

DEL “CANON HISTÓRICO” A LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA HISTORIA: UN CAMINO POR RECORRER

Rafael D. GARCÍA PÉREZ

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la literatura jurídica no ha cesado de acuñar expresiones, más o menos felices según los casos, en un intento desesperado por comprender y resolver los problemas que el derecho plantea en el mundo actual. Algunas de estas conceptualizaciones han calado en el discurso jurídico, generando encendidos debates tanto en Europa como en Estados Unidos y, en general, en el mundo occidental. Se habla así de *globalización*, *neoconstitucionalismo*, *descodificación*, *multiculturalismo*, etcétera. Estos y otros tópicos ponen de manifiesto, entre otras cosas, el agotamiento de la cultura jurídica moderna, y la necesidad de construir, con otros cimientos y una estructura diferente, aun cuando se aprovechen materiales antiguos, una nueva cultura del derecho acorde a las necesidades y problemas del tiempo presente.

En este proceso de cambio y transformación del mundo jurídico, la reflexión sobre los derechos, en su sentido más amplio, y sobre la interpretación de los textos jurídicos, principalmente Constituciones y tratados internacionales donde aquellos se hallan recogidos, adquiere una particular relevancia. En efecto, el carácter expansivo del derecho constitucional y con él de los derechos y libertades fundamentales constituye uno de los fenómenos más característicos del momento presente. En principio, puede pensarse que este movimiento supone un avance frente a posiciones anteriores donde la voluntad potestativa de los Estados, formalizada en leyes, amenazaba con anular en el ámbito jurídico cualquier virtualidad efectiva de los ya proclamados derechos. Sin embargo, este desarrollo cualitativo y cuantitativo

de los derechos, así como de los mecanismos institucionales de protección, especialmente en el continente europeo, no deja de plantear problemas cuya solución, según las categorías propias del constitucionalismo clásico, resulta en ocasiones problemática. Basta con pensar, por ejemplo, en la controvertida cuestión, al menos en el plano teórico, de la legitimación de los tribunales constitucionales en el ejercicio de lo que sin exageraciones cabría definir como un poder “cuasiconstituyente”; o en el papel reservado a los jueces en la creación del derecho en un sistema político que asume como postulado de legitimidad última el principio de soberanía nacional. En el campo más específico de los derechos, cabría destacar los problemas teóricos y prácticos que se derivan de una concepción conflictivista de los derechos y la ausencia, en muchos casos, de una adecuada fundamentación de las opciones a favor de unos u otros derechos adoptados por los órganos jurisdiccionales competentes. En la base de estas cuestiones resulta posible descubrir no sólo problemas relacionados con la manera misma de concebir los derechos, sino también de entender la interpretación de los textos jurídicos, su naturaleza y alcance. No es éste el lugar para intentar siquiera una exposición somera de estos problemas ni para aventurar soluciones. Es tarea que compete principalmente a los constitucionalistas. Para nuestro propósito es suficiente con esta somera presentación del marco general donde se moverán nuestras reflexiones.

El objetivo que nos hemos propuesto con este trabajo es apuntar algunas líneas de investigación que posibiliten a otros estudiosos del tema profundizar en el papel que a la historia le corresponde en la interpretación de los derechos recogidos en textos constitucionales, en su sentido más amplio.¹ Como trataremos de exponer, partimos del convencimiento de que una parte significativa de las dificultades con que se encuentra en estos momentos la ciencia constitucional a la hora de afrontar las cuestiones arriba planteadas proceden, precisamente, de la asunción acrítica de algunos de los dogmas de la modernidad jurídica.² Dicho con otras palabras, el olvido de la intrínseca historicidad del derecho y, con ello, el abandono de la dimensión histórica en la interpretación constitucional, en concreto de aquella relativa a los derechos y libertades fundamentales, aunque no sólo, impide resolver

¹ Una valiosa aportación en esta dirección ha sido ya realizada desde la ciencia jurídica constitucional por Zagrebelsky, G., *Historia y Constitución*, traducción de Miguel Carbonell, Madrid, 2005. Su ya clásico trabajo *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, traducción de M. Gascón, Madrid, 1995, constituye una buena muestra de las posibilidades que la perspectiva histórica ofrece para una adecuada comprensión del fenómeno constitucional y de su núcleo más original, la protección de los derechos y libertades fundamentales.

² Para un estudio crítico de esta cuestión véase Grossi, P., *Mitología jurídica de la modernidad*, traducción de M. Martínez Neira, Madrid, 2003.

satisfactoriamente algunos de los principales problemas que la denominada postmodernidad, el mundo actual, plantea en el ámbito jurídico-constitucional.

Este desfase entre las categorías que todavía informan e incluso fundamentan el actual derecho constitucional y la realidad jurídica del mundo presente aparece paradigmáticamente reflejado en el ámbito central de la interpretación jurídica; un ámbito que a lo largo del siglo XX ha sufrido una radical transformación, merced al desarrollo de la teoría hermenéutica llevada a cabo por autores como Gadamer, Pareyson, Ricoeur o, en el seno de la ciencia jurídica, Betti. En este contexto de redescubrimiento de la radical dimensión interpretativa del derecho, la historia y su estudio vuelven a aparecer como dimensiones no prescindibles de la ciencia jurídica, también cuando trabaja en la búsqueda y determinación del sentido de los textos jurídicos propia de toda labor de interpretación.³

Tradicionalmente, al menos desde el siglo XIX, la ciencia jurídica ha fijado en el denominado *canon* o *elemento histórico* el lugar ocupado por la historia en la interpretación del derecho, fundamentalmente de los textos legales. Constituye ya un lugar común referirse en este contexto a la conveniencia del estudio de los antecedentes legislativos o, en el mejor de los casos, del contexto histórico-jurídico en el que se gestó la norma que se pretende interpretar.⁴ No ha faltado, entre quienes han tratado de clarificar teóricamente el papel de la historia como canon interpretativo, la polémica acerca del valor que se debe dar a la voluntad del legislador frente a lo que se podría concebir como la voluntad de la ley, es decir, su significado objetivo.⁵ Lógicamente, en la medida en que se acentúa el elemento subje-

³ En este sentido, señala Zagrebelsky que “la «historia» constitucional no es un pasado inerte sino la continua reelaboración de las raíces constitucionales del ordenamiento que nos es impuesta en el presente por las exigencias constitucionales del futuro”. Zagrebelsky, G., *Historia y Constitución*, cit., p. 91.

⁴ Como exponente de esta postura cabe remitir a un clásico de la metodología jurídica del siglo XX, Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, trasucción de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, 1994, pp. 325-331. En la doctrina española, puede citarse en el ámbito específico del derecho constitucional, el trabajo de Díaz Revorio, F. J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, 1997, pp. 53-63, donde aplica el canon histórico del artículo 3.1 del Código Civil español a la interpretación de los valores superiores de la Constitución Española de 1978. Para ello, realiza un breve recorrido histórico comenzando con la Constitución de 1812 y se detiene en el estudio de los debates del proceso constituyente en torno a estos valores. Sin embargo, el autor muestra una apertura mayor a la historicidad de la Constitución al tratar del problema de la adaptación del texto constitucional a la transformación de la sociedad en el tiempo (pp. 129-135), y de la denominada “interpretación evolutiva”.

⁵ Existe una abundante literatura sobre las teorías subjetivas de la interpretación, especialmente en torno al originalismo, cuyos planteamientos han sido objeto de un encendido

tivo de la norma, el protagonismo reconocido a la historia, identificada o confundida con los antecedentes legislativos, es mayor. En cualquier caso, y con carácter general, se sigue reconociendo a la historia una cierta funcionalidad en el trabajo interpretativo del jurista, y el empleo que los órganos jurisdiccionales hacen de él, aunque sea en términos generales más bien escaso, así lo acreditan. Sin embargo, la superación por la hermenéutica moderna de los presupuestos epistemológicos que sirvieron de fundamento a la formulación de los clásicos cánones interpretativos en el siglo XIX, con la adición de otros criterios en el siglo pasado, aconseja revisar en el proceso de interpretación jurídica la reclusión de la historia en el canon histórico.

Para comprender en sus justas dimensiones el papel que la historia puede desempeñar en la interpretación constitucional y, en general, jurídica, parece, pues, conveniente reflexionar precisamente sobre el lugar, más bien marginal, reconocido a la historia en la cultura jurídica de la modernidad, cuyos presupuestos —merece la pena insistir en ello— todavía alimentan en buena medida nuestra manera de comprender el derecho y su evolución. Esta profundización en los fundamentos de la cultura jurídica moderna y, en particular, en las razones que condujeron al destierro de la historia del mundo jurídico se presenta como un paso inexcusable en la redefinición de la función que en un nuevo contexto histórico cabe reconocer al estudio de la historia.

II. MÉTODO CONTRA INTERPRETACIÓN. EL *CANON HISTÓRICO* Y EL DESHAUCIO DE LA HISTORIA EN EL DERECHO

La modernidad como clima cultural en el que se gestaron los modernos sistemas jurídicos y constitucionales puede en buena medida concebirse como un modo nuevo de aproximación del hombre a la realidad. En su base —cabe afirmar—, late una determinada gnoseología que, asumiendo la teoría representacionista del conocimiento, dota a los conceptos de cierta consistencia y los convierte en sustitutos de la realidad. Ésta pasa así a un segundo plano: su lugar lo ocupan ahora los conceptos, y la filosofía se afana, en vano, por encontrar el punto de unión entre éstos y la realidad que “representan”.⁶ Se produce de esta manera una cierta cosificación de los conceptos que, además de sustraerlos al devenir histórico, alimenta la auto-referencialidad de la razón alejándola de la complejidad y riqueza de la rea-

debate en EUA durante mucho tiempo; un debate que todavía no ha sido cerrado. Una introducción breve al problema en Balaguer Callejón, M. L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, 1997, pp. 78-83.

