

Los materiales prelegislativos: entre el culto y la polémica

Por PABLO SALVADOR CODERCH
Catedrático de Derecho Civil

«Las leyes no se dan solamente para los juristas cultos sino para todos los súbditos ... El descubrimiento de una explicación histórica es siempre algo casual como igualmente lo es el que ese descubrimiento que hace un autor sea dado a conocer a otros. Ni el súbdito ni tampoco el jurista pueden estudiar todas las fuentes de la historia ... por la simple razón de que gracias a ello sería posible obtener alguna luz sobre el espíritu de esta o de aquella ley.»

Anton Friedrich Justus THIBAUT (1772-1840), *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts* (1.^a edición: 1799; 2.^a edición: 1806), *parágrafo 9.*

«Normalmente se dice que en la interpretación de la ley todo depende de la intención del legislador, pero eso es sólo media verdad; en realidad depende sólo de la intención de la ley en tanto en cuanto aquélla se patentiza en ésta.»

Friedrich Karl von SAVIGNY (1779-1861), *Juristische Methodenlehre (lecciones impartidas durante el invierno de 1802-1803; 1.^a edición: 1951), página 19.*

SUMARIO: I. Introducción.—II. La doctrina tradicional y sus presupuestos.—III. Adaptación de la doctrina tradicional a la nueva legislación en un sistema constitucional: la teoría del pacto.—IV. Críticas a la teoría del pacto. Savigny. Doctrinas objetivas de la interpretación.—V. Evolución posterior de la polémica. Heck y la reivindicación del subjetivismo. La doctrina del medio auxiliar.—VI. El neosubjetivismo.

I. INTRODUCCION

Hace ya casi siglo y medio que se planteó la polémica sobre el valor que debe concederse a los *materiales prelegislativos* en la interpretación de la ley. La discusión se enmarañó en seguida al involucrarse con la más general que media entre los partidarios de las doctrinas *subjetivas* de la interpretación y los de las *objetivas*. Y en ese estado continúa: Los subjetivistas tienden a primar el manejo de los materiales mientras que los objetivistas reducen su alcance (1).

(1) Federico de CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España. Parte General. I.* Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1955. 526: «... la teoría de la voluntas

El propio concepto de materiales prelegislativos trae causa de los momentos originarios de aquella polémica. El criterio para identificarlos es *normativo*: depende de la respectiva Constitución nacional en cada momento histórico pues es ésta la que establece las reglas sobre el proceso legislativo y sus protagonistas. Con todo, cabe dar algunas indicaciones generales válidas para la Europa continental contemporánea: A veces se incluye en el concepto la documentación política y técnica proveniente de áreas del Ejecutivo directamente relacionadas con lo que acaba siendo un proyecto gubernamental de ley. Y, en todo caso, siempre se han considerado materiales los documentos producidos por el Poder Legislativo relacionados con una ley concreta: proposiciones de ley, enmiendas y debates, textos de comisiones de las Cámaras, justificaciones, motivos y explicaciones de voto, etc.

En ese sentido son materiales los *trabajos preparatorios*. Nótese que ese concepto no incluye los *precedentes legislativos* (legislación histórica y comparada que inspira el proyecto local) y, con mayor motivo, los *antecedentes históricos* o lo que, más indiscriminadamente, cabe llamar el *contexto histórico* de tal o cual legislación.

La restricción anterior resultaría probablemente arbitraria desde el punto de vista de una teoría de la legislación, pues los criterios de selección de los datos relevantes (qué son y qué no materiales) no vienen dados por la teoría sino, como ya se ha señalado, por la legislación constitucional. Pero, como se verá, el criterio es producto de un arrastre histórico: originalmente los materiales se identificaban exclusivamente con los documentos generados por los distintos protagonistas del proceso legislativo no por casualidad, sino porque se pensaba que debían tenerse en cuenta por cuanto manifestaban la voluntad del legislador.

Qué fue luego de esa originaria pretensión y qué valor autónomo se ha venido después atribuyendo a los materiales es el tema de este trabajo. Es sólo una pequeña parte de la cuestión sobre la relación entre historia y dogmática que aquí, y muy modestamente, únicamente se tratará en lo que atañe al viejo pleito de los materiales (2).

legislatoris defiende el 'culto a los materiales' en signo de respeto al legislador. En cambio, los partidarios de la *voluntas legis* rebajarán su significado hasta decir que hay que atender al texto sólo de la ley...». El autor, tras reconocer la «autoridad ... muy grande» de los antecedentes inmediatos de las leyes para la interpretación, matizaba su importancia en nombre de una tesis objetivista: «... la interpretación ... busca conocer la finalidad actual de la norma, no la que tuviera en el momento de su origen, *occassio legis*» (p. 527).

(2) En la génesis del Código Civil español de 1889 es famosa la alusión de la Base 1.ª de la Ley de Bases de 11-5-1888 al Proyecto de Código Civil de 1851, texto que, acompañado de la exégesis de Florencio Florencio García Goyena (1783-1855), es considerado, a veces con notoria exageración, como el protointérprete auténtico del Código. Para una valoración ajustada de ya no vigente Base 1.ª v. CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España* (n. 1), 216. Actualmente, el artículo 3.1 C. C. incluye, aunque con dudosa eficacia normativa, una útil referencia a algunos elementos de la interpretación. Entre ellos se encuentran «los antecedentes históricos y legislativos» y no sólo los materiales. Sobre el precepto v. Federico de CASTRO BRAVO. «Naturaleza de

II. LA DOCTRINA TRADICIONAL Y SUS PRESUPUESTOS

Hasta inicios del segundo tercio del siglo XIX la cuestión de los materiales y de su necesaria consideración a la hora de interpretar la ley no fue objeto de discusión. Ello no debe extrañar si se recuerdan por un momento los presupuestos de la concepción tradicional de la ley y de la interpretación en la cultura jurídica del Absolutismo monárquico, así como algunas características de la tradición romanista del Derecho común:

a) Con límites más o menos precisos la doctrina jurídica de la Monarquía Absoluta concebía la ley como *expresión de la voluntad del legislador (voluntas legislatoris)*. Ello suponía en materia de *interpretación* que su objeto era la *averiguación de aquella voluntad* (3). La ley se interpretaba según su *sentido gramatical* (verba legis, Wortsinn: la denominada *interpretación gramatical*) y según su *espíritu, razón o finalidad* (ratio, sententia, mens, Geist, Grund, Zweck: la denominada *interpretación lógica*) que en el siglo XVIII se identifican con la intención o voluntad del legislador, con las finalidades por él pretendidas al promulgar la ley (4). Ambas operaciones, la una después de la otra, debían llevarse a cabo al interpretar la ley.

Esta partición entre interpretación gramatical e interpretación lógica prolongaba la vieja dicotomía *verba legis - sententia legis* del Derecho común y fundamentaba otra conocida clasificación de (el resultado de) la interpretación: la que media entre *interpretación declarativa, extensiva y restrictiva*. La primera tiene lugar cuando la sententia coincide con los verba legis, la segunda cuando aquélla es más amplia que ésta y la tercera en el caso inverso. Como decía Glück (5), tras la interpretación gramatical hay que investigar si las palabras agotan o no la verdadera intención del legislador. Ello debe juzgarse a partir del intento del legislador o de las razones que le movieron a dictar

las reglas de interpretación de la ley (Consideraciones en torno al artículo 3.º, apartado 1. del Código civil)». *ADC*, XXX (1977), 809 y ss.

(3) Del tema he tratado en otras sedes a las que me permito remitirme para evitar repeticiones: «El 'casus dubius' en los Códigos de la Ilustración Germánica (Estudios sobre la Codificación. Interpretación de las prohibiciones de interpretar. II)». *ADC*, XXXVI (1983), 17 y ss., 30 y ss. «Interpretatio necessaria. Materiales para la reconstrucción del Título Preliminar de la Compilación catalana». *RJC*, LXXXII (1983). En prensa (Primera parte del estudio citado en primer lugar y centrado en el derecho común).

(4) Para la distinción entre interpretación gramatical o literal e interpretación lógica en la época a que se hace referencia en el texto v. por todos Federico GLÜCK, *Commentario alle Pandette*. I (traducción y notas de Contardo Ferrini). S. f. Milano. Società Editrice Librai. Parágrafos 29, 34, 35 y 36 (1.ª edición alemana: 1790; 2.ª edición: 1797). Más citas en «El 'casus dubius' n. 3), 30-33, part. en nota 23.

Sobre los intentos doctrinales surgidos a partir de finales del siglo XVI (Joachim Hopper) tendentes a introducir una tercera clase de interpretación denominada *interpretatio politica*, cfr. Lutz GELDSETZER. Introducción (*Einleitung*) a la reedición de Antón Friedrich Jusus THIBAUT. *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts* (Instrumenta Philosophica. Series Hermenéutica. II). Düsseldorf. Stern Verlag Janssen und Co. 1966, XXIII (1.ª edición: 1799; 2.ª edición: Altona, 1806).

(5) *Commentario* (n. 4), parágrafo 36.

la ley, y en eso, concluía, consiste la interpretación lógica de las leyes, indaga la intención y el móvil del legislador y, a partir de ahí, decide si hay que estar al sentido literal o si hay que ampliarlo o restringirlo. Conviene recalcar que el autor señala que la ratio puede buscarse *fuera* del texto de la disposición legal concreta de que se trate, así como también *fuera* del contexto de toda la ley y encontrarse en la *historia*.

Llevada hasta sus últimas consecuencias, la doctrina clásica de la voluntad del legislador suponía establecer el *primado del canon de la interpretación lógica sobre el de la literal o gramatical*, pues no otra cosa implica sostener la necesidad de corregir (extender, restringir) la letra de la ley para adecuarla a su espíritu o razón. Además este contexto favorecía comprensiblemente un planteamiento de la cuestión de los materiales proclive a la idea de su necesaria consideración como elemento expresivo de la intención del legislador. El problema no era demasiado conflictivo mientras se siguiera pensando en el esquema de un legislador unipersonal. Antes bien, en el límite, la doctrina de la voluntad del legislador llevaría proponer e imponer la consulta a éste en caso de duda (6). Pero hasta la Revolución Liberal, es decir, hasta que el poder legislativo concebido como potestad autónoma no sea atribuido a uno o más órganos pluripersonales, la idea de la interpretación de la ley como averiguación de la voluntad psicológica del legislador histórico no se planteó como seriamente problemática (7).

b) También debe tenerse en cuenta el objeto principal de análisis de la cultura romanista del Derecho común: El *Corpus Iuris Civilis*. El Corpus no tiene «materiales» extralegislativos a los que acudir para ampliar o restringir la verba legum y, por otra parte, su surgimiento estaba muy lejano en el tiempo (8).

Además, la diversidad de fuentes, el denominado —y denostado— pluralismo jurídico del Antiguo Régimen —bajo el que hay hasta cierto punto una posibilidad de elección entre el derecho real, los derechos territoriales y locales, escritos o no, y el derecho común integrado por la doctrina provoca que los problemas interpretativos que se planteen frente a una disposición concreta puedan solucionarse en muchos casos atendiendo a otro conjunto de fuentes. El problema será, en cambio, muy otro cuando, a partir de la Codificación, las soluciones interpretativas deban justificarse a partir de un conjunto único y sistemático de reglas que no admiten posibilidad de heterointegración —es decir, ante un código en sentido moderno— (9).

(6) Cfr. «El 'casus dubius'» (n. 3), *passim*.

(7) V. al respecto Stig STRÖMHOLM. *Legislative material and construction of Statutes. Notes on the continental approach. Scandinavian Studies in Law*. 10 (1966). Edited by Folke Schmidt. Stockholm. Almqvist and Wiksell. 173 y ss.

