

MATTHIAS KLATT

# HACER EL DERECHO EXPLÍCITO

**Normatividad semántica  
en la argumentación jurídica**

Traducción de  
Francisco J. Campos Zamora

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	23
<b>I. LA IMPORTANCIA DEL LÍMITE DEL TENOR LITERAL</b> .....	24
1. Funciones del límite del tenor literal .....	24
1.1. Delimitación entre interpretación y creación judicial del de- recho .....	24
1.2. El límite de la interpretación conforme a la Constitución.....	26
1.3. Prohibición de analogía y principio de legalidad .....	26
1.4. El valor de la argumentación semántica.....	27
2. Importancia constitucional del límite del tenor literal .....	28
3. El límite del tenor literal en el derecho ordinario .....	29
4. El límite del tenor literal y la metodología jurídica europea .....	32
5. El límite del tenor literal en la teoría del derecho angloamericana.	34
5.1. Interpretación y cobertura de lagunas jurídicas .....	34
a) Metodología del derecho estadounidense .....	35
b) Metodología del derecho inglesa .....	37
5.2. La doctrina de la nulidad por vaguedad ( <i>Void-for-Vague-             ness-Doctrine</i> ).....	38
5.3. Objetividad y determinación de la ley .....	39
<b>II. FILOSOFÍA DEL LENGUAJE Y CRÍTICA LINGÜÍSTICA</b> .....	40
<b>III. LA RELACIÓN ENTRE FILOSOFÍA DEL LENGUAJE Y TEORÍA DEL DERECHO</b> .....	41

	Pág.
IV. RACIONALIDAD Y OBJETIVIDAD EN EL DERECHO .....	42
V. DELIMITACIÓN DEL TEMA .....	44
1. Concepto y admisibilidad de la creación judicial del derecho .....	44
2. Teoría de la interpretación general y especial .....	44
3. Investigaciones empíricas, normativas y analíticas .....	45
4. Los tipos de tesis del indeterminismo jurídico .....	45
VI. SOBRE LA TERMINOLOGÍA .....	46
VII. ÍNDICE DE CONTENIDOS .....	47
<b>CAPÍTULO I. EL DEBATE ACERCA DE LA TEORÍA DEL TENOR LITERAL EN LA METODOLOGÍA JURÍDICA .....</b>	<b>51</b>
I. EL LÍMITE DEL TENOR LITERAL EN LA METODOLOGÍA HERMENÉUTICA .....	51
1. El límite del tenor literal en la teoría temprana de la interpre- tación .....	52
1.1. La teoría de la interpretación de Friedrich Carl von Savigny ..	52
a) Antecedentes hasta 1800 .....	53
b) La <i>Metodología 1802-1803</i> .....	54
c) El límite del tenor literal de Savigny en <i>Sistema</i> .....	55
1.2. Función del tenor literal en la teoría temprana subjetiva de la interpretación .....	58
a) La teoría de la expresión de Windscheid .....	58
b) La controversia en torno al uso de materiales legisla- tivos .....	60
c) Resumen de la teoría temprana subjetiva de la interpre- tación .....	61
1.3. El límite del tenor literal en la teoría temprana objetiva de la interpretación .....	61
1.4. Resumen de la teoría temprana de la interpretación .....	62
2. La nueva hermenéutica según Gadamer .....	63
2.1. La ontología hermenéutica de Gadamer .....	63
a) Hermenéutica como metodología del entendimiento ....	63
b) Hermenéutica como teoría estructural del entendi- miento .....	64
a') Sustancialización de la historia y aplicación .....	64
b') Ontologización del entendimiento y círculo her- menéutico .....	65

	<u>Pág.</u>
2.2. Recepción de la hermenéutica ontológica en la teoría del derecho..	66
<i>a)</i> Límite del tenor literal y precomprensiones .....	68
<i>a')</i> Condiciones ontológicas del entendimiento de textos normativos .....	68
<i>b')</i> Importancia para la aplicación del derecho en ge- neral.....	69
<i>c')</i> Importancia para el límite del tenor literal .....	70
<i>b)</i> Límite del tenor literal y tipología .....	73
<i>c)</i> Límite del tenor literal y analogicidad del lenguaje.....	74
2.3. Posición de la metodología hermenéutica actual .....	75
2.4. Resumen .....	78
<b>II. EL LÍMITE DEL TENOR LITERAL EN LA METODOLOGÍA ANALÍTICA.....</b>	<b>79</b>
1. Precisiones del límite del tenor literal por Koch, Rüßmann y Herberger .....	80
1.1. El concepto de significado según Koch y Rüßmann .....	80
1.2. Especificación y determinación del significado .....	81
1.3. Clasificación de las reglas de uso poco claras.....	83
<i>a)</i> Ambigüedad.....	83
<i>b)</i> Inconsistencia.....	84
<i>c)</i> Vaguedad.....	84
1.4. El límite del tenor literal según Koch, Rüßmann y Herberger.	84
2. La función del límite del tenor literal en la teoría de la argumen- tación jurídica según Alexy .....	86
2.1. El carácter discursivo de la interpretación .....	86
2.2. Fundamentos filosófico-lingüísticos.....	87
2.3. Características fundamentales de la teoría de la argumen- tación jurídica.....	88
<i>a)</i> Justificación interna y regla del uso de las palabras .....	88
<i>b)</i> Justificación externa y argumento semántico .....	89
3. Resumen de la teoría del límite del tenor literal en la metodología analítica .....	91
<b>III. LA CRÍTICA A LA TEORÍA DEL LÍMITE DEL TENOR LITERAL.</b>	<b>92</b>
1. Rehabilitación de la teoría subjetiva de la interpretación .....	92
1.1. Rainer Hegenbarth, hermenéutica jurídica y pragmática lin- güística .....	93

<i>a)</i>	La concepción del lenguaje de la metodología jurídica.	93
<i>b)</i>	Crítica a la teoría objetiva de la interpretación .....	94
<i>c)</i>	Límite del tenor literal y teoría subjetiva de la interpretación .....	96
1.2.	Otto DEPENHEUER, el tenor literal como límite .....	97
<i>a)</i>	Alternatividad entre las funciones de objeto y límite del tenor literal .....	97
<i>b)</i>	Deficiencia en la capacidad de delimitación del tenor literal .....	98
<i>c)</i>	Ineficacia práctica del límite del tenor literal .....	99
<i>d)</i>	Déficit de fundamentación .....	99
<i>e)</i>	Consecuencias inaceptables .....	99
<i>f)</i>	Defensa de una teoría subjetiva de la interpretación .....	100
1.3.	Manfred Herbert, teoría del derecho como crítica lingüística .....	100
<i>a)</i>	Argumentos contra el límite del tenor literal .....	100
<i>b)</i>	Argumentos contra el modelo de los tres candidatos ....	101
<i>c)</i>	Defensa de una teoría subjetiva de la interpretación.....	102
1.4.	Resumen de la rehabilitación de la teoría subjetiva de la interpretación .....	102
2.	El desafío deconstructivista de la teoría estructurante del derecho.	104
2.1.	Tesis fundamentales de la teoría estructurante del derecho....	104
2.2.	Crítica a la nueva hermenéutica .....	105
2.3.	Crítica a la teoría de la fundamentación de Koch y Rüßmann .....	106
<i>a)</i>	Crítica a la semántica lógica de Frege y Carnap.....	106
<i>b)</i>	Crítica a la teoría convencional del significado de Wittgenstein .....	108
<i>c)</i>	Crítica a la precisión del límite del tenor literal mediante el modelo de los tres candidatos.....	108
2.4.	Crítica a la teoría de la argumentación jurídica de Alexy .....	110
<i>a)</i>	Lenguaje normativo y verdad de las afirmaciones de interpretación .....	110
<i>b)</i>	Crítica a la función del argumento semántico.....	112
2.5.	Crítica a la rehabilitación de la teoría subjetiva de la interpretación .....	113
2.6.	Teoría estructurante del derecho y límite del tenor literal.....	114
<i>a)</i>	Límite del tenor literal como resultado de la concretización de normas .....	114
<i>b)</i>	Efectos vinculantes de la cultura jurídica .....	114