⁶ Véase Llano, A., *El enigma de la representación*, Madrid, 1999.

lidad concreta. Aquí reside —podría afirmarse simplificando un problema cuya complejidad excede nuestras posibilidades actuales de análisis— el núcleo de la modernidad y la raíz de la mayor parte de sus aporías. Las consecuencias que de esta revolución gnoseológica se derivaron en todas las ramas del saber humano y, en concreto, en la ciencia jurídica, fueron enormes. Ésta fue la revolución copernicana culminada por Kant e iniciada por Descartes.⁷ En este sentido no dudó Heidegger en afirmar que “en la metafísica de Descartes se determina por vez primera lo existente como objeto y la verdad como certidumbre del representar”, interpretación que —como afirma este mismo autor— ha informado toda la metafísica moderna. El mundo como totalidad de lo existente, no reducido por tanto al mundo material, a la naturaleza, sino englobando también la historia, es comprendido en la cultura de la modernidad como imagen, es decir, “empieza a ser y sólo es si es colocado por el hombre que representa y elabora [...]. Su ser se busca y encuentra en la condición de representado de lo existente”. Esto es lo que determina, según Heidegger, la novedad de la época en que esta operación se lleva a cabo, y la diferencia netamente de los tiempos medievales en que lo existente era en cuanto ente creado por un Dios personal, *causa suprema*.⁸

La primacía reconocida a la nueva razón subjetiva no sólo en el conocimiento sino en la misma fundamentación del mundo, junto a la confianza ilimitada depositada en la ciencia (en su acepción moderna), explican el protagonismo que la cuestión del método adquiere en el pensamiento moderno. Éste no es ya principalmente el camino para descubrir una verdad entendida como racionalidad inscrita por el creador en el mundo, sino el proceso creador de esa misma realidad, un elemento constituyente de la verdad. Y ello es así, porque el conocimiento no se concibe ya como búsqueda de la verdad, desvelamiento de una realidad preexistente, sino como

⁷ Las palabras de Kant en el prólogo a la segunda edición de su *Crítica de la razón pura* son bastante elocuentes: “Me parece que los ejemplos de la matemática y de la ciencia natural, las cuales se han convertido en lo que son ahora gracias a una revolución repentinamente producida, son lo suficientemente notables como para hacer reflexionar sobre el aspecto esencial de un cambio de método que tan buenos resultados ha proporcionado en ambas ciencias, así como también para imitarlas [...], con la metafísica. Se ha supuesto hasta ahora que todo nuestro conocer debe regirse por los objetos. [...]. Intentemos, pues, por una vez, si no adelantaremos más en las tareas de la metafísica suponiendo que los objetos deben conformarse a nuestro conocimiento [...]. Ocurre aquí como en los primeros pensamientos de Copérnico”. Kant, I. *Crítica de la razón pura*, prólogo, traducción, notas e índices de P. Ribas, Madrid, 1978, pp. 19 y 20.

⁸ Heidegger, M., “La época de la imagen del mundo”, *Sendas perdidas*, traducción de J. Rovira Armengol, Buenos Aires, 1969, p. 78.

dominio del mundo, en el sentido más amplio del término.⁹ En consecuencia, cambia el sentido de las relaciones entre el método y su objeto: ahora es éste el que se subordina a aquél, pues a él debe su existencia. La primacía del método revela, en definitiva, el agudo cientifismo que caracteriza a la cultura de la modernidad y determina su visión del mundo.¹⁰

Las manifestaciones de esta transformación cultural fueron diferentes en los distintos Estados europeos a lo largo del siglo XIX. También los derroteros tomados por el derecho y la ciencia jurídica fueron diversos.¹¹ Sin embargo, al menos en el continente europeo, los fundamentos sobre los que aquél y ésta se edificaron fueron comunes. Y los problemas que con el pasar del tiempo, especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, se plantearon también. En este sentido, cabe afirmar que las diferencias realmente existentes entre la ciencia jurídica elaborada en Alemania, Italia y Francia, por citar tres espacios geográficos especialmente relevantes en el ámbito jurídico durante los siglos XIX y primera mitad del XX, se movieron en un nivel superior, no afectando a sus fundamentos filosóficos últimos.

El historicismo alemán del siglo XIX, aun cuando pueda interpretarse como una reacción contra el racionalismo iusnaturalista inspirador del movimiento revolucionario francés, no dejó de heredar los postulados filosóficos de la modernidad y la escisión a ella connatural entre historia y dogmática.¹² De aquí que lo que comenzó siendo una apuesta por la historia en la elaboración del derecho (es el caso de la escuela histórica del derecho y en concreto de las primeras obras de Savigny) acabase desembocando en

⁹ En este sentido, explica Heidegger con extraordinaria lucidez que “el conocer como investigación tiene en cuenta lo existente para saber cómo y hasta dónde puede ponerse éste a disposición del representar. La investigación dispone de lo existente si puede contar de antemano con él en su transcurso futuro o *a posteriori* como pasado. En el cálculo anticipado se incluye, por así decir, la naturaleza; en lo histórico, *a posteriori*, la historia. Naturaleza e historia pasan a ser objeto del representar explicativo. [...] Sólo aquello que de esta suerte se convierte en objeto es, se tiene por existente”. Heidegger, M., “La época...”, *cit.*, p. 77. En otro pasaje de este mismo ensayo, vuelve de nuevo a la transformación del conocimiento en dominio: “Ahora, en virtud de la nueva libertad, el representar es un proceder desde sí en el dominio de lo asegurado que previamente es preciso asegurar. Lo existente ya no es lo presente, sino lo que por vez primera en el representar se pone enfrente, lo objético. Representar es una objetivización que procede, que domina. El representar lo impulsa todo a la unidad de lo así objético. El representar es *coagitatio*”. *Ibidem*, p. 95.

¹⁰ Un breve y sugerente análisis de la visión moderna del mundo con sus diferentes manifestaciones en Ballesteros, J., *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, 1989, pp. 17-97.

¹¹ Una magnífica exposición desde el prisma constitucional de la evolución del derecho en los siglos XIX y XX, donde se pone de manifiesto la quiebra de algunos de los postulados básicos de la modernidad jurídica, en Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, *cit.*

¹² Véase Contreras Peláez, F. J., *Savigny y el historicismo jurídico*, Madrid, 2005.

el más puro conceptualismo, en una apuesta por la abstracción como vía natural hacia la transformación del derecho en sistema.¹³ El *System des heutigen römischen Rechts* de Savigny marcó ya la dirección que seguiría la ciencia jurídica alemana, en su mayor parte, durante la segunda mitad del siglo XIX. Así, aun cuando resulte paradójico, el historicismo preparó el camino hacia una manera de pensar el derecho sin la historia: aceptó el reto de la modernización y renovación del derecho con el ropaje de la historia y acabó volviéndose contra ella. Conviene que nos detengamos en este punto, porque la operación intelectual llevada a cabo por Savigny se reveló crucial en el proceso de ruptura interna de la ciencia jurídica, con la escisión hasta el momento no recompuesta entre el *derecho*, su historia y su filosofía. Además, a este egregio jurista *debemos* principalmente la definición o, al menos, la divulgación del denominado canon o “elemento histórico” de la interpretación jurídica, en el que todavía hoy queda habitualmente confinada la historia cuando se trata acerca de su papel en la interpretación del derecho.

En la magna empresa impulsada por la escuela histórica alemana y, más en concreto, en la obra de Savigny, no resulta difícil descubrir algunas contradicciones de fondo, que remiten a las posturas adoptadas en un plano no menos profundo, el filosófico o, si se prefiere, el antropológico. En este sentido, resulta paradójica la apuesta por una comprensión histórico-genética del derecho, ligada al *Volkgeist* y la atención preferente al derecho romano culto con la pretensión de validez de un derecho extraño al pueblo alemán, el romano-justiniano. No menos sorprendente resulta la coincidencia en la obra de Savigny de la afirmación del derecho como fenómeno inmanente de una civilización determinada, privado por tanto de cualquier género de “existencia separada”, y de un acentuado formalismo lógico, ligado a la construcción dogmática de un sistema jurídico vigente, como el que informa su *sistema de derecho romano actual*. En opinión de Wieacker, estas contradicciones se aclaran a la luz de la revolución intelectual y científica operada por la crítica kantiana en Alemania a comienzos del siglo XIX. La validez universal de cualquier ciencia concernía exclusivamente a relaciones formales, como había demostrado Kant. En consecuencia, la operación a realizar desde cualquier campo científico no era otra que recoger el material contingente, carente de finalidad u orden por sí mismo, positivo o histórico, y proceder a su ordenación lógica, a su sistematización, a partir de formas generales, no positivas, del conocimiento. La aplicación de este esquema constitutivamente kantiano a la ciencia jurídica determinó —con todos los matices y salvedades que se

¹³ Sobre la construcción del sistema en la ciencia jurídica alemana del siglo XIX me remito a la valiosa obra de Cappellini, P., *Systema Iuris*, Milán, 1984-1985.

quieran— la empresa científica acometida por Savigny¹⁴ y prolongada, con una coherencia de fondo indudable, por los juristas más representativos de la dogmática alemana de la segunda mitad del siglo XIX.