(8) Thomas HONSELL, *Historische Argumente im Zivilrecht. Ihr Gebrauch und ihre Wertschätzung im Wandel unseres Jahrhunderts* (Münchener Universitätschriften. Juristische Fakultät. Abhandlungen zur Rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung. Band 50. Hrsg. im Auftrag der juristischen Fakultät von Sten Gagnér, Arthur Kaufmann, Dieter Nörr). Ebelsbach. Verlag Rolf Gremer. 1982. 47.

(9) STRÖMHOLM. *Legislative material* (n. 7), 177.

Por último, la tesis conforme a la cual el intérprete analiza el significado literal del texto legal pero, sobre todo, ha de estar a la *ratio legis*, no aparecerá como fundamentalmente problemática hasta que el legislador moderno comience a separar sistemáticamente del documento legal todo lo relativo a justificaciones, motivaciones o explicaciones de la disposición adoptada y reduzca ésta a pura prescripción (10). Las viejas doctrinas romanistas de la interpretación que contraponían «verba» y «ratio» no estaban pensadas para textos legales que no incluían para nada referencias a la *ratio legis*.

III. ADAPTACION DE LA DOCTRINA TRADICIONAL A LA NUEVA LEGISLACION EN UN SISTEMA CONSTITUCIONAL: LA TEORIA DEL PACTO

La discusión sobre la consideración que merecen los materiales en la interpretación de la ley surgió, pues, a inicios del segundo tercio del siglo XIX, cuando la quiebra de los presupuestos citados en el epígrafe anterior llevó a adaptar primero y más tarde a rechazar la doctrina tradicional de la voluntad del legislador a un régimen constitucional. Ello sucedió en un momento en el que coincide la emergencia de una *nueva* legislación con el hecho de proceder de la actividad *co-legislativa* de distintos órganos colegiados que discuten y enmiendan los proyectos gubernamentales.

La ocasión la ofreció una ley penal elaborada en 1834 en el Reino de Sajonia, donde, según la Carta Constitucional de 4-IX-1831, colegislaban el Monarca y dos cámaras (11). Junto con la ley habían sido publicados en forma de actas los materiales de la misma. Así, el proceso legislativo podía seguirse prácticamente en todos sus detalles.

En este contexto la posición tradicional fue defendida en 1834 por Karl Georg von Wächter (1797-1880). A él se debe la formulación de la

(10) El viejo esquema medieval de división del texto (*Invocatio, Intitulatio, Arenga, Publicatio, Narratio, Petitio, Dispositio, Minatio, Corroboratio*, firma del disponente y sello de la Cancillería) se conserva durante buena parte de la Edad Moderna: Gerhard IMMEL. *Typologie der Gesetzgebung des Privatrechts und Prozessrechts*. En: Helmut COING. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. II, 2. München. Beck. 1976, 4 y ss., 8. Para la génesis de la técnica contemporánea de formulación de las normas v. Giovanni TARELLO. *Storia della cultura giuridica moderna. Vol. I. Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna. Il Mulino. 1976. 35 y ss. Cfr. STRÖMHOLM. *Legislative material* (n. 7), 182.

(11) Ley de 8-2-1834 (*Gesetz, die Bestrafung fleischlicher Vergehungen und einiger, hiermit in Verbindung stehenden Verbrechen betreffend*). La obra de referencia sobre la cuestión histórica de los materiales es la de Maximilian SAXL. *Materialien und Gesetz*. Berlin. Verlag von R. L. Prager. 1905, 3 y ss. Modernamente: Eberhard BADEN. *Zum Regelungsgehalt von Gesetzgebungsmaterialien*. En: Jürgen RÖDIG (Hrsg.) *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*. Berlin. Heidelberg. New York. Springer Verlag. 1976, 368 y ss. 376. En la tratadística v. por todos: Helmut COING. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. 12. Auflage. Erster Band. Allgemeiner Teil. Parágrafos 1-85, *Verschollenheitsgesetz*. Berlin. J. Schweitzer Verlag. 1980. Introducción (Einleitung), parágrafo 132.

denominada *teoría del pacto (Paktentheorie)* (12). El autor partía de la doctrina de la voluntad del legislador y del predominio de la interpretación lógica sobre la literal y la adaptaba a un mundo de nuevas legislaciones producto del quehacer de órganos colegiados más o menos representativos: No se trata solamente, decía, de que el juez *podiera* utilizar los materiales como medio auxiliar (*Hilfsmittel*) en la averiguación del verdadero sentido de la ley. Eso era algo que se daba por descontado. Lo que v. Wächter defendía es que el juez *debía* investigar la *intención* del legislador *más allá* del *sentido literal*. Y este deber tenía una clara concreción: la exigencia de considerar y estar a los materiales prelegislativos siempre que, en aquellos puntos en que las soluciones normativas por ellos propuestas discreparan de las palabras de la ley, quedase claro que había habido un acuerdo expreso o tácito (como sería la falta de discrepancia de una Cámara de la solución motivada propuesta por el Gobierno o la otra Cámara) (13). De esta forma la doctrina tradi-

(12) En un trabajo escrito primero en latín y publicado luego en alemán en Leipzig: *De lege saxonica d. VIII m. febr. a. 1834*. Las citas se hacen aquí a partir de la versión alemana: *Ueber die Auslegung der in den constitutionellen Staaten mit Zustimmung der Stände gegebenen Gesetze überhaupt, und des K. Sächsischen Gesetzes v. F. Februar 1834 ins Besondere*. Recogido en sus *Abhandlungen aus dem Strafrechte*. I, 2. Capitel, 242 y ss. Leipzig. Weidmann'sche Buchhandlung. 1835.

(13) Von Wächter partía del principio de que para la validez de una ley es preciso el acuerdo de los estamentos: «... der Grundsatz ... dass zur Gültigkeit eines Gesetzes Zustimmung der Stände erforderlich ist...» (*Auslegung* (n. 12), 244). En un Estado constitucional, añadía, las leyes vienen precedidas por un proceso de discusión y estudio del que resultan los motivos y finalidades de las mismas. La pregunta es entonces hasta qué punto pueden y deben los jueces hacer uso de esos materiales. Para responder a ella, acudía v. Wächter a la vieja doctrina de la interpretación: La ley se interpreta *gramatical* o *lógicamente*: «Nur das, was in den Worten des promulgirten Gesetzes enthalten ist, oder was der Gesetzgeber unter diesen Worten begriffen wollte ... hat man als Gesetz anzuwenden» (p. 247). Y, por supuesto, la interpretación lógica prima sobre la gramatical, pues es un principio indiscutido que el juez debe anteponer la voluntad del legislador a las palabras de la ley: «Es ist ... keinen Streite unterworfen ... dass der Richter ... die Worte des Gesetzes in dem nachgewiesenen Sinne Dessen, von dem das Gesetz herrührt, zu nehmen und anzuwenden hat, und dass er, wenn erweislicher Maassen das Gesetz mit seinen Worten *mehr* ausdrücken oder *weniger* bestimmen wollte, als ihre eigentliche Bedeutung besagt, im erstern Falle das *Mehr*, im letztern Falle das *Weniger* zur Anwendung bringen muss, und nicht an die Worte sich halten darf» (p. 245). Y es del acuerdo de los colegisladores plasmado en los materiales de donde resulta en un Estado constitucional esa voluntad del legislador que prima sobre la letra de la ley: El autor establecía siete reglas que especifican cuando se producía este acuerdo y cuándo había que entender que se daba con carácter tácito. Así, por ej., la primera de estas reglas decía que si un punto del Proyecto del Gobierno había sido aprobado por las Cámaras, había que presuponer que el texto debía entenderse en el sentido que resultaba de los motivos expuestos por el Gobierno en relación con ese punto (p. 245).

O bien, decía la tercera regla, propuesta una enmienda por un solo miembro de una de las Cámaras y aceptada por aquéllas y por el Gobierno, debía entenderse el texto en cuestión según la motivación que el proponente ofreció para la enmienda (p. 246).

V. Wächter no desconocía que se podía objetar a sus propuestas el que

cional del primado de la interpretación lógica entendida como averiguación de la voluntad del legislador histórico se mantenía adaptada a las nuevas circunstancias mediante el recurso a la idea de pacto entre los distintos protagonistas constitucionales del proceso legislativo: Es ley la voluntad concorde de los colegisladores manifestada en el texto final o recogida en los materiales que llevan al mismo.

La *Paktentheorie* de v. Wächter encontró algunos seguidores en los años inmediatamente posteriores (14) pero muy pronto se vería contradicha.

IV. CRITICAS A LA TEORIA DEL PACTO. SAVIGNY. DOCTRINAS OBJETIVAS DE LA INTERPRETACION

La doctrina de la interpretación lógica entendida como investigación de la intención del legislador más allá de la letra del texto legal y, ulteriormente, la propia noción de ley como expresión o manifestación de la voluntad del legislador histórico fueron objeto de sendas críticas:

a) *Por un lado el canon de la interpretación lógica acabaría por ser desacreditado en el marco de la tradición civilista.* Ello sería obra del Savigny maduro del primer volumen del *Sistema* (1840). Pero ya muchos años antes el propio Savigny o, incluso, algunos teóricos de la doctrina de la interpretación lógica habían criticado la idea de que se puede investigar la intención del legislador más allá de la letra. Así, por ej., Thibaut enseñaba desde 1799 que, dado el principio según el cual el súbdito sólo ha de obedecer como ley lo que como tal ha sido publicado, la interpretación lógica sólo tenía lugar allí donde el espíritu de la ley se había manifestado jurídicamente (15). Y en la

suponían que el juez debía fallar conforme a textos no promulgados como ley: «... dass ... bei ihnen der Richter die Landtagsacten auf das Genaueste studiren, und aus ihnen praktische Resultate herleiten müsste...» (p. 248).

Pero respondía a ello diciendo que el juez debía interpretar la ley según el sentido e intención del legislador («Sinn und Absicht des Gesetzgebers») y que para averiguar esto último podía y debía utilizar todas las fuentes a su alcance: «Jede glaubhafte bewährte Nachricht über diesen Sinn muss und darf der Jurist benutzen, und die Worte des Gesetzes sind blos der Träger dieses, durch alle Hülfsmittel der logischen Interpretation zu eruirenden, Sinnes ... [y por ello] ... darf und muss man auch über diese Worte hinausgehen, wenn aus andern Quellen bestimmt nachzuweisen ist, dass der Gesetzgeber einen andern Sinn ihnen verband» (p. 248).

(14) Sobre todo entre los comentaristas del Código Penal sajón de 1838. Citas en Wilhelm Michael SCHAFFRATH. *Theorie der Auslegung constitutioneller Gesetze nach constitutionellen Staats- und gemeinen deutschen Rechte*. Leipzig. Fest'sche Verlagsbuchhandlung. 1842. Parágrafos 41 y ss., pp. 86 y ss. (Especialmente para SCHLETTER v. parágrafo 42, p. 88). V. también: Robert von MOHL. *Politik. Monographien von ...* Erster Band. Tübingen, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung —Laup und Siebeck—. *Ueber Bureaukratie* [Publicado originariamente en *Tübingen Zeitschrift für St. W.* 1846, 330 y ss.] 99 y ss.

(15) *Theorie der logischen Auslegung* (n. 4). Parágrafo 9, pp. 29-30. En Thibaut hay dos clases de interpretación lógica: la interpretación lógica según

Metodología jurídica del invierno 1802-1803 (pero publicada por vez primera en 1951) Savigny escribía que usualmente se dice que en la interpretación todo depende de la intención del legislador. Mas eso, añadía, sólo constituye media verdad: interpretación es reconstrucción del pensamiento que se ha expresado en la ley en tanto cuanto resulta reconocible a partir de la propia ley (16). Y la idea tradicional de que la investigación de la razón o fundamento de la ley sirve para extenderla o restringirla (interpretación extensiva o restrictiva) le parecía absolutamente desechable (*verwerflich*); eso no era interpretación sino arbitrio pues suponía salirse de lo que estaba dado objetivamente en la ley, buscando una *ratio* que las más de las veces la ponía el intérprete para modificar según ella la ley (17).