c)	El límite del tenor literal como límite del programa normativo .....	117
d)	Función del límite del programa normativo .....	117
2.7.	Resumen de la teoría estructurante del derecho .....	118
IV.	RESULTADO DEL PRIMER CAPÍTULO .....	119
1.	El estado de la investigación .....	119
1.1.	La posición hermenéutica .....	120
a)	Precomprensiones y tipología .....	120
b)	Argumentos a favor de la posición hermenéutica .....	120
a')	Argumento de la hermenéutica ontológica .....	120
b')	Argumento de la analogicidad .....	121
c')	Argumento de la corrección procedimental .....	121
d')	Argumento de necesidad normativa .....	121
1.2.	La posición analítica .....	121
a)	Especificación y determinación del significado .....	121
b)	Argumentos a favor de la posición analítica .....	122
a')	Argumento del caso claro .....	122
b')	Argumento de la especificación empírica del significado .....	122
c')	Argumento de la posibilidad de corrección .....	123
1.3.	La posición de la nueva teoría subjetiva de la interpretación. ....	123
a)	Sujeción a la intención del legislador histórico .....	123
b)	Argumento de la desambiguación lingüística .....	123
1.4.	La posición de la teoría estructurante del derecho .....	123
a)	Concretización de normas y límite del programa normativo .....	123
b)	Argumentos a favor de la teoría estructurante del derecho .....	124
a')	Argumento de la indeterminación del texto normativo .....	124
b')	Argumento de la cultura jurídica .....	124
1.5.	Argumentos contra el límite del tenor literal .....	124
a)	Argumento de la alternatividad de la función de objeto y la función delimitadora .....	124
b)	Argumento de la ineficacia práctica .....	125
c)	Argumento del fracaso necesario .....	125
d)	Argumento de la falta de necesidad normativa .....	125
e)	Argumento de la inversión .....	125

<i>f)</i> El argumento del juego del lenguaje .....	126
<i>a')</i> Argumento de la apertura .....	126
<i>b')</i> Argumento de la configuración .....	126
<i>c')</i> Argumento de la dependencia del contexto .....	126
<i>d')</i> Argumento de la circularidad .....	126
<i>g)</i> Argumento de la imposibilidad de aclaración del significado.....	127
<i>a')</i> Argumento del objetivismo .....	127
<i>b')</i> Argumento de la semántica de características .....	127
<i>c')</i> Argumento de la incorrecta recepción de los actos de habla .....	127
<i>d')</i> Argumento de la sujeción excesiva .....	128
<i>e')</i> Argumento de la imposibilidad de la determinación empírica del significado .....	128
2. Crítica.....	128
2.1. Metodología analítica contra metodología postpositivista....	128
2.2. Crítica a la teoría estructurante .....	130
<i>a)</i> El concepto de norma .....	131
<i>b)</i> Circularidad .....	131
<i>c)</i> Caso de la regla y caso de excepción.....	132
<i>d)</i> Sujeción a la opinión dominante.....	133
<i>e)</i> Inconsistencia.....	134
<i>f)</i> Observaciones finales .....	136
2.3. Controversias .....	137

## CAPÍTULO II. **NORMATIVIDAD Y OBJETIVIDAD DEL SIGNIFICADO LINGÜÍSTICO**..... 143

I. INTRODUCCIÓN .....	143
1. Escepticismo del significado y tesis de la indeterminación .....	143
2. El problema del significado desde la filosofía del lenguaje .....	145
3. Las teorías del significado desde la filosofía del lenguaje .....	146
3.1. Categorización.....	147
<i>a)</i> Referencia, idea y comportamiento .....	147
<i>b)</i> Realismo y antirrealismo .....	148
<i>c)</i> Funciones del lenguaje .....	149
3.2. Importancia para el límite del tenor literal .....	150
4. Una teoría integradora del significado .....	150
II. LA NORMATIVIDAD DEL SIGNIFICADO LINGÜÍSTICO.....	151
1. El concepto de normatividad semántica .....	152

1.1.	La tesis general de la normatividad.....	152
1.2.	Las tres condiciones para las teorías normativas .....	153
	<i>a)</i> La condición de la superveniencia antirreduccionista ...	154
	<i>b)</i> La condición de la internalidad.....	154
	<i>c)</i> Las condiciones de posibilidad de los errores semánticos .....	155
1.3.	Cuatro estrategias para la fundamentación de la normatividad semántica .....	156
	<i>a)</i> Normatividad y verdad .....	156
	<i>b)</i> Normatividad y relación interna .....	159
	<i>c)</i> Normatividad y racionalidad.....	160
	<i>d)</i> Normatividad y regularidad .....	161
	<i>a')</i> Normatividad semántica de acuerdo con el modelo de las reglas .....	161
	<i>b')</i> Objeción de la prioridad analítica del individualismo .....	162
	<i>c')</i> Objeción de la incoherencia de prescriptividad y constitutividad .....	164
1.4.	Normatividad y tesis de la conexión .....	170
2.	Normatividad lingüística según Robert Brandom.....	170
2.1.	Pragmática normativa.....	173
	<i>a)</i> Base antropológica y normatividad implícita .....	173
	<i>b)</i> Actitudes normativas y sanciones .....	175
	<i>c)</i> Resultados: el establecimiento de normas mediante la práctica social.....	177
2.2.	Semántica inferencial .....	178
	<i>a)</i> La prioridad pragmática del significado proposicional..	178
	<i>b)</i> Significado e inferencias materiales .....	179
	<i>c)</i> Resultados: principio de la significación normativa de los sistemas conceptuales.....	181
2.3.	La interconexión entre la pragmática normativa y la semántica inferencial en un modelo de práctica discursiva .....	182
	<i>a)</i> Compromisos y habilitaciones como estatus deónticos.	183
	<i>b)</i> Tres tipos y tres dimensiones de la estructura inferencial.....	185
	<i>c)</i> El modelo de contabilización deóntica del tanteo.....	187
	<i>d)</i> Significado proposicional en la práctica discursiva .....	190
2.4.	Teoría del significado de las expresiones suboracionales .....	191
	<i>a)</i> Subsunción.....	191



