

La interpretación histórica o subjetiva del derecho: una historia de pervivencia práctica y problemas teóricos

On Historical or Subjective Interpretation of Law: a Story of Survival and Theoretical Debts

Juan Manuel Pérez Bermejo

Autor:

Juan Manuel Pérez Bermejo
Universidad de Salamanca, España
jbermejo@usal.es
<https://orcid.org/0000-0001-5867-4081>

Recibido: 14/11/2022

Aceptado: 15/1/2023

Citar como:

Pérez Bermejo, Juan Manuel (2023). La interpretación histórica o subjetiva del derecho: una historia de pervivencia práctica y problemas teóricos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 283-312. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.11>

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).



© 2023 Juan Manuel Pérez Bermejo

Resumen

La investigación se concentra sobre el llamado canon histórico, subjetivo o genético de interpretación. Su primera parte explica sus características y exigencias básicas. La segunda sostiene una tesis descriptiva: pese a la cantidad y entidad de las críticas recibidas, el canon pervive en nuestra práctica jurídica; no es insólito su uso por nuestra jurisprudencia, y conserva influencia e incluso hegemonía en países de nuestro entorno. Sin posibilidad de emprender una investigación exhaustiva, el trabajo aspira a reunir pruebas suficientes que acrediten esta tesis. La tercera parte denuncia el uso del método subjetivo por la incorrección de los presupuestos teóricos sobre los que se asienta, y sugiere una reducción de su papel a argumento de corroboración o ex abundancia. Las críticas se distribuyen en tres grupos: a) Las que, sin cuestionar su corrección filosófica, denuncian su inaplicabilidad. b) Las que revelan las consecuencias prácticas indeseables de su uso, bien en algunas ramas en particular, bien en el sistema en general. c) Las que denuncian los presupuestos erróneos de teoría del derecho que subyacen a su aplicación. Dentro de este apartado, se repasarán algunas críticas relativas a las dificultades de conciliar el método con sistemas jurídicos vertebrados por un conjunto de principios y valores morales y políticos, así como con sistemas arraigados en un principio de soberanía popular. Por último, me referiré al problema que juzgo de más entidad: la necesidad del intérprete de realizar una tarea de unificación y ordenación del cuerpo normativo que aplica, y la imposibilidad de llevarla a cabo desde un método que convierte cualquier conjunto de legislación en una cacofonía de voces

disparaes. El trabajo termina extrayendo algunas conclusiones generales sobre quién es y qué funciones ostenta la figura que llamamos «legislador».

Palabras clave: Interpretación; legislador; voluntarismo; literalismo; escuela de la exégesis.

Abstract

This research focuses on the so-called historical, subjective or genetic interpretative canon. Its first section defines its basic features and demands. The second one claims a descriptive thesis: despite the quantity and substantial weight of the obtained criticisms, this canon survives in our legal practice; its use by our courts is not rare or uncommon, and it preserves influence and even predominance in some European countries. Far from being able to complete here an exhaustive investigation, the work aspires to gather sufficient evidence to support this thesis. The third section reveals the theoretical mistakes on which the method relies and suggests that its role should be reduced to a corroborative or *ex abundantia* argument. Criticisms are distributed in three groups: a) those which, although not interested in the philosophical rightness of the tool, sustain that it is inapplicable; b) those which warn us about the undesirable practical consequences of the application, either in some concrete branches of law or in the whole legal system; c) those which report about the wrong assumptions on legal theory that underlie its use. Some of these criticisms are relatively contextual: we can mention the problems of combining the subjective canon with legal systems that, nowadays, are principled and framed by moral and political values; secondly, we must consider the difficulties involved in making together this canon with the principle of popular sovereignty. Finally, we must deal with the most devastating problem: legal interpreters must undertake the work of unifying and organizing a body of legislation, but to apply this canon turns the meaning of a set of norms into a cacophony of voices. This work concludes with some considerations on who is and what is the role of whomever we distinguish as «legislator».

Keywords: Interpretation; legislator; voluntarism; literalism; Exegetical School.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo es un estudio parcial sobre métodos, cánones o instrumentos de interpretación jurídica. La idea general que presupone es que los métodos o cánones no componen todos ellos una especie de panoplia o caja de herramientas a la libre disposición del intérprete con el fin de justificar la tesis jurídica que esgrima. Bajo cada método subyacen una serie de concepciones de teoría general del derecho y, dado que hay teorías del derecho correctas e incorrectas, la conclusión es que no podemos aprobar a priori el uso de cualquier método de interpretación; y, dentro de los que podemos aprobar, no todos ellos pueden ostentar el mismo peso.

De entre los cánones habitualmente estudiados, el trabajo se concentra en uno de ellos: el llamado canon subjetivo, histórico o genético.

La primera parte del trabajo consiste en una caracterización de esta forma de interpretar. La segunda trata de refutar la impresión de que el canon subjetivo o histórico es una herramienta superada por la práctica: el canon sigue siendo doctrinalmente

defendido, invocado en no pocas ocasiones por nuestra jurisprudencia, y ampliamente secundado en el derecho comparado, donde, en algunos contextos, es incluso el método preeminente. Un breve trabajo como este no podrá acometer esta tarea de forma exhaustiva, y se limitará a aportar pruebas suficientes para desmentir su supuesta extinción. La tercera parte tratará de demostrar que el canon subjetivo se asienta sobre presupuestos erróneos de teoría del derecho; a salvo de algunas precisiones necesarias en derecho de contratos, esta tercera parte invita a concluir que una interpretación justificada fundamentalmente mediante este método carece de sentido. Por último, estudiar el método histórico implica reflexionar sobre la figura del legislador: a quién llamamos «legislador» y cuáles son sus funciones a lo largo de todo el ciclo vital de la norma. En realidad, esta reflexión constituye uno de los principales impulsos de este trabajo, razón por la que la tercera parte concluye con algunas notas sobre esta figura.

Antes de desarrollar cada una de estas tesis, trataré de establecer una convención terminológica. Dentro de una representación muy esquemática de la tarea interpretativa, llamaré «enunciado interpretativo» a la premisa que establece si las circunstancias particulares del caso que ha suscitado el problema interpretativo son o no subsumibles en el supuesto de hecho de la norma. En la norma «todo núcleo urbano de más de mil habitantes contará con una farmacia», el problema interpretativo de si «núcleo urbano» debe entenderse reductivamente como «municipio» o no conduce a dos enunciados interpretativos posibles («núcleo urbano equivale a municipio», «núcleo urbano incluye cualquier concentración urbana significativa»). Resuelta esta premisa, llamaré «regla de decisión» a la prescripción con la que resolvemos finalmente el caso de acuerdo con la interpretación elegida (por ejemplo, «las urbanizaciones o zonas residenciales de más de mil habitantes contarán con una farmacia»). El problema es, por supuesto, cómo podemos justificar la elección de un enunciado interpretativo u otro. Es aquí donde los distintos métodos o cánones ofrecen sus servicios. Este es también el caso del método subjetivo, histórico o genético¹.

2. QUÉ ES Y QUÉ NO ES INTERPRETACIÓN SUBJETIVA

La prescripción característica de este método es que debemos elegir aquel enunciado interpretativo concordante con la voluntad o la intención de uno o varios individuos particulares e identificables y dotados de autoridad normativa. De ese modo, el intérprete debe resolver el caso como el legislador de la norma concernida por dicho caso

1. Este trabajo ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación con cargo al proyecto «Discrecionalidad judicial y debido proceso», referencia PID2019-105841RB-C21. Agradezco a los profesores y alumnos del Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante sus comentarios a la presentación que realicé del mismo en mayo de 2022, así como a los asistentes al IV Seminario Iberoamericano «Abogar y Juzgar en el Siglo XXI» por su discusión en Salamanca en julio de 2022.

hubiese querido que se resolviera². Como resumía Gény, el método prescribe «escrutar el pensamiento querido por el legislador, sea en el texto, sea en las circunstancias externas que pueden aclarar su sentido»³.

Destacaré dos rasgos de este método: 1) Su objetivo es constatar o acreditar una manifestación de voluntad y, por tanto, un hecho de carácter psicológico. Por esa razón, el método puede ser calificado de empírico y descriptivo. 2) El método es también histórico o retrospectivo; aunque el carácter inherente o necesario de este rasgo es discutible, sí es su manifestación más frecuente.

1) Como se ha expresado, el objetivo de la investigación es constatar o acreditar un hecho relativo a la psicología del legislador: que este abraja una determinada voluntad o intención acerca de cómo resolver un determinado problema social. La aspiración es realizar un informe psicológico de la voluntad o las intenciones del legislador, una representación fiel de sus inclinaciones con independencia de nuestros juicios y de las razones o principios en que aquellos pudieran descansar. Buscamos reconstruir la voluntad real o verdadera del legislador.

Esta voluntad real no puede ser sustituida o desvirtuada por: a) Prescripciones que restrinjan la manifestación de voluntad a lo que podamos considerar «voluntad racional». b) Suposiciones o hipótesis sobre cuál habría sido esa voluntad caso de que el legislador hubiese posado su atención sobre las circunstancias del caso particular.

a) El método subjetivo estrictamente considerado persigue la voluntad real del legislador, y no la «voluntad racional», que podemos identificar con aquello que el legislador debería haber pensado de haber razonado correctamente sobre las circunstancias del caso. No han sido pocos los autores supuestamente alineados con una posición subjetivista, pero que se han dejado tentar por esta estrategia⁴; sin embargo, la versión más coherente de nuestro método nos exhorta a conformarnos con lo que el legislador «ha efectivamente querido o excluido»⁵, sea racional o no, y responda o no a las reglas, principios o pautas lógicas y normativas de las que supuestamente depende una solución racional. Esta es la razón por la cual el método subjetivo es descriptivo, y no normativo; tratamos de describir o reflejar de un modo fidedigno cuál fue la manifestación de voluntad del legislador, y no de prescribir cuál debería haber sido de acuerdo con una

2. «Por “intención” del legislador quiero decir cómo el legislador ha evaluado o habría evaluado el problema aplicativo suscitado por la norma en el caso que se esté considerando». Ekelöf, 1958, p. 91.

3. Gény, 1919, p. 315

4. Se adopta especialmente en la doctrina alemana del siglo XIX y comienzos del XX. Donde más claramente se manifiesta es en Windscheidt, 1891, I, § 22, pp. 54-55. Para este autor, la voluntad que debe perseguirse es una voluntad auténtica, lo que debe interpretarse como la consecuencia racional de lo pensado por el legislador. También es clara en Bierling, 1894, IV, pp. 257 y ss. Para Bierling, si no existen manifestaciones muy explícitas de la voluntad del legislador, debemos acudir a un principio objetivo como el de «buena fe», e interpretar desde la buena fe las concepciones y formas de vida imperantes en el momento de la legislación. Sobre el desdibujamiento de la voluntad real mediante el recurso a la voluntad racional, véase Calvo García, 1986, pp. 113 y ss.

5. Gény, 1919, p. 300.

serie de presupuestos normativos. Y, para describir este hecho, necesitamos pruebas empíricas, indicios o guías constatables.