En el *Sistema* ya sólo quedan rastros del viejo esquema dual de la «interpretación gramatical - interpretación lógica». Y la razón es conocida: la interpretación lógica tradicional enseña a *corregir* la ley y esa no es la tarea de la interpretación doctrinal cuyo objeto es *conocerla* (18). Por eso Savigny se opone a la citada dualidad. La dicotomía es entonces sustituida por una *cuatripartición de elementos* (el gramatical, lógico, histórico y sistemático) y no ya de *clases* de interpretación: Por un lado, el elemento lógico cambia de sentido: ya no se entiende como dirigido a la averiguación de la intención del legislador o de la finalidad pretendida por éste con la ley, sino a la descomposición del pensamiento, es decir, a la relación lógica en que están sus distintas partes (19). Además, la adición de los elementos históricos y sistemático refuerza la pérdida de importancia de los otros dos (20). Y la posibilidad, ínsita en la doctrina tradicional, de oponer los resultados a los que se llega con una clase de interpretación (la gramatical) a los derivados de otra (la lógica) que-

la intención (Absicht) del legislador (parágrafo 2, p. 13) y la interpretación lógica según el fundamento (Grund) de la ley (parágrafo 3, pp. 15-16); «... Ideen durch welche der Gesetzgeber zunächst zu einer Vorschrift bewegt wird...», parágrafo 16, p. 68). Pero ambas clases comparten el límite citado en el texto.

Análogamente: Franz SCHOEMANN. *Handbuch des Civilrechts*. I. Giessen und Wetzlar, bei Tasché und Müller. 1806: «Die möglichste Sicherheit der Rechte der Unterthanen ist Hauptzweck, auf Welchen eine gute Gesetzgebung mittelbar berechnet eyn muss: darum kann allein die *ausgesprochene Absicht des Gesetzgebers* gesetzliche Norm seyn, aber keineswegs der Beweggrund, wenn er gleichwohl ausgesprochen ist...» (pp. 84-85); «*Absicht oder Wille des Gesetzgebers, wie dieser ihn ausgesprochen hat, ist Gesetz, nichts mehr und nichts weniger ist Gesetz...*» (p. 86). Para esta cuestión v. «El 'casus dubius'» (n. 3), 30 y ss., 42 y ss.

(16) Friedrich Karl von SAVIGNY. *Juristische Methodenlehre. Nach der Ausarbeitung des Jacob Grimm*. Herausgegeben von Gerhard WESENBERG. Stuttgart. K. F. Koehler Verlag. 1951, 19.

(17) *Juristische Methodenlehre* (n. 16), 39-40. V. «El 'casus dubius'» (n. 3), 45, nota 53.

(18) Friedrich Carl von SAVIGNY. *System des heutigen römischen Rechts*. I. 2.ª reimpresión de la edición Berlin 1840. Aalen. Scientia Verlag. 1981. Parágrafo 32, p. 210, y parágrafo 50, p. 318.

(19) *System* (n. 18), I, parágrafo 32, p. 214. Cfr. parágrafo 50, pp. 320-321.

(20) HONSELL. *Historische Argumente* (n. 8), 33.

da negada desde el momento en que los cuatro elementos se consideran a modo de operaciones a llevar a cabo al interpretar la ley pero no como cuatro clases distintas de interpretación que puedan oponerse entre sí (21).

Por último, la crítica a la doctrina tradicional culminaba con la marginación de la *ratio legis* (*Grund des Gesetzes*) del campo de la interpretación. Savigny privaba a la *ratio legis* de todo papel autónomo en la doctrina de la interpretación. La *ratio legis*, en cambio, ocupaba un lugar central en la vieja teoría de la interpretación lógica y estaba en la base de la teoría del pacto (los materiales son precisamente una fuente básica para el reconocimiento de la *ratio legis* pues las leyes, como puros mandatos, rara vez contienen referencias directas a su *fundamento*: de ahí la exigencia de acudir a los materiales en la interpretación lógica de la ley según sostenía v. Wächter). Mas en Savigny no existe un canon finalista de la interpretación sino que los dos aspectos bajo los que analiza el concepto de fundamento de la ley según se refiera al pasado o al futuro, respectivamente— se relacionan primariamente con la distinción entre *ius commune* y *ius singulare* (22): la idea de fundamento de la ley sirve ciertamente para determinar la naturaleza de *ius commune* o de *ius singulare* de la regla de derecho contenida en la ley, pero sólo con mucha precaución y dudas es lícito usarla en la interpretación (23). Siempre es difícil conocer la *ratio legis* con certeza y no siempre es la misma la relación que aquélla mantiene con el *contenido de la ley* que es el objeto de la interpretación. En cualquier caso, la idea de interpretación lógica es rechazada: Aun en los casos en que, tras profundo estudio, quepa concluir que hay que *corregir la ley* (extenderla, restringirla), dice Savigny, no se está ante un supuesto de *interpretación* sino ante uno de *integración* (24).

(21) *System* (n. 18), I, parágrafo 32, p. 214.

(22) *System* (n. 18), I, parágrafo 34, 216 y ss. El concepto de *ratio legis*, decía Savigny, se concibe desde dos puntos de vista distintos según se refiera al pasado o al futuro. Desde el primer punto de vista vale como fundamento de la ley la regla de derecho superior (höhere Rechtsregel), cuya consecuente realización ha producido la ley actual. Desde el segundo, vale como tal el efecto (Wirkung) que mediante la ley debe originarse. En este segundo sentido el fundamento de la ley se designa también como fin (Zweck) o intención (Absicht) de la ley. Sería un error contraponer ambos puntos de vista, pero hay una diferencia relativa entre ambos. Esta consiste en que a veces es uno y a veces es el otro aspecto el que predomina en cada ley concreta. En el derecho regular (*ius commune*) predomina la relación con la regla de derecho anterior que la ley desenvuelve y el fin es el general de que el derecho quede más claramente determinado y que sea mejor aplicado. En el derecho anómalo (*ius singulare*) domina en cambio la relación con lo que se pretende conseguir en el futuro... Para la idea de *ratio legis* en Savigny v. Bruno SCHMIDLIN. *Das Problem des Gesetzeszweckes in der Auslegungslehre Savignys. Convivium utriusque iuris. Festschrift Dordett*. Wien. 1976, 79 y ss, 85.

(23) «Ungleich bedenkllicher, und nur mit grosser Vorsicht zulässig, ist der Gebrauch des Gesetzesgrundes zur Auslegung der Gesetze...». *System*. (n. 18), parágrafo 34, p. 220.

(24) «Consequente Fortbildung des Rechtes (nicht Auslegung)», dice Savigny, *System*, I, parágrafo 50, p. 323. Cuando trata del fundamento de la ley (parágrafo 34, p. 216 y ss.), advierte que su conocimiento puede ser más

La obra de Savigny actuaba aquí, como en otras partes de la misma, en el sentido de reforzar las bases de una concepción autónoma e idealista del derecho: éste se piensa como un objeto de conocimiento que es analizable (mediante una específica metodología interpretativa una vez que la crítica ha fijado los textos y los ha conciliado sistemática e históricamente) al margen en gran medida de sus presupuestos históricos *concretos*. La ley se arranca del mundo en que surge, de las finalidades concretas que el legislador histórico pretendió conseguir con su promulgación y se analiza en cambio de forma siempre preferente en su *conexión con el conjunto del sistema de la legislación* («durch den Zusammenhang der Gesetzgebung») y sólo secundaria y cautelosamente por referencia al *fundamento*. La vieja interpretación lógica que preguntaba específicamente por la finalidad originaria y concreta, por la explicación real de la ley cambia de sentido y es degradada a *elemento lógico*. Cuando Savigny expulsa del arsenal interpretativo el canon de la interpretación lógica, facilita la adaptabilidad y posibilidad de enriquecimiento de la ley que se interpreta en cada caso. Aunque Savigny no era un objetivista, preconizaba de hecho la disociación legislador-ley que luego consagrarían los partidarios de la doctrina objetivista de la interpretación (25).

b) Por otro lado, *se restringiría el concepto de ley* en el marco del derecho constitucional.

En el contexto de la polémica sobre los materiales, la crítica fundamental provendría de autores como Wilhelm Michael Schaffrath (*Teoría de la interpretación de leyes constitucionales*, 1842 (26)) que propondrían desvincular tajantemente la ley del proceso de su génesis y elaboración concretando con ello el objeto de la actividad interpretativa al texto legal publicado como tal.

Como ley, decía Schaffrath, vale sólo la voluntad declarada —pu-

o menos cierto alcanzando la máxima certidumbre cuando el legislador lo expresa. Mas incluso entonces, permanece separado del contenido de la ley y no puede considerarse como parte del mismo. Por eso no pierde vigencia una ley cuyo fundamento no es conocido ni siquiera en el caso de saber que no ha tenido ningún fundamento propio. Pero, concede Savigny la relación del fundamento con el contenido de la ley es de dos clases: en unos casos es relación de fundamento a consecuencia (*f. especial*) y en ellos la *ratio legis* aparece como idéntica a su contenido; mas en otros ambos aparecen muy alejados entre sí (*f. general*). El fundamento especial (nunca el general) puede usarse con mucha cautela para adecuar la *letra* de la ley a su *pensamiento*: es la *interpretación extensiva* o *restrictiva* (parágrafo 37, p. 230 y ss.) que Savigny trató problemáticamente de distinguir de la *corrección* de la ley que restringe o extiende no la letra sino el pensamiento mismo de la ley («den Gedanken selbst»). Es contra esta operación contra la que dirige su crítica a la interpretación lógica (cfr. *System*, I, parágrafo 50, p. 318 y ss.): el intérprete que modifica, en base al fundamento de la ley, no sólo su letra sino también su contenido, se coloca por encima del legislador olvidando los límites de su propio oficio. Integra, pero no interpreta (p. 322).

(25) Véase *System* (n. 18), párrafos 36 y 37. En general: Walter WILHELM. *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*. Frankfurt am Main. Vittorio Klostermann. 1958.

(26) *Auslegung* (n. 14).

blicada— del Poder legislativo (27). Sólo ésta es ley y no ya los juicios, manifestaciones, discusiones o motivos aislados expuestos por los singulares integrantes de aquel Poder. Y esta tesis tiene una traducción obvia en materia de interpretación: la ley se interpreta a partir de la propia ley y no a partir de otras declaraciones que carezcan de ese carácter. Los materiales prelegislativos no pueden *fundamentar* o justificar autónomamente ninguna interpretación de la ley; sólo pueden *confirmar* la que ya resulta de la misma (28). Incluso, añadía Schaffrath premonitoriamente, los motivos y fundamentaciones que acompañan a los proyectos y enmiendas en los regímenes parlamentarios son en su esencia y objeto distintos de la *ratio legis* del Derecho romano: Tienen un carácter puramente *político* y carecen de finalidad *científica*; son, a menudo, puramente subjetivos, argumentaciones políticas y *ad hominem* pensadas para persuadir a otros grupos de las Cámaras o al Gobierno. No son objetivos ni siquiera, muchas veces, las verdaderas razones de la ley que, en cambio, se esconden o manipulan (29). Y, en cualquier caso, la teoría del pacto de c. Wächter era inaceptable para Schaffrath; fingía un objeto de acuerdo inexistente: no se acuerda

(27) *Auslegung* (n. 14), parágr. 8, p. 7! parágr. 13, p. 15: «Der Wille der gesetzgebenden Gewalt an sich ist natürlich nicht erkennbar, daher auch weder verpflichtend noch Gesetz. Vielmehr gilt als Gesetz nur der *erklärte* Wille der gesetzgebenden Gewalt und *nur*, inwiefern es wirklich erklärt worden ist. Es ist daher falsch, wenn man sagt, die Unterthanen hätten die 'Absicht' und den 'Willen' oder das zu befolgen, was der Gesetzgeber 'gewollt' oder 'beabsichtigt' habe. Vielmehr haben die Unterthanen *nur den erklärten Willen* des Gesetzgebers oder nur das zu befolgen, was es als seinen Willen ausgesprochen hat. Eine Erklärung gilt nicht, wenn der Wille fehlt». Como excepción a esta doctrina cita el caso de la analogía (parágrafo 11, p. 21). Esto último más la afirmación de que la divergencia «voluntad-declaración» conlleva la nulidad de ésta (siguiendo la enseñanza de PUCHTA, *Pandekten*. Ed. 1838, parágrafo 52, p. 49 según cita) constituyen sendos residuos del subjetivismo de los que más tarde precindiría la doctrina objetiva de la interpretación.