La descripción que Savigny realiza de la actividad “puramente científica” de los juristas que se “apoderan del derecho, cualquiera que sea su origen, para recomponerlo y traducirlo en una forma lógica” parece situarse en esta línea. En este sentido, Savigny concibe a los jurisconsultos “obrando sobre una materia determinada” e imprimiendo en ella “la forma científica” que “reobra sobre el derecho mismo, le proporciona un procedimiento orgánico, y la ciencia llega a ser un nuevo elemento constitutivo del derecho”.¹⁵ Esta manera de presentar la actividad científica de los juristas, verdaderos protagonistas en la elaboración del derecho, a partir del binomio materia-forma kantianamente concebido, informa todo el proyecto renovador impulsado por Savigny desde sus primeros escritos. Ya en 1814, en el contexto de la polémica con Thibaut, denunciaba la existencia de “una masa enorme

¹⁴ Wieacker, F., “Storicismo e formalismo alle origini della scienza giuridica moderna”, *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, t. IV, *Scritti storico-filosofici*, Milán, 1978, pp. 900 y 901. Son muchos los autores que han destacado la presencia de Kant en los escritos de Savigny, incluso hasta considerar esta influencia como una de las claves explicativas de la empresa acometida por este jurista. Véase Caroni, P., “La cifra codificatoria nell’opera di Savigny”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, num. 9, 1980, pp. 96 y 97, y la bibliografía allí citada. Wieacker trae a colación, en apoyo de su planteamiento, el testimonio de un amigo de juventud de Savigny que le atribuía, en 1799, el deseo de convertirse en un reformador, un Kant, de la ciencia jurídica. Para Wieacker se trata de una declaración, fiable por la fuente, de la intención de Savigny, presente ya en su primera época, de renovar la ciencia jurídica a la luz de la teoría kantiana de las ciencias. *Ibidem*, p. 903. La dependencia kantiana de la obra de Savigny debe completarse con la presencia de otras influencias filosóficas y, sobre todo, culturales capaces de limar las duras aristas de la filosofía crítica kantiana. El propio Wieacker, en su conocida historia del derecho privado, reconoce una cierta influencia en Savigny del romanticismo y, sobre todo, del clasicismo. F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, Milán, 1980, t. II, pp. 22-32. No obsta a lo dicho la existencia de diferencias evidentes, al menos en el plano teórico, entre algunos elementos de la filosofía kantiana y los planteamientos defendidos por Savigny. Así, como ha señalado Orestano, los principios individualizadores del sistema que postula Savigny deben ser localizados y extraídos de la propia realidad histórica operando de manera inductiva, pues la sistemática que preside las construcciones jurídicas se encuentra de alguna manera ínsita en el propio derecho concebido como organismo vivo. Orestano, R., *Introduzione al estudio del derecho Romano*, traducción de M. Abellán Velasco, Madrid, 1998, pp. 283 y 284. Por otra parte, Savigny no pretendió elaborar una teoría filosófica del derecho aun cuando en sus escritos reflejase la herencia, más o menos asumida, del pensamiento alemán del siglo XVIII. La ascendencia kantiana de los planteamientos metodológicos de Savigny ha sido también destacada por Schiavone, A., *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Roma, 1984, pp. 39-45.

¹⁵ Savigny, F. C., *Sistema de derecho romano actual*, 2a. ed., traducción de J. Mesia y M. Poley, Madrid, 1924 t. I, p. 88.

de ideas y de opiniones jurídicas transmitidas y acumuladas de generación en generación; montón de materiales —insistía— que de ninguna manera dominamos, pero que en cambio, a pesar nuestro, nos dirige y empuja”. Tal situación, que en modo alguno era posible evitar, ni ignorar sin profundos perjuicios, podía, sin embargo, ser utilizada de manera provechosa siempre y cuando los juristas opusieran a ella “una viva fuerza organizadora”, y a partir del conocimiento histórico fueran capaces de apodarse de aquellos materiales y con ellos de todo el patrimonio de las generaciones pasadas. De esta manera, la ciencia del derecho permitiría servirse de estos materiales históricos “libremente”, como de un instrumento propio.¹⁶ El mismo esquema de fondo informaba la distinción acuñada por Savigny entre el *elemento político* y el *elemento técnico* del derecho.¹⁷

El cientifismo, característico de la modernidad cultural, se percibe en otros muchos planteamientos recogidos expresamente por Savigny en sus obras, especialmente en aquellas de tipo programático. El protagonismo reconocido a la certeza en el derecho,¹⁸ o la utilización de ejemplos tomados de la geometría para explicar el ideal al que debe aspirar en sus construcciones la ciencia jurídica ponen de manifiesto la reconducción de la racionalidad jurídica al estrecho campo de la racionalidad propia de las ciencias exactas.¹⁹ La aplicación del paradigma cientifista al conocimiento jurídico

¹⁶ Savigny, F. C., *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814. Manejo edición traducida del alemán por Adolfo Posada, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, Valparaíso, 1978, pp. 104 y 105.

¹⁷ *Ibidem*, p. 19. Orestano ha llamado la atención sobre las consecuencias, no queridas ciertamente, que la neta diferenciación entre el elemento formal y material del derecho asumida por Savigny y continuada por la pandectística (Puchta, Windscheid) tendría en el derecho del siglo XX. La consagración del formalismo jurídico, con la indiferencia consiguiente hacia los contenidos o finalidades del derecho, posibilitarían la sumisión de la ciencia jurídica al poder constituido, aun cuando éste, como sucedió en la Alemania nazi, no dudara en llevar a cabo atrocidades hasta entonces impensables en la historia de la humanidad. Este formalismo, sentencia Orestano, “ha puesto los problemas del derecho sobre un plano inclinado que no conoce la posibilidad de detenerse y en cuyo fondo está el abismo”. Orestano, R., *Introducción...*, cit., pp. 298 y 299.

¹⁸ “El derecho, por su íntima condición [afirma Savigny], debe ante todo alcanzar el más alto grado de certeza, y a éste debe acompañar una uniforme aplicación”. Savigny, F. C. *De la vocación...*, cit., p. 26.

¹⁹ Savigny se sirve de la geometría para proponer una posible solución al problema de la plenitud de los códigos modernos: “En todo triángulo hay siempre ciertos datos, de cuya existencia y relación se infieren inmediata y necesariamente todos los demás [...]. Pues bien, de análoga manera, cada parte del derecho tiene tales o cuales puntos, de los que se derivan los demás, y los cuales se pueden denominar teoremas fundamentales. Señalar éstos, y a partir de ellos descubrir la íntima relación y la afinidad que tienen con todos los principios y teoremas jurídicos; he ahí lo más difícil de nuestra ciencia, y esto es lo que da a la obra de los

se manifiesta quizá con especial fuerza en la pasión demostrada por Savigny, y por gran parte de la ciencia jurídica alemana del XIX, hacia las construcciones sistemáticas y hacia las cuestiones metodológicas, presente ya en el título de algunas de sus obras más relevantes. Ambas cuestiones merecieron un tratamiento monográfico en su conocida “metodología jurídica”. Aun cuando su estudio, abordado ya por notables especialistas, excede los límites de este trabajo, merece la pena destacar algunas de sus ideas-fuerza, pues las tesis de Savigny no han dejado de condicionar el desarrollo de la ciencia jurídica europea a lo largo de los dos últimos siglos, y explican el papel que le atribuye a la historia en la interpretación.

La introducción a la metodología jurídica comienza ya de una manera harto significativa, esto es, situando en el método el éxito de los trabajos que denomina eruditos. “Cada uno [continúa] tiene un método, mas en pocos ha llegado a ser una conciencia y un sistema”. El sistema aparece así, desde la primera página, como exigencia ineludible de cualquier construcción científica. A su consecución debe aspirar también la ciencia jurídica. Así, no duda en reprochar a los juristas de los siglos XV y XVI, a los “humanistas franceses”, la ausencia de una “interpretación verdadera y pura”, pues “no se pensaba en considerar la jurisprudencia como un sistema, no se buscaba sistema alguno”. Cujacio y sus discípulos —continúa Savigny— descuidaron el sistema “porque no elaboraron lo que tenían como un todo”.²⁰ La omnipresencia de este sistema en la metodología de Savigny aparece ligada a la concepción del mundo como imagen que introduce la modernidad europea, de la que ya hemos hablado. En este sentido, Heidegger destaca como esencial de la imagen el “estado de conjunto, el sistema”. Un sistema que no se concibe como “el externo encasillamiento y clasificación de lo dado”, sino como “unidad del acoplamiento en lo representado”.²¹ El sistema, cabría añadir, no aparece como mero orden externo de individualidades preexistentes, sino como un todo unitario constitutivo de sus partes,

juristas un carácter científico”. *Ibidem*, p. 28. Más adelante, no duda en proponer como modelo a los juristas romanos por haber alcanzado “una seguridad en todo su procedimiento, que se parece al de las matemáticas; puede decirse, sin temor a exagerar, que calculan con sus ideas” (pp. 34 y 35).

²⁰ Savigny entiende que “el contenido del sistema es la legislación, es decir, los principios del derecho. Necesitamos un medio lógico de la forma, esto es, de la condición lógica del conocimiento de todo el contenido de la legislación para conocer esos principios, en parte particularmente, en parte en su conexión. Todo lo que es formal tiene por objeto desarrollar la determinación de los principios particulares del derecho —generalmente esto se llama definiciones y distinciones—, ordenar la vinculación de varios principios particulares y su conexión. Esto es lo que se denomina habitualmente verdadero sistema”.

²¹ Heidegger, M., “La época...”, *cit.*, p. 89.

que *son* en la medida en que se integran en el sistema; aisladas carecen de sentido. Por ello, no duda Heidegger en afirmar la imposibilidad de todo sistema en los siglos medievales, como Savigny lo había hecho para los glosadores, comentaristas e incluso para los seguidores del humanismo jurídico. Por otra parte, es de sobra conocido que la articulación del método propuesto por Savigny a partir de los conceptos de relación jurídica e institución jurídica; en íntima cohesión y armonía, como un todo orgánico, conforman un sistema que, precisamente por este mismo carácter, permite la comprensión de cada una de ellas. Y sin embargo, la pretensión sistemática, como signo de cientificidad del derecho, era difícilmente compatible con la defensa de su historicidad.²² Savigny, sin embargo, no lo veía así, posiblemente porque las categorías desde las que enjuiciaba este problema no eran las que más de un siglo después se utilizarían para tratar acerca de la historicidad de los fenómenos humanos. En la mente del jurista alemán, lo histórico y lo sistemático se compenetraban e incluso se exigían mutuamente. Su concepción del derecho romano como monumento perenne, fruto de la sabiduría de los antiguos, conservaba toda su potencialidad capaz de encauzar y manifestar el espíritu del pueblo alemán y regenerar la vida del Estado. Y para ello debía ser científicamente estudiado, sistemáticamente comprendido, de manera que pudiera seguir alimentando y encauzando el derecho alemán, como lo había estado haciendo durante siglos, hasta el siglo XVIII.²³ Lo expresa con claridad en su polémica con Thibaut, al referirse a la doble capacidad que deben reunir los juristas: una “histórica” para “recoger cuanto hay de característico en cada época” y otra que denomina “sistemática, para considerar toda idea y todo principio en íntima relación y en acción recíproca con el conjunto”.²⁴

La escuela histórica del derecho no fue, por tanto, ajena a la asimilación y consagración del cientifismo moderno en el ámbito jurídico. En este sentido, Orestano ha puesto de relieve el protagonismo asumido por aquella en la difusión terminológica y conceptual del neologismo alemán *Rechtswissenschaft*, aparecido a finales del siglo XVIII, y que tanta fortuna habría de tener durante los siglos XIX y XX. Como expone el romanista italiano, el término se gestó a partir del adverbio *wissenschaftlich* (científicamente). No se trataría por tanto sólo de una sabiduría o conocimiento del derecho, sino de un conocer científicamente, según el *methodo scientifica pertractare* iluminista, en este caso

²² Véase en este sentido, Orestano, R., *Introducción...*, pp. 286 y 287.