Este carácter empírico y descriptivo del canon podría ponerse en cuestión si tenemos en cuenta que el legislador, en muchos casos, ofrece como mejor puerta de acceso a su voluntad la declaración de una serie de principios o de valores morales con los que trata de iluminar cuáles son los fines de su legislación, lo que ocurre ejemplarmente en las Exposiciones de Motivos de las leyes. Y, si dependemos de un elenco de fines expresados mediante principios y valores morales y políticos, podría inferirse que la interpretación subjetiva obliga al intérprete a un trabajo que ya no podría juzgarse de descriptivo, sino de normativo o valorativo, porque la decantación o reconstrucción del contenido de estos principios y valores obligará a desarrollar razonamientos morales o normativos. Este contexto nos conduciría además a una segunda conclusión: la interpretación subjetiva converge con la interpretación teleológica y la interpretación moral.

Sin embargo, si la investigación del intérprete en relación con los fines o valores fuese normativa, en ese caso estaría comprometido con la selección y la formulación de aquellos principios y valores que debiéramos reputar como objetivamente correctos aun cuando contradijeran la voluntad del legislador. Pero no es este el caso de la interpretación subjetiva, donde los principios y valores se tienen en consideración por el hecho de formar parte de los deseos del legislador, y donde podemos suponer que su voluntad cuenta con un derecho de veto en relación con su selección y su comprensión. Los fines y principios valen por su asiento en la psicología del legislador, y no por su justificación normativa⁶. En la interpretación subjetiva ni siquiera es admisible la expresión los principios «del derecho» o los fines «del ordenamiento jurídico»: los fines y principios que perseguimos son, escuetamente, los queridos por el autor de la norma interpretada⁷. Es así posible que la interpretación histórica o subjetiva deba dar cuenta de principios o fines contradictorios o incoherentes por el simple hecho de que se alojaban en la psicología del autor del texto. La concordancia de un enunciado interpretativo con la voluntad de la autoridad es condición necesaria y suficiente para su justificación, sin que dicha voluntad se subordine a supuestos razonamientos normativos o valorativos

6. En Ph. Heck, los fines o intereses a los que se refiere son «apetencias» o «tendencias apetitivas». El legislador puede expresarse en términos valorativos u objetivos; sin embargo, lo que le interesa al intérprete es desentrañar el conjunto de hechos, intereses y factores causales que le han conducido a orientar su legislación en torno a una serie de fines y no a otra. «El jurista debe, como establece la vieja fórmula, preguntarse cuál es la voluntad histórica real del legislador». Heck, 1914, p. 4.

7. En lugar de referirse a una moral objetivamente correcta que impulsara sus directrices a cualquier derecho, los partidarios de la interpretación objetiva, la opuesta a la que estamos aquí estudiando, han preferido hablar tradicionalmente de principios internos o immanentes al derecho, de «los fines objetivos del Derecho», de «lo que la ley quiere» frente a lo que quiere el legislador, o de los «fines necesarios» que «expresen el círculo de ideas» presente en el derecho de la comunidad. Para estas referencias, me he servido de Kohler, 1886, p. 35.

a propósito de los principios que informan el contenido del derecho⁸. De ese modo, la interpretación subjetiva no es una interpretación moral objetiva, porque no incorpora un razonamiento moral; sin embargo, sí puede coincidir con una interpretación teleológica siempre y cuando esta entienda que los fines a los que prestamos atención son, simplemente, los que coincidan con la voluntad, la intención, el interés o el deseo del legislador.

b) Como se ha dicho, el método subjetivo persigue una voluntad real, constatable y sobre la cual podemos aportar pruebas o indicios. Si el método literal y el que nos ocupa han sido los métodos más arraigados en el positivismo clásico es, sin duda, porque dicen someter la tarea del intérprete al uso de evidencias empíricas, y apartarlo así de cualquier tendencia a la especulación moral. Sin embargo, es posible que no contemos con pruebas o registros fehacientes de la voluntad del legislador sobre el problema estudiado, pero sí con algunos datos o conocimientos sobre su ideología moral o política. En estos casos, se ha apelado a una hipótesis relativa a lo que el legislador habría hecho de haber contemplado el caso particular, o, en otras palabras, al contrafáctico según el cual, si el legislador hubiese conocido los pormenores del caso x, sin duda lo habría subsumido (o no) en el supuesto de hecho X de la norma.

El problema es que, como expresa Ekelöf, el argumento «el legislador no dijo esto, pero lo habría dicho de haber pensado sobre ello» no es más que una ficción⁹, y cuál habría sido la voluntad del legislador ante una serie de circunstancias particulares es un misterio precisamente porque no contamos con ningún registro de su voluntad sobre dichas circunstancias particulares. Por supuesto, los vagos conocimientos que podemos tener sobre su ideología no son una guía fiable: esta ideología se modula de acuerdo con las particularidades de los problemas, y nosotros no podemos prever estas modulaciones. Es cierto que esta ficción es un recurso argumentativo tan arraigado históricamente que se remonta a Aristóteles¹⁰; también es cierto que ha merecido en nuestros días algún esfuerzo teórico de rescate¹¹. Sin embargo, si tenemos en cuenta

8. Esta idea se expresa en el mayoritarismo político inherente al originalismo norteamericano: la interpretación de una ley debe centrarse en lo que pretendían sus autores, en concreto los congresistas que la aprobaron por mayoría; no es lícito que aquella voluntad se vea supeditada a las posibles deducciones e inferencias de los miembros de un tribunal a propósito de los valores que sostienen el ordenamiento. No será posible abundar en esta tesis, de la que el juez Bork se ha destacado como uno de sus defensores más tenaces. Véase, por ejemplo, el fallo 741 F 2d 1388 *Dronenburg v. Zech*, del que fue ponente.

9. Ekelöf, 1958, p. 93. En el mismo sentido Troper – Grzegorzcyk – Gardies, 1991, p. 178.

10. Para Aristóteles (1934: XIX, 1137b), es claro que en la regla «prohibido matar» no podemos subsumir el caso de quien da muerte a otro accidentalmente porque le golpea con su anillo de hierro. ¿Qué nos autoriza a proceder así? Para Aristóteles, lo que nos autoriza es que tal es la solución que el legislador habría dispuesto de estar presente.

11. J. Elster (1978, pp. 227-231), por ejemplo, acepta este tipo de contrafácticos si contamos con una teoría que los avale. El enunciado «Francia habría perdido su independencia si De Gaulle lo hubiera querido» es falso, porque sabemos que luchó por la independencia de Francia. Creo que, más que una teoría, lo que poseemos en este caso es un conocimiento vago sobre la ideología del protagonista de nuestras predicciones. Sin embargo, una predicción fundada de este modo es tan aventurada que

que estas hipótesis se despliegan en un contexto de falta de pruebas sobre la voluntad del legislador, es incierto fingir que se ha establecido diálogo o comunicación alguna con la voluntad del legislador, y las razones por las que se admita o no la subsunción en la regla serán razones distintas a las propias de este canon.

Allí donde no contemos con pruebas o indicios sobre la voluntad del legislador, los partidarios de la primacía de este método concluyen que el derecho ha enmudecido, y estamos ante una laguna¹². En estos casos, de acuerdo con la terminología de quienes abogan por el subjetivismo interpretativo, la actividad de los aplicadores del derecho ya no sería de interpretación, sino de «integración» del derecho¹³. Para estos autores, la interpretación es una actividad de descubrimiento y de razonamiento teórico o probatorio; además, se trata de una actividad ligada a fuentes jurídicas, porque se nutre de declaraciones de voluntad del legislador. La integración, por el contrario, sería una actividad de razonamiento práctico; en ella, el aplicador ya no está supeditado a condicionantes jurídico-normativos, y puede elegir una de entre la panoplia de soluciones que le brinden otros métodos interpretativos, las necesidades sociales y los principios y valores morales a los que atribuya más peso en dicho caso¹⁴; en lugar de una actividad descriptiva, se trataría de una actividad constructiva e incluso creativa. El límite es que el aplicador no podrá elegir una solución que pueda probarse contradictoria con la voluntad del legislador de acuerdo con las pruebas que contemos sobre ella¹⁵. Por supuesto, dado que la primacía de este método ha de buscarse en el positivismo clásico, muy optimista sobre las posibilidades regulativas de los códigos, la presunción es que los casos de lagunas serán excepcionales.

2) Hasta ahora, he definido el método como empírico y descriptivo; conviene dedicar unas palabras a su condición de método «histórico». Este carácter está proporcionado

no creo que sea posible hablar siquiera de un indicio, y sí de una conjetura de imposible justificación teniendo en cuenta que, como hemos dicho, la modulación de estos supuestos valores generales puede proporcionar matices y excepciones diversas, y que la voluntad empírica de los legisladores, con demasiada frecuencia, no es del todo coherente. Tal vez esta conjetura pudiera en algún caso avalar el juicio de un historiador; pero no el de un tribunal.

12. «Para que se pueda decir que el legislador quiere algo es necesario que haya hablado. Cuando calla, no dice ni sí ni no». Laurent, 1869, p. 355.

13. El término procede de Savigny (1940, I, p. 323), que lo atribuía a las actividades de «corrección» de la ley, es decir, de interpretación restrictiva y extensiva. La dialéctica interpretación-integración se halla fuertemente arraigada en la teoría del contrato, sobre todo en su versión alemana. Para F. Leonhard (1922, pp. 14 y ss.), interpretar un contrato se ciñe a reconstruir la declaración de voluntad, y todo lo que exceda a esta tarea es ya interpretación integradora o, más propiamente, integración.

14. Gény, 1919, pp. 202-203.

15. Es lo que prevé Gény (1919, p. 103, nota 2), un teórico del derecho firmemente voluntarista, sobre la analogía. En ella no investigamos la voluntad del legislador sobre el caso, porque la desconocemos; pero hacemos referencia a otras disposiciones del legislador, y debemos cuidarnos de que la conclusión que establezcamos sea una mera prolongación de la voluntad del legislador.

por el ligamen entre la interpretación y la voluntad del autor del texto: debemos atender a la voluntad de la autoridad histórica que formuló y promulgó las normas¹⁶.

Podría discutirse si el carácter histórico es inherente o necesario al método que nos ocupa. Difícilmente se puede hablar de investigación histórica en leyes inmediatamente contemporáneas; más claramente aún, a veces los tribunales se han servido de la voluntad del legislador prospectivamente, y han interpretado muy restrictivamente algunas normas bajo el argumento de que el legislador acababa de manifestar su voluntad de derogarlas en el futuro¹⁷. Menos discutible es afirmar que la historicidad o el carácter retrospectivo de la investigación es el caso más frecuente y paradigmático. En el modelo estándar de interpretación subjetiva o genética, buscamos manifestaciones pretéritas de la voluntad del legislador¹⁸; en ocasiones, el método exigirá una investigación casi arqueológica en la que rastreamos huellas o indicios relativos al legislador de un pasado remoto.

Más claramente, «interpretación histórica o subjetiva» no se refiere a los precedentes legislativos, los antecesores jurídicos que fueron válidos en el pasado y sustituidos por la ley interpretada; en especial, no es interpretación subjetiva aquella que busca una determinada tendencia o tradición comunitaria visible en la continuidad histórica de sus leyes positivas, y que deba ser elevada al rango de principio interpretativo. En realidad, la interpretación subjetiva no atiende a la evolución del derecho positivo, sino que concreta su análisis en el período de discusión y elaboración de la ley interpretada. Cuando el artículo 3 del Código Civil español sostiene que las leyes se interpretarán de acuerdo con los «antecedentes históricos y legislativos», los antecedentes legislativos se refieren a las leyes positivas anteriores, mientras que los históricos apuntan a las manifestaciones de voluntad del legislador.

