario con la denominada pulsera electrónica, en caso de indisponibilidad de dicho dispositivo electrónico, debe aplicar la medida más grave de custodia en prisión o la medida menos grave de arresto domiciliario⁴¹. Según las Salas Unidas Penales del Tribunal Supremo italiano, “[p]reliminar a la resolución de la cuestión controvertida parece ser también la identificación de la *ratio* de las reformas que han afectado a la materia y de los objetivos que el legislador pretendía alcanzar con ellas” (Cass. pen., S.U., sen. nº 20769/2016). En el pasaje argumentativo citado, el Tribunal superpone *ratio* y objetivos y parece referirse a la voluntad del legislador histórico: sin embargo, en el resto de su motivación, emplea un tipo de razonamiento sistemático y argumenta sobre la base de una comparación con el contexto normativo europeo y nacional⁴². Por lo tanto, la intención legislativa a la que se remite parece estar correctamente referida a un legislador ideal. En particular, del contexto normativo antes citado, el Tribunal extrae la conclusión de que el objetivo general de la legislación nacional es configurar la prisión preventiva como último recurso. Como se ve, este objetivo parece demasiado general para resolver el problema interpretativo concreto planteado al Tribunal. La brecha argumentativa se colma mediante el recurso a argumentos dogmáticos y la utilización de una ar-

⁴⁰ Cavino también observa lo complejo que resulta en la jurisprudencia distinguir entre la intención de los legisladores históricos y la intención de los legisladores ideales, argumentando que “la voluntad del legislador histórico no representa más que un elemento accesorio en la atribución de significado” (M. CAVINO, “Intención del legislador y significado de la ley ordinaria en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana”, *Derechos y libertades*, 21, 2009, p. 44).

⁴¹ Más en detalle, el problema se refería a la interpretación del art. 275 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal italiana: “Al ordenar la medida de arresto domiciliario también en sustitución de la prisión preventiva, el juez, salvo que lo considere innecesario en relación con la naturaleza y el grado de las exigencias cautelares [...] prescribirá procedimientos de control por medios electrónicos u otros medios técnicos, previa comprobación de la correspondiente viabilidad técnica, incluida la operativa, por parte de la policía judicial”.

⁴² Se hace especial hincapié en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de enero de 2013, *Torregiani v. Italia*, que condenó a Italia por violación de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 del CEDH), por el hacinamiento en las cárceles, y la Recomendación CM/REC (2014)4 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre vigilancia electrónica, de 19 de febrero de 2014. Esto equivale a suponer que la intención del legislador es coherente con el marco normativo europeo.

gumentación verdaderamente relativa a la voluntad del legislador histórico. El Tribunal observa cómo en el informe parlamentario al proyecto de ley se afirma que “no se trata de crear nuevas medidas alternativas a la detención o prisión provisional, sino de regular un nuevo instrumento de control aplicable, en los casos en que ello sea posible, a las medidas ya existentes”. El Tribunal concluye que –y este es el argumento basado en conceptos dogmáticos⁴³– si la medida de arresto domiciliario con pulsera electrónica no es una medida cautelar autónoma, entonces el juez puede ordenar la medida cautelar de arresto domiciliario en caso de indisponibilidad de los dispositivos electrónicos. No nos detendremos aquí en la validez de este razonamiento. Lo que nos gustaría observar es únicamente que, incluso en los raros casos en los que nuestro análisis ha encontrado indicios de un intento de reconstruir la intención real de los legisladores históricos –típicamente, tras el uso de materiales preparatorios–, esta reconstrucción está siempre entrelazada con argumentos de otro tipo, que se refieren principalmente a interpretaciones sistemáticas vinculadas más bien a un legislador ideal⁴⁴.

4. INTENCIÓN COMUNICATIVA, OBJETIVOS Y RATIO DEL LEGISLADOR IDEAL

Analicemos ahora las variantes que hacen referencia a un legislador ideal. En general, un legislador ideal es un legislador respetuoso con los valores constitucionales, coherente (que evita las antinomias), completo (que evita las lagunas), omnisciente (que conoce el contenido de todo el derecho vigente), finalista (que propone objetivos claros y los persigue), racional (que emplea los medios adecuados para sus fines) y razonable (que elige fines justificados y/o valiosos). No es fácil caracterizar a un legislador ideal, ya

⁴³ Sobre el uso de argumentos dogmáticos en la interpretación jurídica véase G. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 158 ss.; R. GUASTINI, *Distinguo ancora*, Marcial Pons, Madrid, pp. 44 ss.