(28) *Auslegung* (n. 14), parágrafo 16, p. 23: «nur der wirkliche, wahre, wirklich ausgedrückte, im *Gesetze* erklärte *Inhalt* des Gesetzes gilt als solches, nicht aber andere Erklärungen, als die in dem *Gesetze*» (V. también parágr. 10, p. 9).

Una ley, añadía Schaffrath, debe ser comprensible; de lo contrario, no obliga. Y debe ser comprensible por sí sola, pues únicamente el texto de la ley se da a conocer como obligatorio a los ciudadanos. De ahí sigue, decía, que: «... nur das an und für sich selbst verständliche Gesetz ... gilt als verpflichtendes Gesetz, alles Andere nicht. Auch bei der *Auslegung* eines Gesetzes darf man daher die Gründe und Mittel derselben oder die Erkennbarkeit des Willens des gesetzgebenden Gewalt nur aus dem *Gesetze selbst* schöpfen» (parágr. 17, pp. 24-25).

Este principio, decía el autor, no sólo lo pasan por alto casi todos los teóricos de la interpretación, sino que todos, salvo Thibaut, lo vulneran. Autores como Wächter o Schletter yerran en cuanto piensan que otras declaraciones distintas de la ley pueden justificar autónomamente una peculiar interpretación de la misma: «... können auch andre Erklärungen der gesetzgebenden Gewalt, als das Gesetz selbst (gesetzentwürfe, Decrete, Motiven, Deputationsgutachten, ständische Schriften u.s.w.) nicht an und für sich allein eine besondere Auslegung des Gesetzes ... *begründen* und *erweisen*, sondern nur eine solche Auslegung und einn solchen Sinn des Gesetzes *bestätigen*, der aus ihm selbst schon sich ergibt ...» (Ibídem).

(29) *Auslegung* (n. 14), parágrafo 17, p. 16.

sobre los motivos sino sobre las palabras del proyecto que va a ser ley. Sólo ese texto es objeto de aprobación concorde por el Poder Legislativo (30).

Aunque Schaffrath no era, propiamente hablando, un objetivista (31), parece obvio que tanto su crítica a la teoría del pacto como su concepción de la ley anticipaban los argumentos más tarde esgrimidos por la doctrina objetivista. Y es de resaltar que Heinrich Thöl, el autor que normalmente pasa por ser el precursor de la doctrina objetiva, escribió en 1851 la conocida frase según la cual «la ley mediante su publicación se separa del legislador» en el marco de una crítica a la doctrina de la necesaria consideración de los materiales prelegislativos (31), (32). La crítica a la *Paktentheorie* devenía así una de las bases de la doctrina objetiva de la interpretación. Por ello no es de extrañar que la formulación «oficial» de esa doctrina en 1885-1886 por obra de Karl Binding, Adolf Wach y Joseph Kohler marcara el punto más bajo en la consideración y valoración de los materiales prelegislativos de toda la edad contemporánea (33).

(30) *Auslegung* (n. 14), parágrafo 17, p. 27: «Nicht über die Motiven und Auslegung, sondern nur über die Worte des Gesetzentwurfes wird abgestimmt.»

(31) De acuerdo Karl LARENZ. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. Auflage. Berlin. Heidelberg. New York. Springer Verlag. 1979, 35, nota (35).

(32) Heinrich THÖL. *Einleitung in das deutsche Privatrecht*. Göttingen. Verlag der Dieterischen Buchhandlung. 1851. Parágrafo 60, IV, p. 50. La conocida imagen de la doctrina objetiva según la cual la ley puede ser más sagaz que el legislador que la redactó («... das Gesetz einsichtiger seyn kann, als der oder die Gesetzgeber...») proviene también de Thöl (ibíd.), quien señalaba que el texto legal debía entenderse en su conexión sistemática con todo el resto del ordenamiento asumiendo así un sentido autónomo y desvinculado del pretendido por sus redactores.

(32) Para la polémica entre Levin GOLDSCHMIDT y Friedrich von HAHN surgida a raíz de la promulgación del *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* de 1861, v. BADEN, *Regelungsgehalt* (n. 11), 379-380.

Von HAHN no negaba la posibilidad de usar los trabajos preparatorios en la interpretación de la ley, mas los consideraba como la pura y simple obra de un particular a juzgar por su mérito o valor intrínseco y no por conformar la voluntad del legislador. Ley, decía, es la voluntad solemnemente declarada (es decir, promulgada y publicada). Incluso añadía apuntando a las doctrinas objetivas de la interpretación: «Die Römer brauchen daher auch in völlig gleicher Bedeutung mit Wille des Gesetzgebers den Ausdruck: *Wille des Gesetzes*...». *Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, I, 2, Aufl, Braunschweig. Druck und Verlag von Friedrich Vieweg und Sohn, 1871, p. XLIX.

GOLDSCHMIDT defendía en cambio una versión dulcificada de la teoría del pacto: «... soweit aus [den Motiven und Protokolle] der Wille der Verfasser und der im vorliegenden Fälle damit übereinstimmende Wille der Gesetzgebungsfactoren aller Einzelstaaten über den Inhalt der gesetzlichen Bestimmungen sich ergibt, sind sie das wichtigste Hilfsmittel zur Feststellung des gesetzgeberischen Willens...». En «Ueber die Benützung und Bedeutung der Berathungsprotokolle für die Interpretation des Deutschen Handelsgesetzbuchs». *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, X (1866), 40 y ss., 46. El autor criticaba también la opinión de SCHLESINGER, según la cual la ley debe entenderse en el sentido en que es interpretada razonablemente por el pueblo, opinión que luego fundamentarían autores como Erich DANZ en el marco de la doctrina objetiva. *Vide infra*, nota 61.

(33) Adolf WACH, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, Duncker und Humblott, 1885, I, 255-257:

El objetivismo dio un paso más en el proceso de independización y, casi por consiguiente, de idealización de la ley positiva que es arrancada del concreto proceso histórico de su génesis. La idea, apun-

«Das Gesetz... ist Willensäußerung nicht nur in dem Sinne, dass die Aeußerung ein gewolltes ist, sondern dass das beäusserte selbst Wille ist... nicht ist es Wort, hinter welchem ein Wollen steht, sondern Wort gewordener Wille...

... Mit der Objektivierung in verbundener Gesetzform hat er sich von der Person des Urhebers gelöst... Das Gesetz gilt, auch wenn der Gesetzgeber mit ihm keinerlei Gedanken über diesen Inhalt verband... Der Gesetzwille ist also unabhängig von der Vorstellung des Gesetzgebers über den Inhalt des Gesetzes. Er will 'das Gesetz' und damit die im Gesetz enthaltenen Normen.

Das Gesetz ist... *eine konstante lebendige Kraft*. Daraus folgt, dass die juristische Hermeneutik wesentlich verschieden ist und sein muss von der philologisch-historischen. Letztere ist die Darlegung einer historischen Tatsache, die juristische Auslegung ist die Engliederung des Theiles in das Allgemeine, die Unterordnung des Speciellen unter das allgemeine, des Mittels unter den Zweck: mit einem Worte: sie ist nicht nur eine philologisch-historische, sondern zugleich eine rationelle.»

Y, en contra de la teoría del pacto, añadía WACH:

«Das Parlament beschliesst nur über den Text, nicht über den Sinn des Gesetzes; die Uebereinstimmung der sogen, gesetzgebenden Faktoren ist nicht Vertrag über den bestimmten Sinn, sondern vereinbarte Feststellung des Textes» (p. 261).

Karl BINDING, *Handbuch des Strafrechts*. Band I. Leipzig. Duncker und Humblott, 1885, 450 y ss.:

«Auslegung des einzelnen Rechtssatzes [ist] die Erfassung desselben als Theils des Ganzen. Inhalt des Rechtssatzes ist nicht ein Gedachtes, sondern ein Gewolltes; Erfassung dieses Inhaltes nicht Gedanken-Rekonstruktion, sondern die *Erkenntniss des Inhalts, der Tragweite und der Autorität eines konkreten Stückes des Rechtswillens*. Hauptmittel dieser Erkenntniss ist nicht wie bei der Auslegung des Schrifttellers der dem Gedanken untergeordnete Ausdruck, sondern das als maassgebend für dem Willensgehalt gewählte...

Die Gesetzgebung bedeutet für den Inhaber der gesetzgebenden Gewalt geradezu eine Entäußerung seines Individual-Willens: Der Wille des Rechts tritt ihm nun als objektive Macht gegenüber...

Durch die Lösung des Rechtswillens vom Individuum erlangt das Recht die Fähigkeit trotz allem Wechsel der Gesetzgeber Generationen auf Generationen zu beherrschen, erlangt es zum nicht geringen Teil seinen Reichtum und seine Schmiegsamkeit...

... was aber in Wahrheit das Gesetz dankt, also auch will, darüber entscheidet nach seiner Publikation kein persönlicher Wille mehr. *Das Gesetz* denkt und will, was der vernünftig auslegende Volkgeist aus ihm entnimmt...

Joseph KOHLER, «Ueber die Interpretation von Gesetzen». *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, XIII (1886), 1 y ss.:

«... nicht, was der Verfasser des Gesetzes will, ist entscheidend, sondern was das Gesetz will-allerdings hat das Gesetz keinen Willen im psychologischen Sinne, wohl aber einen Willen im teleologischen Sinne als organisches Zweckbestreben...

Der Verfasser des Gesetzes kann ein Gesetz schaffen oder nicht schaffen; schafft er es aber, so schafft er es mit allen seinen unmittelbaren und mittelbaren rechtlichen Folgen, die möglicherweise ausserhalb seines Gesichtskreises liegen... Das Gesetz steht dem Verfasser des Gesetzes ebenso als ein Neues, Drittes, ja als ein Fremdes gegenüber...

Welcher Irrthum, anzunehmen, dass nur die von dem Verfasser des Gesetzes gewollten Folgen eintreten! Ein ganzes Menschenalter ist kaum genügend, um einen Rechtssatz in der unendlichen Fülle seines Inhaltes zu erkennen...».

tada por Schaffrath y sobre todo por Thöl de la escisión de la ley del resto de la realidad que la origina o, más precisamente, la separación entre ley y legislación está gráficamente presente en la obra de los tres autores antes citados como definidores del objetivismo: lo decisivo, se nos dirá, no es la voluntad del legislador sino la de la ley, lo que ésta quiere y no lo que quiere aquél, la voluntad hecha palabra que, al desvincularse de sus creadores, adquiere la capacidad de adaptarse a necesidades de regulación nuevas e incluso ni siquiera imaginadas por aquéllos.

