

## XI. EL ARGUMENTO HISTÓRICO

---

Al menos desde que Savigny publicó su *Sistema del Derecho romano actual*, el elemento histórico se convirtió —junto al gramatical, el lógico y el sistemático— en uno de los criterios tradicionales de la interpretación jurídica. A partir de ese momento la historia ha dado lugar a la aparición de diversas escuelas o ideologías de interpretación entre las que cabe destacar la propia Escuela histórica del Derecho fundada por Savigny y el método histórico-evolutivo de interpretación. Sintéticamente, los dos puntos principales propuestos por el *método de la escuela histórica* para la interpretación jurídica son los siguientes: a) la interpretación no está vinculada solamente a los casos de oscuridad de la ley, sino a toda aplicación de ésta a la vida real; y b) junto a los elementos gramatical y lógico se da entrada en la interpretación al histórico y al sistemático; además, esos cuatro elementos no constituyen cuatro clases de interpretación, sino que son medios que han de utilizarse combinadamente.

La Escuela histórica encuentra su justificación en que al igual que no es posible ninguna existencia humana completamente individual, cada período de la historia de un pueblo es continuación y desarrollo de las edades pasadas. En definitiva, el Derecho sería fruto de una ininterrumpida tradición. En virtud de ello, Bobbio señala como características de la Escuela histórica: el “amor al pasado”, el “sentido de la tradición” (que revalorizó la costumbre como su expresión), la individualidad y variedad del hombre (no hay un Derecho único intemporal, sino que es fruto de la historia), la irracionalidad de las fuerzas históricas (el Derecho no es fruto de un cálculo racional sino que brota del sentimiento de justicia que todo hombre tiene esculpido en el corazón), y el pesimismo antropológico (se desconfía de las reformas de las nuevas instituciones).

Como reacción a la Escuela de la exégesis, y por considerar el método de ésta excesivamente petrificador de la legislación, surge la propuesta del método histórico evolutivo para interpretar las leyes, cuya característica general sería la de concebir la interpretación como un trabajo de adaptación de los preceptos positivos a las variaciones histó-

ricas de la vida. El método histórico-evolutivo sería, por tanto, un método elástico y dinámico que pretende adaptar la legislación y los conceptos jurídicos a las necesidades actuales de la vida, basándose en que una ley una vez dictada se objetiviza. Por ello la labor del intérprete no consiste en indagar la voluntad del legislador en el momento de elaborar la ley, sino en analizar históricamente la evolución jurídica y armonizarla con la evolución social.

Como puede observarse, en estas propuestas metodológicas subyacen dos concepciones completamente distintas del papel que la historia debe desempeñar en la interpretación jurídica: una estática y otra dinámica. A la primera se adscribiría la Escuela Histórica, que propugna como criterio para interpretar la legislación la tradición; a la segunda, el método histórico-evolutivo, que propugna como criterio para interpretar la legislación, la realidad social existente en el momento de aplicarla. Se aprecian, en definitiva, dos propuestas diferentes sobre el papel que la historia debe desempeñar en la interpretación: o bien como un instrumento conservador y continuista al servicio de la seguridad jurídica y del respeto a la voluntad del legislador; o bien como instrumento para la adaptación del Derecho a los cambios de la vida social, al entenderse la historia como un proceso de cambio continuo.

Las posturas doctrinales en relación con el fundamento de la interpretación histórica tampoco son unánimes. Dicho de otro modo, se discrepa abiertamente acerca de cuál debe ser el objeto de la indagación histórica: si la voluntad del legislador histórico que redactó el texto objeto de interpretación o la evolución de la regulación efectuada por el texto objeto de interpretación. Para quienes mantienen la primera posición, el elemento fundamental de análisis histórico son los trabajos preparatorios del documento normativo, mientras que para la segunda opinión el objeto de estudio es la regulación histórica de la materia de que se trate. Veamos ambas posturas.

La que considera como finalidad de la interpretación histórica *determinar la voluntad del legislador*, postura que podría denominarse “clásica”, ya que tradicionalmente los autores que han estudiado la argumentación jurídica o los medios de interpretación, incluyen dentro del criterio histórico los trabajos preparatorios como el elemento fundamental para determinar la voluntad del legislador que históricamente redactó el texto objeto de interpretación.

En todos los autores que incluyen los trabajos preparatorios dentro del elemento histórico se observa, por un lado, que están influidos por la cuatripartición de los elementos de la interpretación hecha por Savigny (gramatical, lógico, histórico y sistemático); y, por otro, que consideran como única (o al menos preferente) finalidad del método histórico el descubrimiento de la voluntad del legislador.