⁴⁴ También respecto a la jurisprudencia del Tribunal constitucional italiano, Cavino constata la desvalorización de la concepción subjetiva de la intencionalidad del legislador histórico, en favor de la *ratio* objetiva (es decir, la *ratio* de un legislador ideal). Véase M. CAVINO, “Intención del legislador y significado de la ley ordinaria en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana”, cit. La siguiente fase de nuestra investigación empírica consistirá precisamente en analizar las sentencias de la Corte Constitucional italiana dictadas en la década 2014-2023, de modo que podamos confirmar con datos estadísticos esta reconstrucción teórica, ya ampliamente documentada por el autor.

que distintos autores ofrecen imágenes diferentes del mismo. En general, siguiendo a Poggi y Ferraro, podemos decir que nos encontramos ante la referencia a un legislador ideal cuando la interpretación postula que el legislador sea dotado de racionalidad lógica y/o lingüística e/o instrumental y/o de razonabilidad⁴⁵. Las variantes que hacen referencia a un legislador ideal pretenden poner el derecho bajo la mejor luz posible y, además, prometen superar los problemas de las variantes referidas a los legisladores históricos⁴⁶.

De nuevo, comenzaremos proporcionando algunos ejemplos y luego examinaremos brevemente las razones a favor de adoptar estos argumentos interpretativos.

Empezamos por la variante referida a la intención comunicativa de un legislador ideal, es decir, al contenido de significado que un legislador ideal (coherente y/u omnisciente y/o razonable, etc.) habría querido comunicar a través de una determinada disposición⁴⁷. Como veremos, es raro que los

⁴⁵ F. POGGI, F. FERRARO, "From the ideal legislator to the competent speaker: uncovering the deception in legislative intent", *Jurisprudence*, núm. 15, 2024, pp. 464-481. "Racionalidad lógica" significa que el legislador dicta normas que no son antinómicas, autocontradictorias, tautológicas o redundantes. Por "racionalidad lingüística" se entiende el cumplimiento (en el mayor grado posible) de las normas sintácticas, semánticas y pragmáticas pertinentes. La "racionalidad instrumental" se refiere al hecho de que las normas promulgadas son el mejor medio para alcanzar un fin determinado. Por último, la "razonabilidad" se refiere al valor, la deseabilidad, la justificación del fin perseguido, así como a la importancia o el peso de varios valores posiblemente concurrentes.

⁴⁶ La asonancia con las tesis de Dworkin no es casual. Aunque los autores que se refieren al legislador ideal suelen situarse en abierta oposición al modelo de Dworkin, cualquier tesis que se refiera a intenciones objetivas, contrafácticas, racionales, etc., no parece realmente alternativa a las ideas de Dworkin. La cuestión está bien planteada por I. LIFANTE, "Interpretación y modelos de derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica", cit., p. 173.

⁴⁷ La reconstrucción de la intención comunicativa de un legislador ideal apela a veces a un argumento contrafáctico –tanto que algunos hablan de intención contrafáctica (v., p.ej., J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, "Un catálogo de intenciones legislativas", cit.; D. CANALE, G. TUZET, "What the Legislature Did Not Say", cit.)–, pero no se agota con él. Es decir, los jueces no se limitan a decir que si el legislador fuera coherente, omnisciente, etc., entonces habría entendido la disposición *D* en sentido *N*, sino que suponen la premisa adicional de que el legislador fuera coherente, omnisciente, etc., y, por tanto, extraen la conclusión de que *D* debe entenderse en el sentido *N*. Nótese que el argumento contrafáctico también puede usarse para inferir la intención de los legisladores históricos. Por ejemplo, cuando los jueces argumentan que, si el legislador hubiera tenido la intención de significar *N*, entonces habría usado el término *T* (y no, en su lugar, el término *T'*), pero el legislador usó *T'* y, por lo tanto, no tuvo la intención de significar *N*, la referencia parece ser a la intención comunicativa de los legisladores históricos. Obviamente, no siempre es fácil distinguir cuándo el argumento contrafáctico

jueces se refieran expresamente al legislador calificándolo expresamente de ideal o racional en sus motivaciones: más bien, se encuentra este argumento cuando se reconstruye la intención comunicativa del legislador a través de postulados de racionalidad, omnisciencia, razonabilidad, etc., que prescinden de cualquier indagación sobre la voluntad real de los legisladores históricos⁴⁸. Consideremos el siguiente caso.

El art. 187 del nuevo Código de Circulación italiano (“Conducción en estado de alteración psicofísica por uso de drogas”), ahora derogado, establecía que “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”. Los jueces italianos han interpretado la palabra “sanciones” en el sentido de “tratamiento sancionador y jurisdicción”, porque, de lo contrario, los delitos a los que se referían los artículos 186 (“Conducción bajo los efectos del alcohol”) y 187 (“Conducción en estado de alteración psicofísica por uso de drogas”) habrían sido atribuido a la jurisdicción de diferentes jueces –respectivamente el Tribunal en composición monocrática y el juez de paz– en violación del artículo 3 de la Constitución Italiana (principio de igualdad).⁴⁹ Está claro que se puede dudar que “sanciones” signifique “sanciones y jurisdicción”, pero está igualmente claro que

apunta a reconstruir la intención comunicativa del legislador ideal o la de los legisladores históricos. En el ejemplo referido, mucho dependerá de la plausibilidad de la premisa de que “si el legislador hubiera tenido la intención de significar *N*, entonces habría usado el término *T* (y no, en su lugar, el término *T'*)”, y del grado de racionalidad lingüística que esta premisa requiere.