A la ley como objeto específico y único de análisis corresponde un método también específico: la *interpretación jurídica*. Y ésta, se recalca ahora, no es una mera *interpretación histórico-filológica* que tienda a reconstruir un fenómeno histórico concreto como sería el pensamiento originario del autor de un texto. Por el contrario, la interpretación jurídica se dirige a reconstruir siempre de nuevo el sentido actual de la ley en conexión con el ordenamiento de que forma parte para aplicarla a una realidad variada y cambiante (34).

En el marco de la concepción objetiva el papel del legislador se reduce a fijar un texto (*Wille zur Gesetzform*, voluntad de la forma legal) pero no predetermina el contenido, el sentido de ese texto (*Wille zum Gesetzinhalt*, voluntad dirigida al contenido de la ley) (35).

Así las cosas, es obvio que no hay margen alguno para la teoría del pacto; ésta se considera como algo absolutamente inaceptable: No se trata únicamente de que sólo haya que estar a la voluntad del legislador en cuanto *declarada* en el texto legal, como había defendido Schaffrath, es que no hay cuestión de averiguación de la voluntad del legislador una vez dilucidada y resulta positivamente la cuestión de la regular aprobación de la ley.

Por eso Kohler señalaba que de una pretendida fuerza vinculante de los materiales no había ni que hablar. Suponer otra cosa, decía, sería desconocer que la promulgación de una ley es un hecho histórico, un acontecimiento concreto que se limita a introducir a la ley en la vida jurídica pero que no introduce además de eso opiniones o reflexiones sobre la ley (36). Incluso en el caso de que todos los factores legis-

(34) Véase la nota anterior y allí las citas. Modernamente puede recordarse la vivaz descripción del objetivismo de Gustav RADBRUCH, *Arten von Interpretation*. En *Récueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de Francois Géný*. Paris. Librairie du Récueil Sirey, 1934, II, 247 y ss. Posteriormente cfr. del mismo autor: *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 11. Auflage besorgt von K. ZWEIFERT. Stuttgart. K. F. Koehler, 1964, 251: «Nur der Inhalt des Gesetzes selbst entscheidet. Juristische Interpretation ist so nicht Nachdenken eines Vorgeordneten, sondern Zu-Ende Denken eines bedachten.» Por eso, naturalmente, los materiales no son para nada un medio decisivo de interpretación, sino sólo un ensayo o conato interpretativo facultativo («kein entscheidenes Auslegungsmittel, sondern nur ein unverbindlicher Auslegungsversuch». *Ibidem*).

(35) Véase la nota 33. Para la distinción entre *Wille zur Gesetzform* y *Wille zum Gesetzinhalt*, cfr. Josef LUKAS, *Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers. Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage der Doktor-Promotion*. Tübingen. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1908, I, 399 y ss.

(36) *Interpretation* (n. 33), 21.

lativos hubieran estado expresamente de acuerdo sobre el sentido de un punto concreto de la ley, su opinión no pasaría de ser *una pura manifestación privada, particular* pues el legislador obra sólo a través de las palabras de la ley (37).

El dualismo ley-legislación está aún más acentuado si cabe en Binding: Para el desarrollo de una sana interpretación, decía, sería mejor que las leyes no vinieran acompañadas de una larga *Entstehungsgeschichte*, que no llegaran al mundo rodeadas por un montón de materiales (38). La interpretación jurídica no sólo puede prescindir de los materiales sino que debe hacerlo así.

V. EVOLUCION POSTERIOR DE LA POLEMICA. HECK Y LA REIVINDICACION DEL SUBJETIVISMO. LA DOCTRINA DEL MEDIO AUXILIAR

Las críticas de la doctrina objetiva arrumbaron con la teoría del pacto en sentido estricto, es decir, con la tesis según la cual el juez está obligado a entender la ley en el sentido que resulta de aquellos materiales prelegislativos en los que se manifiesta o, al menos, cabe presumir el acuerdo de los distintos factores legislativos (39).

Mas abandonar la idea de que es obligado estar a los materiales no supone para nada hacer lo propio con las que defienden que es posible o eventualmente útil o siempre necesario consultarlos a lo largo del proceso interpretativo de todas o algunas leyes. Se trata de la tesis o, mejor dicho, de la vaga idea conforme a la cual los materiales prelegislativos constituyen un *medio auxiliar* de utilidad variable *secundum quid*. Y, de hecho, lo más frecuente hoy es que la mayor parte de la doctrina tanto objetivista como subjetivista se mueva en torno a este segundo punto de vista. Para ello hay razones de fondo:

(37) «Der Gesetzgeber wirkt nur durch das Gesetzwort». *Interpretation* (n. 33), 26; añadía: «... im Gesetz steht, was in den Worten steht...». *Ibidem*, 27, donde además se refiere a la analogía de la ley con la obra de arte cuyos contenidos no llega a cubrir su propio creador.

(38) «Für die Entwicklung einer gesunden Auslegung wäre es besser die Gesetze kämen nicht mit einer langen Entstehungsgeschichte und nicht mit einem Wuste von Materialien behaftet zur Welt. Denn der doppelte Schaden, den diese anrichten— Entnervung der Auslegung und Versetzung des geltenden Rechts mit einer Masse unverbindlichen Stoffes—, scheint mir ihren Nutzen weit zu überwiegen». *Handbuch* (n. 33), I, 472-473.

Idéntica conclusión en Henri CAPITANT, *Les Travaux préparatoires et l'interprétation des Lois. Récueil Gény*, II (n. 34), 205 y ss., 214: «L'interprétation des lois gagnerait en certitude si l'on faisait abstraction complète des travaux préparatoires». Más citas en SAXL, *Materialien* (n. 11), 34.

(39) Con todo, cfr. Ernst Rudolf BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, IV, Neudruck der im Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) erschienen Auflage von 1894-1917. Aalen, Scientia Verlag, 1961, 268 y ss., quien sostuvo reiteradamente una versión modificada de la *Parktentheorie*. El autor acabó por defender que la ley debía ser interpretada de manera análoga a los contratos. Es de destacar que si el subjetivismo ha buscado siempre la analogía entre interpretación de la ley e interpretación del contrato, el objetivismo ha tendido a hacerlo con el testamento entendido como paradigma de negocio solmne. V. CAPITANT, *Travaux préparatoires* (n. 38), 205 y ss.

1. Por un lado, las doctrinas objetivas de la interpretación no llegaron a eclipsar totalmente a las subjetivas (40) ni tampoco todos los objetivistas se han expresado con igual rigidez ni desde luego con la misma que se lee en los escritos programáticos de esta tendencia. Si el subjetivismo puro de la teoría del pacto prohibiría investigar la voluntad del legislador de otra forma que no fuera estudiando la génesis de la ley, un objetivismo también extremo prohibiría acudir a la *Entstehungsgeschichte* (41). Pero lo más frecuente no ha sido eso sino que dentro del predominio de concepciones objetivas, se ha impuesto en la práctica la defensa de versiones templadas o mixtas de ambas doctrinas (42).

2. También hay que tener en cuenta que la doctrina objetiva fue muy pronto sometida a duras críticas (43). Si el subjetivismo había sido censurado por personar ficticiamente a un *legislador* más o menos imaginado (44), el objetivismo lo sería a su vez por hacer lo propio con una *voluntad* soportada ahora por el texto legal (45). La idea, además,

(40) Así, por ej., un autor de tanta influencia como Bernhard WINDSCHEID y que sobrevivió a la formulación de la doctrina objetiva (Windscheid muere en 1892), defendió tanto la doctrina *subjetiva* (la primera pregunta a formularse en interpretación es, decía, «welchen Sinn hat der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden?»). *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Auflage, Aalen, Scientia Verlag, 1963, I, parágrafo 20, p. 97) como la distinción entre interpretación gramatical e interpretación lógica que Savigny había criticado (I, parágrafo 21, pp. 98-102. Pero Windscheid se limitaba a decir que llamaba interpretación lógica a todaaquella que *va más allá*—hinausgehen— del resultado al que se ha llegado mediante la interpretación gramatical).

(41) HONSELL, *Historische Argumente* (n. 8), 20.

(42) Para una defensa de la «parte de verdad» que hay en ambas teorías, cfr. LARENZ, *Methodenlehre* (n. 31), 303, quien es matizadamente objetivista. Análogamente, COING, *Staudinger. Allgemeiner Teil* (n. 11), parágrafo 131, 4 y ss.

Elencos de los autores que a lo largo del último siglo se han ido alineando a favor de una o de otra doctrina, pueden verse en: Arthur MEIER-HAYOZ, «Die Bedeutung der Materialien für die Gesetzesanwendung». *Schweizerische Juristen-Zeitung/Revue Suisse de Jurisprudence*, Heft 14, 15.7.1952 (48, Jahrgang), 213 y ss.; Heft 15, 1.8.1952, 229 y ss. Ludwig ENNECERUS-Ans Karl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch*, 15. Auflage, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, parágrafo 54, pp. 324 y ss. Karl ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*. Stuttgart. Berlin. Köln. Mainz. Verlag W. Kohlhammer, 5. Auflage, 1977, 88 y ss. Gerhard HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes - subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung», *ZZP*, 94, Heft 2 (1981), 192 y ss. HONSELL, *Historische Argumente* (n. 8), 19 y ss., y 171 y ss.

(43) HONSELL, *Historische Argumente* (n. 8), 36 y ss.

(44) V. por ej., Max RUMPF, *Gesetz und Richter. Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung*. Neudruck der Ausgabe Berlin 1905. Aalen. Scientia Verlag, 1970, 108.

(45) En frase de Carl SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, 2. Auflage. München, Beck, 1969 (1.ª edición, 1912), 30. Y si lo que se hacía preveyendo esa objeción era decir que la palabra «voluntad» no había de entenderse en sentido psicológico, sino en uno «orgánico», «teleológico» o «normativo», entonces uno pierde ya la noción del objeto del discurso. Cfr. al respecto el texto de KOHLER antes reproducido, *Interpretation* (n. 33), 1-2. Y, en seguida, en contra véase Sieg-

de que la ley se desgaja del entorno histórico que la crea y la imagen de la ley como más astuta que sus redactores fueron acusadas de enmascarar oblicuamente una propuesta de ampliación del arbitrio judicial (46) para lo que el culto a los materiales podía ser un obstáculo. Esta última consideración pesó aún más en el cambio de siglo cuando distintas corrientes de la entonces denominada «nueva metodología» (47) coincidían en el contenido de aquella propuesta (derecho libre, jurisprudencia sociológica, etc.). Así, no es de extrañar que el trabajo más importante publicado en aquella época sobre los materiales —la monografía de Maximilian Saxl— partiera del «sociologismo» y de la «interpretación teleológica» (48) a la hora de considerar a los materiales simplemente como «un espejo, a veces más bien turbio, de la época de surgimiento de la ley» (49).

3. Por último hay que recordar que la jurisprudencia de intereses de Philipp Heck supuso una revalorización del momento de la *Entstehungsgeschichte*, del subjetivismo, en la interpretación de la ley iniciándose desde el punto de vista de la doctrina subjetiva la verdadera sistematización y crítica de las doctrinas objetivas. La reivindicación del subjetivismo es comprensible si se recuerda que Heck partía de la base de que el método correcto de interpretación debe comenzar con la investigación histórica de los intereses reales que han causado u originado la ley, investigación que lleva al juez a reconocerlos y atenderlos en la resolución del caso que se le plantea (50). Heck ordenó y criticó los argumentos de la doctrina objetiva de la forma que luego ha sido más utilizada por los autores que han tratado de ella en conexión con la polémica de los materiales (51). Los argumentos en cuestión son los cuatro siguientes:

mund SCHLOSSMANN, *Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Gesetzesauslegung*. Jena. Verlag von Gustav Fischer, 1903, 33: «Das Gesetz, das... nur ein bedrucktes Blatt Papier ist, kann nicht denken und wollen...». Con mayor rotundidad, SCHMITT: «Nur ist zu bedenken, dass man uner einen 'lebendigen Organismus' nicht subsumieren kann...», en la obra aquí citada, 36.