b)	Anáfora .....	195
c)	Resultado sobre la teoría del significado de expresiones suboracionales.....	197
3.	Objeciones contra la teoría de la normatividad.....	198
3.1.	La teoría del seguimiento de reglas de KRIPKE .....	199
a)	Paradoja escéptica de KRIPKE .....	199
b)	La solución escéptica de KRIPKE .....	202
c)	Crítica.....	203
a')	Normatividad y acuerdo .....	204
b')	Naturalismo, reduccionismo y regreso.....	205
3.2.	La objeción del holismo semántico.....	209
a)	La posición del holismo semántico.....	209
b)	Dos dogmas del empirismo de W. V. O. Quine .....	210
c)	Crítica.....	214
a')	Las cadenas centrales de argumentación.....	215
b')	Reversibilidad y estatus de las leyes lógicas.....	216
c')	El argumento de Dummett de la posibilidad de comunicación.....	223
d')	Estándares canónicos en el holismo moderado.....	224
3.3.	La objeción de la imposibilidad de la analiticidad.....	225
a)	Analiticidad, aprioricidad, modalidad .....	226
b)	Palabra y objeto de W. V. O. Quine .....	227
c)	Crítica.....	231
a')	Relatividad y normatividad .....	233
b')	La relatividad triádica de la analiticidad .....	234
c')	Analiticidad OLOL.....	237
4.	Resultado de la normatividad del significado lingüístico .....	238
III.	LA OBJETIVIDAD DEL SIGNIFICADO LINGÜÍSTICO .....	239
1.	El concepto de objetividad.....	240
2.	Objetividad como referencia.....	241
2.1.	Referencia e inferencia.....	242
2.2.	El análisis de Frege de elección de objetos .....	244
2.3.	Referencia y atribuciones <i>de re</i> .....	246
2.4.	Brecha doxástica y objetividad .....	248
2.5.	Referencia y anáfora interpersonal.....	250
3.	Objetividad como intersubjetividad.....	251
3.1.	El carácter social perspectivístico del contenido conceptual ..	252
3.2.	La paradoja de la objetividad relativa .....	253

4.	Objeciones contra la teoría de la objetividad .....	255
4.1.	La objeción de Quine sobre la indeterminación de la referencia .....	256
4.2.	La objeción del papel especial de los términos teóricos ....	257
4.3.	La objeción de Wright sobre la imposibilidad de una teoría convencional de la objetividad .....	258
	<i>a)</i> Actitudes subjetivas y estatus objetivos.....	258
	<i>b)</i> La posibilidad de errores comunes .....	260
4.4.	La objeción de la incompatibilidad .....	261
4.5.	La objeción de la inexistencia de un mundo objetivo .....	262
5.	Resultado de la objetividad del significado lingüístico.....	265
IV.	RESULTADO DEL SEGUNDO CAPÍTULO .....	266
1.	Las tres dimensiones del significado lingüístico .....	266
2.	El problema de la universalidad.....	267
3.	Posibilidad y función del discurso analítico-lingüístico .....	268
<b>CAPÍTULO III.  NORMATIVIDAD SEMÁNTICA EN EL DERECHO.</b>		269
I.	RESPUESTA A LAS TRES CUESTIONES CENTRALES .....	269
1.	Casos claros y casos inciertos .....	270
1.1.	La relevancia de la distinción entre casos claros y casos inciertos para la teoría del derecho.....	270
1.2.	El concepto del caso claro.....	271
	<i>a)</i> Claridad semántica y claridad jurídica.....	271
	<i>b)</i> Claridad constitutiva y claridad epistémica .....	272
1.3.	Claridad semántica según el modelo de contabilización deóntica del tanteo.....	272
	<i>a)</i> Claridad semántica en la primera dimensión inferencial.....	273
	<i>b)</i> Claridad semántica en la segunda dimensión inferencial.....	274
	<i>c)</i> Claridad semántica en la tercera dimensión inferencial.	274
	<i>d)</i> Resultado .....	274
1.4.	La existencia de casos semánticamente claros .....	275
1.5.	Limitaciones en casos difíciles.....	277
1.6.	Resultados sobre la primera controversia .....	277
2.	Accesibilidad epistémica del significado de las normas .....	278
2.1.	Refutación de los argumentos críticos .....	279
2.2.	Confirmación del argumento de la accesibilidad epistémica .	281

a)	Normatividad semántica y reglas del uso de las palabras.....	281
b)	Referencialidad semántica al objeto y la teoría del significado de Koch y Rüßmann.....	283
c)	Objeción de la cosificación del derecho.....	285
2.3.	Resultados sobre la segunda controversia.....	287
3.	La objetividad del significado de las normas.....	288
4.	Resultado de las tres controversias.....	289
II.	TEORÍA DEL LÍMITE DEL TENOR LITERAL.....	289
1.	La relación entre claridad semántica e incerteza semántica.....	289
2.	El límite del tenor literal en los casos de claridad semántico-constitutiva.....	291
2.1.	La función de la regla del uso de las palabras en la justificación interna.....	291
2.2.	Límites semánticos en la primera dimensión lingüística.....	293
a)	Los cuatro límites de las relaciones inferenciales.....	293
a')	Límite condicional del compromiso.....	293
b')	El límite condicional de la habilitación.....	297
c')	El límite consecuencial del compromiso.....	300
d')	El límite consecuencial de la habilitación.....	312
e')	Sistemas y función de los límites inferenciales.....	313
b)	Los límites inferenciales a nivel suboracional.....	319
2.3.	Los límites semánticos en la segunda dimensión lingüística....	320
2.4.	Los límites semánticos de la tercera dimensión lingüística ...	323
2.5.	El sistema de los límites semánticos.....	325
3.	El límite del tenor literal en los casos de incerteza semántico-constitutiva.....	327
3.1.	La clasificación de los casos semánticamente inciertos en la semántica inferencial.....	328
a)	El concepto de vaguedad.....	328
b)	El concepto de ambigüedad.....	334
c)	El concepto de inconsistencia.....	335
d)	El concepto de significado evaluativamente abierto.....	335
e)	Resultado de la clasificación de los casos inciertos.....	336
3.2.	Límites semánticos en caso de vaguedad.....	337
a)	La conexión entre el modelo de los tres candidatos y el modelo de las reglas que rigen el uso de las palabras....	337
a')	Consideraciones preliminares.....	337

<i>b'</i> ) El esquema de los límites positivos del tenor literal.....	339
<i>c'</i> ) El esquema de los límites negativos del tenor literal.....	341
<i>d'</i> ) Resumen .....	342
<i>b</i> ) El sistema de los límites semánticos en el caso de la vaguedad .....	342
2.3. Los límites semánticos en el caso de la ambigüedad .....	343
2.4. Los límites semánticos en el caso de los conceptos con significado evaluativamente abierto.....	345
4. Los resultados de la teoría de los límites del tenor literal.....	346
III. LOS RESULTADOS DEL TERCER CAPÍTULO .....	347
1. Los resultados .....	347
2. La rehabilitación de la argumentación semántica en el derecho.....	350
3. La objetividad de las decisiones judiciales .....	352
BIBLIOGRAFÍA.....	357

## NOTA DEL AUTOR A LA TRADUCCIÓN

El lector tiene en su poder la traducción al español de la monografía originalmente publicada en alemán en el año 2004, *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation* (Baden-Baden, Nomos). En su calidad de tesis doctoral, bajo la supervisión del Dr. Dr. h. c. mult. Robert Alexy, recibió el *European Award for Legal Theory 2002*, otorgado por la Academia Europea de Teoría del Derecho.