⁴⁸ Según Alexander y Prakash, un textualismo sin intención es una imposibilidad conceptual, ya que ningún texto puede interpretarse sin hacer referencia a las intenciones de algún autor. Alexander y Prakash afirman que lo que caracteriza al textualismo es la idea de que debemos fijarnos en las intenciones comunicativas de un autor hipotético y no en las del autor real. Ese autor hipotético puede concebirse de diferentes maneras y una de ellas es precisamente considerarlo como un autor ideal, idealizado. V. L. ALEXANDER, S. PRAKASH, “Is That English You’re Speaking? Why Intention Free Interpretation Is an Impossibility”, *San Diego Law Review*, 41, 2004, pp. 967. También por esta razón cabe dudar de que el argumento basado en la intención del legislador ideal sea realmente un argumento intencionalista, al menos en el sentido en que tradicionalmente se contrapone el intencionalismo al textualismo. Sin embargo, éste es un problema que no hemos abordado en el texto. La cuestión de si los argumentos centrados en un legislador ideal son realmente formas de intencionalismo es ciertamente interesante pero, aparte de que depende de lo que se entienda por “intencionalismo”, habría requerido otro tipo de investigación.

⁴⁹ V. Corte Cost. ord. n° 133/2007, según la cual, “la referencia al art. 186, apartado 2, del Código de Circulación, contenida en el apartado 7 del art. 187 modificado, debe considerarse que se refiere, en la intención del legislador, tanto al tratamiento sancionador como a la

esta era la única “interpretación” conforme a la Constitución. Los jueces han argumentado esta interpretación haciendo referencia a la intención comunicativa del legislador, puesto que el legislador no podría haber sido tan irracional como para entender el término “sanciones” de una forma tan manifiestamente contraria al principio de igualdad⁵⁰. Sin embargo, el legislador al que se refieren estas decisiones no es el legislador real (los parlamentarios que aprobaron la disposición), ya que en ningún caso los jueces se ocupan de averiguar cuál fue la intención comunicativa de los sujetos reales –y, además, nada en los trabajos preparatorios sugiere que los parlamentarios también pretendieran que la palabra “sanción” incluyera la jurisdicción. Se trata más bien de un legislador ideal, coherente y respetuoso con los valores constitucionales, que conoce todas las normas existentes (incluidas las de jurisdicción) y no comete errores.

Otro ejemplo lo encontramos en la interpretación del artículo 1 de la Ley italiana nº 40/2004 sobre la procreación médicaamente asistida, que establece: “esta Ley [...] garantiza los derechos de todas las personas implicadas, incluido el concebido”. El problema es que el artículo 1 del Código Civil italiano del 1942 dispone que “La capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento”, por lo que cabe preguntarse si se ha producido una derogación tácita. La cuestión ha suscitado un acalorado debate doctrinal⁵¹ y la solución predominante, también confirmada por el Tribunal

disciplina sobre la competencia” (traducción nuestra). En el mismo sentido, v. Corte Cost. ord. nº 217/2008; Corte d’Appello Perugia, sen. nº 140/2010; Cass. pen. Sez. I, sen. nº 28189/2007.

⁵⁰ Obsérvese que, por otra parte, este argumento presupone tácitamente una irracionalidad sintáctica por parte del legislador. Como muchos argumentos interpretativos es, de hecho, ambivalente, ya que también podría haberse argumentado que un legislador ideal nunca habría utilizado la palabra “sanciones” para significar “sanciones y jurisdicción”. En otras palabras, los distintos postulados de la racionalidad pueden entrar en conflicto entre sí (como en el caso del conflicto entre la racionalidad sintáctica y la razonabilidad, es decir, el respeto de los valores constitucionales) o producir resultados opuestos dependiendo de cómo se empleen. Así, uno de nuestros revisores anónimos observó acertadamente que un legislador ideal, que conoce los mejores fines y cómo alcanzarlos, puede querer una norma opuesta al ordenamiento vigente y, sin embargo, un legislador ideal tiene que evitar las antinomias. Volveremos sobre este punto más adelante (§ 4.1).