(46) Cfr. la crítica del precursor del movimiento del Derecho Libre, Oscar BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*. Neudruck der Ausgabe Leipzig, 1885. Aalen, 1972, 35: «Gewiss: das Gesetz ist oft klüger als sein Urheber, das Gesetzbuch weiser als der Gesetzgeber! Mit andern, nüchterneren Worten und wohl noch schärfer zutreffend: den *Richtern* wird oft eine *grössere und bessere* Rechtseinsicht zugemutet und zugetraut als dem *Gesetzgebungspersonal!*». V. también SCHLOSSMANN, *Irrtum* (n. 45), 35. Para la doctrina actual, cfr. HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers» (n. 42), 200-206.

(47) Sobre esto, véase CASTRO, *Derecho Civil de España*, I (n. 1), 501.

(48) «Wie ist das Gesetz auszulegen?... wie es dem aktuellen Bedürfnisse des Lebens und dem jeweiligen Stande menschlichen Erkenntnis entspricht». *Materialien* (n. 11), 30.

(49) «... ein (mitunter trüber) Spiegel ihrer Zeit...». *Materialien* (n. 11), 31.

(50) Philipp HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*. Tübingen. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1914 [también publicado en *AcP*, 112 (1914), 1-313], 59-60. A la investigación histórica de los intereses se añade ulteriormente una labor de integración emocional («emotionale Fortbildung»), por la que el juez desarrolla valorativamente los mandatos legales (59, 100 y ss.).

(51) *Gesetzesauslegung* (n. 50), 67 y ss. Posteriormente v. ENGISCH, *Ein-*

a) *Argumento de la voluntad (Willensargument)*: En un régimen constitucional en el que la actividad legislativa corresponde a distintos órganos pluripersonales ya no hay cuestión de hablar de voluntad del legislador porque no hay tal ni, por consiguiente, los proyectos o proposiciones de ley, las enmiendas, trabajos de comisiones o justificaciones de voto manifiestan en ningún caso voluntad legislativa alguna. Pretender utilizar los materiales lleva en la práctica a recaer directa o indirectamente en la teoría del pacto. Y ésta era, como se vio, un intento anacrónico de trasplantar la doctrina de la interpretación propia del Antiguo Régimen —que sólo reconoce un soberano único y absoluto— a un régimen parlamentario en el que el «mandato» legislativo no es imputable a un acto individual de decisión.

b) *Argumento de la publicación o de la forma (Formargument)*: La actividad interpretativa recae únicamente sobre las fuentes en sentido estricto y no sobre el material que las precede. Lo que se interpreta es el texto legal concreto, formalmente aprobado y publicado como tal. Otros textos no son derecho ni, por tanto, vinculan al juez.

c) *Argumento de la confianza (Vertrauensargument)*: Al ciudadano sólo le obliga el mandato que como ley se le posibilita conocer. La ley obliga no sólo cuando se publica sino en lo que se publica. En virtud de una elemental exigencia de seguridad jurídica, los ciudadanos deben comportarse en la forma que indica la ley publicada pero no de la manera que quepa colegir del texto publicado reinterpretado a partir de materiales tal vez nunca publicados y, en todo caso, no publicados como ley.

Los tres argumentos anteriores establecen una división tajante entre lo que es derecho y lo que no lo es, entre lo que es objeto de la actividad interpretativa y lo que no. Y a la *dualidad en el objeto* correspondía en el credo objetivista una *dualidad en el método*: el estudio de los materiales y, en general, el del surgimiento de la ley corresponde a una simple y auxiliar *interpretación histórico-filológica*. Pero la *interpretación jurídica* no ha de estar a los materiales prelegislativos. Y como ya se apuntó, ello es así no sólo por el carácter extralegal de los materiales sino además porque el intérprete no está para nada vinculado a la interpretación histórica. Se trata aquí del argumento que Heck llamaba

d) *Argumento de la integración (Ergänzungsargument)*: El contenido histórico no basta para satisfacer las necesidades de la vida. La ley, desligada de la realidad histórica que la ocasionó y del sentido que coyunturalmente se le atribuyó adquiere, integrada en cambio en el ordenamiento tomado en su conjunto, infinitas posibilidades de aplicación (52): *Interpretatio ex nunc y no ex tunc!* (53).

Heck intuyó que esta manera de pensar conducía, llevada al límite, *führung* (n. 42), 91. BADEN, *Regelungsgehalt* (n. 11), 384. HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers» (n. 42), 207. ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil* (n. 42), parágrafo 53, pp. 323 y ss. Con diferente sistemática v. STRÖMHOLM, *Legislative material* (n. 7), 177 y ss.

(52) Cfr. BADEN, *Regelungsgehalt* (n. 11), 391.

(53) ENGISCH, *Einführung* (n. 42), 90.

a una tesis irracionalista: el conocimiento perjudica al derecho. El estudio de la génesis de la ley, el intento de explicarla históricamente limitaría o interferiría el proceso de su aplicación judicial por lo que se trataría de dos actividades a mantener radicalmente separadas. Contra ello protesta el subjetivismo y con razón: «Las leyes no caen del cielo», decía Heck, son, por el contrario, el producto históricamente muy real de empeños y aspiraciones humanas y por ahí hay que empezar a la hora de interpretarlas (54).

Descendiendo luego al terreno específico de la reivindicación de la doctrina subjetiva en pugna con los argumentos citados del objetivismo, el primero de ellos, el argumento de la voluntad, era contradictorio o al menos matizado: se señalaba que las leyes sí tienen efectivamente impulsores, proponentes, enmendantes y redactores técnica, social o políticamente más o menos influyentes o cualificados y que, concretamente, la pregunta sobre quiénes sean formalmente legisladores es algo que resuelve la Constitución del país de que se trate en cada momento histórico (55). No se trata de analizar los materiales prelegislativo como parte de la voluntad del legislador sino de analizarlos como indicios explicativos de la ley o de los intereses en conflicto que la originaron (56). Prescindir de ellos sería privar al intérprete de un importante medio de conocimiento del sentido originariamente atribuido a la ley y de sus razones.

Sin embargo, esta llamada a la realidad en el marco de la cual se origina la ley como fenómeno histórico queda en Heck, como en muchos subjetivistas que le han seguido luego, inmediatamente contradictoria: «voluntad del legislador» se nos dice sorprendentemente, no es un concepto psicológico que refiera a hechos históricamente concretos sino un «concepto normativo» (57) o, se añade, el legislador es un sujeto imaginado a quien se imputa el mandato legislativo (58). De esta

(54) «Dass unsere Gesetze nicht vom Himmel fallen, dass sie nicht die Wirkung elementarer Kräfte sind, wie Ordel oder Vogelflug sondern dass sie das Ergebnis menschlicher Bestrebungen sind, das ist einfach notorisch...» *Gesetzesauslegung* (n. 50), 73.

(55) Se trata del concepto de legislador formal: «... Rein formell, nach der in den Verfassung und teils auch in den Gesetzen niedergelegten Zuständigkeitsordnung, lässt sich allerdings der Gesetzgeber unschwer definieren als diejenigen Instanzen, ohne deren ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung ein rechtlicher Erlass keine formelle Geltung erlangt». Peter NOLL, *Gesetzgebungslehre*. Hamburg. Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1973, 44.

(56) Heck, *Gesetzesauslegung* (n. 50), 111.

(57) Heck, *Gesetzesauslegung* (n. 50), 50, 53, 62, 64 («Das Wort 'Gesetzgeber' ist vielmehr die zusammenfassende Bezeichnung für diejenigen Gemeinschaftsinteressen, welche in dem Gesetze zur Geltung gelangt sind») y 77. Parecidamente ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil* (n. 42), párrafo 54, pp. 326-327 (el argumento de la voluntad olvida, dicen, que la doctrina subjetiva «... nicht nach einem psychologischen, sondern nach einem in Gesetzgebungsakt herrschend gewordenen normativen Willen des Gesetzgebers fragt, d. h. den im Gesetz zur Geltung gelangten Gemeinschaftswillen feststellen will...»).

(58) «In der Tat ist der historische Gesetzgeber weder eine natürliche Person, noch bilden die zusammenwirkenden Gesetzgebungsfaktoren einen realen Gesamtwillen. Gesetzgeber ist ein normativer Begriff, ein gedachtes

forma se rechaza la posibilidad que queda únicamente apuntada de concebir la interpretación como una investigación empírica cuyo objeto sería la determinación del sentido que los autores históricos de la ley le atribuyeron. Marginada esa posibilidad, no se puede menos que afirmar que la reivindicación del subjetivismo de Heck coincide en lo sustancial con el proceder real de los partidarios declarados de la doctrina objetiva difiriendo sólo en el grado de importancia que se atribuye a los materiales. En ambos casos, el recurso a los materiales —o en general el propio argumento histórico— queda reducido tal y como se señaló al principio de este epígrafe al rango de un *medio auxiliar* más de la interpretación jurídica. La diferencia entre objetivistas y subjetivistas acaba así reduciéndose al grado de importancia o relevancia que otorgan a ese medio auxiliar (59).

En la crítica de Heck y de los autores que luego le han seguido, los argumentos de la voluntad, de la forma y de la confianza se asocian también con concepciones de la interpretación jurídica que el subjetivismo considera rechazables, como, por ej., las que sostienen que la ley debe entenderse según su sentido literal o, en especial la doctrina según la cual la ley hay que interpretarla conforme a su sentido común o habitual (: el derivado de los usos lingüísticos generales, el que le atribuiría el denominado ciudadano medio, etc.). Según esta última, no cabría apartarse del significado usual pues ello supondría la mediación del intérprete entre el texto legal y sus destinatarios (: los ciudadanos), distorsionando así su sentido. Habría, pues, un significado común de los enunciados legales que iría cambiando con el tiempo en función de los usos lingüísticos de la colectividad, pero que el intérprete individual no podría alterar ni congelar (60).

Mas contra esa manera de pensar se alegrará la dificultad o incluso la imposibilidad de identificar ese sentido usual o, ante la constatación de la diversidad de sentidos, se aducirá la inexistencia de criterios de elección del uso correcto; se añadirá que las concepciones citadas llevarían en el límite a postular no sólo la proscripción del uso de los *materiales*, sino también de la *jurisprudencia de los tribunales* y hasta de la propia *doctrina científica* (61). Es decir, se sugeriría la prohibición de la interpretación judicial y doctrinal, fenómenos estos que no eran históricamente insólitos (62) pero que, desde luego, nada tenían

Subjekt, dem der Gesetzesbefehl zugerechnet wird». HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers» (n. 42), 207.

(59) Más importante ciertamente para el subjetivismo que para el objetivismo, pues prescindir de él sería «tirar el niño con el agua del baño» («das Kind mit dem Bade ausschütten») en la conocida imagen usada en este contexto por ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil* (n. 42), párrafo 54, p. 327.

(60) HECK, *Gesetzesauslegung* (n. 50), 77 y ss., y 259 y ss.

(61) Según el lema *scientia iuris nocet!*, que citaba irónicamente HECK, al criticar las tesis sobre la interpretación de Erich DANZ, *Gesetzesauslegung* (n. 50), 259. Modernamente v. BADEN, *Gesetzmaterialien* (n. 11), 387.

(62) Cfr. «El 'casus dubius'» (n. 3) e «Interpretatio necessaria» (n. 3).

que ver con las propuestas del objetivismo en tema de interpretación de la ley (63).