²³ Véase Marini, G., *Friedrich Carl von Savigny*, Nápoles, 1978, pp. 153 y 154. Savigny no duda en afirmar la importancia para su época del estudio del derecho romano, no sólo — aclara— por su importancia histórica, sino por servir de ideal y modelo a la ciencia jurídica moderna. Savigny, F. C., *De la vocación...*, *cit.* pp. 108-109.

²⁴ Savigny, F. C., *De la vocación...*, *cit.*, p. 52.

aplicado al derecho. La nueva *Rechtswissenschaft* viene así a reemplazar a la antigua *scientia iuris* de los juristas del *ius commune*.²⁵ La ruptura no se quedaba, huelga decirlo, en el plano terminológico, sino que apuntaba a un nivel mucho más profundo, a las bases mismas del orden jurídico. Ciertamente no fue Savigny quien consumó esta ruptura y, en sus obras, trató de equilibrar lo histórico con lo dogmático, pero, por contrario que ello fuera a sus propias intenciones, sus mismos planteamientos condujeron en poco tiempo a una verdadera escisión dentro de la ciencia jurídica. Su discípulo más destacado y sucesor en Berlín, Georg Friedrich Puchta, pasó a la posteridad como el padre de la *Begriffsjurisprudenz* o “jurisprudencia de conceptos”. En Puchta, la ruptura entre sistema e Historia se consumó, y la ciencia jurídica dirigió sus pasos por la senda del formalismo jurídico hacia la elaboración de construcciones cada vez más alejadas de la realidad histórica.²⁶

Si del plano epistemológico pasamos a otro más político debe destacarse como elemento común de la ciencia jurídica alemana del siglo XIX y, en concreto, de la obra de Savigny, su contribución nada desdeñable a la construcción del Estado y a la concepción del derecho en términos estrictamente nacionales, circunstancias ambas que informarían el desarrollo del derecho y de la ciencia jurídica durante los siglos XIX y XX en toda Europa. La fuente de la legitimidad del nuevo sujeto estatal radicaba, como el derecho, en el pueblo entendido como “unidad que enlaza el presente con el pasado y el porvenir”. En éste —según Savigny— se da “una fuerza interna que trata de extenderse hacia fuera, e imprime al Estado un carácter individual”; es esa misma fuerza la que crea al mismo tiempo el derecho. El Estado, en cuanto definido como “manifestación orgánica del pueblo” existe desde el comienzo: “todo pueblo [sentencia Savigny] desde que su vida aparece está ya constituido como Estado [...]”. No hay lugar, por tanto, frente a las teorías modernas del iusnaturalismo, a un estado anterior de naturaleza, que se rechaza como algo irreal. Si una rama del derecho tiene como objeto al Estado, el denominado *derecho político*, la otra rama se ocupará del segundo

²⁵ Orestano, R., *Introducción...*, *cit.*, pp. 260 y 261.

²⁶ *Ibidem*, pp. 284-287. En fechas recientes, Fioravanti ha criticado la acusación de formalismo con que tradicionalmente se ha intentado definir la “jurisprudencia de conceptos”, señalando que en todo caso se trataría de un formalismo *operativo*, dirigido a dominar el presente a partir de la búsqueda de formas superiores de racionalidad que permitieran reconducir la realidad hacia aquel orden de institutos y principios jurídicos que conformaban un sistema, adaptado en cualquier caso a las circunstancias históricas de la sociedad del momento. No se trataba, por tanto, según este autor, de una labor de creación de institutos y conceptos que anulasen la capacidad transformadora de la realidad propia de la ciencia jurídica y la pusiese al servicio del Estado controlado por el poder político. Fioravanti, M., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra otto e novecento*, Milán, 2001, pp. 52 y 53.

protagonista a tener en cuenta en el mundo jurídico, el individuo. De sus relaciones tratará un derecho privado²⁷ identificado como "la regla y la expresión de estas relaciones".²⁸ Toda la actividad de la ciencia jurídica, todo el derecho, se comprende dentro de este nuevo marco estatal-individual: a su legitimación, vía naturalización, contribuirá de manera decisiva la nueva *Rechtswissenschaft* impulsada por la escuela histórica a lo largo del siglo XIX, con su declinación tanto histórica como dogmática. Un fenómeno éste que no será exclusivo de la ciencia jurídica alemana, sino común en mayor o menor medida según los casos, a todos los países europeos. En este mismo contexto se sitúa también la teorización que Savigny realiza de la labor interpretativa del juez, actividad que parte de una rigurosa distinción entre legislación y jurisdicción, y conduce al primado de la ley en la producción del derecho.²⁹ Por debajo de esta concepción de la interpretación no es difícil descubrir de nuevo la influencia de una gnoseología moderna que despoja al juez y al derecho de su intrínseca historicidad y consagra a la larga un orden jurídico de impronta marcadamente legalista.

Se puede afirmar, pues, que en la escuela histórica alemana, la historia del derecho, al tiempo que aparecía dotada de personalidad propia, era puesta al servicio de una dogmática jurídica que, con su trabajo científico, debía preparar el camino hacia la verdadera codificación. Una vez que el trabajo de los juristas posibilitara con el tiempo la formación de un código verdaderamente científico, que recogiera el derecho de la nación alemana acumulado en su historia, la historia del derecho podría romper definitivamente los lazos que la unían, servilmente, a la ciencia jurídica y nacer a una nueva vida, la actual.³⁰ De esta manera, la entrada en vigor del BGB alemán en 1900 marcó, siquiera formalmente, un antes y un después en la historia del derecho. En definitiva, supuso su traspaso al ámbito de las ciencias his-

²⁷ No deja de resultar expresivo de la utilización legitimadora del presente de las fuentes jurídicas romanas, la transcripción en nota a pie de página en este punto de I, 1, 1, 1: "Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim".

²⁸ Véase, Savigny, F. C., *Sistema de derecho romano actual*, I, *cit.*, pp. 71-76.

²⁹ Entre otros, se puede citar el siguiente texto que pone de relevancia esta separación clara entre las operaciones que realiza el legislador y el juez: "El intérprete que pretende corregir el pensamiento de la ley, su realidad misma y no su apariencia, se coloca por encima del legislador y desconoce los límites de sus poderes: su obra entonces no es la interpretación, sino una verdadera formación de derecho". *Ibidem*, p. 250.

³⁰ Un camino diferente siguió la corriente comúnmente denominada germanística, más ligada a la historiografía política y constitucional alemana de la época. Véase Wieacker, F., *Storia...*, *cit.*, pp. 111-113, y Tomás y Valiente, F., "La historiografía jurídica en la Europa continental (1900-1975)", *Historia, Instituciones, Documentos*, 5, 1978, p. 436.

tóricas.³¹ En este sentido, apunta Tomás y Valiente que “la entrada en vigor del BGB el primer día del siglo XX era un símbolo (alto tardío, si se quiere apurar el análisis cronológico) de ese divorcio entre historia y dogmática”.³² No es casualidad, que en las dos últimas décadas del siglo XIX, ya en plena elaboración del BGB, vieran la luz las primeras obras ligadas a una historia del derecho que se presenta desligada de la dogmática jurídica, como es el caso, por ejemplo, del *Edictum perpetuum* de Otto Lenel (1884) o del *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Weltreichs* (1891) de Mitteis. Los estudios de historia del derecho romano y de la antigüedad experimentaron a partir de entonces un auge hasta ese momento desconocido no sólo en Alemania, sino en otros países de Europa, como Italia, Francia u Holanda. Se publicaron numerosas ediciones de textos jurídicos romanos, críticamente depurados en muchos casos de interpolaciones y añadidos posteriores. Un proceso semejante experimentó la historia del derecho germánico, con la edición y estudio de fuentes, como los *Monumenta Germaniae*, y la profundización en los estudios medievalísticos, que llevaron a la historia del derecho a sellar una relación estrecha con la historia política.³³

La historia del derecho quedó así constituida en ciencia autónoma pero al mismo tiempo se vió reducida en su relación con la ciencia jurídica a la condición de saber productor de antecedentes, en una visión sustancialmente continuista de la historia. Dicho de otra manera, la historia, como la axiología, perdió su sentido propio en la labor del jurista, y pasó a ser percibida como algo externo al derecho. Frente a ella, una cualidad, la vigencia, que hasta entonces había desempeñado un papel secundario en la ciencia jurídica, se vio elevada a la condición de protagonista principal. Era la vigencia del derecho lo que le constituía como tal: aquí se trazaba la línea

³¹ No deja de resaltar Wieacker la tensión que desde entonces sufre nuestra disciplina, un saber identificado desde el punto de vista de la investigación con las ciencias históricas y emplazada, sin embargo, en las Facultades de Derecho donde se supone que debe contribuir a la formación de los futuros juristas. F. Wieacker, *Storia...*, cit. II, p. 114.

³² Tomás y Valiente, F., “La historiografía jurídica...”, cit. p. 433. Al mismo tiempo, la codificación posibilitó la transición desde la pandectística a un positivismo legal que no tardó mucho en perder toda credibilidad. Con la difusión tras las guerras mundiales del constitucionalismo y la estructuración del orden jurídico en torno a los derechos y libertades fundamentales, el problema de la fundamentación del derecho no quedó resuelto. El voluntarismo moderno había mostrado ya sus más terribles consecuencias. Sin embargo, aniquilado todo planteamiento metafísico u ontológico del derecho, la búsqueda de nuevos cimientos sólidos sobre los que edificar un nuevo orden jurídico cada vez más global sigue todavía abierta

³³ Wieacker, F., *Storia...*, cit., pp. 108-113.

que separaba la historia del derecho de los saberes jurídicos positivos.³⁴ No se concebía, pues, otra manera de construir el derecho que la dogmática, ni otra manera de argumentar que la lógica. La tarea del jurista debía consumirse en la aplicación de la ley, para lo cual contaba con aquel aparato dogmático como instrumento a partir del cual subsumir el supuesto de hecho en la norma legal.