⁵¹ Cf., p.ej., C. TRIPODINA, “Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”, *Diritto pubblico*, núm. 1, 2004, pp. 501 ss.; F.D. BUSNELLI, “L’inizio della vita umana”, *Rivista di diritto civile*, núm. 50, 2004, 533 ss.; G. OPPO, “Procreazione assistita e sorte del nascituro”, *Rivista di diritto civile*, núm. 51, 2005, 99 ss.; F. GAZZONI, “Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale”, *Diritto della famiglia e delle persone*, núm. 1, 2005,

Constitucional⁵², es excluir cualquier antinomia, sosteniendo que el artículo 1 de la Ley nº 40 carece de fuerza preceptiva –es decir, el legislador no tenía intención de otorgar realmente derechos a los concebidos. Cabe señalar que es cuanto menos dudoso que ésta fuera la verdadera intención de los legisladores históricos, dado que la ley en cuestión fue aprobada por una mayoría católica y conservadora y que, entre otras cosas, establecía la prohibición absoluta de destruir los embriones producidos *in vitro*. Más bien, la intención comunicativa en cuestión parece ser la de un legislador ideal: el legislador ideal es coherente y, entonces evita las antinomias; el legislador ideal es racional y, entonces, elige los medios adecuados para sus fines. Derogar una disposición central como el artículo 1 del Código Civil italiano de forma tan ambigua e indefinida no parece ajustarse al modelo del legislador ideal.

Como ejemplo de argumento que invoca la *ratio* de un legislador ideal, es decir, el valor que un legislador ideal perseguiría al promulgar una determinada disposición, retomamos la sentencia del Tribunal Constitucional italiano nº 242 del 2019. Como hemos dicho (§3), el Tribunal Constitucional tuvo que juzgar la constitucionalidad del artículo 580 del Código Penal italiano, que castiga la ayuda y la incitación al suicidio. Según el Tribunal, en el momento de su promulgación en 1930, bajo el régimen fascista, el artículo 580 del Código Penal italiano pretendía proteger el deber de vivir, como un deber hacia el Estado, de acuerdo con la ideología fascista que lo había inspirado. Sin embargo, esta *ratio* no se corresponde con los valores de la Constitución de 1948. En opinión del Tribunal, ello no implica la inconstitucionalidad del artículo 580 del Código Penal italiano, ya que cabe sostener que la norma ha adquirido una *ratio* diferente: la de proteger a las personas débiles y vulnerables contra la injerencia de otros en el bien supremo de la vida. El elemento interesante de esta decisión es que revela el contraste entre una *ratio* subjetiva –que corresponde a la voluntad real de los legisladores históricos– y una *ratio* objetiva, que podemos reconstruir como el valor que, según el Tribunal, un legislador respetuoso de los valores constitucionales asignaría hoy a la norma considerada.

Por último, como ejemplo de argumentación referida a objetivos o propósitos de un legislador racional, podemos considerar, nuevamente, la jurisprudencia italiana sobre la Ley nº 40/2004. El objetivo histórico declarado

pp. 168 ss.; A. PISU, “Capacità giuridica al concepito e tutela della vita nascente”, *Biolaw journal*, núm. 1, 2023, pp. 319 ss.

⁵² Corte cost. sen. nº 48/2005.

de esta ley era restringir al máximo el uso de la procreación médicaamente asistida. En varios fallos, el Tribunal Constitucional estableció que el “verdadero” propósito de la ley debe ser reconstruido, en conformidad con la Constitución y con el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, como el derecho a garantizar la protección de la vida privada y familiar. Esto también implicó autorizar el acceso a las parejas con problemas genéticos, a la procreación médicaamente asistida heteróloga y concluir que la ley no prohibía el diagnóstico preimplantacional⁵³. En este caso, aunque no había duda sobre el objetivo de los legisladores históricos, este no se consideró conforme a los principios constitucionales y se dejó de lado en favor de una finalidad objetiva –o, más bien, de una *ratio* objetiva– que un legislador ideal habría tomado como base de la ley.

Las tres versiones que se refieren al legislador ideal se justifican sobre todo por el valor de coherencia, de conformidad con los principios y valores constitucionales que, a su vez, están estrechamente vinculados al valor de seguridad jurídica. Así, como hemos visto, la interpretación del nuevo Código de Circulación italiano se basa en el principio de igualdad, la reconstrucción del objetivo de la ley sobre la procreación médicaamente asistida se apoya en el derecho a la protección de la vida privada y familiar, y la *ratio* del artículo 580 del Código Penal italiano se basa en proteger el derecho a la vida. El valor de la coherencia está vinculado a la certeza del derecho, porque un derecho antinómico carece de certeza, no es apto para dirigir la conducta de sus destinatarios.

Además, los problemas conceptuales, ontológicos y epistémicos antes examinados y relativos a las intenciones comunicativas de los legisladores históricos son considerados superables recurriendo a la intención de un legislador ideal. Hoy este enfoque es defendido por muchos autores, como Goldsworthy, Poscher, Neale y Capone⁵⁴.

⁵³ V. Corte Costituzionale sen. n. 151/2009; Corte Costituzionale sen. n. 162/2014; Corte Costituzionale sen. n. 96/2015.

