

EL CRITERIO HISTÓRICO EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

The historical criterion in legal interpretation

JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidade de Santiago de Compostela
joaquin.rodriquez-toubes@usc.es

Resumen

El trabajo estudia la aplicación práctica y la concepción teórica del punto de vista histórico en la interpretación jurídica, que consiste en prestar atención a datos del pasado para atribuir significado a una disposición del presente. Se repasan los materiales de que puede disponer el intérprete para la investigación histórica, así como las diversas maneras en las que el criterio histórico se ha entendido y aplicado. Se argumenta a favor de una comprensión integradora y no excluyente tanto del propio criterio, en cuanto a sus diferentes versiones, como de su posición entre el conjunto de los demás criterios interpretativos. El modo de empleo y la relevancia del elemento histórico sólo pueden establecerse en el contexto de una teoría sobre la finalidad de la interpretación jurídica.

Palabras clave: Interpretación jurídica, criterio histórico, antecedentes legislativos.

Abstract

The essay studies the practical application and the theoretical conception of the historical point of view in legal interpretation, which pays attention to past data in order to attributing meaning to a current provision. The resources for historical research available to the interpreter are reviewed, as well as the various ways in which the historical criterion has been understood and applied. The essay argues in favour of a comprehensive and non-exclusive understanding both of the historical criterion itself, as far as its various versions are concerned, and of its place among the whole of interpretive criteria. How the historical element is used and how relevant it is can only be determined in the context of a theory about the ends of legal interpretation.

Key words: Legal interpretation, historical criterion, past law.

SUMARIO

Introducción.- 1. Noción.- 1.1. La concepción del criterio histórico.- 1.2. Teorías y criterios en la interpretación jurídica.- 2. Recursos.- 2.1. Las fuentes jurídicas precedentes.- 2.2. Los materiales prelegislativos.- 2.3. Las

explicaciones legislativas.- 3. Aplicaciones.- 3.1. Contextualización en el Derecho preexistente.- 3.2. Reconocimiento de la *occasio legis*.- 3.3. Descubrimiento del significado subjetivo original.- 3.4. Descubrimiento del significado público original.- 3.5. Conservación del significado tradicional.- 3.6. Constatación de la experiencia histórica.- 4. Conclusiones.- 5. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN¹

En este trabajo examinaré el alcance y la función del llamado *criterio histórico* de la interpretación jurídica, tal como ha sido presentado en la teoría y empleado en la práctica. El criterio histórico del que me ocuparé es el método hermenéutico que consiste en prestar atención a datos del pasado para atribuir significado a una disposición legal del presente. El interés de la investigación, por tanto, es el conocimiento del Derecho y la metodología de la interpretación jurídica; y no –o no directamente– el conocimiento histórico, ni la historiografía, ni la Historia del Derecho.

He dividido el ensayo en tres partes. En la primera abordaré la noción de criterio histórico y su posición entre los criterios interpretativos. En la segunda examinaré los recursos de los que puede disponer el intérprete para satisfacer el criterio histórico. Y en la tercera daré cuenta de las versiones o modalidades con las que se aplica el criterio.

Dedico el trabajo a la memoria de doña Carolina Rovira y Flórez de Quiñones, de cuyo libro sobre las exposiciones de motivos tomaré algunas aportaciones relevantes.²

1. NOCIÓN

El elemento, factor o criterio histórico en la interpretación jurídica es el punto de vista que toma en consideración datos del pasado relevantes para determinar el contenido de las disposiciones del presente.³ El criterio histórico es habitualmente utilizado en la práctica jurídica y ampliamente constatado en los análisis metodológicos teóricos; y sin embargo su descripción, su finalidad y su modo de operar son muy distintos entre los juristas que lo aplican y entre los teóricos que lo estudian. De ahí que resulte un tanto sorprendente que perviva la noción tradicional del criterio en singular, como si fuese una opción metodológica uniforme y definida en lugar

¹Este trabajo forma parte del Proyecto de investigación (DER2010-19897-C02-02).

²Ma C. ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, *Valor y función de las "exposiciones de motivos" en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1972.

³Aunque también se habla de "argumento" o de "canon" histórico, creo que este uso es equívoco, por lo que diré. Cfr. R. ALEXANDER, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* [1978], trad. esp. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 230 («Se puede hablar de argumento histórico cuando se aducen hechos que se refieren a la historia del problema jurídico discutido, en cuanto a razones a favor o en contra de una interpretación»).

de una amalgama difusa de ideas diversas y en parte contradictorias. Así todo, en la medida en que esta realidad heterogénea tiene como esencia común la atención a la Historia, no veo inconveniente en asumir la convención de hablar del criterio histórico en singular, aunque parte del propósito de este trabajo sea mostrar su diversidad interna.

Recurrir a la Historia para interpretar el Derecho es un criterio del que cabe valerse con argumentaciones distintas e incluso incompatibles y que desemboca en un argumento con que motivar la respuesta. Diferencio así la argumentación jurídica, en cuanto técnica de interpretación, de las razones o argumentos que se aducen para justificar las soluciones interpretativas. Por ejemplo, tomando como premisas (a) que los debates parlamentarios previos a la aprobación de la ley son un indicador de lo que perseguía el legislador, y (b) que lo que perseguía el legislador determina el significado buscado, el intérprete puede construir un "argumento histórico" para atribuir a la disposición el significado que a su entender se desprende de esos debates. Entonces un *argumento* histórico –una justificación resultante de un razonamiento basado en datos históricos– no debe confundirse con el *criterio* o punto de vista histórico, que es valorativamente neutro y simplemente incorpora los datos históricos en la interpretación. Con esta distinción evitamos vincular de forma innecesaria y equívoca los elementos en los que *debe* fijarse el intérprete con las técnicas y las doctrinas particulares que les aplica.

En este apartado recordaré cómo se originó la idea de un elemento histórico de la interpretación (§1.1); y a continuación trataré sobre su relación con los demás criterios interpretativos y con las teorías sobre la finalidad de la interpretación (§1.2).

1.1. La concepción del criterio histórico

La forma de comprender el criterio histórico de interpretación jurídica ha experimentado un cambio desde que fue formulado originalmente hasta la actualidad, y puede decirse que *la Historia ya no es lo que era*. Si se me permite otro juego de palabras, la *concepción* del criterio interpretativo histórico cuando fue concebido era distinta que en la actualidad, y de hecho lo que hay ahora es una pluralidad de concepciones (*infra* § 3).

Como es sabido, la formulación de un criterio metodológico para interpretar las leyes según un "elemento histórico" procede de Friedrich Karl von Savigny. En el curso que impartió en 1802-1803 (con veintitrés años), Savigny presentaba el punto de vista histórico como uno de los componentes de la interpretación de la ley:

«Toda ley debe expresar un pensamiento en forma tal que valga como norma. Quien interprete, pues, una ley, debe analizar el pensamiento contenido en la ley, debe investigar el contenido de la ley. Interpretación es lo primero: reconstrucción del contenido de la ley. El intérprete debe colocarse en el punto de vista del

legislador y producir así artificialmente su pensamiento. Esta interpretación no es posible sino por una triple composición de la tarea. La interpretación debe tener, por tanto, una constitución triple: lógica, gramática e histórica. Las dos primeras son consideradas como clases de interpretación, pero incorrectamente, pues todas deben estar así concebidas. Cada una debe tener (1) una parte lógica, que consiste en la presentación del contenido de la ley en su origen y presenta la relación de las partes entre sí. Es también la genética presentación del pensamiento en la ley. Pero el pensamiento debe ser expresado, por lo cual es preciso también que haya normas de lenguaje, y de ello surge (2) la parte gramática, una condición necesaria de la lógica. También se relaciona con la parte lógica (3) la parte histórica. La ley es dada en un momento determinado, a un pueblo determinado; es preciso conocer, pues, estas condiciones históricas para captar el pensamiento de la ley. La presentación de la ley es sólo posible por la presentación del momento en que la ley existe.»⁴

Al introducir el elemento histórico en la interpretación jurídica, Savigny pretendía romper la bipolaridad tradicional entre un enfoque metodológico "gramatical", que atendía a la literalidad del texto legal; y otro "lógico", que buscaba más bien su razón de ser, finalidad o espíritu, lo cual había llegado a identificarse con la voluntad o intención del legislador.⁵ Por tanto, lo que hoy conocemos como criterio histórico de la interpretación jurídica no es en su formulación original un método para indagar la intención del legislador. Por el contrario, el joven Savigny rechaza expresamente el enfoque subjetivista de la interpretación común en su época: «Se dice generalmente que en la intención todo depende de la intención del legislador, pero esto es verdad a medias, porque depende de la intención del legislador en cuanto ésta aparece en la ley».⁶

Con el tiempo, Savigny modificó su inicial visión legalista del Derecho y pasó a defender la concepción jurídica historicista por la que es de sobra conocido. Sin embargo, su enfoque metodológico de madurez no rompe del todo con el de su juventud, sino que lo revisa y amplía. En el tomo I de su *Sistema de Derecho romano actual* (1840), Savigny insiste en presentar la interpretación de la ley como una reconstrucción del pensamiento contenido en ella, si bien ahora esta tarea se encamina todavía más hacia la investigación histórica del contexto cultural en el que nació la ley. Los intérpretes –dice– «deben colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley en su inteligencia. Tal es el procedimiento de la interpretación que puede, por tanto, definirse de esta manera: la reconstrucción del pensamiento contemporáneo en la ley».⁷ Con este nuevo modo de expresarse, podría

⁴F. K. VON SAVIGNY, *Metodología jurídica* [ed. de G. Wesendberg (1951) sobre los apuntes de J. Grimm], trad. de J.J. Santa-Pinter, Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 12-13.

⁵P. SALVADOR CODERCH, *La compilación y su historia. Estudios sobre las codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, Bosch, 1985, p. 456.

⁶F. K. VON SAVIGNY, *Metodología jurídica*, cit., p. 13.

⁷F. K. VON SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, vol. 1 [1840], trad. de M.Ch. Guenoux, vertida al esp. por J. Mesía y M. Poley, F. Góngora y Cía, Madrid, 1878, p. 150. El

parecer que Savigny se reconciliaba en esta obra con el enfoque subjetivista de la interpretación, que indaga la intención del legislador. Pero en realidad en este aspecto su metodología apenas cambia, porque lo que reclama que se reconozca en el legislador no es su voluntad en el sentido psicológico, sino el modo en que percibe y plasma por escrito las costumbres e ideas jurídicas dominantes en su época.⁸

En este punto de su exposición de 1840, Savigny introduce su conocida tesis de los cuatro "elementos" de la interpretación jurídica: gramatical, lógico, histórico y sistemático. Para nuestro tema, nos importa en concreto el tercero de ellos: «El histórico tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer».⁹ Y también nos importa destacar que Savigny mantiene su idea juvenil de que estos distintos criterios no representan clases de interpretación, sino que deben ser tenidos en cuenta todos ellos por el intérprete.¹⁰ A renglón seguido, resume su nueva doctrina metodológica:

«El buen éxito de la interpretación depende de dos condiciones esenciales, en donde se resumen los caracteres de estos diversos elementos, y, son a saber: primero, debemos reproducir en nosotros mismos la operación intelectual en virtud de la cual se determinó el pensamiento de la ley; segundo, debemos traer a consideración los hechos históricos y el sistema entero del derecho para ponerlos en inmediata relación con el texto que tratamos de interpretar (...)».¹¹

Aquí se ve mejor que la tarea del intérprete, a juicio de Savigny, no es intuir la intención psicológica que motivó al legislador, sino captar el sentido (objetivo) del Derecho que subyace a la legislación tal como pudo hacerlo (subjetivamente) el legislador. Por tanto, la investigación histórica que

capítulo IV del libro I, que recoge el fragmento citado, se reproduce en: F.K. VON SAVIGNY, «Interpretación de las Leyes», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 6 (2010), pp. 401-418.

⁸Véase: K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero (de la 4ª ed. orig., 1979), Barcelona, Ariel 1980, pp. 33-38. [Según Larenz se malinterpreta la concepción de Savigny al identificarla con las teorías de la interpretación subjetivas u objetivas que desarrolló el positivismo jurídico posterior (nota 4 en p. 36)].

⁹F. K. VON SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, cit., p. 150.

¹⁰«Téngase presente que no son estas cuatro clases de interpretación, entre las cuales pueda escogerse según el gusto o capricho, sino cuatro operaciones distintas, cuya reunión es indispensable para interpretar la ley, por más que algunos de estos elementos pueda tener más importancia y hacerse más de notar. Por esta razón lo indispensable es no olvidar ninguno de ellos, pues en algunas circunstancias se puede, sin que disminuya la importancia de la interpretación, omitir alguno, cuando su mención es inútil o pedantesca» [F. K. VON SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, cit. p. 150].