El abandono de lo histórico como elemento intrínseco, esencial, del momento de producción y vida del derecho “permitió” también afirmar su cientificidad y neutralidad ética. En este marco se inscriben los intentos de purificar el derecho, aislándolo de cualesquiera elementos espurios que pudieran contaminarlo y degradarlo. Esta transformación operada en la misma manera de concebir el derecho se proyectó de manera muy especial en el papel atribuido a los juristas. En este sentido, se puede afirmar que una de las características más definitorias de la modernidad jurídica en el continente europeo es la proscripción de toda labor interpretativa, especialmente de la realizada por el juez.³⁵ Este abandono, más teórico que real, de la dimensión constitutivamente hermenéutica del derecho y de la ciencia jurídica, aparece íntimamente ligado a la negación, también más teórica que práctica, de la intrínseca historicidad del derecho.

Hemos considerado pertinente trazar estos breves y, sin duda, muy matizables esbozos de la evolución de la ciencia jurídica en Alemania, con especial atención a la figura de Savigny, porque —como ya hemos señalado— a lo largo del siglo XX el papel otorgado a la historia en la determinación del derecho se verá enormemente condicionado por los cánones interpretativos sintetizados por este gran jurista. En efecto, asumiendo esta concepción positivista del derecho como telón de fondo, de la ley como algo puesto y dispuesto por el legislador para ser detenidamente estudiada e interpretada, el papel reservado a la historia queda confinado en los estrechos márgenes del denominado “canon histórico”. Lo segundo no es sino consecuencia de lo primero. Para Savigny la interpretación, tendencialmente concentrada en la ley, se entiende como “reconstrucción del pensamiento contenido en la ley”.³⁶ Con otras palabras, “esta operación intelectual tiene por objeto el reconocimiento de la ley en su verdad”.³⁷ De esta manera, la

³⁴ Véase Vallet de Goytisolo, J. B., *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, 1982, p. 901.

³⁵ Acerca de la radical mutación operada en la Europa continental durante el siglo XIX en la manera de concebir el derecho y la función interpretadora del jurista, en primer lugar del juez, véase Grossi, P., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milán, 1998.

³⁶ Savigny, F. C., *Sistema del derecho romano actual*, t. I, *cit.*, p. 187.

³⁷ *Ibidem*, p. 184.

interpretación se concibe como determinación *desde fuera* del sentido de la ley. Entre el sujeto que interpreta y el objeto que es interpretado se traza así una falla que hace posible afirmar la naturaleza *científica*, es decir, *objetiva* y axiológicamente *neutra*, exquisitamente *técnica* de la labor interpretativa. La tradición cultural del sujeto que interpreta, su mundo interior y exterior de valores, de prejuicios, de intenciones son circunstancias ajenas a la interpretación jurídica en sentido estricto. Si interesan a la ciencia jurídica es únicamente en su calidad de factores potencialmente contaminantes del trabajo interpretativo; factores que deben ser eliminados o, en el peor de los casos, minimizados.

Ciertamente —como ya ha sido adelantado—, uno de los cuatro elementos o partes *constitutivas* de la interpretación es el histórico. Sin embargo, no es la historia en cuanto dimensión constitutiva de la realidad, es decir, tanto del sujeto que interpreta como del objeto (la ley en este caso) que es interpretado, la que aparece aquí reconocida.³⁸ Se trata de otro tipo de historia: una historia que pasa sin rozar al intérprete y que sólo desde fuera parece afectar a lo interpretado; una historia, en definitiva, que permite conservar la ficción de objetividad y, por tanto, de cientificidad positivista, que debe caracterizar a la nueva ciencia jurídica.³⁹ En palabras del propio Savigny, el canon histórico “tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer”.⁴⁰ En este contexto, el estudio histórico del derecho queda así prácticamente reducido a un estudio de antecedentes, cuya trascendencia en la interpretación jurídica resulta bastante limitada.

³⁸ En este sentido se ha dicho que precisamente la denominada “interpretación histórica” termina por “deshistorizar” no sólo el contexto de comprensión a partir del cual el intérprete comprende sino el mismo objeto de comprensión, al que, en cierto sentido, se despoja de su intrínseca historicidad. Véase Viola, F. y Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2000, p. 228.

³⁹ Como escribe Ollero, refiriéndose al elemento histórico en la interpretación “Savigny parece tratar simplemente de enriquecer el «conocimiento» de la ley, enmarcándolo en su contexto social propio, para poder captar con más fidelidad lo que el texto «dice». Con ello la *historia* ha dejado de *fluir* para convertirse en un *salto comparativo* entre dos momentos cerrados en sí mismos”. Ollero, A., *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, 1982, p. 105.

⁴⁰ Savigny, F. C., *Sistema del derecho romano actual*, I, *cit.*, p. 187. Para Savigny “el buen éxito de la interpretación depende de dos condiciones esenciales, en donde se resumen los caracteres de estos diversos elementos, y son, á saber: primero, debemos reproducir en nosotros mismos la operación intelectual en virtud de la cual se determinó el pensamiento de la ley; segundo, debemos traer á consideración los hechos históricos y el sistema entero del derecho para ponerlos en inmediata relación con el texto que tratamos de interpretar”. *Ibidem*, p. 188.

Los elementos hermenéuticos savignyianos, completados con el canon teleológico, han condicionado durante todo el siglo XX y hasta el momento presente, no sólo el modo de entender la interpretación entre los juristas positivos sino la propia práctica interpretativa. Y ello, tanto en el ámbito del derecho privado, como en el del derecho constitucional que es el campo que a nosotros más interesa.⁴¹ En efecto, si de la ciencia jurídica en general pasamos al derecho constitucional en particular, la exclusión o, al menos, la marginación de la dimensión histórica del derecho como factor condicionante de toda labor interpretativa, aparece también como un fenómeno característico de su evolución en Europa en los últimos dos siglos. Es más, se presenta como un elemento fundacional del constitucionalismo moderno en su versión europea-continental.⁴² La Constitución moderna, en cuanto expresión de un Poder Constituyente, rompe la historia, la condensa en un acto pretendidamente intemporal capaz de detener por unos momentos el curso de la historia y marcar un antes y un después en el derecho más fundamental de la comunidad política, el derecho constitucional.⁴³ Desde esta perspectiva, el papel reservado a la historia en la interpretación y desarrollo constitucional resulta todavía más problemático. Ciertamente, Constitución y código comparten en sus orígenes una similar actitud frente a la historia. Uno y otro representan, en los diferentes países europeos, el triunfo de la razón ilustrada y de la voluntad del pueblo, racionalizada en un texto ordenado, frente al devenir caótico de la historia. Sin embargo, en el caso de la Constitución y, por derivación, de la rama del derecho consagrada a su estudio, la mayor proximidad con los fundamentos mismos del nuevo orden político, con el poder constituyente, convierten esta relación con la tradición aún más problemática.

Podría alegarse en contra de lo afirmado hasta ahora la proliferación a lo largo del siglo XX de numerosos estudios dedicados a la historia del derecho constitucional, a la historia del derecho privado o de otros sectores

⁴¹ En el ámbito del derecho privado comunitario se han formulado recientemente interesantes aportaciones dirigidas a revalorizar el elemento histórico en el método interpretativo, a través de una superación de estos planteamientos decimonónicos. Se habla así de la necesidad de una “interpretación histórica en sentido amplio”. Véase Baldus, C. y Vogel, F., “Metodología del derecho privado comunitario: problemas y perspectiva en cuanto a la interpretación histórica”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional*, num.10, 2006, pp. 86-87.

⁴² *Cfr.* en este sentido, Zagrebelsky, G., *Historia y Constitución*, *cit.*, pp. 31 y 32.

⁴³ Ciertamente, el concepto de poder constituyente ha evolucionado desde los tiempos revolucionarios franceses, pero conserva en su núcleo esa vocación creadora de un orden político capaz de suspender el progreso de la historia. Una aproximación al concepto en Grasso, P. G., *Il potere costituente e le antinomie del diritto costituzionale*, Turín, 2006.

especializados del ordenamiento jurídico. Y en algunos casos ciertamente es así. No han faltado ilustres constitucionalistas cuya sensibilidad hacia la historia, próxima o remota, se ha traducido en valiosos estudios históricos. Sin embargo, el problema que aquí planteo es algo distinto, pues no apunta tanto a la atención hacia la historia en sí misma considerada, cuanto a su consideración como dimensión intrínseca del derecho. La cuestión que durante décadas se ha obviado, quizá por parecer demasiado obvia sin serlo en absoluto, es el papel que la historia está llamada a desempeñar en la construcción teórica y práctica del derecho constitucional y, más en particular, en la interpretación constitucional y de la Constitución. En este sentido, la aproximación a la historia realizada por la ciencia jurídica desde sus diversidad disciplinar ha asumido con carácter prevalente una óptica externa al propio derecho. La historia, así concebida, no ha logrado superar en el mejor de los casos el estadio de momento antecedente al de la determinación del derecho propiamente dicho. Un antecedente singularmente valioso si se quiere, pero al que, en cuanto tal, le queda vedado traspasar el umbral del derecho. No niego la responsabilidad que a los historiadores del derecho nos corresponde en este fenómeno, ni ignoro la existencia de juristas que, con una fina sensibilidad histórica, han puesto los medios en estos últimos años por revitalizar en sus estudios dogmáticos la atención a la intrínseca historicidad del derecho. Tan sólo pretendo llamar la atención sobre una de las principales aportaciones que la hermenéutica moderna ha realizado al tratamiento del derecho. Me refiero, en concreto, a la atención prestada a la situación del sujeto intérprete y del objeto interpretado en un determinado horizonte histórico, cuyas posibilidades en el ámbito de las relaciones entre ciencia e historiografía jurídica parece muy conveniente potenciar.