Después de exponer los rasgos fundamentales del método, subrayaré una consecuencia de su carácter empírico: su dependencia de pruebas o de indicios que constaten o acrediten el hecho de que el legislador abrigaba una determinada voluntad o intención. En efecto, lejos de compartir escepticismo alguno sobre la prueba de estados mentales, el método nos observa que el legislador, durante el procedimiento de elaboración de las leyes, obligado por la necesidad de formular y corregir sus contenidos y por defenderlos en distintas instituciones, deja con frecuencia constancia escrita de su voluntad y sus intenciones en relación con los problemas sociales a los que responde la ley. Las pruebas que reconoce el método subjetivo son los registros en los que conste

16. «Interpretar una ley es, por tanto, precisar la manifestación de voluntad que la ha hecho nacer, investigar cuál era el pensamiento de sus redactores. Para descubrirlo, es necesario, evidentemente, situarse en el momento de la promulgación de la ley». Capitant, 1929, pp. 95-96.

17. La STS de 21 de diciembre de 1989 rechazó la preferencia de la masculinidad en la sucesión de los títulos nobiliarios aduciendo una «Propuesta de Reforma» del Código Civil español que se llevaría a cabo en 1990.

18. Para G. Oppo (1943, p. 95), la diferencia entre la interpretación subjetiva y la objetiva es que la segunda es ahistórica.

una manifestación de voluntad del legislador emitida en el curso de sus tareas oficiales de formulación del contenido de la norma y promulgación de esta. ¿A qué podemos llamar «registros oficiales» de la voluntad del legislador? Me referiré a ellos en orden descendente a su valoración.

a) El propio texto de la ley, su formulación normativa, lo que incluye los artículos y párrafos de la ley o las cláusulas contractuales. El método subjetivo es esencialmente voluntarista, y el texto de la ley es la manifestación por excelencia de la voluntad del legislador. De ese modo, puede afirmarse que el método subjetivo incluye o integra el método literal, y lo reconfigura teóricamente dentro de sus parámetros subjetivistas y voluntaristas.

Ahora bien, ¿qué ocurre si encontramos discordancias entre la letra de la ley y nuestras informaciones sobre la voluntad del legislador, plasmadas, por ejemplo, en trabajos preparatorios o discursos parlamentarios? Creo que la respuesta a esta pregunta abre un cisma entre dos posiciones subjetivistas, y que este ya se constató, por ejemplo, en los años de hegemonía de la escuela de la exégesis francesa, internamente dividida por esta controversia.

i) La primera posición está representada por quienes podemos definir como «subjetivistas moderados» o «textualistas subjetivistas». Para estos autores, ante un conflicto entre el significado atribuido por la letra de la ley y el avalado por otras fuentes de la voluntad del legislador, debe primar la letra de la ley, porque esta es una prueba más fiable de dicha voluntad¹⁹. Aquí es donde solemos hallar las declaraciones más enfáticas de suficiencia del texto y del carácter meramente declarativo de lo que llamamos interpretación²⁰: solo tiene sentido que nos sirvamos de los trabajos preparatorios o de otras fuentes de la voluntad del legislador cuando la letra de la ley sea oscura.

Esta idea ha tenido y sigue teniendo continuadores²¹. Creo que, dentro del originalismo constitucional norteamericano, la línea representada por el juez A. Scalia puede clasificarse dentro de esta tradición de textualismo subjetivista a la que nos estamos

19. Después de subrayar la ambigüedad de los trabajos preparatorios, F. Laurent (1869, I, p. 369) concluye: «¿Qué hacer entonces? Ceñirse a la letra clara y formal de la ley».

20. «El Derecho está ya hecho. No existe incertidumbre, porque el derecho está ya escrito en textos auténticos». Laurent, 1923, p. 9. «El legislador se ha cuidado de decir lo que quiere, y por eso ha formulado su pensamiento en un texto. ¿Qué es la letra de la ley? Es la expresión de la voluntad del legislador. Cuando la ley es clara, tenemos el espíritu del legislador establecido de forma auténtica. ¿Qué necesidad tenemos de buscarlo en otra parte?». Laurent, 1869, I, p. 343. «Mi divisa es la siguiente: ¡los textos ante todo!». Demolombe, 1872, I, p. 3.

21. Aunque Gény parece ensayar a veces una síntesis de esta posición y de la siguiente, su posición es en general adscribible a este punto de vista: «Pero, cuando la ley está bien redactada... la interpretación está ligada al texto, y no hay derecho a modificar su sentido o su alcance bajo el pretexto de que lo declarado en la exposición de motivos, las actas o las deliberaciones no concuerdan con él». Gény, 1919, p. 268. Tampoco faltan seguidores en el mundo anglosajón: Allen, 1951, p. 489. En la teoría del contrato, puede rastrearse su vigencia en la doctrina alemana de la *Erklärungstheorie* o *Vertrauensstheorie*, según la cual las cláusulas, como manifestación de la voluntad de las partes, son el único elemento constitutivo del contrato. Jonasco, 1977, t.2, p. 370.

refiriendo. Como es sabido, para este autor y sus seguidores, «originalismo» quiere decir que los términos de la Constitución deben significar lo que significaban originalmente en el momento de su promulgación; cabe así, en hipótesis, que el significado que atribuyamos al texto no se corresponda realmente con la voluntad o la intención subjetiva de los framers o autores de la Constitución americana²². Dada la posibilidad de que interpretemos contra la voluntad, es comprensible que algunos autores nieguen que esta corriente originalista, o incluso que el originalismo en general, puedan ser descritos como una propuesta subjetivista de interpretación²³. Sin embargo, creo que la única forma de responder a la pregunta de por qué hemos de embarcarnos en una investigación léxico-histórica, de acuerdo con los diccionarios de otros períodos y no con los actuales, no puede ser otra que porque esta es la única forma de reconstruir el sentido que los autores del texto atribuían a este. Si se impone una interpretación literal arcaizante es por fidelidad a las intenciones del legislador. Por último, tampoco creo que el originalismo pueda, en general, ser reducido a esta versión textualista, y no faltan versiones para las cuales su sentido genérico es la búsqueda de la intención subjetiva de los framers, para lo cual las convenciones semánticas de la época son una información entre otras²⁴.

ii) Una versión subjetivista más pura sostiene que, allí donde tenemos pruebas suficientes de que la intención del legislador era otra distinta de la que se deriva de la lectura literal del texto, debemos apartarnos del sentido literal para ser fieles a la voluntad del legislador. Es lo que en la terminología tradicional se entendió como la superación de la letra por el «espíritu» de la ley²⁵. En la práctica, el desplazamiento de la letra por el espíritu significaba, en algunos casos, priorizar lo escrito en los travaux préparatoires frente a lo escrito en la letra de la ley. Pero debemos tener en cuenta que las opiniones que, en muchas ocasiones, se tomaban en cuenta en dichos trabajos no eran las del alto cargo político o gubernamental, sino las opiniones de algunos juristas participantes en las comisiones legislativas. De ese modo, el método subjetivista radical sirvió para atribuir una influencia práctica muy relevante a algún sector de la doctrina

22. Scalia, 1997, pp. 38 y ss.

23. Guastini, 2010, p. 109) llama a esta posición «literalismo estático», no subjetivismo. Para Rodríguez-Toubes (2014, p. 324), el originalismo se diferencia netamente del subjetivismo interpretativo: no pone el foco en la voluntad o la intención del legislador, sino en el texto o la letra, lo que supone abogar por un objetivismo interpretativo.

24. En una de las sentencias originalistas más célebres (*Dred Scott v. Sanford*, 60 US 393, de 1857) se afirma que el texto constitucional debe ser interpretado «de acuerdo con su verdadera pretensión y significado cuando fue adoptado». Creo que el uso del término «pretensión» alude a la intención subjetiva del legislador, y no al sentido léxico entonces usual o convencional. En su monografía sobre el originalismo, De Lora (1998, pp. 48-49) recuerda que «lo primero que salta a la vista del lector es efectivamente la heterogeneidad de posiciones que se agrupan bajo tal rótulo». Pero, cuando presenta el originalismo, el sintagma con el que se refiere a él es «intención original de los constituyentes» (p. 29).

25. Demante, 1835, I, p. 14; Proudhon, 1809: p. IX; K.G. von Wächter, 1835, sección 2, pp. 242 y ss.

científica²⁶. En cualquier caso, esta comprensión también ha encontrado continuadores: aun cuando la ley pueda ser clara desde el punto de vista literal, es posible desplazar esta lectura por convicciones más firmes sobre la intención o el espíritu²⁷.

La distinción anterior, que separa el textualismo subjetivista del subjetivismo más puro, presume en todo momento que la letra de la ley es clara. Sin embargo, incluso los autores más fieles al optimismo ilustrado admiten que son constatables leyes oscuras en las que ya no es posible inferir un significado unívoco del texto interpretado²⁸. Cuando tropezamos con leyes oscuras, precisamos de otras fuentes de las que podamos inferir la voluntad del legislador. Las pruebas que siguen a continuación tratan de desempeñar este papel.

b) Leyes de bases, es decir, leyes del Parlamento que delegan en el gobierno la potestad de dictar un texto articulado, pero de acuerdo con una serie de principios y criterios contenidos en las llamadas «bases». Una vez publicada la ley delegada, la ley de bases pierde valor normativo, pero conserva un valor interpretativo que, para el subjetivismo, puede alcanzar un gran peso.

c) Exposiciones de motivos y preámbulos²⁹. Su rendimiento es más limitado de lo que parece si tenemos en cuenta, en primer lugar, que no son pocas las leyes que carecen de exposiciones de motivos y preámbulos; además, el carácter muchas veces técnico y complejo que suele contener el articulado de la norma interpretada dificulta su anclaje con las consideraciones muy abstractas y generales que son típicas de los preámbulos³⁰.

d) Borradores del texto finalmente aprobado (proyectos o anteproyectos) bajo la misma autoridad normativa.

e) Trabajos preparatorios. Es el recurso más característico y habitual. Pese a ello, podemos trazar una distinción entre «trabajos preparatorios en sentido amplio» y «en sentido estricto». En sentido amplio, el término se refiere a los registros y actas de las

26. Creo que este planteamiento explica lo que Bonnacase (1944, p. 180) llama «el culto supersticioso consagrado a Pothiers por la escuela de la exégesis; [...] el primer beneficiado por dicho culto fue indiscutiblemente Toullier» (su discípulo).

27. «A veces, en suma, la expresión empleada exige ser rectificada, porque es impropia y no se corresponde con la voluntad de sus autores». Capitant, 1929, p. 101; Heck, 1914, § 18, pp. 259 y ss. La STS de 22 de junio de 1950 dice: hay que «aplicar la doctrina de tradición multiseccular que admite que se puede ir incluso contra el sentido claro e inequívoco de las palabras cuando las circunstancias especiales del caso llevan a estimar que no está comprendido en la mente y la intención del legislador». En la interpretación de los contratos, es tradicional en España sustentar una «doctrina espiritualista» que prima la voluntad de los contratantes frente a la literalidad de lo estipulado en las cláusulas, y que encontraría su fortaleza en el artículo 1281, 2 de nuestro Código Civil. Tal es la lectura de López y López (1978, pp. 17 y ss.) o de Cano Mata (1971, p. 195). Según Jonasco (1977, p. 372) también es la tradición francesa en contraposición a la alemana.

28. El «exégeta» F. Laurent (1869, pp. 344-347) admite que existen leyes oscuras, si bien la oscuridad «debe probarse», y se trata de «una rara excepción».