Es un gran honor que diez años después de la versión en inglés (*Making the Law Explicit. The Normativity of Legal Argumentation*, Oxford, Hart Publishing), aparezca esta nueva versión en la editorial más importante de la disciplina en el mundo hispanohablante. A diferencia de lo ocurrido con aquella edición, el libro no ha sido abreviado para esta traducción. La versión en español se ajusta, tanto como es posible, a la versión en alemán.

Agradezco profundamente a los editores de la colección Filosofía y Derecho, profesores José Juan Moreso y Jordi Ferrer Beltrán, por incluir mi libro. Asimismo, agradezco al equipo editorial de Marcial Pons, en particular a M. Dolores Fisac por su generoso apoyo durante todo el proceso. Finalmente, debido a su invaluable trabajo, me encuentro en gran deuda tanto con el traductor del libro, Francisco Campos Zamora, como con mi asistente de investigación, Héctor A. Morales Zúñiga, quien revisó un borrador de la traducción.

Matthias KLATT

Graz, octubre de 2017

## INTRODUCCIÓN\*

El tenor literal de una norma juega un papel determinante en la metodología jurídica en la medida que realiza tres importantes funciones<sup>1</sup>. En primer lugar, es el punto de partida de la interpretación de las leyes<sup>2</sup>. En segundo lugar, posee enorme repercusión en el cumplimiento del principio de sujeción a la ley por parte de los órganos judiciales. Finalmente, fija el límite entre la interpretación y la creación judicial del derecho.

Con el problema de la determinación del límite del tenor literal\*\* se discute una cuestión sumamente específica de la metodología jurídica, pero que reviste fundamental importancia, de ella depende la legitimidad y objetividad de las decisiones judiciales. RÜTHERS observa acertadamente que: «La interpretación *ilimitada* es un tema central omnipresente en lo que respecta al Estado democrático de derecho»<sup>3</sup>. La libertad del juez y su sujeción al derecho positivo deben hallarse en el balance adecuado. Las diferentes escuelas de la metodología jurídica defienden posiciones diame-

---

\* N. del T.: Quisiera agradecer a Héctor MORALES ZÚNIGA, de la Karl-Franzens-Universität Graz, sus útiles comentarios a esta traducción.

\*\* N. del T.: La noción del *límite del tenor literal* es ambigua. Por un lado, puede referirse a que el tenor literal opera *como* límite entre la interpretación y la creación judicial. Esta es una tesis de teoría del derecho que es abordada en el primer capítulo. Por otro lado, la noción puede hacer referencia al conjunto de condiciones del tenor literal. Esta, en cambio, es una tesis de filosofía del lenguaje y es detalladamente analizada en el segundo capítulo. El capítulo final del libro integra ambas dimensiones.

<sup>1</sup> Cfr. DEPENHEUER, 1988: 16; YI, 1992: 6, 14 y 19.

<sup>2</sup> LARENZ/CANARIS, 1995: 163. SAVIGNY introduce el «elemento gramatical» como primer componente de sus cuatro cánones. Vid. SAVIGNY, 1840a: 212, y 1951: 18 y s. Sobre el valor de los argumentos semánticos vid. VAN HOECKE, 1988: 108-111.

<sup>3</sup> RÜTHERS, 1997: XIV. Sobre el margen de discrecionalidad del juez vid. VAN HOECKE, 1988: 13, 49-55 y 237-242.

tralmente opuestas ante la cuestión del límite del tenor literal. Las diferencias fundamentales en materia legal y constitucional pueden ejemplificarse como piedra de toque del límite del tenor literal.

El problema central de esta investigación se centra en la pregunta sobre cómo es posible una teoría de los límites semánticos a pesar de la apertura del significado lingüístico, que, de acuerdo con RAWLS, se configura como *una carga de juicio*<sup>4</sup>. Ante la importancia fundamental del límite del tenor literal (I) resulta conveniente destacar el papel de la filosofía del lenguaje y la crítica lingüística (II), en la medida en que estas plantean cuestiones fundamentales sobre la relación entre filosofía del lenguaje y teoría del derecho (III), así como la posibilidad de racionalidad y objetividad en el derecho (IV). El tema del límite del tenor literal debe ser delimitado (V) y precisado terminológicamente (VI). Por último, en esta introducción se esbozará el contenido de este trabajo (VII).

## I. LA IMPORTANCIA DEL LÍMITE DEL TENOR LITERAL

El problema del límite del tenor literal posee una enorme trascendencia teórica y práctica para el derecho. Como se mostrará, esto es aplicable a las funciones del límite del tenor literal (1) y por motivos constitucionales (2) tanto para el derecho nacional (3) como para el derecho comunitario (4). La relevancia se produce también en relación con temas de la teoría del derecho angloamericana (5).

### 1. Funciones del límite del tenor literal

El límite del tenor literal establece la línea divisoria entre la interpretación y la creación judicial del derecho (1.1), así como el límite de la interpretación conforme a la Constitución (1.2). Concreta la prohibición de la analogía, así como el principio de legalidad contenido en el § 103 II de la Ley Fundamental Alemana [*Grundgesetz GG*] (1.3). A partir de esas funciones puede concluirse que la interpretación semántica en la argumentación jurídica goza de mayor importancia de la que muchos autores le han concedido (1.4).

#### 1.1. *Delimitación entre interpretación y creación judicial del derecho*

De acuerdo con las corrientes dominantes en metodología jurídica, el límite del tenor literal posee, en primer lugar, la función de delimitar las dos

---

<sup>4</sup> RAWLS, 1996: 56.

formas de aplicación del derecho: la interpretación y la creación judicial del derecho<sup>5</sup>. Tal demarcación es independiente de la validez de la prohibición de analogía, pues la creación judicial del derecho requiere una fundamentación más profunda que la interpretación. La admisibilidad de la creación judicial del derecho depende de que el juez pueda demostrar la existencia de un vacío no planeado en la norma y la similitud del caso e intereses involucrados<sup>6</sup>. Así, por ejemplo, el Tribunal Económico-Administrativo de Hannover (*Finanzgerichtes Hannover*) no cumplió con la aplicación del primer requisito en su intento de comprender el concepto de rendimientos dispuesto en el § 32 IV 2 de la Ley de Impuesto sobre la Renta [*Einkommens-teuergesetz (EStG)*] en el sentido del § 2 V de la misma ley<sup>7</sup>.