¹¹F. K. VON SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, cit., p. 150. Algo después dice Savigny que las pruebas históricas pueden mostrar que una expresión legal es impropia y debe ser interpretada en un sentido no literal (extensivo o restrictivo).

preconiza no busca tanto percibir la voluntad real y efectiva de quien promulgó la ley como comprender las razones jurídicas y extrajurídicas que explican y justifican la propia ley. En el contexto de la teoría historicista sobre el Derecho y el conocimiento jurídico que Savigny se había formado, el legislador no crea el Derecho mediante la ley, sino que lo recoge de una fuente espiritual o cultural previa. Siendo así, la interpretación jurídica no busca conocer el pensamiento del legislador (su intención) sino captar la idea misma del Derecho en la que se fundamenta la ley. En estas condiciones, el criterio histórico no es una invitación a vislumbrar los motivos y objetivos del autor de la ley, sino una ayuda para reconocer la cultura jurídica que la subyace.

Pues bien, tanto la integración armoniosa de los criterios interpretativos como la desvinculación entre el criterio histórico y la voluntad subjetiva del legislador, rasgos ambos característicos del *Sistema* de Savigny, se han difuminado en el desarrollo posterior de la metodología jurídica, hasta incluso desaparecer en algunos estudios.¹² En efecto, como veremos, algunos manuales de Teoría del Derecho llegan a presentar el criterio histórico de la interpretación jurídica como una aplicación de la teoría subjetiva y una opción del intérprete, obligado a elegir entre criterios alternativos. En otros casos, quizás más frecuentes, la vinculación entre el criterio histórico y la doctrina subjetiva se presenta como una posibilidad; y la relación entre los distintos criterios interpretativos como polémica y potencialmente conflictiva.¹³

¹²Por otro lado, Savigny tuvo poco éxito en su intento de superar con la tesis de los elementos interpretativos el dilema metodológico tradicional entre interpretar los preceptos según su letra o según los fines queridos por el legislador (su lógica o espíritu), y el dilema siguió planteándose en parecidos términos. Así, en 1899 mantenía Gény que cuando la interpretación *gramatical* es incapaz de conocer la voluntad del legislador procede acudir a la llamada interpretación *lógica* e ir «a todo trance en busca de la intención del legislador» mediante «los procedimientos auxiliares de investigación»: «Primeramente el examen de los trabajos preparatorios de la ley, elemento de muy relativo valor (...). A más de éstos, la tradición histórica, la costumbre (...); y a falta de ambos medios, a la equidad y a los principios generales de derecho: F. GÉNY, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo* [1899; no consta el traductor], Granada, Comares, 2000, p. 23.

¹³Por ejemplo: L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005 [los "argumentos" o "métodos" de interpretación son «reglas que han de ser a su vez interpretadas» y «el empleo de una u otra directiva queda en principio al arbitrio del intérprete» (p. 264)]. Aunque vincula el "argumento histórico" con la hipótesis del legislador conservador, como Tarello (*infra* §3.5), también observa: «A veces se presenta como una variante del argumento histórico el llamado *argumento psicológico*, que recomienda atender a la voluntad del sujeto que dictó la norma, consultando para ello los informes o dictámenes de la época, los trabajos preparatorios, las actas parlamentarias, etc.» (ibíd., p. 271). En una línea semejante: R. DE ASÍS ROIG, "La interpretación y la aplicación del Derecho", en G. PECES-BARBA, E. FERNÁNDEZ y R. DE ASÍS *et al.*, *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 236 («Se trata de un criterio en el que pueden destacarse dos dimensiones: la histórica estricta y la que se relaciona con el llamado criterio psicológico o de la voluntad»).

1.2. Teorías y criterios en la interpretación jurídica

En este epígrafe daré los trazos de un modo de entender la relación de los criterios interpretativos entre sí y con las teorías de la interpretación jurídica. Aunque por supuesto hay muchos otros modelos descriptivos posibles, no voy a entrar aquí en esa discusión. Como las categorías y distinciones que manejo son bastante comunes, sólo en algún caso será preciso aclarar algún aspecto que puede resultar extraño a los análisis metodológicos más extendidos o a los usos lingüísticos habituales.

Puesto que la interpretación legal consiste en atribuir un significado a la disposición que se interpreta, las cuestiones metodológicas básicas se refieren al modo en que se indaga ese significado. Pues bien, los criterios interpretativos son la respuesta a *dónde* buscar el significado de la disposición que se interpreta; son puntos de vista que puede y debe tener en cuenta el intérprete para formarse una idea sobre el contenido del Derecho. No son, en cambio (a mi modo de ver), técnicas hermenéuticas o modos de argumentar que aplican teorías interpretativas específicas. Por el contrario, son neutros respecto de las teorías y pueden ser utilizados prácticamente todos ellos cualquiera que sea la doctrina que se siga; y precisamente eso (la utilización conjunta y no alternativa) es lo que se recomienda.

La Historia es uno de los puntos de vista o elementos que todo intérprete debería tener en cuenta, cualquiera que sea la teoría interpretativa por la que se guíe.¹⁴ Tanto lo que el intérprete busque en la historia como los resultados que obtenga dependerán de la teoría que lo guíe, pero esto no hace del criterio histórico una técnica excluyente de otras. Entendido como aquí –el punto de vista que presta atención a datos del pasado relevantes para atribuir significado a las disposiciones interpretadas en el presente–, admite ser aplicado en diversas versiones y con diferentes objetivos teóricos. En particular, y destacadamente, la investigación histórica puede guiarla tanto una teoría originalista subjetiva que pida conocer la intención del legislador efectivo, como una objetiva que pida conocer el significado del texto legal en el momento de su promulgación.

Así, pues, los criterios interpretativos son los elementos en los que puede (y debe) basarse el intérprete, y son diferentes de las directrices, pautas o cánones que pueden (y deben) guiar su actividad interpretativa.¹⁵ Estos

¹⁴Otros puntos de interés a los que el jurista debe prestar atención son el lenguaje en su sentido más amplio (semántica, sintáctica y pragmática), el sistema jurídico en su conjunto, el Derecho comparado, la realidad social presente en la que la norma ha de surtir efectos y el conocimiento disponible sobre los conflictos morales y políticos en los que la norma incide (la filosofía práctica sobre los derechos y los deberes de las personas y sobre la mejor estructura política y jurídica). Al igual que el criterio histórico, también estos otros criterios son neutrales respecto de las doctrinas interpretativas.

¹⁵Si los criterios interpretativos responden a *dónde* buscar el significado de la disposición que se interpreta, las directrices y cánones interpretativos responden a *cómo* buscarlo. Aunque es relativamente frecuente llamar “cánones” a los elementos interpretativos reconocidos por Savigny, esa palabra denota (mucho más que “criterio”) la idea de directriz, por lo que no

cánones son normas –preceptos vinculantes o no– que orientan al intérprete como producto o reflejo de alguna teoría prescriptiva sobre la interpretación.¹⁶ En definitiva, el modo de empleo del criterio histórico y su rendimiento dependen de la actitud que se adopte respecto de la función de interpretar y de la teoría interpretativa que se siga. A continuación resumiré las principales actitudes y teorías que a mi juicio están en juego.¹⁷

Ante todo, el intérprete ha de plantearse –o asume de hecho irreflexivamente– una actitud hacia la función que tiene su actividad. En síntesis, sus opciones iniciales serán o bien tratar de resolver el caso que tiene ante sí del mejor modo posible sin entrar en más consideraciones metodológicas (actitud particularista); o bien tratar de darle una solución que pueda valer para casos semejantes (actitud metódica). A partir de ahí, y sobre todo si adopta la actitud metódica, sus opciones básicas serán o bien tratar de conocer el contenido del Derecho para atribuir a la disposición el significado que tiene (actitud epistémica); o bien buscar la solución interpretativa mejor para el futuro sin necesidad de ceñirse a un supuesto orden jurídico preexistente (actitud prospectiva o pragmática). Cuando se adopta una actitud metódica y epistémica sobre la función de la interpretación jurídica, surge la pregunta de cómo conocer el significado de la disposición que se interpreta, o lo que es lo mismo, qué debe buscar en ella el intérprete. Surge, por eso, la necesidad de escoger entre las distintas teorías (prescriptivas) sobre la interpretación jurídica.¹⁸ En este punto, al considerar las teorías sobre la finalidad de la interpretación jurídica, los dilemas más importantes son a mi juicio tres.

conviene a puntos de vista que son neutros respecto de los fines. En todo caso, mi distinción terminológica es estipulativa y solo persigue la claridad de exposición. El término “canon” se emparenta con los *canons of construction* de la doctrina jurídica estadounidense. La misma idea de pauta o directriz hermenéutica recibe otros nombres en otros trabajos; por ejemplo “directivas” en: P. CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas* [2007], trad. esp. de P. Luque Sánchez y M. Narváez Mora, Marcial Pons, Madrid, 2011.

¹⁶Hay teorías que estudian la interpretación jurídica (sus métodos, su función) o analizan su estatuto epistemológico con fines descriptivos; y otras cuyo objeto no es describir la actividad interpretativa sino prescribir cómo debe proceder el intérprete, y en particular qué fines debe perseguir con su actividad. En este trabajo me ocuparé únicamente de las teorías prescriptivas, que son las que se proyectan en los cánones y las que rigen la utilización del criterio histórico y del resto de los criterios interpretativos.

¹⁷Debo pasar por alto algunos aspectos importantes, como por ejemplo los presupuestos ontológicos e ideológicos que asume el intérprete (su concepción sobre el Derecho y sus fuentes, su filosofía moral y política, su imagen del “legislador”, etc.). Estos presupuestos son un fuerte condicionante metodológico y pueden ser decisivos en la toma de posición del intérprete ante las diferentes actitudes y teorías interpretativas.

¹⁸En cambio, si adopta una actitud particularista o una actitud metódica orientada hacia el resultado, el intérprete puede quizá despreocuparse de la coherencia teórica o puede abrazar un sincretismo metodológico. Sin descartar la posibilidad teórica del sincretismo –ni, por supuesto, el hecho práctico de la indiferencia metódica irreflexiva–, adoptaré el punto de partida del jurista que se pregunta cuál es la finalidad de su actividad y qué debe buscar en (o en torno a) la disposición que interpreta.

En primer lugar, el intérprete ha de optar entre dar a la disposición el significado que comunica su texto (doctrina declarativa) o darle el significado que mejor se ajusta a su razón de ser aunque no se perciba en el texto (doctrina reconstructiva). Aunque pueden defenderse diferentes versiones de estas doctrinas, aquí me concentraré en las que creo más extendidas. En la doctrina declarativa, la versión que defiende dar a la disposición el significado convencional que tiene entre los hablantes, ya sea (según los casos o las teorías) en su uso lingüístico común o en el uso especializado de los juristas. En la doctrina reconstructiva, la versión que defiende dar a la disposición el significado más congruente con su presunta finalidad. Importa advertir inmediatamente que esta clasificación esquemática no quiere dar a entender que los partidarios de la doctrina declarativa se desentienden de los fines de la disposición que interpretan, ni que los partidarios de la doctrina reconstructiva se desentienden de su texto. Cualquier intérprete serio se interesa tanto por el texto como por los fines. El contraste entre las doctrinas está en el grado de compromiso con el texto o con los fines cuando están en abierto conflicto: mientras que en la teoría declarativa convencionalista debe prevalecer el significado que se desprende del texto (interpretación declarativa), en la teoría reconstructiva finalista debe prevalecer el que mejor realiza los fines perseguidos (interpretación correctora).

En segundo lugar, el intérprete ha de optar entre dar a la disposición el significado que le quiso dar su autor (doctrina subjetiva) o darle el significado que cabe inferir de ella misma (doctrina objetiva). El contraste se refleja también en cómo respectivamente tienen en cuenta la finalidad de la norma. A la doctrina subjetiva le interesan los fines queridos por el legislador, su intención o voluntad. A la doctrina objetiva le interesan los fines implícitos de la ley tal como puede detectarlos en ella un observador razonable. Esta contraposición se da tanto en la doctrina declarativa como en la reconstructiva; pero a los efectos de la práctica habitual cabe simplificar la clasificación y reducir las opciones a tres: a) la teoría declarativa que da primacía al texto tal como es habitualmente entendido por los ciudadanos o por los juristas (convencionalismo o textualismo); b) la teoría reconstructiva que da primacía a la intención subjetiva del legislador (intencionalismo); y c) la teoría reconstructiva que da primacía a la finalidad objetiva de la ley (finalismo).¹⁹

En tercer lugar, el intérprete ha de optar entre dar a la disposición el significado que tenía en el momento de ser promulgada (doctrina originalista) o el que eventualmente adquirió con el tiempo y tiene cuando es interpretada (doctrina evolutiva).²⁰ A veces se identifican la doctrina

¹⁹En estas tres teorías interpretativas (*textualism, intentionalism, purposivism*) se resume la polémica metodológica según W. N. ESKRIDGE, Jr. y Ph. P. FRICKEY, "Statutory Interpretation as Practical Reasoning", *Stanford Law Review*, 42:2 (1990), pp. 321-384.