29. Nuestra jurisprudencia niega que estas exposiciones incluyan verdaderas normas jurídicas, así como su carácter vinculante; sin embargo, sí concede un carácter de interpretación «auténtica» de las normas. Véase, por ejemplo, SSTC 36/1981 de 12 de noviembre o 31/2010 de 28 de junio.

30. Sobre estos límites, véase Allen, 1951, p. 475.

comisiones oficiales reunidas con el objeto de elaborar el contenido de las normas y dotarles de su formulación lingüística. Nos referimos en este caso a dos tipos de comisiones: i) Comisiones técnico-administrativas, que reúnen a expertos y profesionales del área o materia concernida, a los que se suman altos funcionarios de la administración y cargos políticos. También es posible que se sumen representantes de intereses sectoriales o lobistas. Nuestras Comisiones Generales de Codificación serían un ejemplo oportuno. ii) Comisiones parlamentarias, que reúnen a parlamentarios y, eventualmente, a profesionales diversos que los parlamentarios invitan para asesorarles. Sin embargo, en sentido estricto, los trabajos preparatorios designan tradicionalmente los trabajos del primer tipo, es decir, las actas de las comisiones que podemos llamar técnico-administrativas. Se presume que los pronunciamientos de los diputados en las comisiones parlamentarias, y más aún en los plenos, no poseen muchas veces un carácter estrictamente técnico o legislativo, sino más bien político³¹.

f) Declaraciones manifestadas en deliberaciones y debates parlamentarios. Se reconoce su utilidad para reconstruir la *occasio legis*, el tipo de realidad al que el legislador trataba de dirigirse específicamente³². Sin embargo, como también se ha explicado, a los debates parlamentarios se les suele atribuir un peso inferior a los trabajos de comisiones técnicas y gubernamentales.

g) Comentarios y obras dogmáticas de juristas que participaron en la redacción de la norma interpretada. No faltan sentencias y obras doctrinales que reivindican el valor auténtico de alguna de estas obras³³. En realidad, este encumbramiento no es explicable desde el planteamiento positivista y voluntarista que nutre filosóficamente este instrumento interpretativo.

h) En la interpretación de los contratos, además del tenor literal del contrato, se admiten como pruebas indirectas de la voluntad de los contratantes los llamados «actos propios» reveladores de su intención, ya sean actos anteriores, coetáneos o posteriores a la celebración³⁴.

3. LA PERVIVENCIA DEL MÉTODO: HUELLAS Y MANIFESTACIONES CONTEMPORÁNEAS

Hay razones que avalan la impresión de que el método histórico o subjetivo es un método caduco. La primera es el ocaso de las teorías jurídicas sostenedoras de este

31. Summers, 1991, p. 424. También para F. Laurent (1869, pp. 348-351), los discursos de los oradores en el parlamento ofrecen menos garantías: lejos de discutir o deliberar, las Cámaras se limitan a votar en silencio, y sus trabajos se llevan a cabo con enorme premura.

32. Cerdeira, 2019, p. 770.

33. Es el caso de los comentarios de García Goyena al Proyecto de Código Civil de 1851, muy influyente en el de 1889. La STS de 11 de noviembre de 1943 habla de su valor «moralmente auténtico».

34. Véase, por ejemplo, la STS de 21 de febrero de 1986.

método o tendentes a concederles primacía: las teorías voluntaristas e imperativistas del derecho, para las cuales este puede describirse como un conjunto de órdenes de la autoridad³⁵. También parece afianzada por algunas decisiones de nuestra jurisprudencia³⁶, así como por algunos juicios de la doctrina inclinados a constatar el abandono de la interpretación subjetiva³⁷. En este apartado, sin embargo, incluiré algunas pruebas de la pervivencia del método y, en algunos casos, de su hegemonía.

a) Las reglas interpretativas de nuestro derecho positivo. El artículo 3 de nuestro Código Civil dicta que las leyes se interpretarán, entre otros recursos, de acuerdo con sus «antecedentes históricos y legislativos». No abordaré la polémica relativa a si el elenco de recursos del artículo 3 posee o no carácter imperativo o de *ius cogens*; lo relevante es que, en contra de un precedente tan destacado como el Código de Napoleón, nuestro Código sí se decide a regular la cuestión, y a incluir entre los instrumentos prescritos el método subjetivo³⁸. Como expresa el profesor Coderch, el voluntarismo jurídico se plasma en una aspiración a «reglamentar la interpretación judicial», a «convertir los criterios de interpretación en reglas jurídicas». Añade a continuación: «este tipo de disposiciones... tiende a considerarse hoy como poco menos que una insensatez, como el producto de una ilusión»³⁹. Sin embargo, el hecho es que la legislación civil vigente y, por tanto, la normativa común y general de nuestro derecho incluye al método subjetivo como uno de los prescritos y vinculantes en la aplicación del derecho, y es factible apelar a otras manifestaciones de la voluntad del legislador aun cuando la letra de la ley sea clara y diáfana⁴⁰. Incluso más transparente es la opción del legislador en lo que se refiere a la interpretación de los contratos. Si códigos como el alemán o el portugués han prescindido de reglas de interpretación de los contratos, nuestro Código Civil incluye un catálogo de preceptos que se extiende del 1281 al 1289. En el 1281,2, los subjetivistas parecen hallar un cómodo pedestal: «si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas».

b) Jurisprudencia española. La buena noticia para quienes no simpatizan con el método subjetivo es que las invocaciones de nuestra jurisprudencia son escasas. En realidad, el listado de sentencias que los estudiosos anotan como ejemplos de uso del

35. Hitos en la refutación del imperativismo son: Hägerström, 1953, pp. 17-55; Olivecrona, 1971, cap. V; Hart, 1961, pp. 26-78.

36. «Tampoco está de más recordar que, como afirmara la doctrina clásica de la hermenéutica jurídica, el juez no debe atender a lo que el legislador se ha propuesto, sino solo a lo que de hecho ha dispuesto». STS de 26 de febrero de 2018.

37. Cerdeira, 2019, p. 752. Una excepción a este diagnóstico de crisis se halla en el siguiente juicio de Guastini (2010: 104), para quien la interpretación subjetiva «hoy está ampliamente defendida, especialmente en la doctrina de la interpretación constitucional».

38. En sus comentarios al proyecto de 1851, García Goyena era rotundo: «no parece necesaria una regulación ad hoc de la interpretación». El legislador de 1889 desobedeció esta doctrina. Véase una narración más detallada de este proceso en Coderch, 1985, pp. 277-279.

39. Coderch, 1985, p. 264.

40. La claridad de la ley no bloquea el recurso a los demás métodos interpretativos; así se afirma en las STS de 13 de febrero de 1984 (civil) y 4 de julio de 1990 (social).

método subjetivo puede ser incluso acertado, bien porque se acude a los debates parlamentarios no para justificar un veredicto, sino la *occasio legis* del precepto⁴¹, bien porque la voluntad del legislador sirve no para justificar, sino para corroborar lo que se ha justificado ya mediante otros métodos⁴².

La mala noticia, sin embargo, es que las referencias son suficientes para afirmar que el método subjetivo es un método aceptado y homologado por nuestra práctica; tal vez sea un método más dudoso para nuestros magistrados, pero estos no presumen que su aplicación sea lógica o conceptualmente incorrecta. Tanto nuestro TC como nuestro TS han invocado en ocasiones trabajos de comisiones de codificación y debates parlamentarios con el fin de identificar la voluntad del legislador⁴³, y el flujo de sentencias relativas a la voluntad, el ánimo, el propósito o la intención del legislador no ha dejado de gotear lenta, pero continuadamente⁴⁴. La idea es extensible a nuestro TS en su jurisprudencia civil⁴⁵, penal⁴⁶, laboral⁴⁷ o contencioso-administrativa⁴⁸.

c) Derecho comparado. El diagnóstico de pervivencia sostenido hasta ahora habla de huellas escasas y esporádicas. Pero, desde la perspectiva del derecho comparado, debemos elevarlo varios escalones, porque en algunos ejemplos alcanza el grado de influencia destacada e incluso de hegemonía.

De hegemonía debemos hablar, por ejemplo, en el derecho sueco. «El rasgo más importante de la interpretación de las leyes en Suecia –dicen Peczenik y Bergholz– es el alto valor de los materiales preparatorios, segundo en importancia después de la letra de la ley»⁴⁹. La interpretación es así subjetiva: es preciso servirse en primer lugar de la letra de la ley porque esta es la manifestación más clara de la voluntad del legislador. Si esta es oscura, en ese caso los trabajos preparatorios de las comisiones legislativas

41. Por ejemplo, SSTC 215/2015 de 22 de octubre; 26/2016 de 18 de febrero o 84/2016 de 28 de abril.

42. Pérez Álvarez, cit., p. 152.

43. Sobre el TC, véase, por ejemplo: SSTC 2/1981 de 30 de enero; 5/1981 de 13 de febrero; 11/1981 de 8 de abril; STC 189/2005 de 7 de julio, FJ 4. STC 41/2010 de 22 de julio, FJ7.

44. Una de las decisiones supuestamente más críticas contra el método subjetivo de nuestro TS (STS de 30 de septiembre de 2010) no es en realidad una impugnación teórica de este, sino una discusión de su exclusividad: «sin embargo, ... la labor del intérprete no puede limitarse a identificar la voluntad del legislador».

45. SSTS de 10 de junio de 1978; 4 de febrero de 1988 21 de diciembre de 1989; 13 de junio de 1994; 22 de septiembre de 1997, 22 de noviembre de 1999; 22 de diciembre de 2011; 14 de marzo de 2018.

46. SSTS de 11 de junio de 1981; 6 de febrero de 1989; 23 de julio de 2015; 9 de junio de 2016; 28 de junio de 2017.

47. SSTS de 12 de febrero de 1991; 6 de mayo de 1991; 17 de marzo de 2015.

48. SSTS de 6 de diciembre de 1986; 2 de noviembre de 1999; 14 de diciembre de 2015. Por último, puede recordarse la STS de 18 de diciembre de 1990 de la Sala Especial del TS, que, refiriéndose a una posible interpretación restrictiva de la LOPJ, concluía: «Esta restricción... carece de respaldo en la Ley... y no lo tiene tampoco ni en los antecedentes parlamentarios ni en los trabajos prelegislativos de la Comisión General de Codificación (Sección Quinta) ... No estaba, pues, en la mente del legislador». Acotaciones más amplias de algunas de estas sentencias se hallan en Cerdeira, 2019, pp. 780-793 y en Pérez Álvarez, 1994.

49. Peczenik y Bergholz, 1991, p. 355.

ostentan un papel decisivo, porque poseen el rasgo de fuentes del derecho⁵⁰. Incluso cabe la posibilidad de que estos trabajos, cuando poseen singular fuerza, prevalezcan frente a la letra de la ley, lo que denota una cierta inclinación al subjetivismo radical. Un jurista sueco (Schmitt) denomina a los artículos de la ley «titulares de prensa» de la interpretación jurídica; podemos suponer así que a veces son suficientes, pero otras tenemos que pasar al contenido del artículo o recorte, lo que nos obliga a consultar los trabajos preparatorios⁵¹.

No resultará sorprendente añadir que el subjetivismo es también protagonista de la tarea interpretativa en Francia, si bien con una tendencia al subjetivismo moderado o el textualismo: debemos atenernos a la letra de la ley, y solo cuando esta es oscura podemos buscar información en los trabajos preparatorios y otras fuentes⁵². Por esta razón, son muy escasos los ejemplos en los que otros métodos alternativos, como puede ser el sistemático o el moral, logran prevalecer⁵³.