Frente a esta tendencia, se sitúan otros autores que prefieren separar la interpretación histórica del argumento psicológico, reservando para este último la indagación de la voluntad del legislador histórico. Es la postura que parece más adecuada por una razón fundamental: ambos tipos de interpretación tienen un fundamento diferente: la interpretación histórica presupone la existencia de un legislador conservador y, en consecuencia, de una continuidad en la legislación, mientras que el argumento psicológico pretende dar con la voluntad del legislador, pero del legislador histórico concreto que elaboró el documento objeto de interpretación.

La diferencia entre ambos es, por consiguiente, clara: mientras que el argumento psicológico intenta reconstruir la voluntad de las personas que física e históricamente elaboraron el documento, la interpretación histórica sirve para otorgar a un documento que plantea dudas interpretativas aquel significado que sea acorde con la forma en que los distintos legisladores a lo largo de la historia han regulado la institución jurídica que el enunciado objeto de interpretación regula.

En definitiva, el argumento histórico será aquél por el que “dado un enunciado normativo, en ausencia de indicaciones contrarias expresas, se le debe atribuir el mismo significado normativo que tradicionalmente era atribuido al enunciado normativo precedente y preexistente que regulaba la misma materia en la misma organización jurídica” (Tarello). O, con otras palabras, “*argumento histórico*, sería más propiamente, todo argumento proporcionado por la *historia del Instituto* que la norma *interpretada* contribuye a regular” (Lazzaro).

Seguramente es difícil comprender cómo la historia de la regulación de una materia, es decir, sus antecedentes legislativos, puede servir o ser aceptada como instrumento de interpretación. En definitiva, a través del argumento histórico se resuelven dudas interpretativas sobre reglas actuales y vigentes, por medio de otras ya derogadas y que, en consecuencia, han desaparecido ya del ordenamiento jurídico. La explicación de

esta situación viene de la mano de la interacción de dos principios fundamentales de los sistemas jurídicos occidentales modernos: el del legislador personificado y el de la continuidad del ordenamiento jurídico.

Para poder entender el peso argumentativo de la interpretación histórica es preciso tener en cuenta la consideración del legislador, no como una asamblea colectiva e históricamente mutable, sino como una persona que se mantiene a lo largo del tiempo. Así, “el legislador” pasa, de ser una asamblea legislativa concreta en un momento histórico concreto, a ser la imagen que resume a todos los que han participado en el proceso de elaboración de todas las reglas que en algún período histórico han estado en vigor en un ordenamiento jurídico. La ficción de la existencia de un legislador personificado justifica, tanto que pueda hablarse de una “voluntad” del legislador, como el empleo del argumento histórico en la interpretación.

Por lo que respecta a esto último, hay que decir que, en efecto, sólo partiendo de un legislador permanente y con una voluntad única, sólo haciendo abstracción del hecho de que toda ley es fruto del compromiso entre varias voluntades o de la pugna entre fuerzas sociales opuestas, se puede justificar que legislaciones derogadas puedan ser alegadas como medio de interpretación de reglas actuales. Pero también que se cambie de interpretación con relación a regulaciones anteriores, ya que al utilizar el argumento histórico en este caso, no se tiene en cuenta el hecho de que el legislador ha cambiado sino, en todo caso, el de que han cambiado sus criterios.

La existencia de un legislador personificado e intemporal tiene el efecto de que el ordenamiento jurídico esté regido por el principio de la continuidad. Precisamente la continuidad del ordenamiento es el elemento habitualmente mencionado para justificar la interpretación histórica: “el fundamento de la persuasividad de este argumento hay que buscarlo en la hipótesis de que, a través del cambio de las formulaciones documentales, las normas que regulan una materia permanecen constantes; y que los legisladores, al dictar las leyes, están movidos, hasta con prueba en contrario, por el deseo de mantener una regulación precedente tomada como modelo, eventualmente perfeccionando su formulación lexical. Las hipótesis que fundan la persuasividad del argumento histórico expresan, a su vez, o la creencia de que de hecho las regulaciones formales se refieren prevalentemente a las fórmulas, o la ideología de que

la legislación no deba —o eventualmente no deba en un particular campo sectorial— innovar en lo sustancial” (Tarello).