²⁰No debe confundirse la interpretación originalista con el empleo del criterio histórico, aunque obviamente éste es especialmente útil para aquélla. Pero, en cualquier caso, la

subjetiva con la originalista, porque se asume tanto que el significado querido por el legislador es el originario como que el significado originario es el que le imprimió el legislador. Pero no tiene por qué ser así. Por una parte, el legislador pudo querer que su disposición fuese interpretada en el futuro acomodándola a los nuevos tiempos.²¹ Por otra parte, hay quienes piensan que el significado relevante es el que tenía objetivamente la disposición para sus destinatarios originales y no el que subjetivamente le dio el legislador.²² Correlativamente, tampoco deben confundirse las doctrinas objetiva y evolutiva. Aunque es habitual sostener que la teoría objetiva defiende la interpretación evolutiva de los textos para adaptar las normas jurídicas a la realidad social cambiante, acabamos de ver que hay defensores de lecturas objetivas pero conservadoras del significado original. Y en cambio los partidarios de la interpretación evolutiva pueden en teoría atenerse a la voluntad del legislador si este es el contemporáneo al intérprete o una ficción adaptada a las necesidades sociales.

El artículo 3.1 del Código Civil

No corresponde a este trabajo escoger entre las opciones que acabo de presentar, aunque este es ciertamente el principal desafío teórico con que se enfrenta el intérprete. Aquí me conformaré con remitirme a los dos principales cánones interpretativos que rigen en el Derecho español: la exigencia de interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución (su texto y sus principios); y el artículo 3.1 del Código Civil, según el cual «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 aquéllas».

interpretación originalista es "histórica" por cuanto que persigue un significado del pasado, y así la denomina: R. GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de M. Gascón y M. Carbonell, UNAM, México, 1999, p. 50 («Se llama "histórica" a la interpretación que adscribe a una disposición uno de los significados que se le atribuyeron en la época en que fue creada»).

²¹En el debate doctrinal sobre la interpretación de la Constitución de los EE.UU., una tesis célebre es que la intención de sus redactores era que fuese interpretada con sentido evolutivo: H. J. POWELL, "The Original Understanding of Original Intent", *Harvard Law Review*, 98:5 (1985), pp. 885-948. Cfr. R.S. KAY, "Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation", *Northwestern University Law Review*, 103 (2009), pp. 703-726, p. 708 («Hay algo extraño en argumentar contra el uso de las intenciones originales invocando una interpretación basada en las intenciones originales»).

²²Encabeza esta corriente el juez del Tribunal Supremo de los EE.UU. Antonin Scalia. El texto de referencia es ahora: A. SCALIA y B. A. GARNER, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, Thomson/West, St. Paul (Minn.), 2012. Anteriormente (además de sus opiniones jurisprudenciales): A. SCALIA, "Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", en A. SCALIA *et al.*, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997, pp. 3-47.

No es fácil precisar qué teoría interpretativa se corresponde con esos dos cánones, ni cuáles son sus efectos. Respecto del artículo 3.1 del Código Civil, ni siquiera está claro si es vinculante. Se ha discutido mucho tanto su valor jurídico como su contenido prescriptivo; y a su interpretación se han aplicado los propios criterios que prescribe, entre ellos el criterio histórico.²³ No procede aquí reproducir estos debates ni abundar en ellos, pero sí creo conveniente explicitar cómo entiendo que este precepto incide en la utilización del criterio interpretativo histórico.

En primer lugar, es un canon legal preceptivo –no es una mera guía orientativa– que encierra dos mandatos. El primero es la necesidad de tener en cuenta como criterios interpretativos –en el sentido ya visto de este término– el lenguaje (al menos la semántica), el contexto jurídico e histórico y la realidad social del intérprete. Esta lista no es exhaustiva ni por tanto excluyente, pero obliga a tener en cuenta todos los criterios enumerados.²⁴ El segundo mandato es la necesidad de atender fundamentalmente al “espíritu y finalidad”, lo que implica una preferencia por la doctrina reconstructiva finalista frente a la doctrina declarativa.²⁵

En segundo lugar, este canon y su tendencia doctrinal han de entenderse en el contexto de los principios constitucionales de legalidad y de seguridad jurídica. Por eso el artículo no zanja la pregunta metodológica sobre qué debe prevalecer al interpretar una disposición en la que su texto y su finalidad parecen chocar.

²³La exposición de motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974, por el que se sanciona con fuerza de ley el Texto Articulado del Título Preliminar del Código Civil, explicaba sin mucho convencimiento que la redacción tuvo que inclinarse por predeterminedar los criterios interpretativos «dado el mandato de la Ley de Bases, que se ha convertido en norma articulada tal y como en ella aparece, es decir, sin mayores especificaciones, por temor a que los criterios perdieran el carácter esencial y flexible con que vienen enunciados, pues en ningún caso es recomendable una fórmula hermenéutica cerrada y rígida». En efecto, la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil decía en su base segunda: «Se establecerán como criterios básicos para la interpretación de las normas, aquellos que, partiendo del sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos, atiendan fundamentalmente a su espíritu y finalidad, así como a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas». Esa exposición de motivos ha sido descrita como «la confesión velada de la falta de utilidad de la norma interpretativa» [L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, , *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2012 (12ª ed.), p. 165].

²⁴Apunta Manuel Calvo que «la ambigua formulación de los criterios de interpretación que se realiza en el artículo 3.1 CC sintoniza con la tesis clásica de que tales criterios no representan clases de interpretación, entre las que pudiera escogerse según el gusto o capricho; sino cinco criterios distintos cuya aplicación conjunta es imprescindible para interpretar correctamente las normas legales» [M. CALVO GARCÍA, *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2007 (2ª ed., 4ª reimpr.), p. 184]. En la lectura que sigo, son más bien cuatro criterios sobre los medios y una regla sobre los fines de la interpretación.

²⁵Puede verse una justificación de esta lectura (obligatoriedad y doble mandato) en: M. Á. PÉREZ ÁLVAREZ, *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Aranzadi, Madrid, 1994, esp. p. 132.

En tercer lugar, obliga a tomar en consideración los “antecedentes históricos y legislativos” de una disposición siempre que puedan tener relevancia para interpretarla; y no solamente para entender la intención del legislador. La doctrina suele destacar que el criterio histórico es importante para averiguar la intención del legislador, y subraya dos razones: los antecedentes históricos revelan qué es lo que quiso cambiar o mantener del Derecho precedente; y los antecedentes legislativos revelan qué es lo que se propuso, lo que discutió y las conclusiones a que llegó.²⁶ Sin embargo, el criterio histórico importa aunque se prefiera una interpretación objetiva. Se necesita, por ejemplo, para entender un término cuyo significado o acepciones cambiaron con el tiempo; o para entender una institución jurídica tradicional, etc.

En definitiva, la relación entre el criterio histórico y los demás criterios interpretativos debería plantearse como lo hizo originalmente Savigny. Los criterios interpretativos no son opciones o argumentos entre los que debe elegir el intérprete de una disposición jurídica, sino factores que tienen relevancia todos ellos para atribuir significado a la disposición y que por tanto deberían ser tenidos en cuenta conjuntamente (sucesivamente) y no alternativamente. Sin duda, la utilización de los diversos criterios interpretativos, así como el provecho que se obtendrá de ello, depende del objetivo que se persiga. Más en concreto, depende de la actitud que se adopte respecto de la función de la interpretación y de la teoría que se defiende respecto de su finalidad. Pero las respuestas a las preguntas por la función y la finalidad de la interpretación jurídica no tienen como consecuencia una *elección* entre los criterios interpretativos. Salvo en las contadas excepciones de incompatibilidad entre aplicaciones de los criterios, no se trata de posibilidades alternativas entre las que haya que seleccionar alguna frente a las demás. Por el contrario, el intérprete debe contar con todas las posibilidades a su disposición. Lo cual –conviene precisar– no implica (pero tampoco excluye) un sincretismo metodológico: una cosa es defender que todos los criterios interpretativos son relevantes y que debe

²⁶Por ejemplo: J. L. LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, tomo I. *Parte general*, vol. I. *Introducción*, 5ª edición revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Madrid: Dykinson, 1999 (1ª ed. 1998), pp. 238-239 [«Así, la historia remota o la próxima suministran, ya las líneas esenciales del pensamiento del legislador en orden a cada instituto, ya la clave de muchos preceptos, cuyo enunciado es, en sí, confuso o incluso claramente contrario al propósito de su redactor. Y en todo caso la mente del legislador con frecuencia queda patente a través de los trabajos preparatorios (actas de sesiones, anteproyectos, etc.)»]. También F. PÉREZ ALGAR, *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del art. 3.1 del Código civil*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 63 [«Si el autor de la Ley rechazó la alternativa ofrecida por la normativa tradicional, esta normativa no podrá directamente determinar el sentido del texto actual. Si, por el contrario, el legislador asumió expresamente el material que le suministra la tradición, tampoco hay problema: en esas normas estará definido aquello que quiso establecer. (...) El antecedente histórico, refrendado por el legislador, demuestra que se quiso conservar la solución en él contenida. Por tanto, esa solución ha de imponerse con preferencia a cualquier otra alternativa»].

acudirse a ellos conjuntamente sin excluir en principio a ninguno, y otra cosa muy distinta es sostener que todos los modos de seguirlos valen por igual. El intérprete no tiene que elegir entre el criterio histórico y los demás criterios interpretativos, como tampoco tiene que elegir entre muchas técnicas interpretativas que están a su disposición y son compatibles entre sí. Lo que sí tiene que elegir, en cambio, es la posición teórica que le guíe en el manejo de esos criterios y técnicas.

2. RECURSOS

Los recursos históricos de utilidad para la interpretación jurídica puede ser de muy diversa naturaleza, y esta variedad ha venido siendo destacada por la doctrina con sucesivas clasificaciones. Así, por ejemplo, Clemente de Diego distinguía en 1930 entre los precedentes remotos y los inmediatos, e incluía en estos últimos los trabajos preparatorios y las exposiciones de motivos.²⁷ Castán, más tarde, separó los trabajos preparatorios o materiales prelegislativos como una tercera categoría distinta de los precedentes remotos (el Derecho romano, el Derecho germánico y el Derecho canónico, especialmente) y de los precedentes inmediatos (la legislación anterior a la vigente).²⁸

En realidad, pueden ser materiales útiles para interpretar una disposición jurídica cualesquiera datos conservados sobre las circunstancias que precedieron y enmarcaron su promulgación. Aunque lo habitual es asociar el criterio interpretativo histórico con los materiales jurídicos, lo cierto es que cualquier dato que haya incidido en la disposición puede ser de utilidad para interpretarla. Por lo pronto, conocer las circunstancias sociales, económicas y culturales en que se promulgó es con frecuencia crucial para despejar ambigüedades y vaguedades.²⁹ De hecho, muy a menudo, el intérprete trata

²⁷F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil* [1930], nueva ed. revisada y puesta al día por A. de Cossío y Corral y A. Gullón Ballesteros, tomo I, Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959, p. 146.

²⁸J. CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho (metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo)*, Reus, Madrid, 1947, pp. 245-246.

²⁹Sirva como ejemplo la STS (Cont.-Adm.) de 8 de noviembre de 1983, relativa a una supuesta invasión de competencias de los ingenieros de caminos, canales y puertos por parte de un ingeniero industrial. Dice la sentencia que «en el caso de autos, el material normativo disponible muestra a las claras una profusión de preceptos, con pretensiones de aplicabilidad preferente, como consecuencia de unas reglamentaciones producidas con visiones parciales y exclusivistas, como efecto del ímpetu de los grupos profesionales interesados en la defensa, y ampliación si es posible, de sus respectivos campos de actuación, ya que, por otra parte, se trata de cuerpos especiales, pero de una especialidad relativa, porque todos ellos tienen en su formación una base común, al resultar difícil establecer entre ellos fronteras naturales y claramente divisorias, lo que da pie a que, a falta de ellas, tengan que ser suplidas con preceptos de creación artificial, origen de conflictos como el presente, debido a la circunstancia de que en la reglamentación del conjunto de atribuciones de unos y otros técnicos, pesa más el espíritu expansivo de los distintos Cuerpos que la política global coordinadora y armonizante, lo que delata la existencia de una

de dar sentido a la disposición por referencia al problema concreto que trataba de resolver.³⁰ Con todo, es indudable que la porción del registro histórico con mayor repercusión interpretativa es la que tiene que ver con las fuentes jurídicas, y a esta porción se refiere lo que sigue.

2.1. Las fuentes jurídicas precedentes

Entre los materiales jurídicos del registro histórico relevantes para el intérprete destacan los precedentes legislativos, tanto remotos como próximos; pero también son importantes los pronunciamientos judiciales y los trabajos doctrinales. La legislación, la jurisprudencia y la doctrina informan la interpretación tanto a través del criterio sistemático como a través del criterio histórico, y en ocasiones sin solución de continuidad.³¹ Obviamente, las fuentes jurídicas históricas son especialmente útiles para interpretar la legislación antigua, la que recupera normas antiguas y la que recopila costumbres de larga tradición.³² Pero también puede ser de gran ayuda para interpretar legislación próxima en el tiempo, cuando su sentido se aclara por contraste con el Derecho que modifica o complementa.