La evaluación acerca del fundamento de una decisión jurídica requiere que la aplicación del derecho sea calificada bien como interpretación o bien como creación judicial del derecho; es por ello crucial el establecer el límite del tenor literal<sup>8</sup>. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán [*Bundesverfassungsgericht (BVerfG)*], el superar el límite del tenor literal teniendo en cuenta la prohibición de arbitrariedad establecida en el § 3 I de la Ley Fundamental Alemana plantea una *exigencia de fundamentación general*:

«El § 3 I de la Ley Fundamental Alemana exige, teniendo en cuenta la sujeción constitucional, que el juez debe al derecho y a la ley (§ 20 III de la Ley Fundamental Alemana) también la fundamentación de una decisión de última instancia, en tanto y en la medida que deba apartarse del claro tenor literal de una norma, y la razón para ello no esté clara para los participantes a partir de los hechos conocidos o de otras particularidades del caso que puedan surgir»<sup>9</sup>.

Es importante resaltar que el límite del tenor literal traza no solo un límite extensivo, sino también restrictivo de la aplicación del derecho<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> La jurisprudencia usualmente no se ha detenido en el análisis de esta función, se ha definido de forma poco clara y no ha sido diferenciada en las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán [*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* 35, 263 (278 y s.)]: «El juez no necesita detenerse en el tenor literal de una norma. Su sujeción a la ley (§§ 20 III y § 97 I de la Ley Fundamental Alemana) no significa vinculación a la letra ni la obligación de llevar a cabo una interpretación literal, sino el encontrarse sujeto al sentido y fin de la ley. La interpretación es el método y el camino en el cual el juez investiga el contenido de una disposición legal teniendo en cuenta su posición en el sistema jurídico como un todo, y sin encontrarse limitado por el tenor literal de la ley». Igualmente confusas las decisiones del Tribunal Administrativo Federal Alemán [*BVerwGE* 40, 78 (81)].

<sup>6</sup> KOCH/RÜBMAN, 1982: 260.

<sup>7</sup> Cfr. Decisiones del Tribunal Federal de Finanzas [*Entscheidungen des Bundesfinanzhofs (BFHE)*] 192, 316.

<sup>8</sup> Cfr. HEGENBARTH, 1982: 29.

<sup>9</sup> BVerfG, *NJW*, 1993, 1909.

<sup>10</sup> Decisiones del Tribunal Supremo Federal Alemán en asuntos penales [*Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt)*] 43, 237 (238); MARTIN, 1998: 375.



Lo mismo sucede con la adaptación de términos legales ante un cambio social <sup>11</sup>.

### 1.2. *El límite de la interpretación conforme a la Constitución*

Según la interpretación reiterada del Tribunal Constitucional Federal Alemán, el tenor literal de una norma marca el límite de la posibilidad de su interpretación conforme a la Constitución <sup>12</sup>. En ello fracasó, por ejemplo, el intento de una interpretación conforme a la Constitución de los §§ 2232 y 2233 del Código Civil Alemán [*Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*] y § 31 de la Ley de Escrituración Alemana [*Beurkundungsgesetz (BurgG)*] al excluir de forma general de la posibilidad de testar a las personas que poseen una discapacidad, que no les permite escribir o hablar <sup>13</sup>. VOSSKUHLE ha demostrado que especialmente la Sala Civil del Tribunal Supremo Federal Alemán [*Bundesgerichtshof (BGH)*] en su interpretación conforme a la Constitución a menudo yerra al determinar el límite del tenor literal <sup>14</sup>.

### 1.3. *Prohibición de analogía y principio de legalidad*

La prohibición de analogía <sup>15</sup> y el principio de legalidad contenidos en el § 103 II de la Ley Fundamental Alemana cumplen, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, un doble propósito. Por un lado, se trata de la protección del destinatario de la norma (cualquier persona debe ser capaz de prever qué comportamientos conlleven una sanción). Por otra parte, debe asegurarse que solo el legislador es competente para decidir sobre la penalidad de determinadas conductas. En ese sentido, el § 103 II de la Ley Fundamental Alemana contiene una estricta reserva de ley al negar a los otros dos poderes la posibilidad de determinar los requisitos para ser sancionado. Ambos aspectos, que se encuentran entre los principios básicos del Estado de derecho, se desarrollan en la práctica a través de la determinación del límite del tenor literal <sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. HINRICHS, 2001: 932.

<sup>12</sup> *BVerfGE* 101, 312 (329), y 95, 64 (93). Opinión divergente en *BVerfGE* 85, 69 (78). Sobre teoría y práctica de la interpretación conforme a la Constitución *vid.* VOSSKUHLE, 2000: 177-201.

<sup>13</sup> *BVerfGE* 99, 341 (358).

<sup>14</sup> Cfr. VOSSKUHLE, 2000: 193.

<sup>15</sup> Sobre la historia de la prohibición de analogía *vid.* SCHREIBER, 1976: 67 y ss. Cómo de cambiante es esa historia se evidencia con la comparación entre la posición actual y la opinión de BINDING: «Quien tiene comprensión de la vida criminal y sostiene que la legislación misma no puede seguirla en todos sus escondites, quien experimenta lo que significa dejar impunes actividades delictivas graves por mera ausencia de la letra de la ley, no solo debe permitir al juez la condena por analogía, sino exigirla». *Vid.* BINDING, 1885: 28.

<sup>16</sup> *BVerfGE* 92, 1 (12); 87, 209 (224 y s.); 85, 69 (73), y 71, 108 (115).

#### 1.4. *El valor de la argumentación semántica*

Toda teoría del límite del tenor literal se basa en una evaluación de la eficiencia y el poder de control de la semántica. Al discutir sobre el problema del límite del tenor literal se debate simultáneamente sobre el valor de la argumentación semántica. La enorme importancia, tanto teórica como práctica, que posee el límite del tenor literal contradice la opinión dominante de que a la interpretación semántica corresponde un valor limitado en comparación con otros tipos de argumentos. Tal evaluación es acertada, en cuanto a que la argumentación semántica no soluciona todos los problemas de la interpretación jurídica. SCHAUER y BRINK han señalado que especialmente la aplicación de leyes antiguas se realiza no mediante argumentación semántica, sino a través de la argumentación teleológica<sup>17</sup>. El hecho de que por buenos motivos se pueda diferir del resultado de la argumentación semántica ha llevado a muchos autores a subestimar su valor<sup>18</sup>. El positivismo interpretativo resta valor a la semántica, dado que este estima determinante el consenso en la aplicación de conceptos jurídicos; consenso necesario no por motivos semánticos, sino por motivos jurídicos<sup>19</sup>. LYONS objeta contra HART que, aun cuando el lenguaje puede poseer una naturaleza abierta, el derecho se puede servir también de otros argumentos<sup>20</sup>; con ello LYONS relativiza también la importancia de la argumentación semántica en el derecho.