⁵⁴ Cf. A. CAPONE, “The Role of Pragmatics in (Re)constructing the Rational Law-Maker” en A. CAPONE, F. POGGI (eds), *Pragmatics and Law*, Springer, Chian, 2016, pp. 141-157; R. POSCHER, “The Hermeneutic Character of Legal Construction” en S. GLANERT, F. GIRARD (eds), *Law's Hermeneutics: Other Investigations*, Routledge, London, 2017, pp. 207-228; J. GOLDSWORTHY, “The Real Standard Picture and How Facts Make Law: A Response to Mark Greenberg”, *The American Journal of Jurisprudence*, núm. 64, 2019, pp. 163-211; S. NEALE, “Determinations of Meaning” en E. LEPORE, D. SOSA (eds), *Oxford Studies in the Philosophy of Language*, vol. 2, OUP, Oxford, 2021, pp. 104-143.

En suma, la idea es que la voluntad del legislador histórico es conceptual, ontológica y epistemológicamente problemática, pero esto no importa, porque debemos interpretar la ley según el sentido que le daría un legislador ideal. Así, Goldsworthy cita y adopta la visión de Scalia, según la cual “We look for a kind of ‘objectified intent’ –the intent that a reasonable reader would gather from the text of law, placed alongside the remainder of the *corpus juris*”⁵⁵, añadiendo que, sin embargo, se pueden emplear también “other admissible contextual evidence of intent”⁵⁶.

4.1. Críticas: las múltiples caras del legislador ideal

Básicamente, el problema de las variantes que hacen referencia al legislador ideal es que la intención de un legislador ideal puede reconstruirse de maneras diferentes e incompatibles.

Por ejemplo, un legislador ideal es un legislador coherente. Como escribe Capone, “Since the rational law-maker cannot be self-contradictory, it does not matter whether the historical law-maker contradicted her-self at various points. We interpret the text in such way so as to avoid contradiction”⁵⁷. Sin embargo, considerar que exista una antinomia y determinar cómo resolverla son, en gran medida, elecciones discretionales⁵⁸.

Consideremos de nuevo la posible antinomia entre el artículo 1 de la Ley italiana 40/2004 sobre procreación médica asistida (“Esta Ley [...] garantiza los derechos de todas las personas implicadas, incluido el concebido”) y el art. 1 Código Civil italiano (“La capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento”). Como hemos visto, la doctrina y jurisprudencia italianas prevalecientes mantienen que tal antinomia no existe en realidad porque el artículo 1 de la Ley n° 40/2004 carece de fuerza preceptiva y debe entenderse como una declaración de principios que no deroga el artículo 1 del Código Civil italiano. El legislador ideal es coherente. Sin

⁵⁵ A. SCALIA, *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, Princeton, 2018, p. 31.

⁵⁶ J. GOLDSWORTHY, “The Real Standard Picture and How Facts Make Law: A Response to Mark Greenberg”, cit., p. 180.

⁵⁷ A. CAPONE, “The Role of Pragmatics in (Re)constructing the Rational Law-Maker”, cit., p. 153.

⁵⁸ Como apunta Guastini, las antinomias son variables dependientes de la interpretación, en el sentido de que a través de ésta es posible evitar las antinomias o, por el contrario, poner de relieve su existencia: cf. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 295 ss.

embargo, la coherencia también podría haberse asegurado adoptando la solución contraria: sosteniendo que sí, la Ley n° 40/2004 ha derogado el art. 1 del Código Civil italiano. En particular, podría argumentarse que, dado que otras disposiciones de la misma ley protegen a los embriones, imponiendo la obligación de implantarlos⁵⁹, prohibiendo su destrucción y su utilización con fines de investigación científica, un legislador coherente habría pretendido otorgarles capacidad jurídica. Por supuesto, no estamos argumentando que esta segunda interpretación sea preferible: estamos argumentando que a menudo faltan criterios objetivos para decidir qué interpretación es preferible. La cuestión es que la coherencia debe evaluarse siempre en relación con un contexto de referencia, que *-pace Goldworthy-* rara vez consiste en la totalidad del *corpus juris*, ya que éste sólo puede conocerlo un juez Hércules⁶⁰. La reconstrucción e interpretación de este contexto relevante son actividades discretionales, para las que no existen criterios de corrección objetivos o unánimemente aceptados.

Estas consideraciones también explican por qué la referencia a la coherencia con los principios y valores constitucionales a menudo no permite identificar una única intención del legislador ideal (en las tres acepciones consideradas). Ciertamente, un legislador ideal respeta los principios constitucionales y, por lo tanto, parece recomendable atribuir al legislador ideal una intención comunicativa, un objetivo y una *ratio* que no violen estos principios, sino que los implementen en el mayor grado posible. Sin embargo, los principios constitucionales pueden entenderse de manera diferente: pensemos, por ejemplo, en el principio de la dignidad humana, cuyo contenido

⁵⁹ Esta norma fue declarada parcialmente inconstitucional en la medida en que no prevé que la implantación se produzca sin perjuicio para la salud de la mujer (v. Corte Costituzionale sen. n. 151/2009). En cualquier caso, estaba incluida en la redacción original de la ley.