Ahora bien, no cualquier referencia a las fuentes jurídicas del pasado cuenta como aplicación del criterio histórico. Una cosa es invocar el registro histórico para arrojar luz sobre el significado de una disposición actual y otra invocarlo para divulgar un conocimiento o para mostrar erudición. Sin desmerecer estos últimos usos, solamente el primero puede considerarse una aplicación del criterio interpretativo histórico. Algunas sentencias hacen referencias a Derecho antiguo sin aportar a la argumentación nada más (y nada menos) que una ilustración histórica sin consecuencias interpretativas; y en ese caso no sirven de ejemplo de empleo del criterio histórico en los

situación normativa en la que la autonomía de preceptos no es fruto (...) de un simple fallo de la técnica legislativa o de un error gramatical, sino la consecuencia de unos deficientes ordenamientos particulares, de carácter estatutario, influenciados por viejos resabios estamentales». De esta manera, comprender las circunstancias socioeconómicas que motivaron la regulación interpretada –el corporativismo de los ingenieros respecto de sus respectivas especialidad– arroja luz sobre el sentido de esa regulación y ayuda a resolver las dudas acerca de su contenido.

³⁰Aunque aquí sobran los ejemplos, mencionaré la STC 97/1990, de 24 de mayo, que resuelve dos cuestiones de inconstitucionalidad relativas a dos disposiciones de 1983 que afectaban al sueldo de funcionarios. Explica (FJ 3º) que estas disposiciones «responden a un propósito legítimo de evitar desigualdades preexistentes, en muchos casos en perjuicio de los funcionarios locales, y de asegurar una equiparación de trato en la protección social entre todos los funcionarios públicos».

³¹Por ejemplo, cuando al interpretar una disposición se invoca cierta línea jurisprudencial que se ha ido consolidando durante años, parece indiferente decir que se está aplicando un criterio sistemático, un criterio histórico o ambos a la vez.

³²Se ha dicho, por ejemplo, que las fuentes y doctrina antiguas son imprescindibles para discernir el sentido de las Compilaciones y de otras leyes civiles forales o autonómicas: J. L. LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, cit., p. 239.

estudios sobre la interpretación jurídica.³³ Con todo, hay ocasiones en las que la referencia histórica es prescindible pero ayuda a contextualizar el problema que se discute, y por tanto tiene valor interpretativo.³⁴

Como es natural, las fuentes históricas a las que se recurre en la práctica guardan relación con el sector del ordenamiento al que pertenece la disposición interpretada. Los precedentes más lejanos en el tiempo con utilidad interpretativa se refieren probablemente al Derecho civil, donde no es extraño remontarse al Derecho romano³⁵ o a la glosa medieval.³⁶ Desde luego, esto no obsta a que también en otras áreas jurídicas pueda acudir al Derecho antiguo con un interés hermenéutico y no solo de erudición.³⁷

2.2. Los materiales prelegislativos

Un segundo conjunto de datos utilizados al aplicar el criterio interpretativo histórico son los llamados materiales prelegislativos o trabajos preparatorios. Se trata de los documentos producidos en el curso de la elaboración de la ley y con ese fin y los que acreditan las actividades y las

³³Por ejemplo, la STS (Penal) de 18 de octubre de 1985 (FD 3º) al tratar la aplicación de la eximente de legítima defensa hace una introducción histórica donde dice que «a pesar de estar ya en las Doce Tablas y el Digesto, tardó en construirse una verdadera doctrina jurídica sobre la eximente», que se afianzó en el siglo XIX. La referencia a las Doce Tablas no aporta ninguna clave para la solución del Tribunal; pero la cita como empleo del «canon histórico»: M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, *Estudio del artículo 3.1 del Código Civil...*, cit., p. 153. Hace una mención similar la STS (Penal) de 18 de mayo de 1985. Del mismo ponente es la STS (Penal) de 3 de junio de 1985, que sobre la agravante de reincidencia recuerda «la famosa ley del talión acogida en el Levítico o en las Doce Tablas».

Otro ejemplo son las STS de 13 de mayo de 1963 y STS de 10 de octubre de 1932 citadas por F. PÉREZ ALGAR, *La interpretación histórica de las normas jurídicas...* cit., pp. 224 ss. Estas sentencias subrayan que la donación requiere liberalidad y recuerdan que las Partidas la describen como un «bien fecho que nasce de nobleza, de bondad de corazón, cuando es fecho sin ninguna premia»; pero no parece que el recurso a las Partidas resuelva aquí ningún problema interpretativo, porque nadie discute que la donación es un acto gratuito.

³⁴Valga como ejemplo las SSTS (Civil) 5/2003, de 17 de enero y 39/2004, de 5 de febrero, que argumentan el carácter «alegal, no ilegal» de la convivencia «more uxorio» y recuerdan que «anteriormente sí se había regulado la unión familiar de hecho en el Fuero Juzgo, Fueros municipales y las Partidas» (FD 1º).

³⁵Por ejemplo, la STS (Civil) 485/2000, de 16 de mayo, subraya la prohibición del pacto comisorio y da a entender que es una regla plenamente asentada al recordar que «tiene su origen en un texto del Derecho Romano (Constantino, Libro VIII, Título XXXVI, Ley 3 del C), fue acogida por en nuestro Derecho Histórico (Partidas 5ª, Ley 41 del Título V, y 12 del Título XIII, y Proyecto de 1851; aunque no por el Proyecto de 1882), y se considera recogida en los arts. 1859 y 1884 CC».

³⁶Por ejemplo, la STS (Civil) de 10 de diciembre de 1980 entronca el sentido del artículo 350 del Código Civil con «el axioma formulado por los glosadores a base de textos romanos, «cujus est solum ejus est usque [ad coelum et] ad ínferos»», y ello para situar el problema, y la aplicación al caso de autos, de la llamada «accesión invertida».

³⁷Por ejemplo, la STS (Penal) de 12 de mayo de 1990 examina el problema de la indemnización por causa de muerte en el contexto de la respuesta del Derecho romano, la Glosa, el Derecho precodificado europeo y los códigos civiles alemán, austriaco y suizo.

discusiones que tuvieron lugar durante ese procedimiento. Estos materiales, una vez promulgada la ley a la que se destinan, sirven de fuentes informativas para precisar su contenido, porque –se alega– dan pistas sobre los fines que con ella perseguía su autor. Son los borradores, anteproyectos, proyectos de ley y proposiciones de ley; los informes y dictámenes que emitieron sobre el proyecto los letrados y servicios jurídicos y los órganos consultivos a los que se pidió opinión; los diarios de sesiones y las actas de las reuniones de las asambleas legislativas donde constan las propuestas y enmiendas debatidas y los argumentos presentados en comisiones o plenos; y en general cualquier documento que forme parte o dé constancia del *iter legislativo*.³⁸

Se ha discutido bastante sobre la importancia interpretativa de los materiales prelegislativos. En general, las posiciones adoptadas dependen de si se adopta una teoría subjetiva u objetiva de la interpretación, pues la primera suele contar con estos materiales para acceder al conocimiento que postulan acerca de la voluntad del legislador.³⁹ Como en general en España predomina la tendencia objetiva, el recurso a los materiales prelegislativos no es quizá muy abundante.⁴⁰ Pero esto no impide que se acuda a ellos también siguiendo una doctrina objetiva, según lo ya advertido sobre la neutralidad del criterio histórico.⁴¹ Asimismo, en general, se les reconoce

³⁸Qué documentos y actuaciones son parte de este *iter* depende del sistema jurídico concreto y de sus procedimientos legislativos. Así lo subraya P. SALVADOR CODERCH, *La compilación y su historia...*, cit., p. 449.

³⁹Así lo vio Castán: «La doctrina clásica, que centraba la interpretación en la investigación de la voluntad del legislador, atribuía a estos materiales un valor decisivo, otorgándoles casi la autoridad de una interpretación auténtica. Por el contrario, para los autores modernos partidarios de la impersonalización de la ley, considerada, no como expresión de la voluntad del legislador sino como producto de las condiciones sociales, el recurso a los trabajos preparatorios no tiene razón de ser.» [J. CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, cit., p. 246]. Sobre este punto y sobre la evolución histórica de la consideración de los materiales prelegislativos, ver también: P. SALVADOR CODERCH, *La compilación y su historia...*, cit., pp. 447-479.

⁴⁰Al respecto precisaba Pérez Álvarez en 1994 que «es inusual el empleo por el Tribunal Supremo de los materiales prelegislativos. En concreto, la cita a los antecedentes o debates parlamentarios, así como a los proyectos y enmiendas, cabe reconducirlas a sentencias que comúnmente versan sobre un mismo problema –interpretación del artículo 294 LOPJ, a los efectos de resolver supuestos de responsabilidad de la Administración de Justicia--. Además, o se trata de sentencias que de ordinario tienen un mismo ponente (Delgado Barrio), o que –en cuanto criterio jurisprudencial consolidado– retoman las sentencias resueltas sobre la misma cuestión por el mencionado magistrado (...)» [M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, *Estudio del artículo 3.1 del Código Civil...*, cit., p. 156].

⁴¹Un claro ejemplo es la STS (Civil, Sec. 1ª) 564/2010, de 29 de septiembre, que al interpretar el artículo 77 de la Ley General Tributaria toma en consideración su origen en una enmienda introducida en el Senado, así como la motivación por la que se aprobó; pero advierte (FD 5º) que «la labor del intérprete no puede limitarse a identificar la voluntad del legislador, cuya actividad, por otro lado, quedó consumada con la objetiva creación del precepto (...), sino que ha de averiguar la que se conoce como "voluntas legis", esto es, la voluntad objetiva e inmanente en el texto promulgado».

mayor relevancia respecto de las leyes recientes que respecto de las leyes antiguas y con una larga tradición aplicativa, donde pesan más otros elementos interpretativos, como la jurisprudencia.⁴² Por otra parte, los materiales prelegislativos reciben distinta consideración según su procedencia; y así suelen apreciarse más los informes técnicos que las opiniones particulares, y las declaraciones que representan a grupos mayoritarios más que las de grupos marginales.⁴³

Queda fuera del ámbito de aplicación del criterio histórico el empleo, como ayuda de la interpretación, de los materiales prelegislativos de normas futuras, es decir, todavía en elaboración.⁴⁴ En cambio, han de incluirse en el conjunto de los "trabajos preparatorios" los informes explicativos y las exposiciones de motivos que acompañan a los textos legales en tramitación. En cuanto a esto, las explicaciones y exposiciones de motivos de disposiciones todavía no aprobadas⁴⁵ no deben ser confundidas con las explicaciones y exposiciones aprobadas junto con las disposiciones (a estas me referiré en el próximo epígrafe). Las primeras son propiamente materiales prelegislativos; las segundas son coetáneas a la ley y solo por afinidad pueden considerarse materiales del criterio histórico. Ambas, en todo caso, tienen relevancia interpretativa, porque ayudan a comprender el propósito legislativo, ya sea por lo que dicen directamente o ya sea estudiando sus eventuales modificaciones.

2.3. Las explicaciones legislativas

Como acabamos de ver, las exposiciones de motivos y las explicaciones que se elaboran durante la tramitación de los textos legales pueden ser aprobadas junto a ellas, en su versión inicial o modificadas, y ya sea con su

⁴²Sobre este punto y sobre la evolución histórica de la consideración de los materiales prelegislativos: P. SALVADOR CODERCH, *La compilación y su historia...*, cit., pp. 447-479. Un aspecto destacado de esta evolución es que pasan de ser una fuente de Derecho con valor jurídico a ser una fuente del conocimiento del Derecho con valor solo informativo.

⁴³Al respecto: F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, cit., p. 146 («las discusiones parlamentarias son expresión de opiniones individuales, no pensamientos del legislador (...). Los trabajos de las comisiones técnicas que preparan la ley tienen más importancia por la seriedad y competencia que los preside»).

⁴⁴Por ejemplo, la STS (Civil) de 2 de diciembre de 1987 interpretaba que en el caso de autos el juez no podía conceder de oficio la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil, y uno de sus argumentos era que se había presentado en el Congreso una proposición de ley para que el juez pudiese acordarla en esos supuestos, por lo que «si aún no se ha aprobado la modificación pretendida, es claro que ni rige, ni puede el Juez, en el estado actual de la ley adoptar de oficio tal medida».