Estas relativizaciones se encuentran siempre en una relación de tensión con la teoría del límite del tenor literal. LYONS olvida que todos los recursos argumentativos del derecho se encuentran formulados lingüísticamente, y estos solo pueden ser de utilidad en la medida en que se aclare el problema de la apertura del lenguaje<sup>21</sup>. También el positivismo interpretativo pasa por alto el hecho de que cualquier teoría de la interpretación se apoya en una base semántica<sup>22</sup>. Una teoría semántica del significado es un componente necesario de cualquier teoría de la argumentación jurídica. En breve, la utilidad de la argumentación semántica es mucho mayor de la que muchos autores le atribuyen.

---

<sup>17</sup> SCHAUER, 1991: 215-218; BRINK, 1989: 186 y ss.

<sup>18</sup> En ese sentido *vid.* BIX, 1993: 178-182; ESSER, 1972: 103 y ss.; KAUFMANN, 1982: 42; KRIELE, 1967: 311; HRUSCHKA, 1972: 102; PAWLOWSKI, 1999: números al margen 458 y 507.

<sup>19</sup> Cfr. STAVROUPOULOS, 1996: 162.

<sup>20</sup> LYONS, D., 1982: 240.

<sup>21</sup> Cfr. BIX, 1993: 35.

<sup>22</sup> Cfr. STAVROUPOULOS, 1996: 163.

## 2. Importancia constitucional del límite del tenor literal

«Las cuestiones metodológicas son cuestiones constitucionales»<sup>23</sup>. Esto es particularmente cierto para el postulado del límite de tenor literal, aun cuando su relevancia constitucional no ha sido lo suficientemente reconocida. La realización del *principio democrático* —conforme al § 20 I— y del *principio del Estado de derecho* —según el § 20 III de la Ley Fundamental Alemana— depende de la existencia de límites semánticos.

Con el principio democrático se encuentra directamente relacionado el *principio de división de poderes* contenido en el § 20 II 2 de la Ley Fundamental Alemana. El exceder el límite del tenor literal es problemático desde la perspectiva del principio de separación de poderes<sup>24</sup>. En la fundamentación de una revisión realizada por el Tribunal Federal de Finanzas Alemán [*Bundesfinanzhof (BFH)*] se afirma al respecto:

«El Tribunal de Primera Instancia había fallado en la sentencia recurrida en contra del principio de separación de poderes [...] El poder judicial está obligado claramente por el límite del tenor literal y no se encuentra autorizado a realizar distintas actuaciones político-jurídicas mediante un intercambio de conceptos»<sup>25</sup>.

Respecto a la *prohibición de analogía* garantizada por el límite del tenor literal según el § 103 II de la Ley Fundamental Alemana, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha señalado que:

«La regulación de los delitos corresponde estrictamente al legislador y, en ese sentido, no se fundamenta únicamente en la exigencia de previsibilidad contemplada en el Estado de derecho, sino, al mismo tiempo, en el principio democrático y en la responsabilidad especial del legislador resultante de este, además, junto a esos, se justifica en el principio de división de poderes y con ello en la moderación del poder estatal, y, finalmente, en la idea de que el derecho penal debe mantenerse necesariamente fragmentado para la protección de la libertad personal»<sup>26</sup>.

RÜBMANN distingue tres distintas versiones del *principio de sujeción a la ley* y llega a la conclusión de que solo es correcta aquella que identifica el principio de sujeción a la ley con el límite del tenor literal<sup>27</sup>. El límite del tenor literal representa una de las manifestaciones más importantes de la sujeción a la ley. Esta plantea elevadas exigencias respecto a la justificación

<sup>23</sup> RÜTHERS, 1999: 401.

<sup>24</sup> Cfr. NEUMANN, 1976: 42.

<sup>25</sup> BFHE 192, 316 (320).

<sup>26</sup> BVerfGE 73, 206 (247).

<sup>27</sup> RÜBMANN, 1978: 229.

de las decisiones jurídicas para los casos de creación judicial del derecho. El límite del tenor literal cumple la extraordinaria función constitucional de limitar el poder de interpretación del operador jurídico y de ese modo organizar la distribución del poder normativo en el Estado de derecho.

También los *principios de primacía y reserva de ley* comprendidos en el § 20 III de la Ley Fundamental Alemana se realizan fundamentalmente a través de los medios de control del tenor literal<sup>28</sup>. El exceder el límite del tenor literal puede representar una intervención inconstitucional en los derechos fundamentales si las autoridades autorizan actos administrativos análogos que ocasionen un perjuicio<sup>29</sup>. Otros principios constitucionales, como la *seguridad jurídica* y la *protección de la confianza*, se hallan especialmente relacionados con el límite del tenor literal<sup>30</sup>.

La realización de las decisiones estructurales fundamentales de la Constitución depende de la existencia de límites semánticos. El postulado del límite del tenor literal representa uno de los más importantes acoplamientos entre los principios más básicos y fundamentales de la Constitución y la metodología jurídica<sup>31</sup>.

### 3. El límite del tenor literal en el derecho ordinario

La importancia del límite del tenor literal es particularmente evidente en el *derecho penal*. Con la prohibición de analogía contenida en el § 103 II de la Ley Fundamental Alemana y el § 1 del Código Penal Alemán [*Strafgesetzbuch (StGB)*] se presentan razones de peso acerca de la gran relevancia del límite del tenor literal<sup>32</sup>. Esto ha sido debatido en relación con la interpretación de una gran cantidad de términos penales<sup>33</sup>. Solo muy ocasionalmente se refuta que el límite del tenor literal en la apli-

<sup>28</sup> Cfr. *BVerfGE* 101, 312 (324).

<sup>29</sup> Cfr. *BVerfG, NJW*, 1996, 3146. Sobre esta decisión y sobre la problemática historia de la analogía en el derecho administrativo *vid.* KONZAK, 1997: 872 y s. *Vid.* también *BVerfGE* 71, 108 (121).

<sup>30</sup> NEUNER, 1992: 184. Estos principios son particularmente destacados por COLEMAN/LEITER, 1995: 229-233.

<sup>31</sup> Todos los libros de texto sobre metodología jurídica se fundamentan sobre la dicotomía entre interpretación y creación del derecho. *Vid.* LARENZ/CANARIS, 1995: 187; PAWLOWSKI, 1999: número al margen 453; BYDLINSKI, 1991: 472. En ese sentido también MÜLLER, 1997: número al margen 480.

<sup>32</sup> Sobre otras prohibiciones de analogía en otras áreas del derecho *vid.* CANARIS, 1964: 183 y s.; NEUNER, 1992: 102.