En coherencia con la doble utilidad interpretativa de la historia antes indicada, la práctica jurisdiccional muestra que los jueces y Tribunales la utilizan de dos modos diferentes, que podrían denominarse “estático” y “dinámico”:

*a) Uso estático de la interpretación histórica:*

Esta variante es la forma tradicional de entender el modo de funcionamiento de este argumento: se presume que el legislador es conservador y, por eso, aunque elabore leyes nuevas, su intención es no apartarse del “espíritu” que tradicionalmente ha informado la “naturaleza” de la institución jurídica que actualmente ha regulado de nuevo. Es decir, ante una duda acerca del significado de un enunciado, el juez justifica su solución alegando que ésta es la forma en que tradicionalmente se ha entendido la regulación sobre esa materia.

Es preciso distinguir dentro de este uso estático del argumento histórico dos supuestos diferentes: a) cuando se justifica un significado porque esa ha sido tradicionalmente la forma de entender determinada institución; y b) cuando al juez se le plantean dudas acerca de la finalidad que históricamente ha sido perseguida por las diversas regulaciones sobre la materia objeto de interpretación. En este último caso se razona del siguiente modo: como el enunciado que plantea dudas interpretativas es continuación de la legislación que históricamente ha regulado la materia, su finalidad sirve de pauta interpretativa para la actual regulación.

*b) Uso dinámico del argumento histórico:*

Esta invocación de la historia consiste en tomarla como una tendencia hacia el futuro, como un proceso de cambio continuo, o como un proceso irregular, con rupturas y cambios en las circunstancias que impiden entender las reglas actuales con los criterios proporcionados por regulaciones ya derogadas.

Habría, por tanto, dos supuestos diferentes que impiden interpretar el enunciado actual que plantea dudas interpretativas con criterios extraídos de regulaciones precedentes: bien porque el enunciado actual sea fruto de un proceso histórico de cambio continuo; bien porque algu-

na circunstancia ha cambiado respecto de la regulación anterior. De ese contraste entre la situación actual y la precedente se obtiene una directiva interpretativa para dar significado al enunciado objeto de interpretación. Analizaré por separado ambos casos.

Hay ocasiones en las que los jueces analizan la evolución de la regulación sobre una materia y constatan que es un proceso de cambio continuo que culmina con el enunciado que debe ser interpretado. En esos casos la historia sirve para resolver las dudas interpretativas, pero no por continuidad o permanencia del espíritu de la regulación o de la voluntad del legislador, sino por poner de manifiesto una tendencia en la que la regla actual está inmersa. Esa tendencia servirá para entender el significado de la misma. Habitualmente este uso del argumento histórico sirve para la interpretación de enunciados relativos a materias muy concretas, como los derechos y libertades o las mejoras en las condiciones laborales, que son aquellas materias en las que se puede observar claramente a lo largo de la historia una tendencia hacia la mejora.

Cuando se concede alcance interpretativo al cambio de ciertas circunstancias respecto de la legislación anterior sobre la misma materia pueden estarse tomando en consideración diversos datos, pero que tienen en común que sirven para justificar el cambio en el modo de entender la regulación. Por eso decimos que, en este sentido, la historia es un argumento para justificar tanto la continuidad en la atribución de un significado, como su modificación.

En las decisiones del Tribunal Electoral se aprecia este doble uso del argumento histórico:

a) *Ejemplo de uso estático del argumento histórico:*

“la interpretación adoptada es conforme con la evolución histórica del secreto bancario en la legislación, y con la forma en que invariablemente se ha interpretado la ley, tanto en la emisión de nuevas leyes, como en la llamada interpretación para efectos administrativos.”

[S3ELJ 01/2003]

b) *Ejemplo de uso dinámico del argumento histórico:*

“a diferencia de lo previsto en el artículo 9o., fracción XII, del Código Federal Electoral de 1987, donde se incluía como requisito para ser diputado federal, alternativamente, *Contar con su credencial perma-*

*nente de elector o estar inscrito en el Padrón Electoral*, en el artículo 7o., párrafo 1, inciso a), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, en vigor a partir de 1990, se establecen como requisitos para ser diputado federal o senador: *Estar inscrito en el Registro Federal de Electores y contar con credencial para votar*, de lo cual se desprende la necesidad de acreditar tanto uno como otro requisito mas no sólo uno de ellos, pues se evidencia la utilización de la conjunción copulativa “y” en lugar de la antigua conjunción disyuntiva “o”.

[S3ELJ 05 2003].

En ocasiones, los Tribunales, por diferentes motivos, realizan verdaderos tratados históricos en relación con algunas instituciones jurídicas, más con una finalidad de erudición que de persuasión. El Tribunal Electoral tampoco ha sabido resistir esa tentación y, tal vez por su arraigo en la tradición política mexicana, ha realizado, por ejemplo, una exhaustiva exposición histórica de la evolución de la separación entre Iglesia y Estado [SUP-REC-034/2003].