⁴⁵En España son exigidas explícitamente en los proyectos de ley (artículo 88 CE) y en las proposiciones de ley (artículo 124 del Reglamento del Congreso de los Diputados); pero, por añadir otro importante supuesto, también los reglamentos del Gobierno requieren para su tramitación «un informe sobre la necesidad y oportunidad» (artículo 24.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno).

nombre original o con el de "preámbulos".⁴⁶ El legislador no está obligado a exponer sus motivos en las leyes que aprueba;⁴⁷ pero cuando lo hace sus explicaciones tienen interés para interpretar el texto dispositivo al que se refieren, pues son un medio bastante fiable de conocer su intención y de aclarar el significado de preceptos indeterminados. Por supuesto, el interés interpretativo de estas explicaciones legislativas complementarias dependerá de su precisión y detalle, que suele ser mayor en las disposiciones con fines específicos ("leyes-medida").⁴⁸

En lo que atañe a los preámbulos y las exposiciones de motivos de las leyes ya publicadas, hay que partir de que forman parte de estas y tienen eficacia jurídica.Cuál sea esta eficacia es una cuestión polémica en la que no procede entrar aquí; pero hay bastante coincidencia doctrinal en que tienen como mínimo eficacia interpretativa.⁴⁹ En estos textos introductorios, el

⁴⁶Dice el artículo 114.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados: «Las enmiendas que se hubieren presentado en relación con la Exposición de Motivos se discutirán al final del articulado, si la Comisión acordase incorporar dicha Exposición de Motivos como preámbulo de la ley». Algunos autores distinguen con este criterio temporal entre las "exposiciones de motivos" que el proponente dirige al legislador y los "preámbulos" que el legislador dirige a los destinatarios de la ley; así: J. TAJADURA TEJADA, "Sobre los preámbulos de las leyes", *Revista Jurídica de Navarra*, 29 (2000), pp. 173-182. Pero la distinción es artificiosa, pues el legislador emplea indistintamente ambas denominaciones en los textos que aprueba. Por eso coincido con la profesora Rovira en que –en las leyes ya publicadas, a las que ella se refiere– preámbulos y exposiciones de motivos son términos equivalentes: M^a C. ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, *Valor y función de las "exposiciones de motivos"...*, cit., p. 105 y 113. En cambio no comparto su precisión (en p. 33) de que el discurso del ministro Alonso Martínez que precedía al articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando se promulgó en 1882 es una opinión autorizada pero no una verdadera exposición de motivos; porque también son exposiciones de motivos las que acompañan los proyectos; y además, en este caso, es el propio autor del texto legal –el Gobierno por delegación de las Cortes– quien expone sus motivos al rey por boca del ministro. Esto no quiere decir, sin embargo, que las exposiciones de motivos de los proyectos y las exposiciones y preámbulos de las leyes tengan el mismo contenido y significación, porque aunque su texto se mantenga durante la tramitación de la ley, el contenido es en el primer caso una propuesta y en el segundo caso una declaración aprobada por el legislador.

⁴⁷El Tribunal Constitucional ha dicho en su STC 49/2008, de 9 de abril (FJ 5º) que «el legislador no está constitucionalmente obligado a justificar sus opciones legislativas en las Exposiciones de Motivos o Preámbulos de las Leyes. Sin desconocer su posible papel en la interpretación de los preceptos que presentan (SSTC 36/1981, 12 de noviembre, F. 7, y 222/2006, de 6 de julio, F. 8), no debe olvidarse que las Leyes son expresión de la voluntad general y no ejecución de la Constitución (STC 96/2002, de 25 de abril, F. 6), y que el legislador democrático no tiene el deber de expresar los motivos que le llevan a adoptar una determinada decisión en ejercicio de su libertad de configuración».

⁴⁸M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, *Estudio del artículo 3.1 del Código Civil...*, cit., p. 223.

⁴⁹Sobre este punto versa la monografía de M^a C. ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, *Valor y función de las "exposiciones de motivos"...*, cit., p. 96 [«Para conocer el espíritu de la ley hay dos caminos: uno, el estudio de la ley en su totalidad (...); otro, que la misma ley diga en alguna de sus partes cuál ha sido el espíritu que ha inspirado la disposición. (...) El segundo camino es más seguro, deja menos margen a la actividad privada, porque es el mismo legislador el que fija los límites y señala las directrices que han inspirado el cuerpo legal de

legislador explica las razones que justifican la disposición y su propósito al promulgarla. De hecho, el intérprete que quiere indagar la intención legislativa hará bien en concentrarse en estas declaraciones y en el articulado que sigue, en lugar de acudir a fuentes más inseguras. En este sentido, como dijo la profesora Rovira, «hay que conocer la *mens legis* y la *mens legislatoris*, pero aun más creemos que esta *mens legis* tiene que estar explicitada en la misma ley para que los puntos equívocos que puedan suscitar los artículos y párrafos tengan en el marco de la propia ley su aclaración».⁵⁰

En la jurisprudencia hay abundantes ejemplos de recurso a los preámbulos y a las exposiciones de motivos de las leyes como argumento para sostener o reforzar una interpretación.⁵¹ Como ya dije, esta utilización no suele ser propiamente un ejemplo de aplicación del criterio histórico, por cuanto lo que sirve de apoyo a la interpretación tiene la misma fecha que lo interpretado. Pero hay casos en que las exposiciones de motivos sirven

que se trate. Naturalmente el legislador no dicen en cada uno de los mandatos concretos cuál es el sentido de la norma, pero hay un lugar idóneo para exponerlo, que es la exposición de motivos»]. Ya en la doctrina post-constitucional, cuestiona la utilidad interpretativa (sin llegar a negarla) y la conveniencia de las exposiciones de motivos: F. SANTAOLALLA LÓPEZ, "Exposiciones de motivos de las leyes: motivos para su eliminación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 33 (1991), pp. 47-64. También discute la cuestión F.J. EZQUIAGA GANUZAS, "Concepto, valor normativo y función interpretativa de las exposiciones de motivos y los preámbulos", *Revista Vasca de Administración Pública*, 20 (1998), pp. 27-49. Su tesis, que comparto, es que los preámbulos forman parte de los textos jurídicos promulgados (de lo cual es indicio que la fórmula de promulgación los precede) y son disposiciones con valor normativo y no solo descriptivo, pero tienen menor intensidad normativa que el articulado; no dan lugar a normas por sí solos, pero pueden determinar interpretaciones y condicionar el contenido de las normas. Ver también J. TAJADURA TEJADA, "Sobre los preámbulos de las leyes", cit. Como se sabe, la STC 36/1981, de 12 de noviembre, ha señalado (FJ 2º) que «el preámbulo no tiene valor normativo», pero sí interpretativo.

⁵⁰Mª C. ROVIRA, *Valor y función de las "exposiciones de motivos"...*, cit. p. 39. «La exposición de motivos contiene el espíritu de la norma tal y como ha sido entendido en la mente del legislador» (ibíd., p. 44). «Exposición de motivos es la primera parte de una norma jurídica escrita en la que el legislador da cuenta de las razones para suponer que un determinado problema (social, jurídico, político, moral o económico) debe resolverse de una determinada manera.» (ibíd., p. 45).

⁵¹Por citar un ejemplo, la STS (Cont.-Adm., Sec. 3ª), de 19 de junio de 1992, abordó el caso de un titulado por un Conservatorio de Música que fue inadmitido al concurso de una plaza de profesor ayudante de Universidad para licenciados, y que invocaba la equiparación de títulos prevista por un Real Decreto de 1982, «a los efectos de impartir la docencia de las enseñanzas musicales en Centros públicos y privados». La sentencia argumenta así (FD 1º): «Un método para interpretar la «mens legis» de una norma jurídica, determinando su alcance y contenido, es el de acudir al Preámbulo o Exposición de Motivos de dicha norma, donde el Órgano que la produce, explica la «ratio legis», que con ella persigue. En el supuesto de actual referencia, el preámbulo del Real Decreto (...) [alude a] la titulación mínima para los profesores de Bachillerato (...)»; lo cual indica que la equiparación no se refiere a profesores de Universidad sino solo a los de Bachillerato.

indirectamente como material histórico, porque justifican la nueva ley por contraste con la situación anterior.⁵² Por lo demás, en fin, también hay casos en que las exposiciones de motivos en lugar de ayudar a la interpretación la estorban; por ejemplo cuando son contradictorias con el texto dispositivo.⁵³

Aparte de las exposiciones de motivos y preámbulos de las disposiciones legales, donde su autor expone por qué y para qué las promulga, tienen importancia interpretativa cualesquiera otros documentos explicativos complementarios autorizados por el legislador. En ocasiones el legislador acompaña a los preceptos que aprueba unos textos informativos para guiar su interpretación y aplicación. Estos textos, de modo análogo a los preámbulos, no son por sí mismos fuente de normas de conducta, pero sí son siempre una ayuda a la interpretación y en algunos casos vinculan jurídicamente al intérprete, porque así lo establece la propia disposición. Un ejemplo destacado de este tipo de documentos lo ofrecen las *Explicaciones* que acompañan a la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (2007).⁵⁴

3. APLICACIONES

El recurso a datos históricos para contextualizar e interpretar la legislación admite posibilidades muy diversas, y es natural que haya distintas

⁵²Por ejemplo en la STC 54/1982, de 26 de julio, se interpreta un término del Decreto impugnado sobre la base de las explicaciones que daba su exposición de motivos acerca de la evolución legislativa de dicho término. Tomo la referencia de F.J. EZQUIAGA GANUZAS, "Concepto, valor normativo y función interpretativa de las exposiciones de motivos y los preámbulos", cit. Según este autor, el Tribunal Constitucional emplea los preámbulos como instrumento de la interpretación histórica (como en este caso), psicológica y teleológica.

⁵³Un caso de inconsistencia entre la exposición de motivos y el articulado lo presenta la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad. En su exposición de motivos explica que en la ley «se aclara y concreta la imposibilidad de que el registrador pueda recurrir la decisión de su superior jerárquico cuando revoca su calificación»; y sin embargo el artículo 31 modifica el artículo 328 de la Ley Hipotecaria para que diga que tanto el notario como «el registrador de la propiedad, mercantil y de bienes muebles cuya calificación negativa hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la Dirección General de los Registros y del Notariado podrán recurrir la resolución de ésta cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares». Esta contradicción fue advertida y abordada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sec. 6ª) 235/2009, de 30 de junio. En ella se explica (FJ 1º) que las palabras de la exposición de motivos se correspondían con la redacción inicial propuesta para el articulado, que fue modificada durante la tramitación de la ley. [Tanto esta sentencia como las SSTs (Civil, Sec. 1ª) 611/2011, de 20 de septiembre y 959/2012, de 10 de febrero reconocieron la legitimación activa del registrador para recurrir las resoluciones de la DGRN que afecten a sus intereses].

⁵⁴El artículo 52.7 de la Carta dice: «Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros». Estas Explicaciones no tienen por sí mismas valor jurídico (así lo dice su encabezado), pero sí un inexcusable valor interpretativo. Al respecto puede verse el estudio de Mangas Martín en A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 69 y p. 849-850.

variantes o versiones de este criterio hermenéutico. A continuación me referiré a una serie de versiones de aplicación que la doctrina ha venido identificando de forma alternativa o inconexa, y que presentadas conjuntamente ofrecen una imagen más completa y fiel del criterio histórico. Aunque la clasificación podría hacerse de otro modo, he querido simplificarla en lo posible y reducir las variantes a seis. A tenor de la doctrina, aplicar el criterio histórico a la interpretación de una disposición jurídica puede consistir en indagar y utilizar cualquiera de las siguientes informaciones históricas sobre ella: *a)* el Derecho preexistente; *b)* las circunstancias en las que se gestó y las que la motivan (la *ocassio legis*); *c)* el significado que tuvo para sus autores cuando la promulgaron; *d)* el significado que tenía para sus destinatarios cuando fue promulgada; *e)* su significado tradicional; o *f)* la experiencia de aplicación de una norma con la que alguno de los posibles sentidos de la disposición guarda semejanza.

Antes de entrar a ver el contenido de estas versiones, importa aclarar que les son trasladables las consideraciones que hice respecto de los criterios interpretativos, en cuanto a que no son técnicas alternativas de interpretación sino puntos de vista que el intérprete puede adoptar sucesivamente. Lo mismo sucede con las versiones del criterio histórico: salvo algún caso de posible incompatibilidad –como ocurre entre la segunda y tercera de la lista– deben ser conjuntamente aprovechadas por el intérprete. No son versiones excluyentes, sino complementarias. Veámoslas.

3.1. Contextualización en el Derecho preexistente

La modalidad más frecuente de aplicación del criterio histórico en la interpretación jurídica es, probablemente, indagar el Derecho preexistente a la disposición que se interpreta para contextualizarla. En su momento esa disposición vino a expandir o a alterar el ordenamiento jurídico en el que se integró, por lo que conocer esta situación previa arroja luz sobre la nueva regulación. En este sentido apunta la descripción del criterio por Savigny, ya citada: «tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido».⁵⁵ Los materiales que sirven a esta tarea son las fuentes jurídicas precedentes, los “antecedentes históricos y legislativos” a los que se refiere el artículo 3.1 del Código Civil.

Hay diversas maneras en las que el intérprete puede obtener beneficio de conocer el Derecho anterior al precepto que interpreta. La más evidente es aplicar al precepto reglas y principios jurídicos ya establecidos. Esta es la técnica propia del criterio sistemático, pero se combina también con el criterio histórico en la medida en que el Derecho aplicado tenga larga

⁵⁵F.K. VON SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, cit., p. 150.

tradición.⁵⁶ Otra manera de aprovechar el Derecho preexistente a una disposición para interpretarla es analizar la evolución legislativa que condujo hasta ella, para contextualizarla.⁵⁷ De modo análogo, también cabe analizar la evolución jurisprudencial en el tratamiento del problema interpretativo en cuestión.⁵⁸ Otras veces lo que se busca o argumenta no es una evolución paulatina que apunte hacia alguna de las opciones interpretativas, sino una influencia concreta: la disposición específica que ha influido en el precepto interpretado y que determina su significado.⁵⁹ Inversamente, con frecuencia se aplica el criterio histórico interpretando el precepto por contraste con la legislación anterior a su promulgación y que en su virtud se modifica.⁶⁰ Y se

⁵⁶Por ejemplo, la STS (Civil) de 27 de enero de 1966 se refiere al «principio general del Derecho que prohíbe obrar en contradicción con los actos propios: 'Nemini licet adversus sua pacta venire', conocido en diversos pasajes de la legislación justiniana (...) y desde antiguo admitido por la jurisprudencia de esta Sala». Se ha sugerido que esta referencia histórica es extemporánea porque la doctrina de los actos propios aplicada por el TS es de creación posterior: F. PÉREZ ALGAR, *La interpretación histórica...* cit., p. 207.