<sup>33</sup> *Vid.* solamente la discusión sobre el concepto de «violencia» según el § 240 I StGB (además *BVerfG*, Decisión v. 24 de octubre de 2001, 1 BvR 1190/90, entre otras, *BVerfG, NJW*, 1995, 114, así como *BVerfGE* 73, 206), sobre el concepto de «persona relacionada» según el § 241 I StGB (*BVerfG, NJW*, 1995, 2776), sobre la cláusula de subsidiariedad según el § 125 I StGB (*BGHSt* 43, 237) y sobre el concepto de «persona» según el § 131 I StGB (*BVerfGE* 87, 209).

cación del derecho penal marca el límite de aplicación<sup>34</sup>. Especialmente ALTVATER ha argumentado que, debido al limitado número de controles, no toda aplicación del derecho que vaya más allá del contenido de la norma penal debe ser calificada como una vulneración contra el § 103 II de la Ley Fundamental Alemana, que autoriza la intervención del Tribunal Constitucional Federal Alemán<sup>35</sup>. Este tribunal ha limitado su función a un control de razonabilidad.

Contra ese argumento puede objetarse que el Tribunal Constitucional Federal Alemán respecto al § 103 II de la Ley Fundamental Alemana no realiza un control de razonabilidad, sino un control de corrección. La declaración y revisión de los límites de la aplicación del derecho *no* es equiparable a una revisión completa de la interpretación del derecho penal material; por ello, contrario a la opinión de ALTVATER y HERZBERG, de las funciones del Tribunal Constitucional Federal Alemán no se desprende ningún argumento contra la importancia del límite del tenor literal en el derecho penal.

El límite del tenor literal es decisivo para la efectiva distinción entre delito e *infracción reglamentaria* por violaciones a la Ley de Comercio Exterior [*Außenwirtschaftsgesetz (AWG)*]<sup>36</sup>. Este también se aplica en el *derecho penal internacional*, y el posible límite del tenor literal del § 220a del Código Penal Alemán se determina<sup>37</sup> mediante el tipo penal del delito de genocidio<sup>38</sup>.

Especial relevancia adquiere el límite del tenor literal en el marco de la persecución por injusticias judiciales a cargo de jueces y fiscales de la República Democrática Alemana [*Deutsche Demokratische Republik (DDR)*]. En varias decisiones, el Tribunal de Apelaciones de Berlín<sup>39</sup> [*Kammergericht (KG)*] y el Tribunal Supremo Federal Alemán<sup>40</sup> han tenido que ocu-

<sup>34</sup> HERZBERG, 1997: 253; ALTVATER, 1995: 278.

<sup>35</sup> ALTVATER, 1995: 278.

<sup>36</sup> Cfr. BGH, *NJW*, 1999, 2129.

<sup>37</sup> Cfr. BVerfG, *EuGRZ*, 2001, 76-82.

<sup>38</sup> Cfr. art. II de la Convención sobre Genocidio, art. 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, art. 4 del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el art. 6 del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

<sup>39</sup> KG Berlin, Resolución v. 19 de diciembre de 1996, 3 AR 98/95, entre otras.

<sup>40</sup> La cuestión acerca de si la comunicación de los llamados «pequeños datos personales» puede ser considerada como difusión de «noticias» en el sentido del § 219 II, Nr. 1, del Código Penal de la República Democrática Alemana ha sido contestada positivamente por el Tribunal Supremo Federal Alemán y hasta ahora ha negado la condena contra jueces por el delito de prevaricación. *Vid.* Tribunal Supremo Federal Alemán, *NSiZ-RR*, 1998, 361 y s. En otro proceso se enjuició si la condena a un ciudadano de la República Democrática Alemana que deseaba abandonar su país por deterioro a la actividad gubernamental según el § 214 del Código Penal de la República Democrática Alemana se consideraba prevaricato. El condenado había amenazado con suicidio en caso de rechazarse su solicitud de salida. También esta condena, según el Tribunal Supremo Federal Alemán, es compatible con el tenor literal de la norma penal de la República Democrática Alemana. *Vid.* Tribunal Supremo Federal Alemán, *NSiZ-RR*, 1998, 362-364.

parse de condenas a exjueces de la República Democrática Alemana por el delito de *prevaricación*. Después del caso principal del Tribunal Supremo Federal Alemán, tal condena presupone que los hechos que exceden el límite del tenor literal —o bien se aprovechan de su incertidumbre en la aplicación— han sido extendidos de tal manera que las condenas impuestas por los jueces de la República Democrática Alemana deben ser consideradas como injusticias obvias<sup>41</sup>. El exceder el límite del tenor literal representa, en el marco del primer grupo de sentencias desarrolladas por el Tribunal Supremo Federal Alemán, una condición necesaria del castigo por prevaricación.

En el *derecho procesal penal* se ha recurrido al límite del tenor literal del concepto «interrogatorio», de acuerdo con el § 136 I del Código Procesal Penal Alemán [*Strafprozessordnung (StPO)*], como argumento importante en el caso de las intervenciones telefónicas de la Gran Sala de asuntos penales<sup>42</sup>.

La prohibición de analogía se encuentra también en otras áreas del derecho<sup>43</sup>, como, por ejemplo, en *derecho administrativo*<sup>44</sup>. No obstante, la relevancia del límite del tenor literal ha sido relativizada por algunos autores para el caso del *derecho civil*. Con ello se ha hecho referencia a la «igualdad esencial» entre analogía e interpretación y su «estructura formal uniforme»<sup>45</sup>. Ese punto de vista, sin embargo, se remite a que la prohibición de analogía contenida en el § 103 II de la Ley Fundamental Alemana y el § 1 del Código Penal Alemán no es aplicable en el derecho civil. La afirmación de que la creación judicial de derecho requiere de una mayor fundamentación que la interpretación es aplicable tanto para el derecho civil como para otras áreas del derecho. El límite del tenor literal es válido también para el derecho civil<sup>46</sup>.

El límite del tenor literal marca el límite de la autonomía estatutaria<sup>47</sup> y debe ser considerado en la interpretación de las solicitudes de abstención en el derecho de la competencia<sup>48</sup> y acuerdos empresariales<sup>49</sup>. También en el derecho tributario<sup>50</sup> y en el derecho de la aseguradoras<sup>51</sup> resulta importante

<sup>41</sup> *BGHSt* 40, 30 (41 y ss.); 41, 247 (253 y s.).

<sup>42</sup> *BGHSt* 42, 139-157.

<sup>43</sup> VELTEN/MERTENS, 1990: 516. Para más referencias *vid.* la nota 1 de este capítulo.

<sup>44</sup> BVerfG, *NJW*, 1996, 3146.

<sup>45</sup> KAUFMANN, 1999: 8-11. *Vid.* también HASSOLD, 1983: 220 y s.; LARENZ/CANARIS, 1995: 188. Para más referencias *vid.* la nota 1 de este capítulo.

<sup>46</sup> *BGHZ* 46, 74 (76).

<sup>47</sup> *BVerfGE* 101, 312 (324, 328 y s.).