En Estados Unidos también se reconoce la posibilidad de que, en los casos civiles, la voluntad del legislador manifestada en trabajos preparatorios desplace a la letra de la ley. Se trata, sin embargo, de un fenómeno excepcional, aunque debe subrayarse que ello no se debe a que se desconfíe del método, sino a que se exige un estándar probatorio muy alto de esa supuesta verdadera voluntad del legislador⁵⁴.

Inglaterra es tradicionalmente representada como un contrapunto al subjetivismo⁵⁵. Sin embargo, MacCormick y Bankowski advierten que «esto ya no es tan cierto, y algunos de estos materiales han sido admitidos en algunas circunstancias»⁵⁶.

50. p. 316.

51. Schmidt, 1976, p. 262.

52. Incluso allí donde se expresa una cierta desconfianza hacia los trabajos preparatorios (por ejemplo, Batiffol: 1972, p.16), los recelos son muestras de subjetivismo, porque se trata de subrayar la prioridad de la interpretación literal. Capitant, 1977, p. 208).

53. Troper– Grzegorzcyk – Gardies, 1991, pp. 186-192. Esta conexión necesaria con la intención del legislador es comprensible desde la influencia tradicional en la práctica jurídica de la llamada fórmula de Saleilles: «au-delà du Code civil, mais par le Code civil». Saleilles, 1919, p. xiii.

54. El TS americano tiende a considerar «no del todo claras» las pruebas supuestamente acreditativas de la voluntad del legislador, e «impone una carga relativamente pesada de persuasión» a quien alegue estas consideraciones. Summers, 1991, 439 y 446. No faltan referencias más recientes del TS americano que invocan trabajos preparatorios: *Zicherman v. Korean Airlines*, 516 U.S. 217 (1996); *Israel Airlines Ltd. v. Tsui Yuang Tseng*, 525 U.S. 155 (1999). Deben añadirse también las sentencias férreamente originalistas que, como *District of Columbia v. Heller* (554 U.S. 570, 2008), se remontan a diccionarios históricos. No creo que pueda olvidarse que una de las últimas nominadas a magistrada del TS declaró: «los jueces somos todos originalistas», con lo que aludía al carácter inevitablemente histórico de su tarea: *The Nomination of Elena Kagan to Be an Associated Justice for the Supreme Court of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary, Part 1*, 111th Cong. 62 (2010)

55. Suele invocarse en este caso la doctrina establecida en *Eastern Railways Co. v Railways Commissioners*, 1881, 50, L.J.Q.B., 201.

56. MacCormick y Bankowski, 1991, p. 381. Véase también Allen, 1951: pp. 468, 487 y 501. En cualquier caso, las condiciones para su uso son restrictivas. En palabras de Lord Stein, «solo puede contar un disparo al blanco [a bull's eye]; no puede aceptarse menos». *Effort Shipping Company Limited v. Linden Management SA* (1998) AC 605, 623

d) En la teoría del derecho contemporánea, a la mención del originalismo podría añadirse la alusión a las teorías de J. Raz (2013) y A. Marmor (2001). El compromiso de estos autores con el método subjetivo es polémico, y posiblemente suscitaría el rechazo de un autor como Raz⁵⁷. Justificar aceptablemente esta catalogación exige, sin embargo, un estudio complejo y dilatado que no es posible acometer ahora; como se ha dicho, esta sección no aspira a reunir un aparato probatorio exhaustivo, sino suficiente.

Sí anotaremos que en la doctrina civilista sigue experimentándose un notable interés por este canon y, en general, por la polémica entre objetivismo y subjetivismo interpretativo, un interés explicable desde el primado de la autonomía de la voluntad en el derecho contractual. Es así comprensible que incluso recientemente se destaquen corrientes subjetivistas en la dogmática civil, como es el caso del llamado «neosubjetivismo» alemán, ejemplo al que podemos añadir autores de la doctrina española tan consecuentes en su subjetivismo como J.L. Lacruz⁵⁸. En derecho de contratos, es habitual hallar apologías de una interpretación «espiritualista», y posiciones para las cuales, más allá de la letra de las cláusulas o la voluntad de los contratantes, servir de cualquier otro instrumento ya no es interpretar, sino integrar el contrato⁵⁹. Incluso en las posiciones críticas se sigue observando una actitud respetuosa con las fuentes de la interpretación subjetiva; así, G. Cerdeira niega en realidad la tesis voluntarista clásica, y asume que las leyes, una vez publicadas, se emancipan de la voluntad del legislador; sin embargo, atribuye a los trabajos preparatorios «un valor doctrinal de autoridad, intermedio entre la interpretación verdaderamente legal que la ley haga en su Exposición de Motivos... y la genuinamente científica que cualquier autor de la doctrina pueda hacer al comentarla»⁶⁰.

4. REFORMULACIÓN CRÍTICA

Dividiré las críticas en tres apartados. En primer lugar, me referiré a las que podemos llamar «técnicas», y que son relativas a la imposibilidad de aplicar el método: aun cuando este fuese lógicamente correcto, su ejecución sería empíricamente imposible. En segundo lugar, me referiré a críticas «prácticas»: aun cuando el método fuese aplicable, las consecuencias de su aplicación serían indeseables o contraproducentes. En tercer lugar, me referiré a los problemas del método que considero fundamentales, y que denuncian el carácter erróneo de sus premisas de teoría del derecho.

57. Afirma que su «tesis de la intención mínima» no es un método de interpretación; sin embargo, reconoce que tiene consecuencias en su elección. Raz, 2013, pp. 295 y 215. Véase sobre este autor Lifante (2018), capítulo III.

58. Lacruz, 1988. En el caso alemán, véase, por ejemplo, Hegenbarth, 1982.

59. Lo denuncia Vattier, 1987: 511

60. Cerdeira, 2019, p. 766.

1) Problemas técnicos

Son las críticas más habituales, y muchas veces las únicas esgrimidas. Podemos distinguir dos.

i) Cuando se interroga a los defensores del modelo acerca de qué entienden por el legislador, la respuesta nos remite a lo que determine nuestra Constitución política. En general, esta respuesta apunta a órganos colegiados, fundamentalmente el Parlamento, que posee la potestad legislativa, y el Gobierno y la Administración, que poseen la potestad reglamentaria. El problema es que nuestro método persigue identificar un estado mental psicológico –una voluntad, intención o deseo– y, en opinión de muchos autores, no podemos atribuir estos estados a construcciones abstractas o entidades colectivas, como son estos órganos⁶¹. Aquí no puedo introducirme en los problemas ontológicos que subyacen a esta crítica. Me limitaré a apuntar, en primer lugar, que esta actitud escéptica no se concilia bien con las últimas tendencias de nuestra legislación; por aportar un ejemplo, la reforma de nuestro Código Penal de 2010 consagró en su artículo 31 bis la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y, con ello, la presunción en ellas de finalidades e intenciones (delictivas). En segundo lugar, creo que el método subjetivo puede eludir el problema individualizando la voluntad de estos órganos colegiados, y, como en la doctrina del levantamiento del velo de las corporaciones, reconociendo como autores a aquellos individuos que hayan ostentado un papel determinante en la integración del contenido de la norma (STS 28 de mayo de 1984).

ii) Aunque admitiéramos que podemos atribuir esta voluntad a algunas de las personas físicas que los integran, no seríamos capaces de identificarlas. En efecto, elegir a estos individuos es una tarea muy incierta, y en la cual los errores acechan constantemente. En teoría, la respuesta jurídica más precisa, de acuerdo con nuestra Constitución, habría de atribuir la autoridad de la ley a todo el Parlamento como depositario de la soberanía popular. El problema es que esta respuesta incluye como autores de las leyes –y, por tanto, como voluntades que han de ser investigadas– las de aquellos parlamentarios que votaron en contra de dicha ley, en blanco o se abstuvieron, lo que resulta ilógico. Podríamos reducir la voluntad que debemos investigar a la de aquellos diputados del partido o del grupo parlamentario mayoritario. Sin embargo, también sabemos que estas mayorías suelen construirse en nuestros días mediante una disciplina de voto muy férrea, y que no son pocos los parlamentarios que votan a favor de leyes con las que disienten o que incluso desconocen. Se podría acotar mucho más drásticamente la base subjetiva de autoridades, y reconocer como verdadero «autor» de la ley al individuo que la firma o defiende en el Parlamento, normalmente el ministro del área vinculada al contenido de la ley. Sin embargo, todos sabemos que los ministros, muchas veces, no juegan un papel especialmente relevante en el contenido de las normas; mayor protagonismo

61. Hågerström, 1953, pp. 18 y 111; Guastini, 2010, pp. 105-106. La crítica es también acogida fuera del realismo jurídico: Díez-Picazo, 1970, p. 727.

cobran funcionarios de nivel alto o incluso medio, personajes que permanecen en el anonimato. No olvidemos, por último, el problema muchas veces denunciado de los discursos en el Parlamento: son opacos y enmascaradores (no es infrecuente que los políticos digan una cosa y plasmen en la legislación otra muy distinta).

Los problemas a los que me he referido afectan sobre todo a los debates parlamentarios. Ahora bien, cuando se aduce la interpretación histórica o subjetiva, la fuente más a menudo invocada son las comisiones técnico-legislativas, lo que la doctrina suele conocer como trabajos preparatorios⁶². Sin embargo, incluso autores férreamente voluntaristas reconocen que el recurso a los trabajos preparatorios está también sembrado de dificultades, sobre todo porque las actas de estas comisiones suelen reflejar opiniones contradictorias, y no es posible generalizar alguna de estas a todo el órgano colegiado⁶³.

Sobre estas críticas sostendré, en primer lugar, que no las considero falsas, y, desde luego, son un buen indicio de los problemas del modelo. Sin embargo, no creo que sean suficientes para desacreditarlo. Un autor contemporáneo como Raz entiende que, en su formulación, «se ha introducido mucha ingenuidad», y concluye que «no hay buenas razones para pensar que no podemos saber cuál fue la intención con la cual las acciones pasadas fueron realizadas»⁶⁴. En la fuente de prueba más relevante, que son los trabajos de las comisiones técnicas, el problema puede anularse mediante dos criterios: el primero restringe las opiniones relevantes a aquellas que hayan recaudado consenso o mayoría; el segundo sería un criterio de jerarquía o de autoridad que atribuiría más peso a la opinión de quienes ostenten una posición más elevada en el gobierno y la administración. Claramente, su impacto no ha sido devastador, y, de hecho, la práctica sueca se ha desarrollado normalmente sin verse perturbada por estos problemas.

2) Problemas prácticos

Un segundo grupo de dificultades denuncia las consecuencias indeseables para la práctica jurídica que incorpora el uso de este método. En algunos casos, estas consecuencias perjudiciales son especialmente visibles en algunas ramas o sectores del sistema jurídico; en otros, comprometen la totalidad del sistema, porque apuntan a la posible parálisis que sufriría la administración de justicia caso de que este método se convirtiera en hegemónico.

En primer lugar, se dice que los jueces no podrían satisfacer las demandas del método porque no son historiadores, y porque este los obliga a enfrentarse con un

62. En España, por ejemplo, la Comisión General de Codificación funciona regularmente en los ámbitos civil y mercantil; sus miembros emiten informes y propuestas legislativas que se entregan al Ministerio de Justicia, y de todas sus reuniones se levanta acta.