⁵⁷Por ejemplo, la STS (Civil, Sec. 1ª) 18/2007, de 24 de enero, para clarificar cuándo un contrato es administrativo y cuándo civil repasa «la evolución que ha experimentado el concepto legal de los contratos administrativos» en la dirección de vincularlos cada vez más a la satisfacción del interés público. La sentencia menciona al respecto una sucesión de leyes –«"iter" legislativo», dice– y una sucesión de sentencias acordes con ellas.

En dos SSTS (Social, Sec. 1ª) de 22 de diciembre de 2008, que resuelven sendos recursos de casación para la unificación de doctrina derivados de la interpretación discrepante de las condiciones legales de jubilación, el Tribunal señala (FD 3º) que «una razonada respuesta a la cuestión que se plantea en las presentes actuaciones hace imprescindible que con carácter previo esbozemos un excursus histórico y jurisprudencial sobre la materia de que tratamos -la extinción forzosa del contrato de trabajo por razón de cumplir la edad de acceso a la jubilación-, de "azarosa trayectoria normativa"; a lo que sigue un extenso repaso histórico.

⁵⁸Por ejemplo, en una aplicación modélica del criterio histórico, la STS (Civil, Sec. 1ª) de 7 de septiembre de 2012 documenta y justifica la evolución jurisprudencial hacia «una concepción más objetivable del fraude de acreedores» del artículo 1111 del Código civil desde una concepción tradicional «marcadamente subjetiva y dolosa», la cual partía de «una lectura sesgada y dogmática tanto de los antecedentes de Derecho romano, como de nuestro antecedente mediato en la Legislación de Partidas». La sentencia se extiende en sus consideraciones históricas, muy ilustrativas del problema que estudia.

⁵⁹Por ejemplo, la STS (Cont.-Adm., Sec. 2ª) de 10 de noviembre de 2009 trata sobre la aplicación del entonces vigente artículo 49.2 j) del Reglamento General de la Inspección de Tributos de 1986, modificado por un Real Decreto en 1998; y explica (FD 5º) que el artículo tiene su origen «en la reforma operada por la ley 1/1998, de 26 de febrero», y que el Real Decreto había hecho «las adecuaciones necesarias» en el Reglamento.

⁶⁰Por ejemplo, la STS (Cont.-Adm., Sec. 6ª) de 20 de diciembre de 1990, interpreta un Decreto de 1979 respecto de si la limpieza de interiores debía cotizar como "limpieza de edificios, escaparates y de calles" o como "limpieza y conservación de tapices, muebles, etc."; y para ello atiende «al sentido literalista», según el cual la "limpieza de edificios" engloba la interna y la externa, y también «a los antecedentes históricos y legislativos», pues los Decretos de 1967 y 1977 que precedieron «hablaban de "personal de limpieza de interiores de edificios, escaparate y de calles", sin que existiera en ellos, un epígrafe expreso para la limpieza exterior de edificios, incluida sin duda en el aditamento seguido a dicha limpieza exterior, y de ahí, que la norma actualmente vigente venga a esclarecer y subsanar

aplica asimismo el criterio histórico, en fin, cuando el caso que suscita el problema interpretativo se contextualiza en el Derecho de su época, sobre todo cuando esta es remota.⁶¹ En general es un principio pacífico de la interpretación de textos antiguos que deben tenerse en cuenta las circunstancias del momento en que se redactaron.

3.2. Reconocimiento de la *occasio legis*

Otro modo de entender y aplicar el criterio histórico en la interpretación de una ley consiste en la investigación de las circunstancias sociales y económicas en que se gestó, para entender su razón de ser o necesidad.⁶² Decía Clemente de Diego que «la *occasio legis* es la circunstancia histórica que sirvió de motivo y pretexto para la publicación de la ley, y es también un índice para descubrir el fin y el ámbito de la misma».⁶³ Y decía la profesora Rovira: «La ley no es voluntad subjetiva del legislador en exclusiva, ya que hay una serie de instrumentos que le dan su origen y que tienen que ser valorados en relación con el gran fondo constituido por la situación de intereses e ideas existentes en el tiempo en que aparece la norma y, naturalmente, en el momento de su aplicación».⁶⁴ Para esta tarea, el intérprete puede aprovechar todo tipo de información sobre el pasado: económica, sociológica, jurídica...

Conocer el contexto histórico en que nació la disposición interpretada puede ser determinante para comprender su finalidad y sentido. Pero esto no implica que el intérprete tenga necesariamente que preservar la misma idea

tal omisión, haciendo desaparecer la palabra "interiores", englobando en el concepto de limpieza de edificios tanto la interior como la exterior». Cita esta sentencia, y comenta que «la consideración del canon histórico se mueve siempre dentro del ámbito del sentido gramatical de la norma que se trata de interpretar»: M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, *Estudio del artículo 3.1 del Código Civil...*, cit., p. 159.

⁶¹Por ejemplo, la STS (Civil, Sec. 1ª) 121/2012, de 7 de marzo, discute la naturaleza de una sociedad constituida en 1869; y dice (FD 2º): «Inexistente un concepto de contrato de sociedad diferenciado en los ámbitos mercantil y civil, históricamente la naturaleza de los "contratos de sociedad" y su sumisión a las reglas del derecho común o al de clase, aparecía vinculada a su celebración por mercaderes, sometidos al estatuto del comerciante, para el tráfico en sociedad (...)». La sentencia se extiende largamente en su argumentación histórica para concluir que la sociedad del caso era mercantil desde 1951.

⁶²Es la tesis de Díez-Picazo y Gullón respecto del criterio histórico recogido en el artículo 3.1 del Código Civil: «La invocación de los antecedentes históricos y legislativos tiene por objeto conocer la problemática a la que la norma trata de dar una solución y el espíritu que anima a ésta, o, dicho en otros términos, los criterios directivos para la resolución de las cuestiones a que se debe su nacimiento. No se trata de una reconstrucción de la voluntad del legislador, de lo que el mismo quiso o pretendió, sino de un medio para el mejor entendimiento de lo que ordenó.» [L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I., Tecnos, Madrid, 1995, p. 117; también L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 170].

⁶³F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, cit., pp. 145-146.

⁶⁴Ma C. ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, *Valor y función de las "exposiciones de motivos" en las normas jurídicas*, cit., p. 36.

original cuando los tiempos han cambiado. Aplicar el criterio histórico es adoptar el punto de vista de quien se interesa por los datos del pasado, en este caso por las claves sociales, económicas y jurídicas de la aparición de la ley interpretada; y no es, o no tiene por qué ser, seguir una teoría interpretativa originalista. Esto es todavía más patente en la modalidad de aplicación que ahora consideramos que en otras, pues es habitual recurrir al criterio histórico para mostrar que las circunstancias en las que nació la ley en cuestión, y que en su momento justificaban atribuirle un cierto contenido, ya no se mantienen; y a partir de ahí argumentar que procede una interpretación evolutiva que le atribuya un contenido diferente acorde con las nuevas circunstancias.⁶⁵

Por otra parte, aunque normalmente la duda que se quiere resolver investigando la razón de ser de la disposición es su contenido, en alguna ocasión lo que aclara es su misma existencia. Así sucede, por ejemplo, cuando se trata de comprobar la "extraordinaria y urgente necesidad" de un Decreto-ley, a los efectos del artículo 86.1 CE.⁶⁶

3.3. Descubrimiento del significado subjetivo original

Un tercer modelo de concebir y de aplicar el criterio histórico en la interpretación de una disposición legal es indagar el significado que esta tenía para sus autores cuando la promulgaron.⁶⁷ Esta investigación

⁶⁵Es el caso de la SAP A Coruña, Sec. 3ª, de 24 de abril de 2009, que interpreta una obligación que el artículo 87 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 imponía a los propietarios que reedificaban el inmueble arrendado: debían mantener la renta previa a la demolición si «se incumpliere el compromiso contraído» respecto a los plazos de ejecución. La sentencia señala (además de que es distinto cumplir con un cierto retraso que obstaculizar el cumplimiento) que la realidad social es muy diferente: «El contexto histórico del precepto («occasio legis») de la España de 1956, que a la postre se recoge en el texto refundido de 1964, nada tiene que ver con el actual; como explícitamente lo reconoce el legislador con la ley de 1994.» (FD 9º).

⁶⁶Es el caso de la STC 332/2005, de 15 de diciembre, que desestimó un recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 7/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones. Uno de los argumentos del recurso era que la exposición de motivos del Decreto-ley no justificaba la "extraordinaria y urgente necesidad" de la nueva regulación de las ITV, sino que solo aducía la necesidad de liberalizar el servicio. La STC (que por cierto habla indistintamente de exposición de motivos y de preámbulo) admite que hubo un déficit de motivación, pero considera que fue compensado en el trámite de convalidación; pues «a la luz del consiguiente debate parlamentario», resulta que la Ministra de Ciencia y Tecnología señaló que la inclusión de la ITV en las medidas urgentes de liberalización «obedece a que se ha apreciado un previsible cuello de botella que podría afectar a la seguridad y al desarrollo del parque automovilístico» (FJ 7º). De esta manera, vemos cómo la *ocassio legis* sugerida por la representante del Gobierno y descubierta en el examen de los trabajos preparatorios se toma como justificación suficiente de la aprobación de la norma mediante un Decreto-ley.

⁶⁷Esta concepción del criterio histórico tiene una larga tradición, a pesar de que choca con la formulación de Savigny, como vimos. Así, decía Géný en 1988: «Por consiguiente, en general, cuando para aclarar el texto legal se da intervención a la Historia, lo que hay que buscar no es la pura verdad histórica, sino únicamente *el estado de espíritu histórico* del

psicológica se percibirá también como *histórica* sobre todo en la medida en que la disposición que se interpreta sea antigua. Es el caso, por ejemplo, de la interpretación de la Constitución de los EE.UU. (1789) y de sus diez primeras Enmiendas (1791), la cual ha suscitado un vivo debate doctrinal entre las doctrinas interpretativas, donde se cruzan los enfrentamientos que hemos identificado (§ 1.2) entre la interpretación originalista y la evolutiva, entre la subjetiva y la objetiva, y entre la textual y la teleológica. Pues bien, los partidarios del originalismo intencionalista en la interpretación de la Constitución aplican el criterio histórico para conocer la voluntad de quienes la aprobaron o de quienes la redactaron.⁶⁸ Y tanto esta doctrina como la técnica aplicada son extrapolables a la interpretación de leyes; sobre todo si son antiguas, como en España el Código Civil (1889) o la Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882), cuya redacción original se mantiene en muchos artículos. De todos modos, esta versión del criterio histórico no está necesariamente asociada a textos legales antiguos, pues es aplicable y aplicada también para reconstruir la voluntad de un legislador próximo en el tiempo.⁶⁹

Los recursos históricos que mejor sirven a esta variante son los materiales prelegislativos o trabajos preparatorios, aunque no solo ellos. El intérprete estudia las propuestas, enmiendas y debates que dieron lugar al texto cuyo sentido trata de dilucidar, con la esperanza de hallar en ellos alguna pista sobre el significado y la finalidad que quiso darle el individuo o el colectivo que lo aprobó; y en caso de hallarla la aporta como argumento para justificar su opción interpretativa.⁷⁰ Esta técnica llega a aplicarse incluso

legislador, en la medida en que ha determinado su voluntad soberana.» [F. GÉNY, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, cit., pp. 224-225]. En la actualidad mantiene esta concepción, por ejemplo: M. SEGURA ORTEGA, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008, p. 202 [«el criterio histórico consiste en la investigación de aquellos datos históricos que pueden servir para aclarar el sentido de una norma que sigue vigente, pero cuyo origen se remonta a épocas pasadas. Analizar los precedentes normativos, las discusiones que se produjeron en la elaboración de la norma, así como los trabajos preparatorios puede ser de gran utilidad para saber cuáles eran los objetivos que la norma pretendía cumplir. Este criterio histórico está indisolublemente unido a la llamada interpretación subjetiva y, por tanto, le afectan las mismas limitaciones (...)»].

⁶⁸Del originalismo en la interpretación constitucional trata el excelente estudio de: P. DE LORA DELTORO, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

⁶⁹De hecho, como ya señalé, se dice que la utilización de recursos históricos como los materiales prelegislativos para representarse la voluntad del legislador es más relevante cuanto más cercano esté el legislador y menos elementos interpretativos auxiliares haya: P. SALVADOR CODERCH, *La compilación y su historia...*, cit., p. 475.