Al argumento de la integración oponía Heck que la interpretación histórica era un obstáculo a la integración sólo si se suponía que la labor del juez se limitaba a la mera subsunción (64). Posteriormente, el subjetivismo ha señalado que el argumento citado supone presentar como interpretación lo que no es sino integración, desenvolvimiento judicial del derecho. Es cierto, se dice, que la interpretación histórica deja muchas cuestiones sin resolver. Pero la alegada necesidad de reade-cuación de la ley a las «nuevas circunstancias» no es tarea de la interpretación sino de la integración (65). Admitida hoy la legitimación del juez para la integración del derecho (al haberse rechazado la originaria idea de que su función era puramente la subsunción), ya no hay necesidad de enmascarar so capa de interpretación lo que no es tal sino desarrollo judicial del derecho (66).

De la polémica clásica entre objetivistas y subjetivistas cabe extraer en lo que a la cuestión de los materiales se refiere algunas conclusiones:

a) De un lado, el *cambio de función de los materiales*: De fuente del derecho a fuente de conocimiento científico del derecho. Quizá la aportación fundamental de la crítica objetiva haya sido provocar un cambio definitivo en la consideración de los materiales prelegislativos. En manera alguna se consideran ya como manifestación vinculante para el juez de la voluntad del legislador. Se asumen, por el contrario, como medio auxiliar que facilita información más o menos fiable sobre la génesis de la ley y los problemas que con su promulgación se trataron de resolver (67).

b) Pero objetivismo y subjetivismo tienen mucho en común. La polémica no sirvió para dar un paso ulterior y quedó por aclarar la relación que media entre la *explicación* (histórica) de la ley y su

(63) Sino precisamente con la doctrina de la voluntad del legislador. En ocasiones se pretende contraobjetar a los tres argumentos considerados en el texto diciendo que el concepto de ley delimita el *objeto* de la interpretación, pero no los *medios* con que se lleva a cabo. En realidad ello no salva la objeción relativa, en el fondo, a lo que se puede tener en cuenta para legitimar la decisión judicial. En el mismo sentido v. Jürgen Rödig, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahren. Die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungsgerichtlichen Prozesses*. Berlin. Heidelberg. New York. Springer Verlag, 1973, parágrafo 64.5, pp. 291-292. En la doctrina civil la combinación de los principios *subjetivo* y de *rigor formal* se da específicamente en el testamento (arts. 675 y 687 C. c.). En esa sede se usa la distinción «objeto-medios» de la interpretación diciéndose que la declaración de voluntad (la «disposición» dice el art. 675) debe caer del lado del objeto.

(64) HECK, *Gesetzesauslegung* (n. 50), 88.

(65) HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers» (n. 42), 205-209. Ya antes, HECK, *Gesetzesauslegung* (n. 50), 62.

(66) BADEN, *Regelungsgehalt* (n. 11), 390.

(67) HECK, *Gesetzesauslegung* (n. 50), 111. Para el resto de la doctrina contemporánea al autor v. HONSELL, *Historische Argumente* (n. 8), 56 y para la actual, 186 y ss., así como MEIER-HAYOZ, «Die Bedeutung» (n. 42), 213 y ss., STROMHOLM, *Legislative material* (n. 7), 218, y BADEN, *Regelungsgehalt* (n. 11), 391-392.

aplicación (judicial). Aparte de la vaga manifestación —compartida por objetivistas y subjetivistas moderados— según la cual el conocimiento de la génesis de la ley puede coadyuvar a su mejor aplicación judicial, la mayor parte de la doctrina acabó por reducir el tema de los materiales al carácter de un *tópico interpretativo más*, otro elemento del arsenal de tópicos usado por la dogmática jurídica a la hora de justificar tal o cual solución propuesta. Los autores se manifiestan como objetivistas, subjetivistas o admiten seguir una dirección intermedia, pero, en la práctica, el uso de los materiales es algo que se asume como un simple argumento más a «ponderar» con los restantes (68). Como se ha dicho, la justificación de su uso acaba por ser puramente pragmática: en el fondo nadie está dispuesto a renunciar *a priori* al uso de un argumento que le podría ser de utilidad para, dado el caso, defender tal o cual propuesta interpretativa concreta (69). La dogmática triunfa así sobre la historia y consigue asimilarla reduciéndola a su propia manera de analizar el derecho.

c) Cuál es entonces la función de los materiales de la ley en la *doctrina del medio auxiliar* o, en otras palabras, cuál es la caracterización de ésta es algo que se responde aludiendo a una serie de cánones heurísticos propugnados por la doctrina dominante para la consulta y valoración de los materiales:

c.1.) De entrada, se advierte sobre la relativa *arbitrariedad* de la distinción entre *materiales prelegislativos* y otros antecedentes históricos que a lo sumo se justifica por la mayor proximidad de aquéllos al texto definitivo y a sus redactores, así como por una comunidad de técnicas de elaboración. Abandonada la teoría del pacto no hay por qué privilegiar aquellos documentos que resultan identificados exclusivamente por la normativa vigente en tema de legislación (o por la normativa *ad hoc* para la ley de que se trate)) pretiriendo en cambio otros que se producen al margen de aquélla, pero que pueden tener influencia determinante en la génesis y redacción del texto legal (procedentes de la actividad extraparlamentaria de grupos sociales o políticos) (70). Con todo, la especificidad de los materiales en relación al general argumento histórico se ve legitimada desde el punto de vista

(68) Así, la historia se pone literalmente al servicio de la dogmática. Para lo que es prácticamente un intento de asimilación de la interpretación histórica a la interpretación jurídica (entendida ésta en clave hermenéutica) v. COING, *Staudinger. Allgemeiner Teil* (n. 11), *Einleitung*, parágrafo 134 d: «... eine schroffe Gegenüberstellung der historischen und der objektiven (technischen) Auslegung sinnwidrig wäre. Jede Auslegung hat ihre Berechtigung, und beide Arten der Auslegung sind auf das innigste verknüpft, denn die historische Auslegung vermag ebenso zum objektiven Gehalt eines geistigen Werkes hinzuleiten, wie umgekehrt die Einsicht in den objektiven Gehalt dieses Werkes seine historische Eigenart zu erhellen vermag».

(69) HONSELL, *Historische Argumente* (n. 8), 54: «Man ist nicht bereit generell auf ein Argument zu verzichten, das ein andermal nützen könnte».

(70) Para ello se ha recurrido al concepto de legislador informal (*informelle Gesetzgeber, Gesetzemacher, law maker*) en oposición al de legislador formal que es el constitucionalmente identificado como tal: NOLL, *Gesetzgebungslehre* (n. 55), 44 y ss.

del análisis del proceso legislativo, de la legislación y no ya sólo de la ley. El estudio de los distintos proyectos y soluciones propuestas y discutidas pone de manifiesto la evolución hacia el texto definitivo y contribuye a poner en evidencia los cambios técnicos y de contenido. Desde esa perspectiva, el argumento de los materiales mantiene una autonomía propia.

c.2) Dentro ya de lo (que para cada derecho nacional en cada momento histórico) sean materiales en sentido estricto, la doctrina ha recalado siempre su *heterogeneidad*, la diferente valoración que merecen por parte del intérprete (71).

— En función, primero, de sus *protagonistas*. Algún autor ha distinguido al efecto entre *técnicos* y *políticos*. Los primeros (funcionarios ministeriales, juristas miembros de comisiones asesoras, letrados de las cámaras, etc.), tienden a instrumentar jurídicamente propuestas de política concreta que luego, a su vez, pasan normalmente a una nueva fase de discusión política retornando de nuevo en ocasiones a los técnicos (72).

En ese contexto, quien tienda a considerar los materiales como un dictamen de expertos, privilegiará los primeros, mientras que quien se acerque más a posiciones subjetivistas o, recordando la teoría del pacto, acentúe el carácter de decisión política de los textos que llevan a la ley, favorecerá una consideración más preferente de los materiales del segundo tipo, de los provenientes de los representantes políticos (73).

— En función, ulteriormente, de su *contenido* y *finalidad*. Se distingue entre textos *descriptivos* (*descriptive texts*) o documentos que recogen el proceso legislativo propiamente dicho: deliberaciones y debates, por ej.; *motivaciones* o *exposiciones de motivos* (*motivating texts*), así como *preámbulos* que normalmente se publican precediendo al texto legal y *textos explicativos* (*expounding texts*) o comentarios técnicos al proyecto (74). Sólo los primeros se han considerado algunas veces como materiales prelegislativos, pero no hay razón para no considerar los segundos aunque el hecho de que normalmente se publican junto con la ley introduce algún carácter diferencial en nuestra tradición jurídica. Y, desde luego, hay que tener en cuenta los terceros, últimamente más frecuentes que en épocas pasadas. Sin embargo, se señala siempre que su valor depende de la relación del documento considerado con el texto final de la ley del que, en ese sentido, está en fun-

(71) En detalle: BADEN, *Regelungsgehalt* (n. 11), 388-399. Ello siempre ha sido esgrimido como un argumento en contra de los peligros de su uso en la interpretación jurídica: la diversidad de los materiales da pie a la multiplicación de interpretaciones encontradas de un mismo texto legal.

(72) STRÖMHLIM, *Legislative material* (n. 7), 189 y ss.

(73) Dado el predominio actual del objetivismo moderado, es mayoritaria la primera opinión. Se recalca también la normal ausencia de discusión parlamentaria real de los proyectos gubernamentales en los casos en que hay mayorías parlamentarias claras en las Cámaras. V. STRÖMHLIM, *Legislative material* (n. 7), 218.

(74) STRÖMHLIM, *Legislative material* (n. 7), 186 y ss.

ción. Esta es la doctrina tradicional en tema de motivaciones y con mayor razón se considera aplicable en los otros dos casos.

No sólo el contenido, sino también la finalidad perseguida originariamente por los tres tipos de textos citados, es también de importancia: muchas veces los textos explicativos se limitan a ser documentos de trabajo de carácter interno de las cámaras o comisiones parlamentarias. No se consideran ni por sus autores ni por sus propios destinatarios como textos destinados a su uso posterior por el juez (75). Tampoco, por otra parte, tienen normalmente esa destinación los materiales que forman los textos descriptivos: recogen un debate político, no son una guía para la aplicación del derecho. Sólo, por último, las motivaciones y preámbulos pueden, aunque sin ninguna vinculación, considerarse desde ese punto de vista (76).

c.3) También es común distinguir entre el papel que juegan los materiales en la interpretación de las *leyes recién promulgadas* y el que les corresponde en la de las *antiguas* —como son la mayor parte del contenido de los códigos civiles vigentes— (77). Es tradicional recalcar su importancia cuando la ley es nueva y no está todavía acompañada de una larga tradición doctrinal y jurisprudencial y no han cambiado las circunstancias históricas. Con el tiempo, en cambio, irían normalmente perdiendo trascendencia.

Pero hoy, más que usar de la distinción citada para afirmar la mayor utilidad de los materiales durante los primeros años de vigencia de la ley por oposición a cuando ya lleva décadas en vigor, se tiende a señalar que al principio los materiales juegan primariamente un papel dogmático mientras que luego asumen uno que ya es solamente (o preponderantemente) histórico: Fijan el marco histórico de la ley, aclaran los usos lingüísticos de la época de su promulgación o las razones que entonces se adujeron como justificativas de su tenor. Con cierta simplificación se puede decir que los materiales asumen durante los primeros tiempos el papel que les atribuye el subjetivismo clásico, pero luego cobran el atribuido por el objetivismo.

c.4) También se distingue en función de que los materiales *estén o no publicados*, así como del tipo de publicación de que, en su caso, se trate. Desde Thibaut se hace hincapié en que el descubrimiento histórico, el redescubrimiento y publicación de textos o documentos inéditos o no divulgados en su día u olvidados son cosas que mejoran tal vez nuestro conocimiento histórico pero que no modifican la interpretación dogmática. La administración de justicia, se dice, nada tiene que ver con una jurisprudencia anticuaria (78).