63. Laurent, 1869, I, p. 348

64. Raz, 2013, pp. 286-287.

material inabarcable cuyo estudio haría imposible una justicia puntual⁶⁵. Sin embargo, creo que esta es otra dificultad superable. Especialmente en derecho continental, las fuentes históricas que pueden concernir a los jueces están lejos de sumirles en ingentes tareas de archivo, y la tecnología puede simplificarlas en gran medida.

De mayor entidad son las dificultades que conlleva el uso del método en algunas ramas e instituciones específicas. Un primer ejemplo es el derecho de contratos. Es preciso empezar reconociendo que la voluntad y la intención de las partes de un contrato son relevantes para su interpretación; el peso de la autonomía de la voluntad en el derecho de contratos obliga a reconocer matices en nuestras críticas al canon subjetivo en este departamento. Sin embargo, creo que, pese a los presupuestos teóricos, la interpretación de los contratos debe resolverse objetivamente porque la aplicación prioritaria de la supuesta voluntad real de las partes incorpora excesivos problemas. Tengamos en cuenta, en primer lugar, que hablamos de voluntades, propósitos o intereses contrapuestos, y que el equilibrio defendible más obvio es el estipulado en las cláusulas⁶⁶. En segundo lugar, defender la primacía absoluta de la voluntad implicaría, por ejemplo, conceder un margen excesivo a la alegación del error. Una de las partes podría intentar desvincularse de sus obligaciones declarando que estipuló en el contrato una determinada cláusula pensando que no le comprometía a nada, y añadiendo que lo importante es su intención por encima incluso de la letra escrita. A veces son incluso las dos partes quienes alegan error; y, sin embargo, la jurisprudencia impide que el contrato se resuelva, e impone su cumplimiento amparándose en principios objetivos: la apreciación de negligencia o el principio de buena fe⁶⁷. En suma, la interpretación de los contratos implica una combinación de elementos subjetivos, pero también de elementos objetivos, normativos y valorativos que pueden superar los primeros⁶⁸. No es así extraño que una práctica como la inglesa imponga un objetivismo estricto en la interpretación de los contratos⁶⁹.

65. MacCormick y Bankowski, 1991, pp. 380 y 403; Ekelöf, 1958, p. 92.

66. Para O'Callaghan (2022, p. 1290), esta es la diferencia fundamental entre la interpretación del contrato y de otros negocios como el testamento, y también la razón que empuja hacia el objetivismo en su interpretación.

67. Es el caso de la muy voluntarista práctica jurídica sueca, donde, en estas situaciones, se invoca el principio «cada parte debe afrontar un sacrificio proporcional a su falta». Schmidt, 1960, p. 206.

68. Subraya esta pluralidad de perspectivas Vattier Fuenzalida, 1987, pp. 517-519.

69. Los tribunales ingleses no consideran acuerdos previos, correspondencia escrita o electrónica, precedentes o borradores. *Rugby Group Ltd. versus ProForce Recruit Ltd.* (2006) EWCA Civ 1058. La interpretación del contrato se remite a una fórmula objetiva como la interpretación «de una persona razonable dotada de todo el conocimiento del contexto que le fue accesible a las partes» [*Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd.* (2009) UKHL 38, parágrafo 14. Lord Hoffman, ponente de esta sentencia, ya había expuesto sus argumentos objetivistas en *Investor Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society* (1998) 1WLR 896]. Esta fórmula suele descomponerse en dos fuentes primordiales: el lenguaje del documento y el «contexto comercial», alusivo a un «sentido común» comercial y económico. La doctrina objetivista está también muy arraigada en Alemania: es clásica la obra de Danz, 1897, pp. 78 y ss.; más modernamente: Bickel, 1976, pp. 138 y ss.

Un segundo ejemplo lo hallamos en el derecho internacional convencional o relativo a pactos y tratados. Es una práctica común en los tratados internacionales que estos recaben la adhesión de nuevos Estados que no participaron en su negociación. Si un nuevo Estado se adhiere a un tratado, pero se prescribe como método de interpretación necesario un método subjetivo fundado en los trabajos preparatorios, el resultado es que la interpretación y aplicación de dichos tratados queda supeditada a la voluntad de los Estados fundadores, y condicionamos la adhesión de nuevos Estados a una manifestación de acatamiento o sometimiento a la interpretación de aquellos. Quizá esta sea una de las razones por las que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se sirve nunca de trabajos preparatorios⁷⁰.

Finalmente, creo que el principal problema práctico tiene como protagonista la figura del referimiento al legislador: si presumimos que el uso y la aplicación de la ley se ligan a la voluntad del legislador, lo lógico es que, cuando los jueces tropiecen con un problema interpretativo, y cuando sea físicamente posible, le remitan el problema al legislador y esperen que este decida la regla de decisión correspondiente⁷¹.

Creo que no es necesaria una larga explicación en torno a cuál es el principal problema práctico del referimiento: este paraliza la administración de justicia; ocurrió en la Revolución francesa⁷², y es previsible que así ocurra en ordenamientos más complejos como los nuestros.

Ahora bien, lo curioso del referimiento es que, pese a ser la solución más lógica desde las bases voluntaristas del modelo, también supone su abandono, y ello por dos razones.

En primer lugar, porque el modelo subjetivo es un canon de interpretación, y el referimiento desplaza la solución del problema de la interpretación a la legislación. Aquí estoy presumiendo que el legislador, cuando responde al referimiento, no se está interpretando a sí mismo, sino que está legislando, porque está estipulando con carácter general cuál es la solución jurídica de cualquier caso que reproduzca las circunstancias del problema que propició el referimiento⁷³.

Supongamos que mi suposición anterior es equivocada, y lo que obtenemos tras el referimiento no es un acto legislativo, sino una interpretación auténtica. El problema es que lo que persigue el método subjetivo no es tanto una interpretación auténtica

70. Gulmann, 1980, p. 199.

71. Sobre la conexión histórica entre el referimiento y el voluntarismo jurídico, véase Guzmán Brito, 2011, p. 95 y 2000, pp. 358-363

72. Géný (1919, pp. 85 y 88) describe el referimiento revolucionario como un «incidente efímero y casi olvidado» del que «no es posible reconocer ninguna influencia positiva».

73. En el caso del referimiento en la Francia revolucionaria, este finalizaba con un *décret déclaratoire*, lo que suponía un acto legislativo y la promulgación de una regla general. Para T. Suavel (1958, fasc. 12, pp. 186-86), «se invitaba al legislador a pronunciarse no sobre el proceso de un particular... sino sobre una cuestión teórica que este proceso desvelaba». Este decreto es identificado por este autor como una «ley interpretativa». Esta era enviada al Tribunal de Casación, y era este instituto el que resolvía finalmente el caso de acuerdo con la ley interpretativa.

como una interpretación subjetiva: en el referimiento, la autoridad a la que recurrimos es siempre la autoridad contemporánea, y esta puede ser muy distinta y posterior a la que promulgó la norma que interpretamos. De hecho, el referimiento convierte en innecesarias las fuentes más características de la interpretación subjetiva, como son el estudio de los debates parlamentarios y de las comisiones técnicas. Y, desde luego, la hipótesis de que el legislador contemporáneo hace suyas las leyes vigentes mientras no las derogue es otra ficción imposible; desde luego, no las hace suyas en el sentido psicológico y voluntarista que aquí estamos presumiendo.

Por último, el referimiento incorpora un problema de justicia material. En primer lugar, es falso que el legislador sea más neutral que el juez por estar más alejado de las partes: no lo está, y su cargo político y provisional le convierte incluso en una figura más expuesta que el juez a las influencias de las partes. En segundo lugar, la decisión del legislador tendrá carácter definitivo e inapelable: el solo hecho de sugerir lo contrario equivaldría a discutir su poder soberano; sin embargo, las soluciones de los jueces suelen permitir la posibilidad de los recursos⁷⁴.

3) Problemas teórico-jurídicos

Llega el momento de abordar los presupuestos erróneos de teoría del derecho incorporados en el cultivo del canon. Antes de abordar estos problemas, me permitiré precisar de mejor modo las tesis de teoría del derecho subyacentes al método (a); después procederé a su crítica (b).

a) Como es previsible, el modelo presupone una tesis voluntarista del derecho y de las normas jurídicas.

La tesis voluntarista se asume muchas veces como una mera observación de la naturaleza constitutiva de las normas jurídicas: es imposible concebir una ley sin un acto de decisión del legislador; la ley es así una emanación de la voluntad de la autoridad, y su contenido la expresión de lo que esta quiere.

Ahora bien, el método histórico o subjetivo incorpora otra idea: la ley debe continuar ligada a la voluntad del legislador durante todo su desenvolvimiento práctico, es decir, su uso y su aplicación. De ese modo, la relación de la ley con la voluntad del legislador es semejante a la que vinculan al autor y su obra artística. Más aún, el modelo apropiado quizá no sea el arte, sino la técnica o la tecnología en su versión artefactualista: la relación entre legislador y ley es semejante a la que media entre el inventor y su artefacto. Este ligamen contiene también una idea negativa. Para resolver los problemas que pueda suscitar la aplicación del instrumento normativo, recurrimos naturalmente a su propio creador o fabricante, y no a catálogos de uso o manuales de instrucciones distintos o confeccionados por otros fabricantes. Consecuencia de este

74. Son ideas expresadas por un autor tan influyente en el derecho civil francés como Portalis, 2004, p. 22.

ligamen permanente con el legislador es que no podemos interpretar las normas recurriendo a supuestos criterios objetivos de corrección normativa prevalecientes sobre la voluntad del legislador, como pueden ser supuestos principios o valores subyacentes al sistema jurídico⁷⁵. Supeditar el método a las exigencias de otras vías de interpretación objetiva –en especial provenientes de métodos sistemáticos o morales– solo puede saldarse al precio de socavar por completo las bases teóricas del método subjetivo⁷⁶.

b) Expondré cuatro argumentos críticos. Los dos primeros son relativos a la compatibilidad del modelo con los sistemas jurídicos de nuestro entorno. Aunque correctos en nuestra cultura jurídica, tal vez se hallen expuestos a la acusación de contingencia. Sin embargo, a estos argumentos les siguen otros dos. El primero es el clásico *lex facit regem, non rex facit legem*, que tiene un alcance limitado en nuestro ámbito de discusión. El cuarto y decisivo es relativo a las funciones del legislador.

i) La primera razón por la que debemos rechazar el carácter puramente autoral de las leyes parte de una constatación: nuestros ordenamientos jurídicos contemporáneos suelen sustentarse sobre una estructura de principios morales y políticos. Por ello, el legislador debe perseguir en todo momento la coherencia del contenido de su legislación con una interpretación correcta de dichos principios morales, so pena de someter sus normas a una seria amenaza de anulación por parte del poder judicial. Por supuesto, los tribunales y la dogmática más comprometida con los principios y valores no dejan de reiterar la deferencia necesaria de los jueces hacia las competencias del legislador y su ámbito de libre decisión. Sin embargo, esta deferencia es compatible con la constatación de que una ley incoherente con estos valores debe ser anulada. En consecuencia, el legislador debe anticiparse a los razonamientos de los jueces, lo que supone en muchas situaciones examinar conflictos o competencias entre principios, valores y derechos fundamentales, y resolver esta controversia quizá no tal y como él querría que se resolviera, sino mediante la solución que pudiera sobrevivir al escrutinio de un número indeterminado y desconocido de jueces.