⁷⁰Por ejemplo, la STS (Militar) de 28 de febrero de 1989 se enfrentó con la contradicción del artículo 40 del Código Penal Militar con la pena entonces vigente de la desertión, que era tres meses y un día a dos años de prisión pero debía rebajarse un grado en ciertos supuestos. El artículo 40 CPM, al impedir que las penas sean rebajadas a menos que tres meses y un día, obstaculizaba la aplicación de esa rebaja y a juicio del TS conduce a

por partida doble cuando lo que se discute es la compatibilidad entre preceptos de dos disposiciones distintas, y resulta útil conocer el iter legislativo de ambas.⁷¹ En algunos casos, por otro lado, el intérprete hace uso de esta versión del criterio histórico más para despejar una posibilidad interpretativa que para apoyar alguna.⁷² Porque a menudo lo que interesa a la interpretación no es tanto averiguar el fin ignoto perseguido por el

injusticias; pero según la sentencia es lo que quiso el legislador dado que ese mínimo fue expresamente introducido por una enmienda durante el proceso legislativo.

⁷¹Así ocurre en la STC 49/2008, de 9 de abril, que resolvió un recurso de inconstitucionalidad contra la L.O. 6/2007, de 24 de mayo, *por la que se modifica la L.O. 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Se impugnaba la modificación del artículo 16.1 LOTC relativo a la designación de Magistrados del TC por el Senado; y la sentencia atiende a los trabajos preparatorios tanto de la ley modificativa como de la propia Constitución. En cuanto a los primeros, dice (FJ 9º) que «el precepto impugnado no figuraba en el proyecto inicial del Gobierno, sino que fue introducido en la fase de Ponencia del Congreso de los Diputados a través de una enmienda transaccional a varias enmiendas (...). En todas ellas se pretendía introducir algún mecanismo de participación de las Comunidades Autónomas en la designación de Magistrados del Tribunal Constitucional por parte del Senado». En cuanto a los segundos, dice la sentencia (FJ 13º) que la idea de «integrar la estructura territorial del Estado en la composición del Tribunal Constitucional» «estuvo muy presente en el proceso constituyente y, sobre todo, en la elaboración del actual art. 159.1 CE. Por un lado, por contemplarse en todo momento la participación del Senado en la elección de algunos Magistrados, al mismo tiempo que se le definía como Cámara de representación territorial. Y por otro, por acogerse parcialmente en la fase de Ponencia del Congreso las diversas enmiendas que se habían presentado para introducir la perspectiva territorial en la elección de algunos de los miembros del Tribunal. Especial importancia tuvo, en este sentido, la enmienda núm. 190, a través de la cual se propuso la equiparación entre el Congreso y el Senado con la finalidad expresa de equilibrar la representación de ambas Cámaras atendiendo a la trascendencia de las decisiones del Tribunal para la estructura territorial del Estado».*

⁷²Un reciente ejemplo es la STC 198/2012, de 6 de noviembre, relativa al matrimonio homosexual. El TC defiende en la sentencia la interpretación evolutiva de la Constitución, pero no obstante se interesa también por el significado subjetivo que tenía el artículo 32 CE para quienes le dieron esa redacción. Sobre ello dice (FJ 8º): «En el año 1978, cuando se redacta el art. 32 CE era entendido mayoritariamente como matrimonio entre personas de distinto sexo, también en el seno de los debates constituyentes. Lo que el constituyente se planteaba en el año 1978 respecto del matrimonio no tenía nada que ver con la orientación sexual de los contrayentes, sino con la voluntad de desligar el matrimonio y la familia, de proclamar la igualdad de los cónyuges en el seno de la institución, y de constitucionalizar la separación y la disolución. Estas cuestiones, así como la determinación de la edad para contraer, protagonizaron casi en exclusiva los debates constituyentes sobre el actual art. 32 CE, que fuera el 27 del Anteproyecto constitucional, y que no encontró su redacción definitiva hasta la Comisión Mixta Congreso-Senado. Dicho de otro modo, en el año 1978, en que se delibera y aprueba el texto constitucional, los problemas que ocuparon al constituyente a la hora de regular la institución matrimonial fueron básicamente, tal y como se deduce de los trabajos parlamentarios, la cuestión del divorcio, la diferenciación conceptual entre matrimonio y familia, y la garantía de la igualdad entre el hombre y la mujer en el matrimonio, una igualdad que, en aquel momento, estaba todavía construyéndose».

legislador como asegurarse de que la finalidad y la interpretación que se desprenden del texto no son desmentidas por los materiales históricos.⁷³

3.4. Descubrimiento del significado público original

Una acepción del criterio histórico menos difundida, pero muy interesante, es la que consiste en interpretar las disposiciones indagando el significado que tenían para sus destinatarios cuando fueron promulgadas. Como hemos visto, esta aplicación *objetiva* del criterio histórico –en el sentido de que se rechaza expresamente indagar en la intención o voluntad subjetiva del legislador– cuenta con una poderosa defensa en una de las corrientes del originalismo actualmente con mayor fuerza en la interpretación constitucional de los Estados Unidos de América. Esta doctrina, que sus proponentes llaman “textualismo” (y algunos comentaristas “nuevo textualismo”⁷⁴), se guía por el siguiente principio interpretativo: «Tomadas en su contexto completo, las palabras significan lo que transmitían a las personas razonables en el momento en que fueron escritas, en el entendido de que los términos generales pueden abarcar innovaciones tecnológicas posteriores».⁷⁵ Con este canon interpretativo como guía, la utilización del criterio histórico tiene por objeto averiguar cómo se entendía de hecho la disposición –en su caso la Constitución de los EE.UU.– cuando fue promulgada. Los materiales requeridos para esta investigación son aquí, sobre todo, los diccionarios de la época e históricos y los estudios filológicos históricos.⁷⁶

El interés por conocer el “significado público” de un precepto en el tiempo de su promulgación puede ser al menos de dos clases. En primer lugar, puede interesar simplemente para determinar el contenido del

⁷³Por ejemplo, el Auto TS (Civil, Sec. Única) de 28 de diciembre de 2001 analiza la remisión (vigente en el momento de los hechos juzgados) del artículo 775.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a las reglas procedimentales establecidas en su artículo 771 (que establecían la resolución por auto, y por tanto no susceptible de casación). Según el auto esta remisión no es una errata, pues existía ya en los preceptos equivalentes del proyecto de ley y del anteproyecto «sin que se calificase en el “iter legislativo” tal remisión de equivocada»; y además se consideró acertada de modo explícito en el informe que el Consejo General del Poder Judicial hizo al anteproyecto.

⁷⁴W.N. ESKRIDGE, Jr., “The New Textualism”, *UCLA Law Review*, 37: 4 (1990), pp. 621-692.

⁷⁵A. SCALIA y B. A. GARNER, *Reading Law, cit.*, p. 16. Según estos autores, «no pueden “descubrirse” de repente derechos nuevos en un documento años después» (ibíd., p. 80). «Permitir que las leyes sean reescritas por los jueces es un abandono radical de nuestro sistema democrático» (p. 83). «El significado de las reglas es constante. Sólo su aplicación a situaciones nuevas presenta una novedad» (p. 86). Por ejemplo, lo que un texto de 1791 disponía sobre “registros” es aplicable en la actualidad al empleo de imágenes térmicas (p. 87). Pero lo que según Scalia y Garner importa es el significado original *público*, no el querido por el legislador; y combaten «la falsa noción de que el propósito de la interpretación sea descubrir la intención» (ibíd., pp. 391-398).

⁷⁶A. SCALIA y B. A. GARNER, *Reading Law, cit.*, incluye un apéndice sobre el uso de diccionarios.

precepto, cuando el lenguaje en el que se expresa ha dejado de ser familiar y llega a resultar extraño.⁷⁷ En segundo lugar, puede considerarse importante preservar el sentido original del precepto frente a su eventual adulteración por el paso del tiempo. El supuesto más relevante de este segundo interés es la teoría que entiende los derechos fundamentales como garantías que el legislador de una época introduce en la Constitución para proteger a los ciudadanos frente al legislador del futuro (la llamada teoría de Ulises, que recuerda a la precaución de Odiseo al hacerse amarrar al palo mayor para evitar sucumbir al canto de las sirenas). El intérprete de la Constitución que comparte este planteamiento teórico querrá conocer el contenido que tenía el derecho fundamental cuando fue promulgado y publicado, y no el que generaciones posteriores puedan creer que tiene.⁷⁸

3.5. Conservación del significado tradicional

Otra concepción y modo de aplicación del criterio histórico al interpretar leyes es indagar el significado tradicional de las palabras y expresiones que emplean. El Derecho sin duda evoluciona, pero también tiene una importante continuidad a lo largo del tiempo.⁷⁹ Partiendo de esta base, al intérprete de una disposición jurídica le es de utilidad conocer si aquello cuyo significado quiere precisar viene siendo entendido de modo uniforme y continuado de una cierta manera. Así entienden el criterio histórico conocidos teóricos del Derecho, como Perelman⁸⁰ o Tarello.⁸¹ *Minime mutanda sunt, quae*

⁷⁷Por poner algunos ejemplos, una investigación histórico-filológica podría ser útil para interpretar la prohibición de edificar cerca de las «plazas fuertes» (art. 589 del Código Civil) o la colación de las cantidades satisfechas por el padre para conseguir un «título de honor» a los hijos (art. 1043 CC).

⁷⁸El contraste entre el significado histórico y el significado presente de las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales es potencialmente mayor, como es obvio, en los EE.UU. que en España; y no en vano el debate metodológico sobre el originalismo tiene fuerza allí y no aquí. Pero también en el caso de la Constitución española puede haber cambiado el significado de algunos de sus términos desde su promulgación. Por ejemplo, la noción de «intimidad» protegida por el artículo 18.1 CE podría tener un contenido distinto para los ciudadanos españoles de 1978 que para los actuales. Cabría argumentar –sugiero– que en 1978 se considerarían casos de invasión de la intimidad personal muchas formas de videovigilancia que hoy son cotidianas y asumidas. Sirva de muestra, quizá extrema, el caso examinado por la STS (Civil, Sec. 1ª) 622/2004, de 2 de julio, que estimó legal la grabación continua en video durante varios meses de la entrada de la vivienda de la demandante, encargada por el marido separado con el pretendido fin de velar por los hijos comunes que también vivían en ella. Tal vez una interpretación originalista del artículo 18.1 CE basada en el significado público que este artículo tenía en 1978 llevase a concluir que la videovigilancia de una vivienda por motivos particulares es contraria a la Constitución.

⁷⁹Decía Castán al respecto: «Especialmente las instituciones del Derecho privado son el producto de una lenta y muy larga evolución» [J. CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho, cit.*, p. 245].

⁸⁰«El argumento histórico o de la presunción de continuidad supone que el legislador es conservador y que permanece fiel a la manera mediante la cual quiso regular una determinada materia, a menos que se hayan modificado expresamente los textos legales.»

interpretationem certam sempre habuerunt (lo que siempre tuvo una interpretación clara, no debe cambiarse), decía Paulo (*Digesto*, 1, 3, 23). Este principio es la proyección histórica de la regla interpretativa de la constancia terminológica, asociada usualmente al criterio sistemático, según la cual ha de suponerse que las palabras no cambian su significado en un mismo texto (ni incluso en textos afines). A su vez este canon interpretativo guarda relación, pero no se identifica, con el que reclama poner los preceptos a la luz de normas jurídicas ya consolidadas; el cual lleva a aplicar de forma mixta el criterio sistemático y la primera versión del criterio histórico (§ 3.1), y a menudo se refleja en referencias históricas eruditas.

El contenido singular de la acepción del criterio histórico que ahora consideramos es la investigación del significado que ha venido recibiendo el precepto interpretado a lo largo del tiempo, con el fin de mantener la continuidad que hubiese.⁸² Al igual que sucedía en otros casos que hemos visto, este criterio se percibirá como *histórico* sobre todo en la medida en que el significado tradicional venga de antiguo; pero conceptualmente no hay diferencia entre aplicar una interpretación de tradición muy antigua u otra de

[Ch. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica* [1976], trad. esp. de L. Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1979, p. 82.

⁸¹«El argumento histórico (llamado también, a veces, “presunción de continuidad del sistema jurídico” –o también, especialmente en tiempos recientes, “hipótesis del legislador conservador”–) es el argumento por el cual, dado un enunciado normativo, a falta de indicaciones contrarias expresas, se le debe atribuir el mismo significado normativo que tradicionalmente venía siendo atribuido al enunciado normativo precedente y preexistente que regulaba la materia en el mismo ordenamiento jurídico» [G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 367-368]. Sigue a Tarello: F. J. EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, p. 337. El libro recoge abundantes muestras de empleo del criterio histórico por el Tribunal Constitucional, tanto en esta versión “conservadora” (donde distingue un uso *estático*, que presume la continuidad en la regulación o en los fines, y otro *dinámico*, que reconoce tendencias de cambio), como en su versión “psicológica”, enfocada en los trabajos preparatorios.