III. LAS VÍAS ABIERTAS A LA HISTORIA EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL POR LA MODERNA HERMENÉUTICA: ALGUNAS PROPUESTAS DE TRABAJO

Como señalamos al inicio de este trabajo, la *revolución* hermenéutica llevada a cabo a lo largo del siglo XX ha mostrado las aporías de semejantes planteamientos. La historia, como horizonte de sentido desde el que el intérprete conoce e interactúa con el texto, se resiste a quedar confinada en el clásico elemento histórico. La tradición como lugar desde el que se interroga el texto no es un momento anterior al propio proceso interpretativo:

se halla presente de principio a fin. La ignorancia de este condicionamiento dificulta sin duda la capacidad de respuesta del derecho constitucional a algunos de los más graves problemas de fondo que el momento presente plantea. Expresado en clave positiva, cabe afirmar que el estudio desde la historia del derecho de nuestra propia tradición constitucional, en la medida en que contribuya a iluminar los prejuicios asumidos sobre algunas de las categorías fundamentales del constitucionalismo clásico, hará posible el descubrimiento de nuevas vías de desarrollo de éste y la solución racionalmente compartida de los problemas que la sociedad actual, muy distinta de aquella en que se gestaron las primeras Constituciones, plantea al jurista de hoy.

Desde mi punto de vista, ésta es la aportación más importante de la historia del derecho al derecho constitucional y, más en particular, a la interpretación constitucional. Merece la pena, pues, que nos detengamos brevemente en este punto.

1. *Repensar desde la historia la dogmática constitucional*

La naturaleza histórica de las categorías que articulan el derecho constitucional y las modernas Constituciones es una realidad difícilmente impugnable. Conceptos clave en el derecho constitucional como *soberanía nacional*, *derechos fundamentales*, *democracia* o *Poder Constituyente*, por citar sólo algunos, exigen para su correcta comprensión y tratamiento de una redefinición a la luz de su trayectoria histórica.⁴⁴ Se trata de categorías que nacieron en un

⁴⁴ El siguiente fragmento de la sentencia del 12 de julio de 2005 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2a.), en el caso *Güneri y otros contra Turquía* [TEDH\2005\73], puede servir como ejemplo que ilustre el problema que estamos planteando: “El Tribunal recuerda que la libertad de reunión y el derecho a expresar puntos de vista a través de ella, están entre los valores primordiales de una sociedad democrática. La esencia de la democracia es su capacidad de resolver los problemas por medio de debates abiertos. Las medidas restrictivas de naturaleza preventiva para suprimir la libertad de reunión y expresión, a menos que sean en casos de incitación a la violencia y rechazo de los principios democráticos, por más chocantes e inaceptables que puedan parecer a las autoridades algunos puntos de vista o palabras, o por más ilegítimas que puedan ser las exigencias, hacen un flaco favor a la democracia y a menudo la ponen en peligro. En una sociedad democrática basada en el Estado de Derecho, se debe ofrecer una adecuada oportunidad de expresión de las ideas políticas que discutan un orden existente y cuya realización se proponga por medios pacíficos, a través del ejercicio del derecho de reunión, así como por otros medios legales” (F.J. I, C, 2). La sentencia presupone una serie de conceptos como “sociedad democrática”, “principios democráticos”, “democracia”, o “Estado de Derecho”, que actúan como cimientos mismos de los derechos de reunión y asociación, cuya determinación en el caso concreto constituye el núcleo decisivo del fallo del tribunal. Sin embargo, resulta evidente que la definición y alcance de semejantes categorías sólo resulta posible desde un análisis histórico que analice los

determinado contexto político, económico, social, cultural en definitiva, y en buena medida siguen dependiendo en su declinación actual de sus orígenes más o menos remotos.⁴⁵ El texto constitucional se limita a recogerlas y en el caso de los derechos a proclamar y establecer los mecanismos jurídicos necesarios que garanticen su protección. Sin embargo, resultaría ilusoria la pretensión de encontrar en los textos constitucionales una definición acabada de las categorías centrales que articulan la propia Constitución. Se trata de una constatación evidente, cuyas consecuencias no siempre se asumen en toda su extensión.

No es éste el momento de entrar en el análisis de estas categorías desde su perspectiva histórica. Por otra parte, no faltan estudios que abordan su génesis y evolución en el tiempo. Sin embargo, y aun siendo imprescindible, lo relevante no es tanto la información que estos estudios históricos puedan aportar, cuanto su incidencia en la conciencia que de su historicidad tiene el jurista que interpreta, así como la capacidad de algunos de ellos de seguir sosteniendo, sin profundas transformaciones internas, el actual modelo de Estado constitucional.

Detengámonos por un momento, y sólo a título de ejemplo, en la categoría central del constitucionalismo actual y, por extensión, de los modernos ordenamientos jurídicos occidentales. Me refiero al concepto de derechos fundamentales. En sus orígenes históricos más remotos conecta con los postulados del iusnaturalismo racionalista y los textos revolucionarios americanos

orígenes de su formación moderna, los presupuestos filosóficos, políticos, éticos, etcétera que asumen, y la evolución de su significado o significados en el tiempo. Por ello, la integración del derecho internacional relativo a la protección de los derechos humanos o, en el ámbito de los Estados, del derecho constitucional, con otras disciplinas como la ciencia política, la historia del derecho o la filosofía del derecho resulta no sólo conveniente, sino necesaria para la correcta interpretación de los tratados y constituciones y, sobre todo, para la justificación y legitimación por vía práctica de las decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales encargados de la garantía y protección de estos derechos.

⁴⁵ En este sentido escribe García de Enterría que “la Revolución Francesa ha aportado a la historia de la cultura occidental en el terreno del lenguaje jurídico algo mucho más sustancial que un repertorio léxico determinado, que haya que enumerar analíticamente; ha aportado un discurso enteramente nuevo para explicar las relaciones entre los hombres y su organización social y política como materia del derecho. [...] La lengua de los derechos —explica este autor— debe explicarse, pues, no como una simple aparición de nuevos términos, en un plano estrictamente técnico de análisis léxico o sintáctico, sino como la expresión de un nuevo discurso jurídico que ofrece un nuevo modelo de relación entre los hombres”. García de Enterría, E., *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, 1994, p. 37.

y franceses.⁴⁶ El sujeto de tales derechos era el individuo, un ser originariamente asocial, preocupado por la preservación de una esfera de libertad que le permitiera el disfrute sin estorbos de sus propiedades. El artículo 4o. de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 es suficientemente ilustrativo a este respecto.⁴⁷ La libertad entendida como una capacidad de actuación indeterminada, potencialmente ilimitada, no dirigida intrínsecamente a la realización de ningún fin fuera de ella misma encuentra su único límite en la libertad de los demás individuos, concebida lógicamente en idénticos términos. La imagen de sociedad que se desprende de este artículo de la Declaración no difiere mucho de la que subyace en algunas sentencias de los tribunales constitucionales europeos.⁴⁸ En efecto, esta matriz antropológica, a pesar de las transformaciones sociales experimentadas en los últimos dos siglos, alimenta todavía la concepción de los derechos fundamentales recogidos en los actuales textos constitucionales. Desde el punto de vista jurídico-constitucional esto se traduce, entre otras cosas, en un planteamiento de las relaciones entre los derechos fundamentales en clave tendencialmente conflictiva, donde los derechos de unos son sacrificados para dar protección a los de otros.⁴⁹ En este contexto, la técnica de la ponderación encuentra

⁴⁶ Existen abundantes estudios sobre el particular, con planteamientos diferentes, complementarios o incluso contrarios. Para una primera aproximación al tema, pueden verse algunos trabajos ya clásicos, Rials, S., *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, 1988; Thuck, R., *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge, 1981; Villey, M. *Le droit et les droits de l'homme*, París, 1983. Más recientemente, L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001.

⁴⁷ “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley”.

⁴⁸ Cfr. STC 187/1999, FJ 12, donde el Tribunal Constitucional español afirma que “cuando entran en conflicto o colisión dos derechos fundamentales, como ahora es el caso, [...] [se impone] en esta sede, el revisar la ponderación de los derechos colindantes hecha por los órganos judiciales para averiguar si sus resoluciones sacrifican debida o indebidamente uno de ellos en aras del otro, a la luz exclusiva de la Constitución”. Una crítica a esta concepción conflictiva de los derechos, como a los métodos tradicionalmente asumidos para resolverlas, el de jerarquía y el de ponderación, con propuesta de solución alternativa en Toller, F. M. “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*”, en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *Interpretación constitucional*, México, 2005, t. II, pp. 1199-1284. Tomo la cita de la sentencia del Tribunal Constitucional español, p. 1203, num. 8.

⁴⁹ Un estudio sistemático de esta particular visión de los derechos y de su relación entre ellos, en Cianciardo, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, 2000. Abunda en la misma cuestión a partir del análisis del habitual planteamiento conflictual entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, Domingo, T. de, *¿Conflictos entre derechos fun-*

su razón de ser. La formulación de los derechos realizada más en términos cuantitativos que cualitativos, corre el riesgo de convertir a los jueces en expertos calculadores de peso. No es indiferente, en este sentido, que no se hable tanto de *armonizar* cuanto de lograr un *equilibrio* entre bienes jurídicos contrapuestos o, en general, entre libertad individual y funcionalidad o vinculación social de los derechos, y esto incluso por autores que reconocen explícitamente la superación del modelo individualista de los derechos, y afirman su intrínseca función social y la existencia de un correlato de responsabilidad en toda libertad.⁵⁰

Resulta indiscutible, en cualquier caso, la profunda influencia que la Declaración de Derechos francesa de 1789 tiene todavía en el imaginario jurídico y político actual, a pesar del tiempo transcurrido y de las transformaciones sociales experimentadas por las sociedades occidentales en los últimos doscientos años. Nuestra manera de pensar los derechos sigue profundamente marcada, en sus aciertos, pero también en sus limitaciones, por la Declaración revolucionaria y, sobre todo, por la imagen que de ella ha transmitido la historiografía de los últimos dos siglos. Todavía resulta difícil, no sólo en Francia, pensar en la Revolución francesa y en la Declaración de Derechos en términos puramente históricos o, si se prefiere, científicamente historiográficos. A pesar de constituir un acontecimiento del pasado, su significado pervive y alimenta la cultura política presente. Como referente simbólico sigue alimentando el discurso constitucional y condicionando la comprensión actual de los derechos y de las libertades. Por ello, sólo en la medida en que el intérprete constitucional y, en general, el cultivador del Derecho constitucional sea consciente de la propia tradición cultural desde la que opera resultará posible superar algunos de los problemas de fondo

damentales?: un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y a la intimidad, Madrid, 2001.