En este momento, los partidarios del subjetivismo recurrirían a lo que para ellos es el núcleo incuestionable de verdad del subjetivismo, según el cual, en expresión de Larenz, «la ley es hecha por hombres y para hombres», y es «la expresión de una voluntad»⁷⁷: la ley es una decisión humana, y no una consecuencia lógica de una serie de principios. Es cierto que la ley presume el concurso de una voluntad; pero esta voluntad

75. «Todos estos procedimientos, que trabajan sobre la fórmula legal misma o ponen en funcionamiento elementos exteriores a esta, solo valen como interpretación propiamente dicha de la ley en la medida en que ayuden a descubrir la voluntad soberana, que forma exclusivamente su esencia», y «dejarán de estar justificados en la medida en que tiendan a suplir su voluntad». Gény, 1919, p. 300.

76. «La ley solo vale como declaración de voluntad; separada del pensamiento que la ha inspirado, pierde todo su alcance, y se convierte en un texto muerto susceptible de recibir las más diversas interpretaciones. Solo la voluntad que ha presidido su nacimiento atribuye a la ley la firmeza y la fijeza propia del derecho escrito». Capitant, 1929, p. 96.

77. Larenz, 2001, p. 313.

o fiat incide sobre el momento de promulgación de la norma, y no sobre el de elección y formulación de su contenido⁷⁸. Es acertado afirmar que no basta con concluir cuál es la mejor solución posible a un problema social, sino que es necesario promulgarla legislativamente; del mismo modo, no basta con razonar cuál es la mejor acción moral posible, y necesitamos que la voluntad nos mueva a emprenderla. Pero ello no nos permite afirmar que el enunciado en el que estipulamos lo que nos parece la mejor ley o regla moral sea una simple decisión subjetiva, y no el resultado de un razonamiento operado desde premisas normativas y reglas lógicas objetivas.

ii) El método subjetivo o histórico también tropieza con otra característica de los sistemas jurídicos de nuestro entorno: el principio de soberanía popular. De acuerdo con las prescripciones del método, tanto la legislación como la aplicación son siempre una comunicación unidireccional del legislador hacia los operadores jurídicos y los ciudadanos; ocurre con las leyes, y también con los enunciados interpretativos y las reglas de decisión con los que aquellas se interpretan y aplican. Unas y otras son mensajes o comunicaciones cuya emisión es competencia exclusiva del legislador⁷⁹.

El problema es que el principio de soberanía popular identifica «soberanía» y «ciudadanía» y, por ello, refuta esta caracterización dicotómica que separa a emisor y destinatario. Ni las leyes ni las reglas de decisión son un proceso unidireccional que discurre siempre desde el legislador hasta el ciudadano, porque la ciudadanía se da las leyes a sí misma. Sobre el legislador pesa el encargo democrático de elaborar leyes generales con las que integrar el ordenamiento jurídico del Estado. El legislador cumple así un papel mediador entre los valores, principios, fines y aspiraciones morales y políticas de la comunidad y el sistema jurídico, y esta mera función mediadora implícita en el principio de legitimidad democrática no permite establecer esa vinculación biológica u orgánica entre el legislador y la ley que a veces han presupuesto incluso los adversarios del modelo: así, cuando se critica la interpretación histórica o subjetiva, se aduce muchas veces la necesidad de que, en cuanto se promulgue la ley, «cortemos el cordón umbilical» que la ata al legislador, y atendamos los puntos de vista de la comunidad en que la ley se aplica⁸⁰; pero la metáfora es inapropiada porque nunca ha habido cordón umbilical o maternidad alguna, ni siquiera subrogada.

El principio democrático introduce aún más problemas. Tal vez el más obvio sea el que nos devuelve a una discusión ya mencionada: no se respeta el principio democrático si las reglas de decisión de una serie de casos son impuestas por el legislador

78. Olivecrona (1971, p. 125) distinguía estos dos aspectos de la legislación: al contenido lo denominaba *ideatum*, mientras que al hecho de promulgar la norma lo llamaba *imperatum*. El primero consistía en la parte material de la orden del legislador, mientras que el segundo representaba la parte formal.

79. Se trataría de lo que Dworkin (1986: pp. 50 y ss.) llama un «modelo conversacional» de interpretación. En la conversación, si el destinatario tiene dudas acerca del sentido del mensaje escuchado, le consulta a quien lo ha emitido para que las despeje. Es el emisor quien «asigna sentido» o atribuye significado al mensaje.

80. Ross, 1999, p.401.

pretérito frente al contemporáneo. A mayor antigüedad de la ley, mayor será el problema de legitimidad suscitado, y menos justificable el uso del método⁸¹. Por último, otra dificultad es el conservadurismo extremo de la interpretación. Si hemos de ser fieles al voluntarismo hermenéutico, la interpretación de las leyes queda fosilizada o petrificada per saecula saeculorum no ya desde la promulgación de la ley, sino desde su proceso de elaboración. Una multitud de enunciados interpretativos y reglas de decisión aplicables a casos particulares, con los que decidimos si una serie de situaciones encajan o no en el supuesto de hecho de la norma general, deberá buscarse en un pasado que puede ser demasiado distante, ética y culturalmente extraño y claramente distinto al sistema de valores defendido por los destinatarios. Esta «jurisprudencia de anticuario» es, como mínimo, escasamente democrática⁸².

iii) Me refiero ahora a las imputaciones clásicas contra el voluntarismo y, en concreto, su versión imperativista. Esta doctrina presume que la ley es obra del legislador porque una norma jurídica solo puede describirse adecuadamente como una orden de la autoridad respaldada por su monopolio de la coacción. Sin embargo, esta caracterización pasa por alto que alguna razón debe existir para que el ciudadano seleccione esta orden coactiva como una razón privilegiada para justificar su conducta, una razón que no se verifica, por ejemplo, en la orden que nos traslada un atracador o un grupo mafioso, también dotados de capacidad coactiva⁸³. Esta razón ya no puede ser explicada mediante el recurso a la voluntad de la autoridad. El análisis del punto de vista interno o del participante en la práctica jurídica quiebra así esta relación de autosuficiencia entre la voluntad del legislador y la ley; como acaba de expresarse, la ley no funciona ni puede ser entendida como ley o norma jurídica sin elementos normativos ajenos a dicha voluntad. Por expresarlo en términos clásicos, el argumento *rex facti legem* se ve refutado por la corrección del principio contrario: *lex facit regem*.

Sin embargo, no creo que esa crítica resulte devastadora en nuestro dominio, que es el de la interpretación. Funciona en un nivel relativo a las bases últimas de legitimidad del legislador: en última instancia, si el legislador está autorizado a legislar es en virtud de una serie de criterios que pueden ser normativos. Sin embargo, asentada la autoridad del legislador, la tesis es compatible con una tesis hermenéutica según la cual el contenido de las leyes debe comprenderse desde las intenciones subjetivas de quien la promulgó.

iv) Creo que si la voluntad subjetiva del legislador no puede determinar las reglas de decisión con las que se interpreta y aplica el derecho es por los límites lógicos y conceptualmente necesarios ligados a lo que podemos llamar «función del legislador».

La función del legislador consiste en promulgar leyes que se integran dentro de una colección en la que ha participado una pluralidad de voluntades: ningún legislador,

81. El método trata de conciliarse con el principio democrático mediante una especie de ley de rendimientos decrecientes, según la cual el valor de la interpretación es menos fiable cuanto más antigua sea la ley, y es inapreciable en leyes muy antiguas. Véase Raz, 2013, p. 301; Peczenik y Bergholz, 1991, p. 326.

82. La expresión es de Thibaut, 1807, § 9, p. 27.

83. El argumento del atracador o *gunman* se expone en Hart, 1957, pp. 603-604.

por amplia y revolucionaria que haya sido su tarea, puede patrimonializar todo un ordenamiento jurídico y apropiárselo integralmente como único autor; y, aunque así lo fuera, habrían de considerarse sus cambios de voluntad y sus contradicciones. Pero esta premisa incorpora una importante consecuencia para el usuario o intérprete del sistema, porque este no puede contemplar el derecho como una mera colección: desde la necesidad de aplicar el derecho con equidad, debe contemplar su derecho como una unidad ordenada, coherente y lógica. Esta tarea de reducir el derecho a una unidad coherente no puede realizarse desde la voluntad de quienes elaboraron las leyes; muy al contrario, obedecer esta estrategia sería un obstáculo para dicha tarea, porque, desde la misma, lo único que podríamos apreciar en el derecho es una cacofonía de voces. Por eso, representar el derecho como una unidad lógica exigirá una tarea de «impersonalización»⁸⁴ de la ley que se interprete. En suma, el usuario de la ley debe contemplar el precepto como una norma que funciona lógicamente dentro de un sistema o conjunto unitario. Desde esta exigencia de unificación, el mundo de las preferencias subjetivas, relativo a la personalidad empírica del legislador, debe quedar desdibujado o eclipsado, y sus supuestos condicionamientos o determinaciones son en realidad irrelevantes.

Creo que con esta tesis no estamos quebrando ninguna idea de soberanía del legislador, sino definiendo su ejercicio o sus funciones. El legislador legisla, pero no pre-interpreta. Como sostenía Max Radin (1930, p. 871), la función del legislador es promulgar leyes generales; una vez cumplida esta función, su tarea ha terminado. Si el legislador no interviene en la interpretación es «por simple descripción de su *functus officio*; no por el principio de separación de poderes de Montesquieu, sino porque esto es lo que significa ser legislador».

Esta descripción austera de las funciones del legislador se ha expresado tradicionalmente mediante otros argumentos. Se ha aducido así que no podemos interrogar al legislador por asuntos y problemas particulares que este no pudo prever en virtud de los cambios culturales, sociales, económicos, científicos y técnicos, los cuales se traducen en continuos cuestionamientos del alcance y el ámbito de validez de sus normas⁸⁵. Creo que muchos de los casos a los que se refiere esta crítica tradicional pueden también explicarse mediante la apelación a la unidad del sistema que he empleado. Es cierto que no podemos interrogar al legislador por casos y circunstancias que nunca estuvieron en su inteligencia. Pero también podemos describir la situación de otro modo: lo que no habitó en la inteligencia del legislador fue la composición completa del sistema jurídico que debe ser considerado en la fase de aplicación de la norma, y que el intérprete sí está en condiciones de conocer. Desde que el legislador promulga una norma hasta que esta se aplica, es muy posible que se hayan promulgado nuevas leyes o establecido nuevos precedentes. El sistema jurídico es una red compleja de prescripciones que interactúan y se interrelacionan; por ejemplo, un cambio en la concepción de un

84. Castán Tobeñas, 2005, p. 246.

85. ⁸⁵ Portalis, 2004, p.16; Radin, 1930, p.17

principio fundamental asumido por las altas magistraturas desencadena inevitablemente un cambio en la interpretación de muchos preceptos. La norma originalmente promulgada por el legislador de nuestro ejemplo, en la fase de aplicación, se inserta dentro de una estructura normativa distinta que reconfigura su ámbito de validez, de forma que circunstancias sociales o económicas antes irrelevantes pueden ahora ser subsumibles en su supuesto de hecho, así como otras excluidas, porque el sistema es una unidad distinta. Y, para realizar esta tarea de unificación y ordenación, la voluntad empírica o histórica del legislador original no solo no es una ayuda, sino que es en realidad un obstáculo.

Tras este recorrido, creo que pueden extraerse algunas conclusiones genéricas sobre a quién nos referimos cuando empleamos la etiqueta «legislador».