⁶⁰ Como recientemente han apuntado Poggi y Ferraro, “in legal interpretation, context is almost never common knowledge but something that needs to be reconstructed and therefore gets contentious. What we are claiming, then, is that in the very activity of reconstructing the relevant context we have to bring in, and deal with, subjective evaluations about what is reasonable” (F. POGGI, F. FERRARO, “From the ideal legislator to the competent speaker: uncovering the deception in legislative intent”, cit., p. 474). En el mismo sentido: V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, cit., en particular pp. 70 ss. y pp. 171 ss.; D. CANALE, G. TUZET, “What the Legislature Did Not Say. Legislative Intentions and Counterfactuals in Legal Argumentation”, cit.; D. CANALE, F. POGGI, “Pragmatic Aspects of Legislative Intent”, cit.; F. POGGI, “Against the conversational model of legal interpretation. On the difference between legislative intent and speaker’s intention”, cit., pp. 9-26.

se debate intensamente y se entiende de hecho de diferentes maneras⁶¹. No sólo eso, sino que puede haber más de una forma de reconstruir la intención comunicativa, los objetivos y la *ratio* que respete o aplique distintos principios constitucionales. Además, los principios constitucionales pueden estar en conflicto entre sí, por lo cual la realización de un principio viola otro.

Tomemos de nuevo el ejemplo del artículo 580 del Código Penal italiano. Como hemos visto, el Tribunal Constitucional italiano declaró que hoy en día la *ratio* de esta norma es la de proteger a las personas vulnerables contra la injerencia de otros en el bien supremo de la vida. Pues bien, muchos comentaristas han objetado que no se trata en absoluto de un valor. Si la vida es un derecho y no una obligación, entonces no es un valor impedir que alguien ayude a otra persona que voluntariamente quiere suicidarse. Por supuesto, el suicida es una persona vulnerable en el sentido de que está enfermo pero, si no lo estuviera, no querría suicidarse. Si la persona, por enferma que esté, mantiene sus facultades, prohibir que otros le ayuden a suicidarse no constituye en absoluto un valor, sino una violación del derecho a la autodeterminación personal⁶².

Estas críticas se aplican, con mayor razón, al referirse a los objetivos o propósitos de un legislador ideal. Podemos convenir en que un legislador ideal es finalista –es decir, se propone objetivos claros, valiosos y los persigue– y racional –es decir, elige los medios adecuados para alcanzar sus objetivos. Sin embargo, dado un conjunto de normas, éstas podrían justificarse sobre la base de varios objetivos alternativos, todos ellos dignos de perseguirse, y la identificación del mejor objetivo puede depender no sólo de su mayor valor en comparación con los demás –que, en cualquier caso, es el resultado de elecciones discretionales–, sino también de sus costes económicos, sociales e ideológicos⁶³.

⁶¹ V., p.ej., C. McCRUDDEN, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *European Journal of International Law*, núm. 19, 2008, pp. 655-724; N. RAO, "Three Concepts of Human Dignity in Constitutional Law", *Notre Dame Law Review*, núm. 86, 2011, pp. 183-271.

⁶² Véase, p.ej., D. NAPOLI, "Il caso Cappato - DJ Fabio e le colonne d'Ercole del fine vita. Dal diritto a lasciarsi morire al diritto a morire con dignità", *Biolaw Journal*, núm. 3, 2017, pp. 355-386; M.E. D'AMICO, "Il 'fine vita' davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici", *Osservatorio costituzionale*, núm. 1, 2020, pp. 286-302; G. Fornero, *Il diritto di andarsene*, UTET, Torino, 2023.

⁶³ Como apuntan Poggi y Ferraro, "instrumental rationality has us choose the best means to the given ends, but to assess what the best means are, we usually have to take into account a number of different ends and establish hierarchies among different values. Some

Llegados a este punto, se podría replicar que, aunque nuestra crítica esté fundada y haya muchas formas de reconstruir la intención de un legislador ideal, sigue habiendo una forma mejor que las demás. En otras palabras, puede ser que las razones para reconstruir la intención en la manera A sean mejores que las razones para reconstruirla en la manera B o C. A esta réplica pueden hacerse dos objeciones diferentes, compatibles entre sí.

En primer lugar, como ha brillantemente argumentado Celano, no sólo es problemático establecer qué significa que algo es una razón a favor de otra cosa, sino que la fuerza de las razones siempre parece depender de las *endoxa*, que en una sociedad pluralista están o pueden estar ausentes⁶⁴.