⁵⁰ Véase el ya clásico trabajo de Häberle, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, traducción de J. Brage Camazano, Madrid, 2003, p. 48 trad. castellana de J. Brage Camazano. No existe duda de la nula identificación de este autor con cualquier interpretación individualista de los derechos fundamentales. Lo único que pretendo poner de relieve es la presencia, aun en estos casos en que el discurso constitucional se mueve en unas coordenadas declaradamente contrarias a esta antropología moderna, de unos presupuestos generalmente inadvertidos que hunden sus raíces en ella. Esta tensión entre los presupuestos de fondo del discurso y su significación inmediata se percibe en la construcción de otros expedientes técnicos, como de “límites inmanentes” de los derechos, que pretende precisamente subrayar la dimensión comunitaria en que los derechos del individuo se desenvuelven. Tampoco en este caso se supera el horizonte antropológico basado en la identificación de los conceptos de persona e individuo propio de la modernidad.

más relevantes del constitucionalismo actual.⁵¹ Posiblemente, y esto es sólo una hipótesis cuya comprobación habría que estudiar detenidamente, las dificultades prácticas de justificación que se perciben en muchas de las sentencias dictadas por las supremas cortes constitucionales no deriven de un simple problema de argumentación (aunque también). Quizá, encuentren su última razón de ser en este estrato histórico más profundo, es decir, en las limitaciones del modelo social y antropológico que todavía hoy sigue informando en mayor o menor medida nuestra concepción de los derechos fundamentales;⁵² un modelo acuñado por el pensamiento ilustrado-rationalista, que si bien desempeñó en su época un papel inestimable, no sirve ya para dar solución a los problemas de la sociedad actual.

Conviene recordar, además, que la normatividad directa reconocida a los derechos constitucionales en la Europa continental, con carácter general tras la Segunda Guerra Mundial, ha revalorizado, al menos teóricamente,

⁵¹ No faltan entre los propios constitucionalistas ejercicios de reflexión histórica dirigidos precisamente a clarificar las coordenadas fundamentales de la propia tradición constitucional. Entre otros, cabe destacar la obra ya citada de Zagrebelsky, G., *El derecho ductil*, cit. La particular y renovadora concepción de Häberle de la Constitución como ciencia de la cultura facilita sin duda la atención a su dimensión histórica. Cfr. Häberle, P., *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, traducción de E. Mikunda, Madrid, 2000. Una buena muestra de ello, en conexión con el tema que hemos tratado, son los estudios de este autor sobre 1789 en la formación del Estado constitucional, donde el análisis historiográfico se interrelaciona con su dimensión constitucional presente, haciendo explícitas las precomprensiones que condicionan la actuación del constitucionalista actual. Véase Häberle, P., *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, traducción de I. Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, 1998.

⁵² En este sentido, resulta de enorme interés la literatura que, especialmente en Alemania, se centra en la “imagen del hombre” que proyecta el derecho. Los repetidos intentos por superar el individualismo de las primeras declaraciones de derecho, no han dejado de asumir, consciente o inconscientemente, esta visión uniteral de la persona como individuo, concentrando sus esfuerzos en una limitación “desde fuera” de sus libertades en bien de la comunidad. Éste es el caso, por ejemplo, de la conocida sentencia del Tribunal Constitucional alemán del 20 de julio de 1954 donde el supremo tribunal, después de negar que la imagen del ser humano contenida en la Ley Fundamental sea de un “individuo soberano aislado”, afirma que “la Ley Fundamental ha sido más bien decisiva para la tensión individuo-sociedad en el sentido de la referencia y la unión del individuo a la comunidad, sin tocar con ello su individualidad”. En palabras del propio Tribunal, “esto significa: lo individual tiene que aceptar sin más aquellas barreras de su libertad de acción que el legislador coloca para el cuidado y promoción de la convivencia social[...]”. Tribunal Constitucional alemán, 33, 303 (304), cit. en Häberle, P., *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, Perú, 2001, p. 78. En definitiva, la sociedad, la comunidad, el grupo en el cual se integra el individuo siguen percibiéndose como algo constitutivamente ajeno al propio individuo y, por tanto, como barreras para su libre determinación. La persona sólo es concebida como individuo y no también como relación. Las consecuencias, no sólo en el plano de una teoría de los derechos fundamentales, sino del derecho en general, son enormes.

el protagonismo de la tradición en la interpretación del derecho. La apertura a la dimensión material de los derechos acentúa aún más si cabe el papel de las concepciones sociales y culturales en la concretización de estos derechos; unas concepciones que, huelga decirlo, sólo se entienden en el horizonte de una determinada tradición interpretativa a la que nutren y en la que evolucionan, en un proceso circular de influencia recíproca. La fuerza normativa de los derechos exige un tipo de interpretación que supera los márgenes señalados por los tradicionales cánones hermenéuticos. Como señala Zagrebelsky, estas formulaciones, “más que «interpretadas» a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su *ethos*”,⁵³ un *ethos* —cabría añadir— que no es ajeno al universo cultural del intérprete, a su precomprensión del derecho. Desde esta perspectiva, la figura del intérprete constitucional no es asimilable a la de un científico que opera en un laboratorio cuidadosamente aislado del entorno, preocupado por no sufrir contaminación alguna del ambiente político, ético, cultural que le rodea. Más bien al contrario, es una persona que permaneciendo ligado al texto constitucional debe hacerlo revivir en cada momento histórico, nutriéndolo para ello de ese ambiente, históricamente determinado en forma de tradición, en el que opera. En la tensión aproximativa entre texto y realidad se resuelve toda operación interpretativa, pero no como si de dos realidades ajenas entre sí se tratase, pues ambas coexisten en el intérprete. Aunque dotadas de un ser propio, sólo se realizan en el plano constitucional en la medida en que logran ajustarse en el interior del jurista que interpreta.⁵⁴ En este contexto, parece claro que todo trabajo de explicitación de la tradición jurídica desde la que actúa el intérprete contribuye de manera decisiva a la racionalidad y comunicabilidad (dos realidades íntimamente ligadas entre sí) de las decisiones constitucionales adoptadas en sede jurisdiccional o en cualquier otro ámbito. De esta manera, y aunque no sea posible volver absolutamente transparentes los conceptos con los que operamos, sí resultará posible avanzar en una mayor racionalización de las decisiones adoptadas por los órganos de decisión política y jurídica, desvelando implícitos, discriminando entre motivos de mera oportunidad política y aquellos de justicia, o distinguiendo lo que constituyen evidencias científicas (históricas, económicas, técnicas) de lo que no es sino una determinada interpretación ética a partir de los datos aportados por disciplinas no jurídicas. En definitiva, la

⁵³ Zagrebelsky, G., *El derecho ductil*, cit., p. 110.

⁵⁴ Se puede afirmar así que “en una Constitución basada en principios, la interpretación es el acto que relaciona un pasado constitucional asumido como valor y un futuro que se nos ofrece como problema para resolver en la continuidad”. Zagrebelsky, G., *Historia y Constitución*, cit., p. 90.

ciencia jurídica progresará en ese *desencantamiento* del mundo al que con tanta nobleza como ingenuidad aspiraba el pensamiento ilustrado, en la medida, eso sí, en que el derecho, una disciplina no reconducible a los limitados parámetros de la racionalidad técnica o matemática, lo permita. Dicho con otras palabras, la ciencia jurídica profundizará con la ayuda del conocimiento histórico en el ejercicio de la racionalidad práctica que le es propia, recuperando en el plano del discurso jurídico la dimensión de verdad capaz de dotar a éste de auténtico sentido.

Lo expuesto sobre la dimensión histórica de los derechos en su formulación actual cabe afirmarse también respecto de otros conceptos claves del Estado constitucional, cuya densidad histórica resulta preciso tener presente si se quiere operar adecuadamente con ellos.⁵⁵ Esta atención a la historia no supone, en modo alguno, su elevación a la condición de canon vinculante de autoridad, sino más bien lo contrario. Sólo en la medida en que el intérprete constitucional es consciente tanto de la historicidad de estos conceptos, como de su propia posición como intérprete, se halla en condiciones de adecuarlos a las necesidades de la sociedad presente. Los límites de esta adecuación habrá que determinarlos en cada caso. Algunas de estas categorías fundamentales han logrado sobrevivir en la historia mutando sustancialmente su contenido, lo cual conviene también advertir convenientemente. Es lo que sucede en buena medida con el concepto de *soberanía*, de origen bajomedieval, o con la misma noción de *Constitución*. En estos casos, la *begriffsgeschichte* puede aportar elementos valiosos en la interpretación constitucional y poner al intérprete en la posición adecuada para juzgar si existe adecuación real entre el concepto que se maneja y la cosa que designa o, si por el contrario, el discurso constitucional se mueve habitualmente en el plano de la ciencia-ficción.