Aunque las constituciones atribuyen a instituciones y órganos colegiados la etiqueta de «poder legislativo», es posible individualizar el impulso y la formulación de un precepto, y responsabilizar de estas tareas a un elenco de personas físicas. Podemos aceptar un sentido de la idea de legislador que podemos llamar «técnico», según el cual «legislador» es la persona o personas físicas que han ostentado un papel relevante y decisivo en la elección de los términos de la formulación lingüística de la norma. Sin duda, especial protagonismo debe concederse a aquellos individuos que participaran en las discusiones acerca del enunciado del precepto y desempeñaran un papel relevante y decisivo en su aprobación, lo que apunta a los altos cargos del gobierno o de la administración presentes en las comisiones técnico-administrativas y, más tarde, impulsores y defensores de su aprobación.

Lo que no es admisible es sostener una tesis patrimonialista acerca de las relaciones entre ley y legislador, según la cual la ley pertenece a quien la ha elaborado y promulgado, y debe ser aplicada de acuerdo con sus criterios. La imagen de la tecnología, antes atribuida al mismo método subjetivo, puede ahora ser útil para criticarlo: es posible que un técnico o ingeniero haya alcanzado un papel decisivo en la confección o elaboración de la pieza de una máquina o electrodoméstico; sin embargo, ni la pieza ni la máquina le pertenecen, sino que son propiedad de la firma o de la marca que se hace responsable de su funcionamiento, de sus desperfectos y de los daños que ocasione. Por supuesto, la diferencia es que los usuarios u operadores jurídicos, a diferencia de los usuarios de las máquinas, pueden y deben reconfigurar la pieza o la máquina, porque deben acomodarlas dentro de un conjunto que debe funcionar unitariamente. En cualquier caso, la ley pertenece a la comunidad, a las instituciones que la representan y, por ello, al Estado.

Además de no ser propietarios de las leyes que formulan y establecen, en los sistemas jurídicos de nuestro entorno también debe relativizarse su condición de autores de dichos contenidos. Como se ha mostrado, en modelos de soberanía popular que se apoyan sobre una columna vertebral de principios y valores morales y políticos, la función del legislador es más bien la de un mediador que especifica el mandato político popular y concreta el alcance de dichos principios.

Si la autoría de quien da forma definitiva a las leyes es muy relativa, y si la ley no pertenece y no es propiedad de esta persona o personas, puede entenderse que, junto

al sentido técnico, otros autores hayan propugnado un sentido que podemos llamar «amplio» de legislador. Así, como ya sostenía G. Radbruch, a quien debemos llamar realmente «legislador» es al Estado⁸⁶. Precisamente porque el término «legislador» es atribuido a una unidad política, es preciso que esta unidad se exprese también de forma unitaria, tarea en la cual los jueces desempeñan un papel fundamental. Es cierto que jueces y magistrados no son legisladores en el sentido técnico antes mostrado, lo que explica la distinción tradicional entre legisladores e intérpretes y aplicadores. En un Estado democrático, los jueces están obligados a respetar el ámbito de decisión de un legislador técnico que, de modo más o menos directo o indirecto, está respaldado por el principio de soberanía popular, y actúa en su representación. Sin embargo, jueces y tribunales son también órganos estatales, y sobre ellos pesa especialmente el deber de convertir las distintas voces que hablan en representación del Estado en una sola voz, lo que convierte la interpretación de las normas jurídicas en una tarea no meramente pasiva, sino constructiva. Por eso, en la interpretación jurídica, es posible que jueces y magistrados lleguen a comprender una ley mejor que aquellos que la formularon y establecieron⁸⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. (1991). «Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany», en N. MacCormick y L. Summers (eds.) *Interpreting Statutes*, Aldershot, Dartmouth, 73-120. <https://doi.org/10.4324/9781315251882>
- ALLEN, C.K. (1951). *Law in the Making*, Oxford, Clarendon.
- ARISTÓTELES (1934). *ARISTOTLE IN 23 VOLUMES, The Nicomachean Ethics*, Vol. XIX, Cambridge, Harvard UP, 1975.
- BATIFFOL, H (1972). «Questions de l'interprétation juridique», *Archives de Philosophie du Droit*, (XVII), 9-27.
- BICKEL, D. (1976). *Die Methoden der Auslegung rechtsgeschätlicher Erklärungen*, Marburg, Elwert.
- BIERLING, E.R. (1894). *Juristische Prinzipienlehre*, Friburg, Akademische Verlagsbuchhandlung von J.C.B. Mohr.
- BONNECASE, J. (1944). La «escuela de la exégesis» en derecho civil, Puebla, José M. Cajica.
- CALVO GARCÍA, M. (1986). «La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, (3), 113-127. <https://doi.org/10.14198/DOXA1986.3.08>
- CANO MATA, A. (1971). «La interpretación de los contratos civiles», *Anuario de Derecho Civil*, (24), 193-206.
- CAPITANT, H. (1929). *Introduction a l'étude du droit civil. Notions générales*. 5.^a edition, Paris, A. Pedone Editeur.

86. Radbruch, 1977, pp. 218, 223 y 224.

87. Radbruch, 1977, p. 218.

- CAPITANT, H. (1977). «Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois», Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur du François Géný, II, Paris, Topos, 202-216.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (2005): Teoría de la aplicación e investigación del derecho, Madrid, Reus.
- CERDEIRA, G. (2019). «El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos», Anuario de Derecho Civil, (72), 749-794. <https://doi.org/10.53054/adc.v72i3.3828>
- CODERCH, P.S. (1985). La compilación y su historia, Barcelona, Bosch.
- DANZ, E. (1897): Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Jena, Fischer.
- DE LORA, P. (1998). La interpretación originalista de la Constitución, Madrid, CEPYC.
- DEMANTE, A.M. (1835). Programme d'un cours de droit civil, Paris, Alex-Gobelet.
- DEMOLOMBE, Ch. (1872). Cours du code Napoleon, I, Préface, Paris, Auguste Durand et Hachette et co.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1970). «La interpretación de la ley», Anuario de Derecho Civil, (23), 711-738.
- DWORKIN, R. (1986). Law's Empire, Cambridge, Harvard U.P.
- EKELÖF, P.O. (1958). «Teleological Construction of Statutes», Scandinavian Studies in Law, 1958, (2), 77-117.
- ELSTER, J. (1978). Logic and Society, Chichester, John Wiley & Sons.
- GÉNY, F. (1919). Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique, I, Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence.
- GUASTINI, R. (2010). Nuevos estudios sobre la interpretación, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- GULMANN, C. (1980). «Methods of Interpretation of the European Court of Justice», Scandinavian Studies in Law, (24), 189-204.
- GUZMÁN BRITO, A. (2000). Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano, Santiago de Chile, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra.
- GUZMÁN BRITO, A. (2011). Codificación del derecho civil e interpretación de las leyes, Madrid, Iustel.
- HÄGERSTRÖM, A. (1953). Inquiries into Law and Morals, K. Olivecrona (ed.), Uppsala, Almqvist & Wiksell.
- HART, H.L.A. (1957). «Positivism and the Separation of Law and Morals», Harvard Law Review, (71), 593-629. <https://doi.org/10.2307/1338225>
- HART, H.L.A. (1961). The Concept of Law, Oxford, Oxford U.P.
- HECK, Ph. (1914). «Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz», Archiv für die civilistische Praxis, Bd. H1, (112), 491-511.
- HEGENBARTH, R. (1982). Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik, Dargestellt am Beispiel der Lehre vom Wortlaut als Grenze des Auslegung, Königstein, Athenäum.
- JONASCO T.R. (1977). «DE LA VOLONTÉ DANS LA FORMATION DES CONTRATS», en Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný, II, cit. 368-379.
- KOHLER, J. (1886). «Über die Interpretation von Gesetzen», en Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, Grünhuts Zeitschrift, (13), 1-61.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1998). Elementos de derecho civil, Parte general, vol. I, Introducción, edición actualizada de J. Delgado Echeverría, Madrid, Dykinson.
- LARENZ, K. (2001). Metodología de la ciencia del derecho, Barcelona, Ariel.
- LIFANTE VIDAL, I. (2018). Interpretación y argumentación jurídica, Valencia, Tirant lo Blanch.

- LAURENT, F. (1869): Principes de droit civil, Paris, A. Durant & P. Lauriel.
- LAURENT, F. (1923). Cours élémentaire du droit civil, Paris, Nabu Press.
- LEONHARD, F (1922). «Die Auslegung der Rechtsgeschäfte», AcP, 120 (1922), 14-58.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. (1978). Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, compilación de M. Albadalejo, Vol. XVII-2, Madrid, Edersa.
- MACCORMICK, N. y BANKOWSKI, Z. (1991). «Statutory Interpretation in the United Kingdom», en *Interpreting Statutes*, cit., 359-406
- MARMOR, A. (2001). Interpretación y teoría del derecho, Barcelona, Gedisa.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2022). Código civil con comentarios y jurisprudencia, Madrid, La Ley.
- OLIVECRONA, K. (1971). Law as Fact, London, Sweet & Maxwell.
- OPPO, G. (1943). Profile dell'interpretazione oggettiva del negocio giuridico, Bolonia, Zanichelli.
- PECZENIK, A. y Bergholz, 1991. «Statutory Interpretation in Sweden», en *Interpreting Statutes*, cit., 311-358
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (1994). Interpretación y jurisprudencia: estudio del artículo 3.1 del Código civil, Pamplona, Aranzadi.
- PORTALIS, J.E.M. (2004). Discours préliminaire du premier projet de Code civil, Bordeaux, Editions Confluences,
- PROUDHON, M. (1809). Cours de droit français, Dijon.
- RADIN, M. (1930). «Statutory Interpretation», *Harvard Law Review*, (43), 863-885. <https://doi.org/10.2307/1330769>
- RADBRUCH, G. (1977). «Arten der Interpretation»; cito por la traducción de Jean Spach «Modes d'Interprétation», en *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, I, cit. 217-226.
- RAZ, J. (2013). Entre la autoridad y la interpretación, Madrid, Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ-TOUBES, J.L. (2014). «Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)», *Anuario de Filosofía del Derecho*, (30), 309-339.
- ROSS, Alf (1999): Teoría de las fuentes del derecho, Madrid, CEPYC.
- SALEILLES, R. (1919): «Préface á Géný», cit., xiii-xxiv,
- SAVIGNY, F.K. (1940). System des heutigen römischen Rechts, I, Berlin.
- SCALIA, A. (1997). A Matter of Interpretation, Princeton, Princeton UP, 1997.
- SCHMIDT, F. (1960). «Model, intention, fault. Three canons for interpretation of contracts», *Scandinavian Studies in Law*, (4), 179-207,
- SCHMIDT, F. (1976): *Facklig arbetsträtt*, Stockholm, P.A. Nordstedt & Söners Förlag.
- SUAVEL, T. (1958). Le Tribunal de Cassation de 1791 à 1795, Conseil D'État, Études et documents du Conseil d'État, Paris.
- SUMMERS, R.S. (1991). «Statutory Interpretation in the United States», en *Interpreting Statutes*, cit., 407-450.
- THIBAUT, A.F.J. (1807): *Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts*, Altona, hr. Johann Friedrich Hammerich
- TROPER, M. – Grzegorzcyk, C. – Gardies, J.L. (1991). «Statutory Interpretation in France», en *Interpreting Statutes*, cit., 171-211.
- VATTIER FUENZALIDA, C. (1987). «La interpretación integradora del contrato en el Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, (40), 495-524.

WÄCHTER, K.G. von (1835). *Abhandlungen aus dem Strafrechte*, Leipzig, Widmann'sche Buchhandlung.

WINDSCHEITDT, B. (1891). *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main, 1891.