En segundo lugar, aunque una reconstrucción fuera objetivamente mejor que las demás (aunque hubiera razones objetivas universalmente válidas para preferir una reconstrucción a todas las demás), es un hecho que los jueces y juristas no están de acuerdo ni en cuál es ni en los criterios para identificarla. Es decir, desde un punto de vista normativo, se puede argumentar que los jueces deberían adoptar ciertos criterios para identificar la reconstrucción objetivamente mejor pero, si nuestro propósito es describir la interpretación jurídica, no podemos sino reconocer que los jueces y los juristas no se ajustan a los mismos criterios y que, de hecho, cuál sea la mejor reconstrucción es controvertido.

4.2. Críticas: evidencias empíricas

Como se ha mencionado anteriormente (§3.2), nuestra investigación empírica ha mostrado que hay pocos casos en los que los jueces de las Salas Unidas Penales del Tribunal Supremo italiano se refieren expresamente a la intención de un legislador ideal (el 8,5% de los casos en que se emplea el argumento de la intención del legislador, por un total de cinco sentencias). Sin embargo, ya hemos observado cómo, en realidad, incluso cuando la referen-

means could make it more likely than others to achieve the desired objective, but maybe at the cost of taking up too much time or too many resources, and so on. Nor is it possible to reason instrumentally without balancing different values against one another, even if only implicitly, but this means that instrumental rationality presupposes reasonableness, in the sense of a morally acceptable balancing between two or more values" (F. POGGI, F. FERRARO, "From the ideal legislator to the competent speaker: uncovering the deception in legislative intent", cit., p. 480).

⁶⁴ Véase B. CELANO, "La forza dell'argomento migliore", *Diritto & questioni pubbliche*, núm. 9, 2009, pp. 229-255.

cia parece ser a la intención del legislador histórico, los jueces emplean principalmente argumentos sistemáticos, inspirados en los requisitos de consistencia y congruencia, para derivar esta intención, de modo que la referencia (aunque no explícita) al legislador ideal parece ser dominante. En cualquier caso, en este apartado sólo nos centraremos en aquellas sentencias que se refieren claramente al legislador ideal. Entre estos fallos, uno reconstruye la intención comunicativa del legislador mediante el argumento *ad absurdum*⁶⁵, dos la reconstruyen mediante un argumento contrafáctico⁶⁶, uno mediante argumentos literales y sistemáticos⁶⁷, mientras que el último se limita a sostener que habría sido razonable que el legislador atribuyera un determinado significado a la disposición que se interpreta⁶⁸. Por razones de espacio, aquí examinaremos únicamente dos de estas sentencias.

En la primera sentencia, el problema de interpretación se refería a la responsabilidad penal de las entidades con personalidad jurídica, y de las empresas y asociaciones (incluidas las que carecen de personalidad jurídica). Por un lado, el legislador italiano establece una regla de imputación objetiva y exige que los delitos se cometan en el interés o provecho de la entidad (artículo 5 del Decreto Legislativo nº 231/2001) y, por otro lado, también se han introducido supuestos de responsabilidad culposa (artículo 9, Ley nº 123/2007): el problema es que en los delitos culposos parece muy raro que el hecho dañoso corresponda a un interés o provecho de la entidad. El Tribunal resuelve la cuestión observando que “Los resultados absurdos, incompatibles con la voluntad de un legislador racional, a los que conduciría la interpretación literal de la norma, acreditan sin dificultad la única lectura alternativa posible: los conceptos de interés y provecho, en los delitos culposos, deben referirse necesariamente a la conducta y no al resultado antijurídico”⁶⁹. Como puede apreciarse, la decisión reconstruye la intención comunicativa de un legislador ideal mediante un argumento *ad absurdum* unido al argumento económico (o argumento a favor de la conservación de los documentos normativos)⁷⁰: en breve, si no se aceptara esta interpretación,

⁶⁵ Cass. pen., S.U., sen. nº 38343/2014.

⁶⁶ Cass. pen., S.U., sen. nº 38954/2019; Cass. pen., S.U., sen. nº 46624/2015.

⁶⁷ Cass. pen., S.U., sen. nº 21716/2023.

⁶⁸ Cass. pen., S.U., sen. nº 40256/2018.

⁶⁹ Cass. pen., S.U., sen. nº 38343/2014.

⁷⁰ Sobre el argumento *ad absurdum*, véase G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 369; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 176-177; J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, “La reducción al absurdo como argumento jurídico”, *Doxa*, núm. 35, 2012,

la previsión de delitos culposos tendría un efecto muy limitado, lo que se considera absurdo, porque un legislador ideal es un legislador que dicta normas que producen efectos. Incluso si esta solución nos parece, en este caso concreto, aceptable, hay que observar que no era la única posible: el principio de estricta legalidad penal habría podido perfectamente justificar una interpretación restrictiva de las hipótesis de responsabilidad culposa.