(75) A ello coadyuva no sólo su normal referencia al texto definitivo sino también el hecho de que se publican junto con la ley. Véase, para la doctrina reciente sobre estas cuestiones, HONSELL, *Historische Argumente* (n. 8), 186 y ss.

(76) Por su publicidad.

(77) BADEN, *Regelungsgehalt* (n. 11), 403; HONSELL, *Historische Argumente* (n. 8), 106.

(78) Es el texto de THIBAUT que encabeza este trabajo, *Theorie der logischen Auslegung* (n. 4), parágrafo 9, p. 30.

V. EL NEOSUBJETIVISMO

La concepción que reduce los materiales prelegislativos a medio auxiliar, al carácter de un tópico más a usar y ponderar en el marco de la interpretación jurídica, manifiesta el predominio actual de versiones moderadas de la doctrina objetiva de la interpretación. Sin embargo, el apunte que aquí se ha hecho de la polémica histórica sobre los materiales quedaría incompleto si no se aludiera a una serie de autores que recientemente ha tratado de nuevo de revalorizar la doctrina subjetiva de la interpretación y que lo ha hecho de una forma marcadamente radical (79).

Esta corriente *neosubjetivista* sostiene que el objetivo de la interpretación es la investigación de la voluntad del legislador histórico, la averiguación del sentido que éste dio al texto legal. En general, se entiende que la expresión «legislador» hace referencia a los órganos a los que en cada momento se atribuye constitucionalmente la función legislativa (80). La interpretación jurídica se concibe así como pura interpretación histórica: averiguación de un hecho histórico que puede en principio ser investigado con los medios y métodos que ofrece la ciencia histórica. La interpretación deviene una actividad puramente cognoscitiva; los enunciados legales entendidos en el contexto en que se formularon y en función de cómo los entendieron sus formuladores y de las finalidades por ellos pretendidas tal y como resultan de la *Entstehungsgeschichte* y del contexto histórico de la ley es lo que debe tenerse en cuenta a la hora de la interpretación. Los límites de la interpretación son los de la interpretación histórica. Todo lo demás cae del lado de la integración, del desarrollo o desenvolvimiento judicial del derecho. Ello supone una restricción del ámbito de la interpretación con respecto a lo que defiende la doctrina dominante que es moderadamente objetivista (tesis del significado usual de las expresiones legales, del significado literal posible, de la compatibilidad de

(79) Jürgen RÖDIG, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahren* (n. 63), parágrafo 64, pp. 279 y ss. Eberhard BADEN, *Gesetzgebung und Gesetzanwendung im Kommunikationsprozess. Studien zur juristischen Hermeneutik und zur Gesetzgebungslehre*. Baden-Baden. Nomos Verlagsgesellschaft. 1977, 57 y ss. Wolfgang FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*. Band IV. Dogmatischer Teil. Tübingen. J. C. B. Mohr. (Paul Siebeck). 1977, 360. Wilfried BOTTKE, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten*. Ebelsbach, 1979, 232 y ss. HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers» (n. 42) y en *Strukturen der Gesetzesauslegung. Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983* (Hrsg. vom Claus-Wilhelm CANARIS und Uwe DIEDERICHEN). München. Beck. 1983, 211 y ss. Rainer HEGENBARTH, *Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik. Dargestellt am Beispiel der Lehre vom Wortlaut als Grenze der Auslegung*. Königstein/Ts. Athenäum. 1982, 171 y ss. Recoge y confronta opiniones neosubjetivistas la obra de HONSELL, *Historische Argumente* (n. 8), 172 y ss.

(80) Hay excepciones marcadas como, por ej., HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers» (n. 42), 207. Cfr. lo que se señala en la nota 58 de este trabajo y en el texto correlativo.

la interpretación propuesta con el significado posible, etc.) (81): Cuando el intérprete se limita a desentrañar el sentido histórico de una expresión legal, realiza, se nos dice, una actividad puramente cognoscitiva. Mas cuando, por ej., entra en el campo de los significados literales posibles y propone alguno de ellos, entonces lleva a cabo una actividad valorativa, integradora de derecho y no interpretativa como, en cambio, sostiene el objetivismo (82).

Los argumentos del neosubjetivismo son básicamente dos:

a) *Argumento de la cientificidad*: La interpretación en clave subjetiva permite la posibilidad de contrastar en términos de verdad o falsedad los resultados de la actividad del intérprete *qua* intérprete. Estos pueden ser criticados racionalmente por referencia a los hechos históricos sobre los que versan.

En cambio, la doctrina objetiva no admite ese control: al señalar que la ley debe entenderse al margen del contexto histórico en que surge, se pierde el contacto con un conjunto de hechos históricos que podrían servir de medios de control del discurso del intérprete. Este es, diferentemente, juzgado en términos de corrección o adecuación a valores, justicia o aceptabilidad de la solución propuesta. Además se desdibujan los límites entre interpretación e integración, presentándose ésta como si fuera aquélla (83).

Con ello se abren las puertas no al arbitrio judicial —pues éste se asume como inevitable—, sino al arbitrio judicial indiscriminado e incontrolado, porque al presentarse como interpretación lo que es integración no pueden entrar en juego los límites y condicionamientos legales de esta última (84).

Los neosubjetivistas remachan: sólo si se admite que la ley ha de ser entendida históricamente, cabe controlar racionalmente la interpretación. Quien no quiere saber lo que hace, hace bien en evitar la historia del surgimiento de la ley (85).

No es que niegue un espacio a la integración. El neosubjetivismo no niega eso ni, por supuesto, su necesidad y su conveniencia. Pero no hay que llamar interpretación al desarrollo judicial del derecho, y éste comienza donde acaba la interpretación histórica.

Mas la objeción que usualmente se formula es entonces: la relación del juez con la ley en cada derecho nacional no es un problema *me-*

(81) Véase sobre todo esto la crítica de HEGENBARTH, *Juristische Hermeneutik* (n. 79), 33 y ss., 123 y ss., 159 y ss.

(82) HEGENBARTH, *Juristische Hermeneutik* (n. 79), 140. La crítica a esta confusión de límites es entonces obvia: «Die 'objektive Methode' vermag die Eigenwerung nicht zu ersetzen, aber sie kann sie klandestiniieren». *Ibidem*, 198.

(83) Como causas de ello se destacan a veces la sobrevaloración del papel de la ley como instrumento de regulación de las relaciones sociales y la mitificación de la doctrina de la división de poderes. Véase al respecto BADEN, *Gesetzgebung* (n. 19), 18 y ss.

(84) HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers» (n. 42), 205-207.

(85) «Wer nicht wissen will, was er tut, tut gut daran, die Entstehungsgeschichte zu meiden». HEGENBARTH, *Juristische Hermeneutik* (n. 79), 197.

metodológico sino un problema *normativo*. El neosubjetivismo parece confundir el problema metodológico de cuál sea la mejor explicación (histórica) de la ley con el normativo de cuál sea la más correcta aplicación (judicial) de la misma. La distinción entre interpretación e integración y los límites de ésta no pasan por donde dice el neosubjetivismo sino por donde lo señalan los distintos ordenamientos vigentes. Frente a esa objeción se aduce el segundo argumento:

b) *Argumento de la seguridad jurídica*. En los regímenes constitucionales y democráticos contemporáneos el neosubjetivismo es la única dirección compatible con los principios constitucionales. La idea de Estado de Derecho (art. 1.1 Const.), la seguridad jurídica (art. 9.3 Const.), la separación de poderes y la vinculación del juez a la ley (art. 117.1 y 3) postulan que los límites entre interpretación e integración queden correctamente definidos, es decir, que todo lo que suponga desarrollar el derecho más allá de la previsión legislativa originaria conste como integración y, como tal, quede sometida a sus reglas (cfr. arts. 3.2, 4.1 y 4.2 C. c.) (86).

¿Qué concluir ante esto? Desde luego, que el neosubjetivismo pone en evidencia con mayor claridad que la doctrina dominante de la interpretación aquellos casos en los que el juez desarrolla el derecho parece algo innegable. En ese sentido, la principal aportación de esa corriente consiste tal vez en haber contribuido a deslindar con mayor sinceridad las fronteras entre interpretación e integración.

Mas no es cierto que todas las doctrinas objetivas abran las puertas al *arbitrio judicial incontrolado*. Lo único que sucede es que las doctrinas objetivas dan pábulo a los *cambios de interpretación de un mismo texto legal*: Cualquier posición objetivista que, por ej., suponga que el juez está primariamente vinculado al sentido de los textos legales que resulta de los usos lingüísticos mayoritarios de la colectividad (o de un sector de ella) ofrece tantos o más elementos de juicio en términos de verdad o falsedad que la posición neosubjetiva. Y, desde luego, eso no concede mayor arbitrio al juez que la propuesta de convertirle primariamente en historiador.

Por otra parte la posición neosubjetiva que apunta que al legislador formal (al constitucionalmente legitimado para legislar) como clave de la interpretación no hace en ocasiones otra cosa que reproducir la teoría del pacto y, consiguientemente, se presta a las mismas críticas a que ésta fue sometida (87).

(86) Cfr., por ej., HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers» (n. 42), 204-205 y *Strukturen der Gesetzesauslegung* (n. 79), 217.

(87) En ocasiones las similitudes de las propuestas neosubjetivas y la teoría del pacto de v. WÄCHTER son casi literales. Cfr., por ej., BADEN, *Gesetzgebung* (n. 79), 60: «Mit der Gesetzesvorbereitung im Rahmen des Regierungsapparates ... wird eine der wichtigsten Grundlagen der späteren Gesetze geliefert. Die parlamentarischen Gremien ... bauen auf dieser Grundlage auf; dies rechtfertigt die *Vermutung*, dass sie im Entwurf vorgegebenen Daten in toto vom Gesetzgeber übernommen werden, soweit nicht noch Änderungen vorgenommen werden. Der Feststellung einer expliziter Übernahme des von aussen an das Parlament herangetragenen Gedankengutes bedarf es nicht».

Mas, quizá, la objeción principal al neosubjetivismo deriva de la falta de justificación del argumento aducido supra sub b): la regulación de la aplicación judicial del derecho no parece pasar, en cuanto a la diferencia entre interpretación e integración, por la vinculación al juez al sentido histórico de la ley en sede de interpretación. Rechazada la acusación de que el objetivismo conlleva necesariamente la imposibilidad de controlar el arbitrio judicial, el argumento neosubjetivista de la seguridad jurídica pierde su base (88). En ese sentido el neosubjetivismo no parece ser una dirección encaminada a sustituir a la doctrina del medio auxiliar.

Recuérdese ahora v. WACHTER, *Auslegung* (n. 12), 245: «Ist eine Stelle des von der Regierung vorgelegten Entwurfes von der Ständen geradezu angenommen worden: so ist vorauszusetzen, dass sie in dem Sinne angenommen worden sey, der ihr die *Regierung* beilegte. In einem solchen Falle kann und muss daher der Sinn des Gesetzes aus den von der Rgierung bei den Ständen über die Stelle gaben, entnommen werden».

(88) De hecho, si algo enseña la historia es que tanto el subjetivismo como el objetivismo han sido considerados, según las épocas, como instrumentos de la autocracia. Citas en HONSELL, *Historische Argumente* (n. 8), 25, 43, 183; MEIER-HAYOZ, «Die Bedeutung» (n. 42), 216; ENGISCH, *Einführung* (n. 42), 94-95 y HASSOLD, «Wille des Gesetzgebers» (n. 42), 203-204. Si el subjetivismo ha sido considerado como la doctrina interpretativa de la monarquía absoluta o de la dictadura, el objetivismo lo ha sido como una concepción antiliberal y antiparlamentaria del derecho que ha servido para legitimar interpretaciones arbitrarias y autoritarias de los viejos códigos liberales. La crítica ideológica muestra aquí su inanidad.