⁸²Por ejemplo, la STS (Civil, Sec. 1ª) 710/2010, de 22 de noviembre, discute el sentido de “grado” en el artículo 781 del Código Civil y explica (FD 6º): «La importante sentencia de esta Sala de 23 junio 1940 interpretó el Art. 781 CC en los siguientes términos: “Que la tradición jurídica viene dando a la palabra «grado» el sentido invariable de sustitución o llamamiento, como lo acredita en el Derecho romano, creador y definidor de las sustituciones, la «Instituta» (...), no menos que el Digesto (...); y como lo demuestra también, en el Derecho propiamente nacional, la Ley primera, Título quinto de la Partida sexta, Libro 45 de las de Toro, y el artículo 29 del Proyecto de Código Civil de 1851, así como las disposiciones testamentarias en que se ordenaban sustituciones, principalmente en Cataluña (...); sin que exista una sola disposición legal que revele el designio de rectificar este significado tradicional de «llamamiento», pues hasta los antecedentes relativos a la confección del Código vigente permiten asegurar que estuvo en el ánimo de sus autores reaccionar contra el entonces imperante criterio abolicionista de estas instituciones de tipo vincular, facultando para ordenar dos sustituciones sucesivas». Los fragmentos omitidos contienen citas de los textos históricos mencionados.

tradición más reciente.⁸³ Por otra parte, esta versión del criterio histórico no se reduce a investigar el significado tradicional de un precepto en cuanto a cómo se han entendido sus términos, sino que puede referirse a cómo se ha tratado el problema jurídico o la institución que regula, con el fin de mantener el mismo trato.⁸⁴ En todos los casos, el marco doctrinal de esta concepción del criterio histórico es la preferencia por una interpretación originalista o conservadora frente a otra evolutiva.⁸⁵ Pero ha de quedar claro que esta es sólo una posibilidad de aplicación; y que ni atender a la historia de un precepto o institución implica comprometerse con la preservación de sus significados tradicionales, ni utilizar el criterio histórico es exclusivo de la doctrina originalista.

3.6. Constatación de la experiencia histórica

Además de las ya comentadas, cualquier otra investigación de datos históricos con fines interpretativos sería una modalidad de aplicación del criterio histórico. Sin perjuicio de que haya otras posibilidades que merezcan atención, me referiré por último a la «forma especialmente interesante» del

⁸³La aplicación de interpretaciones consolidadas es, desde luego, un fenómeno cotidiano y sobran los ejemplos. No obstante es especialmente llamativa en casos como la STS (Cont.-Adm., Sec. 3ª) de 30 de diciembre de 2004, relativa a la Disposición Adicional 44ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, según la cual: «Con carácter previo al comienzo de la prestación de los servicios de radiodifusión sonora digital terrenal y de televisión digital terrenal, serán requisitos indispensables la aprobación por el Ministerio de Fomento de los correspondientes reglamentos técnicos y de prestación de los servicios». El Ministerio aprobó el reglamento sobre la prestación del servicio por Orden que fue impugnada; y el TS la declaró inválida aduciendo que «la interpretación tradicional del ámbito respectivo de la potestad reglamentaria del Gobierno y de los Ministros» es que «en ningún caso puede comprender la potestad de dictar reglamentos generales de desarrollo y ejecución de las leyes, aunque sea en materias que puedan calificarse como competencias propias de su departamento». Esta aplicación de la interpretación tradicional fue objetada en un voto particular, que advierte que si la Disposición Adicional era contraria al art. 97 CE por no ser delegable la potestad reglamentaria del Gobierno, tendría que haberse planteado una cuestión de inconstitucionalidad; pero en otro caso imponía una obligación al Ministerio de Fomento que éste se había limitado a cumplir.

⁸⁴Por ejemplo, dice la STS (Civil) de 31 de diciembre de 1981: «Que la venta de cosa ajena, ya admitida en Derecho romano, en el Fuero Juzgo y en las Partidas (Partida V, Libro 3.º, Ley 19: «cosa ajena vendiendo un ome a otro valdrá la vendida»), lo es también en nuestro vigente ordenamiento jurídico, heredero del romano, en los que la compraventa era y es un contrato generador de obligaciones, entre las cuales y esenciales la del vendedor de proporcionar una cosa al comprador a cambio del precio, sin que hoy ningún precepto exija que se sea propietario de la cosa al comprador a cambio del precio, sin que hoy ningún precepto exija que sea propietario de la cosa vendida, sino que ésta pueda y deba ser entregada, (...)». Este criterio fue confirmado por el TS, como recuerda la STS (Civil) de 13 de octubre de 1984.

⁸⁵P. CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídica...*, cit. [«El efecto será, en todo caso, la exclusión de cualquier intención reformadora por parte del autor de la nueva disposición: neutralizando así cualquier cambio en la regulación jurídica por vía de mutación en las disposiciones jurídicas» (p. 99)].

argumento histórico reconocida por Alexy: investigar las consecuencias que tuvo en el pasado una determinada solución interpretativa para evitar aplicarla en la interpretación actual si fueron indeseables y las circunstancias actuales son similares a las de entonces.⁸⁶ Este modo de concebir y aplicar el criterio histórico es seguramente el menos común en los sistemas jurídicos legalistas como el nuestro, al menos explícitamente, pues no suele contar con respaldo normativo. Requiere, por el contrario, una actitud consecuencialista de la clase que llamé *prospectiva* o *pragmática*, actitud que los juristas son típicamente reacios a adoptar salvo como solución supletoria de los conflictos interpretativos irresolubles con la actitud *epistémica*. No obstante, hay algunos casos de interpretación jurídica guiada expresamente por las consecuencias.⁸⁷ Y hay que decir que este modo de argumentar ha sido incluso defendido al máximo nivel.⁸⁸

4. CONCLUSIONES

Las tesis que he mantenido en este trabajo se desarrollaron tanto en el plano descriptivo como en el normativo.

En el plano descriptivo, he querido mostrar la diversidad de concepciones teóricas producidas en la metodología de la interpretación jurídica acerca del criterio histórico, desde su formulación original por Savigny hasta la actualidad; así como la variedad de recursos materiales y de modalidades

⁸⁶R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 230.

⁸⁷ Por ejemplo, en un voto particular a la STS (Social) de 21 de diciembre de 1999, se argumenta así: «Todavía hay una razón más en contra de la doctrina sentada en la sentencia de la que se discrepa; los resultados prácticos a que conduce la aplicación de las reglas del art. 87.2. y siguientes del ET para la legitimación de los componentes del «banco social» pueden ser inconvenientes, como ya lo ha puesto de relieve la experiencia de aplicación del derecho en esta Sala del Tribunal Supremo; (...)».

⁸⁸ Así, en la STS (Cont.-Adm.) de 22 de septiembre de 2008 resolvió que el plazo de prescripción de las sanciones administrativas recurridas en alzada no se inicia por el mero transcurso del plazo de tres meses para resolver el recurso; pero advierte (FD 5º): «No ignoramos que de la conjunción de la doctrina legal sentada en esta sentencia con la formulada en la anterior Sentencia en interés de la ley de 15 de diciembre de 2004 pudieran derivarse consecuencias indeseables, como sería la pervivencia indefinida de una resolución sancionadora que estuviese pendiente de recurso de alzada y de la que no pudiese predicarse la prescripción de la infracción ni de la sanción. No se descarta por ello que la cuestión abordada en la sentencia de 15 de diciembre de 2004 pueda ser objeto de un nuevo examen cuando haya ocasión para ello; pero no es ahora momento de hacerlo, pues en el caso que nos ocupa ningún debate se ha suscitado en torno a la prescripción de la infracción y sí únicamente en lo que se refiere a la sanción». Pues bien, la STC 37/2012, de 19 de marzo, admite la constitucionalidad del criterio de esta STS y además de otros argumentos aduce favorablemente esta voluntad del TS de cambiar su doctrina para evitar «consecuencias indeseables». Dice el TC (FJ 12º) que «esta precaución del Tribunal Supremo, en lugar de debilitar la legitimidad constitucional de la doctrina legal sentada en la referida Sentencia en interés de ley, la refuerza, toda vez que deja abierta la puerta a sucesivas reconsideraciones cuando el caso así lo precisare». Puede verse este argumento del TC como la aceptación anticipada del empleo del criterio histórico en la modalidad destacada por Alexy.

con las que el criterio se aplica en la práctica jurídica, y en particular en la justificación de las decisiones judiciales. Es una visión reduccionista y equivocada presentar la noción de un "criterio", "canon" o "argumento" histórico de interpretación jurídica como un método característico que consiste en indagar la intención del legislador a través del examen de los antecedentes históricos y de los materiales prelegislativos; o en conservar los contenidos jurídicos heredados de la tradición; o en clarificar el significado de un precepto a la luz de su contexto original; o en cualquier otra actividad concreta. Se aplica el criterio histórico siempre que el intérprete se vale de recursos históricos, cualquiera que sea su objetivo.

En el plano normativo, he defendido que la atención al registro histórico como ayuda en la interpretación jurídica se entienda como un criterio o punto de vista metodológicamente útil pero neutral, que no orienta hacia ninguna dirección específica, y que por tanto ha de aplicarse con arreglo a una teoría meditada sobre la finalidad de la interpretación. El intérprete no tiene que escoger entre emplear el criterio histórico u otros criterios, pues podrá y deberá valerse de todos sin otro motivo de exclusión que su irrelevancia en el caso. No hay incompatibilidad entre criterios, sino entre las teorías que dirigen su utilización, y entre los argumentos justificativos que resultan de ese uso. La elección pertinente es entre las doctrinas interpretativas, no entre los criterios a tener en cuenta. En especial, al enfrentarse a una disposición jurídica, el intérprete ha de elegir sobre todo entre conocer su contenido u obtener una buena solución para el futuro; y en el primer caso, entre conocer lo que dice, lo que quiso decir su autor o lo que persigue. El criterio o punto de vista histórico puede servir, y de hecho sirve, a cualquiera de estos fines.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* [1978], trad. esp. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ASÍS ROIG, R. DE, "La interpretación y la aplicación del Derecho", en PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E., Y ASÍS, R. DE *et al.*, *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2007 (2ª ed., 4ª reimpr.).
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho (metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo)*, Reus, Madrid, 1947.
- CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas* [2007], trad. esp. de P. Luque Sánchez y M. Narváez Mora, Marcial Pons, Madrid, 2011.

- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I., Tecnos, Madrid, 1995.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2012 (12ª ed.).
- ESKRIDGE, Jr, W. N. y FRICKEY, Ph. P., "Statutory Interpretation as Practical Reasoning", *Stanford Law Review*, 42:2 (1990), pp. 321-384.
- ESKRIDGE, Jr., W.N., "The New Textualism", *UCLA Law Review*, 37: 4 (1990), pp. 621-692.
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J., "Concepto, valor normativo y función interpretativa de las exposiciones de motivos y los preámbulos", *Revista Vasca de Administración Pública*, 20 (1998), pp. 27-49.
- GÉNY, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo* [1899], con prólogo de R. Saleilles (no consta traductor) y estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2000.
- GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de M. Gascón y M. Carbonell, UNAM, México, 1999.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., *Elementos de Derecho civil*, tomo I. *Parte general*, vol. I. *Introducción*, 5ª edición revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Madrid: Dykinson, 1999 (1ª ed. 1998)
- LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero (de la 4ª ed. orig., 1979), Barcelona, Ariel 1980.
- LORA DELTORO, P. DE, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.
- PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica* [1976], trad. esp. de L. Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1979.
- PÉREZ ALGAR, F., *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del art. 3.1 del Código civil*, Bosch, Barcelona, 1995.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Aranzadi, Madrid, 1994.
- POWELL, H. J., "The Original Understanding of Original Intent", *Harvard Law Review*, 98:5 (1985), pp. 885-948.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005.
- ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, Mª C., *Valor y función de las "exposiciones de motivos" en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1972.
- SALVADOR CODERCH, P., *La compilación y su historia. Estudios sobre las codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, Bosch, 1985. 456

- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., "Exposiciones de motivos de las leyes: motivos para su eliminación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 33 (1991), pp. 47-64.
- SAVIGNY, F. K. VON, *Metodología jurídica* [ed. de G. Wesenderg (1951) sobre los apuntes de J. Grimm], trad. de J.J. Santa-Pinter, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- SAVIGNY, F. K. VON, *Sistema del Derecho romano actual*, 6 vols., trad. de M.Ch. Guenoux, vertida al esp. por J. Mesía y M. Poley, F. Góngora y Cía, Madrid, 1878. El capítulo IV del libro I se reproduce en: F.K. VON SAVIGNY, «Interpretación de las Leyes», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 6 (2010), pp. 401-418.
- SCALIA, A. y GARNER B. A., *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, Thomson/West, St. Paul (Minn.), 2012.
- SCALIA, A., "Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", en A. SCALIA *et. al.*, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997, pp. 3-47.
- SEGURA ORTEGA, M., *Lecciones de Teoría del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008.
- TAJADURA TEJADA, J., "Sobre los preámbulos de las leyes", *Revista Jurídica de Navarra*, 29 (2000), pp. 173-182.
- TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.