2. *Los relatos históricos en el discurso constitucional*

La clarificación del contexto histórico desde el cual el intérprete lleva a cabo la determinación de sentido del texto y, con ello, la iluminación de sus precompresiones a través del estudio de la tradición en que se halla situado, no es la única vía a través de la cual la historia penetra en el acotado

⁵⁵ De esta manera, como ha apuntado Häberle, la historia de la dogmática constitucional no es sólo historia, pues recupera su dimensión de elemento interno de las propias categorías jurídicas, de la Constitución como proceso interpretativo que se desarrolla en el tiempo. Desde esta perspectiva —afirma este autor—, la historia llega hasta el momento presente. Häberle, P., “Zeit und Verfassung”, *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlín, 1998, p. 77.

mundo del derecho y de la interpretación constitucional. Los propios textos constitucionales remiten de manera explícita e implícita a la historia, ya sea a través del reconocimiento de instituciones preconstitucionales que el constituyente acoge para dotarlas de una nueva legitimidad, o bien, de manera más escondida, a través de relatos historiográficos que cumplen también una cierta función constituyente. En este sentido, reviste particular importancia en la comprensión del derecho actual y, especialmente del derecho constitucional, los estudios acerca de los imaginarios políticos compartidos por una comunidad sobre su pasado.⁵⁶

Estas representaciones de la historia no sólo desempeñan —como acabamos de señalar— un papel preconstituyente en la medida en que determinan el *demos* dotado de soberanía originaria capaz, por ello mismo, de constituirse en Estado. En determinados casos, sirven también para justificar variaciones en un régimen constitucional común o, incluso, para hacer prevalecer legitimaciones políticas más allá de la proporcionada por la propia Constitución.⁵⁷

⁵⁶ Aunque exceda la cuestión aquí planteada, resultan de enorme interés las reflexiones de Taylor, C. *Modern Social Imaginaries*, Duke, 2004, esp. pp. 109-141, donde el autor analiza la imagen de la soberanía construida por la modernidad occidental en el contexto histórico de las revoluciones americana y francesa, principalmente.

⁵⁷ He analizado algunas de estas cuestiones en *Antes leyes que reyes. Cultura jurídica y Constitución política en la Edad Moderna (Navarra, 1512-1808)*, Milán, 2008. Con particular virulencia se ha planteado esta cuestión límite, por citar un ejemplo, con motivo de la aprobación por el parlamento del País Vasco de la *Ley 9/2008, del 27 de junio (LPV 2008, 260), de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política*, declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional español. En su fundamentación jurídica, el Tribunal Constitucional afirmaba que “la Ley recurrida presupone la existencia de un sujeto, el «Pueblo Vasco», titular de un «derecho a decidir» susceptible de ser «ejercitado» [art. 1 b) de la Ley impugnada], equivalente al titular de la soberanía, el Pueblo Español, y capaz de negociar con el Estado constituido por la Nación española los términos de una nueva relación entre éste y una de las Comunidades Autónomas en las que se organiza. La identificación de un sujeto institucional dotado de tales cualidades y competencias resulta, sin embargo, imposible sin una reforma previa de la Constitución vigente. En realidad el contenido de la consulta no es sino la apertura de un procedimiento de reconsideración del orden constituido que habría de concluir, eventualmente, en «una nueva relación» entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco; es decir, entre quien, de acuerdo con la Constitución, es hoy la expresión formalizada de un ordenamiento constituido por voluntad soberana de la Nación española, única e indivisible (art. 2o. CE), y un sujeto creado, en el marco de la Constitución, por los poderes constituidos en virtud del ejercicio de un derecho a la autonomía reconocido por la Norma fundamental”. STC, 103/2008 del 11 de septiembre, FJ. 4. Resuelto en el marco diseñado por la Constitución Española de 1978, el problema planteado iba más allá, pues lo que se ponía en tela de juicio, con los ropajes de una legalidad aparente era precisamente la identidad del sujeto originario del Poder Constituyente. Se trata de una cuestión de indudable alcance constitucional cuya resolución, sin embargo, excede de los tradicionales márgenes del derecho constitucional.

El protagonismo de estos relatos fundantes se percibe con bastante claridad en algunos de los más importantes textos de la tradición constitucional occidental, como la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la Declaración de Independencia norteamericana o la Ley Fundamental de Bonn. La función de legitimación de un nuevo orden político que cumplieron en su momento no circunscribe su ámbito de actuación, por paradójico que pueda parecer, al momento histórico que presidió su formulación. Precisamente la remisión a un pasado común, a una historia compartida, a un momento fundacional o a una tradición gloriosa, sigue cumpliendo una función nada despreciable en la conservación del edificio constitucional. En este ámbito, más que la historia, lo relevante para el derecho es la imagen que de ella se transmite en los textos constitucionales y la funcionalidad *paraconstituyente* que todavía cumplen. También aquí la toma de conciencia por parte del jurista de la naturaleza *imaginaria* de estos relatos, lograda a través de su estudio serio y riguroso, puede ayudar a solucionar situaciones de parálisis institucional, ligadas en ocasiones a la cristalización de determinadas precomprensiones históricas. Cabe citar, en este sentido, las dificultades que el proceso de construcción de una unidad política cada vez mayor en Europa ha encontrado en las arraigadas concepciones nacionalistas de algunos países; concepciones que son el resultado de un determinado modelo histórico de construir la identidad política.

Este tipo de relatos integra un capítulo particular de la relación entre derecho y literatura que tanto interés suscita en el ámbito norteamericano. Se trata, sin duda, de una perspectiva que abre también para la historia nuevas vías de acceso al mundo jurídico. La estructura narrativa del derecho, la temporalidad como categoría definitoria del fenómeno jurídico y la centralidad de la noción de proceso, como sucesión de actos pautados dirigidos a un fin en un lapso de tiempo determinado, se presentan al jurista como perspectivas de análisis que aproximan el estudio del discurso jurídico al de otros discursos de muy diferente naturaleza, como es el discurso literario o el artístico. También el derecho, en sus diferentes manifestaciones, puede ser comprendido como la narración de una historia en un tiempo y espacio determinado, con un origen, unos personajes, una o varias tramas y subtramas, y un final, ya sea, por ejemplo, la sentencia que con valor de cosa juzgada pone fin a un litigio o la promulgación de una ley que después de su tramitación en los órganos representativos competentes regula una determinada materia. Esta perspectiva no sólo permite la aplicación analógica al derecho de las técnicas y categorías interpretativas desarrolladas en otras sedes disciplinares, como la literatura. Además, contemplado el fenómeno jurídico desde esta perspectiva, la historia no aparece como un espacio de

tiempo precedente al derecho, cuyo estudio, en el mejor de los casos, reviste una utilidad más bien marginal. Se presenta, por el contrario, como elemento intrínseco de la misma realidad jurídica: atraviesa el lenguaje utilizado, las construcciones gramaticales que permiten conectar los conceptos, las ficciones asumidas por el relato, el contexto social en que éste se desarrolla o las posibilidades de desenlace de la trama.⁵⁸ Se abre, así, un inmenso campo de investigación en el que derecho e historia aparecen como dimensiones inescindibles de una misma realidad; una realidad que, presentándose en forma de relato, no queda, sin embargo, reclusa en los estrechos márgenes del lenguaje, aunque tampoco pueda desarrollarse al margen de él. No estamos apostando, pues, por una aproximación meramente literaria al derecho, ni mucho menos pretendemos, llevados de un enfermizo escepticismo, postular su inevitable reclusión en la *carcel* del lenguaje. Se trata, más bien, de buscar nuevas aproximaciones que permitan redescubrir el papel de la historia y, con ella, del tiempo, en la Constitución misma del derecho y, en lo que a nosotros más interesa, de los derechos, es decir, de su reconocimiento y protección en el tiempo.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La amplitud del tema abordado, la trascendencia de los problemas teóricos y prácticos que plantea, y el carácter programático que conscientemente caracterizan estas reflexiones impide formular conclusiones definitivas. En pocas páginas hemos intentado mostrar el largo camino que queda por recorrer. Quizá esto suponga ya haber iniciado su andadura. Ahora, llegados a este punto, tal vez merezca la pena sintetizar en pocas líneas las tesis defendidas y destacar algunos de los retos que esperan a la ciencia jurídica y, dentro de ella, a la historia del derecho en el ámbito de la interpretación constitucional.

Resulta palmario que el contexto epistemológico que presidió la formulación por Savigny de los cuatro cánones clásicos de la interpretación ha cambiado sustancialmente a lo largo del último siglo, merced a las aportaciones que desde la filosofía del lenguaje y del conocimiento y, en general, desde la moderna hermenéutica se han realizado. Ello no ha impedido que, siguiendo una comprensible inercia cultural, todavía se siga concibiendo el

⁵⁸ Una exposición del estado de la cuestión en los estudios sobre derecho y literatura en Talavera Fernández, P., “Ejes de conexión entre el discurso jurídico y el discurso literario”, en Elósegui Itxaso, María y Galindo Ayuda, Fernando (coords.), *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva: libro homenaje al Prof. Juan José Gil Cremades*, Zaragoza, 2008, pp. 1041-1077.

proceso interpretativo en términos *objetivos*, reduciendo el derecho a la condición de *cosa* externa al intérprete, y convirtiendo a éste en sujeto capaz de leer desde fuera, para aplicar en su caso, un texto jurídico. Lo único necesario para ello sería adquirir, junto a la imprescindible dogmática jurídica, un adecuado método científico: el método jurídico.

Con todo, se puede afirmar que el panorama ha cambiado sustancialmente en las últimas décadas y son cada vez más los juristas, también en el ámbito constitucional, preocupados por recuperar la dimensión histórica de la propia actividad jurídica y, con ella, de la interpretación. En estos replanteamientos, que apuntan a un verdadero cambio de paradigma en la ciencia jurídica, la historia se presenta como elemento interno del derecho, porque lo es también de su comprensión. Ciertamente, esta nueva aproximación al fenómeno jurídico no resuelve los problemas que la interpretación presenta en el ámbito constitucional, pero constituye el punto de partida necesario para plantearlos de un modo mucho más realista, y por tanto, para solucionarlos. Cuestiones tan debatidas como la posibilidad de justificar argumentalmente las decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales, especialmente en el ámbito de la jurisdicción constitucional, y someterlas a un control de racionalidad compartida, pueden ahora abordarse desde una perspectiva más adecuada y, por tanto, encontrar respuestas más satisfactorias. Por lo que a nosotros interesa, el panorama que para la historia del derecho se abre con este nuevo paradigma resulta prometedor. La iluminación, mediante el estudio histórico, de las preconcepciones que alimentan todo discurso jurídico, también el que se construye sobre la interpretación de textos constitucionales, constituye un buen ejemplo de la aportación que la historiografía jurídica puede realizar en el seno de la ciencia jurídica. Algo de esto hemos intentado apuntar en este trabajo. Sin embargo, para que ello sea posible los historiadores del derecho debemos también abandonar nuestras antiguas posiciones y asumir la responsabilidad que en la evolución del derecho y, en particular, del derecho constitucional, nos corresponde.