En la segunda sentencia, el problema consistía en la interpretación de la disposición según la cual en el registro de antecedentes penales (*certificato del casellario giudiziale*) deben inscribirse “las decisiones judiciales definitivas que hayan absuelto al procesado o declarado su sobreseimiento por falta de imputabilidad, u ordenado una medida de seguridad, así como las que hayan declarado su inimputabilidad conforme al artículo 131-bis del Código Penal italiano (causa de no punibilidad por especial levedad del hecho)” (art. 3, comma 1, lett. f, D.P.R. n° 303/2002, en su versión modificada en 2015). En concreto, se trataba de determinar si la expresión “así como las que hayan declarado su inimputabilidad ecc.” se refería a las decisiones judiciales definitivas o a cualquier decisión judicial, aunque no fuera definitiva. El Tribunal argumenta que, si el legislador hubiera tenido la intención de referirse únicamente a las decisiones definitivas, “habría sido más coherente utilizar la expresión ‘así como a las *definitivas* que hayan declarado su inimputabilidad ecc.’”⁷¹. El Tribunal justifica la mayor coherencia de esta última expresión tanto sobre la base de un argumento literal –el D.P.R. n° 303/2002 define de forma separada, en su artículo 2, las expresiones “decisiones judiciales” y “decisiones judiciales definitivas”– como sobre la base de la reconstrucción del objetivo del legislador histórico, que, según el Tribunal, era permitir la constatación de la no habitualidad de la conducta delictiva.

También en este caso, la reconstrucción de la voluntad del legislador podría haber sido diferente. En particular, la inscripción de resoluciones no definitivas en el registro de antecedentes penales plantea problemas de legitimidad constitucional, ya que la persona sufre los efectos negativos de una medida que no es firme y/o que no tiene la oportunidad de impugnar⁷². En segundo lugar, es pacífico que los autos de sobreseimiento (*provvedimenti di*

pp. 91-124; sobre el argumento económico, véase G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 371.

⁷¹ Cass. pen., SU, sen. n° 38954/2019.

⁷² Véase Cass. pen., Sez. III, n° 30685/2017; Cass. pen., Sez. III, n° 45601/2017; Cass. pen., Sez. III, n° 46379/2017.

archiviazione) por especial levedad del hecho (que son decisiones no definitivas dictadas en aplicación del artículo 131-bis del Código Penal italiano) no deben mencionarse en los certificados expedidos a instancia del interesado, del empresario o de la Administración Pública, por lo que parece coherente no inscribirlos tampoco en el registro de antecedentes penales. Por último, el objetivo de los legisladores históricos parece demasiado general para servir de base a una interpretación inequívoca de esta disposición.

5. CONCLUSIONES

En este ensayo, hemos distinguido diferentes nociones de “intención del legislador”, exponiendo las razones que las justifican y las críticas teóricas dirigidas contra cada una de ellas. En apoyo de estas críticas, hemos presentado a continuación los resultados de un estudio empírico sobre la jurisprudencia italiana. Nuestra conclusión es que en Italia el uso del argumento de la intención del legislador histórico (en sus tres distintos sentidos) es muy limitado y se entremezcla constantemente con argumentos sistemáticos que, en realidad, se refieren a un legislador ideal. Obviamente, nuestros resultados no pueden extenderse a contextos diferentes⁷³.

En cuanto a las variantes referidas a un legislador ideal, los resultados empíricos parecen confirmar las críticas teóricas y, en particular, el alto grado de discrecionalidad presente en las reconstrucciones judiciales. En este caso, sin embargo, sería necesario un análisis cualitativo adicional.

En conclusión, nuestro objetivo no es negar la necesidad de interpretar nuestro derecho buscando una razón de ser en sus normas o tratando de hacerlo lo más coherente, completo, y eficiente posible. Sólo queremos subrayar que la interpretación jurídica es siempre, en gran medida, discrecional. Si no fuera así, no tendríamos tribunales supremos, conflictos jurisprudenciales, y tanto los abogados como los dogmáticos estarían en el paro. Darse cuenta de la discreción que siempre implica el uso del argumento de la intención del legislador conlleva reconocer la necesidad de aportar tantas buenas razones como sea posible a favor de la interpretación elegida. Reconocer la

⁷³ No pretendemos que cada vez que se emplee el argumento sistemático se haga referencia a un legislador ideal. Por el contrario, sostenemos que cuando se hace referencia a la intención del legislador pero se identifica esa intención mediante un argumento sistemático, el legislador en cuestión es ideal. Como ya se ha señalado (nota 48), en este texto no abordamos la cuestión de si este argumento es realmente intencionalista.

necesidad de un gran esfuerzo interpretativo y no enmascarar las preferencias interpretativas bajo el disfraz tranquilizador del legislador histórico o del único legislador ideal posible.

FRANCESCA POGGI

FRANCESCA ASTA

Dipartimento di scienze giuridiche "Cesare Beccaria"

Università degli Studi di Milano

via Festa del Perdono 7

20122 Milano – Italia

e-mail: francesca.poggi@unimi.it

e-mail: francesca.astा@unimi.it