<sup>48</sup> Cfr. BORCK, 2000: 828 y s.

<sup>49</sup> *Vid.* WANK, 1998: 673. Para más referencias *vid.* la nota 53 de este capítulo.

<sup>50</sup> FISCHER, 1995: 310 y 312.

<sup>51</sup> Así, en la interpretación del concepto de prestación «médica» contenido en el § 15 VI del Código de Seguridad Social [*Sozialgesetzbuch (SGB)*]. *Vid.* BUSSE, A., 2000: 39 y s., y también 196-200.

el límite del tenor literal. Este es aplicable en la incorporación de las resoluciones de la ONU a la legislación nacional <sup>52</sup>.

La enumeración de áreas del derecho podría extenderse fácilmente. Simplemente se deseaba mostrar que el límite del tenor literal en el derecho ordinario, más allá de la prohibición de analogía en el derecho penal, goza de gran relevancia.

#### 4. El límite del tenor literal y la metodología jurídica europea

El límite del tenor literal no es reconocido en la teoría de la interpretación de los sistemas jurídicos de influencia romana <sup>53</sup>. En particular, en los sistemas francés <sup>54</sup> y holandés <sup>55</sup> se habla de una transición sin problemas, o incluso de la unidad entre interpretación y analogía. En los ordenamientos jurídicos europeos la existencia de los límites semánticos no ha recibido tradicionalmente un tratamiento unitario. Tal situación ha conducido a problemas en el marco de la jurisdicción de los tribunales de la Unión Europea. El tema del límite del tenor literal puede ser entendido como piedra de toque para la posibilidad de unificación de las distintas doctrinas de la interpretación a nivel nacional en una doctrina europea <sup>56</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sigue el sistema francés y no efectúa diferencia alguna entre interpretación y creación judicial del derecho, los términos *interpretación* (*interprétation*) y *justificación* (*justification*) abarcan a ambos <sup>57</sup>. Únicamente ante normas con carácter de inter-

<sup>52</sup> Sobre la cuestión acerca de en qué medida la implementación normativa del § 69 a I, Nr. 1, del Reglamento de Comercio Exterior [Außenwirtschaftsverordnung (AWV)] excede el tenor literal del embargo contra Serbia según lo establecido en los numerales 4 y 6 de la Resolución 757 (1992) *vid.* Tribunal Supremo Federal Alemán, *NJW*, 1996, 602-605.

<sup>53</sup> Cfr. FIKENTSCHER, 1976: 690.

<sup>54</sup> Los tribunales franceses denominan su método como interpretación, incluso para aquellos casos en los que se decide abiertamente *contra legem*. *Vid.* FERRAND, 1993: 318. El derecho francés no reconoce el criterio del límite del tenor literal ni la distinción entre interpretación y analogía, o sea, reducción. *Vid.* PERREAU, 1923: 260. Una excepción lo constituye GÉNY, quien distingue entre *interprétation de la loi* y *création de droit*. *Vid.* GÉNY, 1919: 304, 314 y s. *Vid.* también VOGENAUER, 2001: 289-291; CONSTANTINESCO, 1977: 807; FIKENTSCHER, 1975: 546. Sobre el intento de desarrollar un contexto de interpretación formal en la teoría de la interpretación francesa *vid.* RABAULT: 1997.

<sup>55</sup> *Vid.* para más referencias FIKENTSCHER, 1975: 564-572.

<sup>56</sup> Sobre el problema de tal unificación a partir de tradiciones divergentes *vid.* EVERLING, 2000: 222; LEGRAND, 1996: 74-81. Más optimista teniendo en cuenta los beneficios de la simplificación y racionalización *vid.* LANGENBUCHER, 2000: 67 y 70. Este punto de vista optimista se apoya en la tesis de la unidad de VOGENAUER. *Vid.* VOGENAUER, 2001: 1295-1308.

<sup>57</sup> Cfr. Tribunal de Justicia de la Unión Europea v. 23 de marzo de 2000, Rs. C-208/98, Berliner Kindl/Siepert, *NJW*, 2000, 1323, Tz. 17 y s. (protección al ciudadano de las directrices de crédito al consumo a pesar del tenor literal opuesto); Tribunal de Justicia de la Unión Europea v. 23 de abril de 1986, Rs. 294/83, Les Verts/Parlament, Slg. 1986, 1339, Tz. 23-25 (aceptación de la posibilidad de recursos de nulidad contra actos del parlamento a pesar del tenor lite-

vención y carácter de medida el Tribunal de Justicia de la Unión Europea practica, con cierta restricción, una aplicación del derecho que excede el tenor literal<sup>58</sup>. Por lo general, aun en casos de clara creación judicial de normas se asume que se *interpreta* el derecho comunitario<sup>59</sup>.

En la literatura se defiende la opinión de que la cuestión del límite del tenor literal es irrelevante para la aplicación del derecho comunitario. HERBERT encuentra que sus dudas básicas acerca del valor de los argumentos semánticos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se encuentran fundamentadas empíricamente<sup>60</sup>. HERBERGER estudia el ejemplo de los efectos verticales directos entre directrices y llega a la conclusión de que, al contrario de lo que aparenta a primera vista, no se trata de la delimitación entre interpretación y creación judicial del derecho, sino del argumentar desde la base de un principio<sup>61</sup>. Esa investigación se orienta también contra la relevancia que, a nivel europeo, se ha concedido al límite del tenor literal. Finalmente, para EVERLING, el problema de la demarcación no es más que una cuestión terminológica<sup>62</sup>.

La opinión de que el límite del tenor literal es irrelevante para la interpretación del derecho comunitario debe rechazarse. Ante todo es importante señalar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea inicia prácticamente cada resolución con una interpretación semántica<sup>63</sup>. Además existen otras cuatro razones. En primer lugar, la prohibición de analogía se encuentra también en el derecho europeo<sup>64</sup>. Segundo, a las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que crean derecho se les niega parcialmente su validez para la República Federal de Alemania<sup>65</sup>. Tercero, las razones que se citan para la validez del límite del tenor literal en el derecho nacional se aplican también para el derecho europeo. Cuarto, el límite del tenor

---

ral opuesto del art. 173 de la versión antigua del Acuerdo de la Comunidad Económica Europea). Vid. VOGENAUER, 2001: 366, notas 169-172 de este capítulo; BENGOTXEA, 1993: 112 y s., 141 y s.; KUTSCHER, 1976: I-7 hasta I-12; BOGDANDY, 2001: 19; DÄNZER-VANOTTI, 1992: 743; MILLETT, 1989: 172 y s.; BORCHARDT, 1995: 37.

<sup>58</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea Rs. 16/70, Nemocout, Slg. 1970, 921 (932); Rs. 169/80, Gondrand Frères, Slg. 1981, 1931 (1942); Rs. C-314/91, Weber, Slg. 1993, I-1093 (1111). Cfr. ANWEILER, 1997: 402-407.

<sup>59</sup> Cfr. DÄNZER-VANOTTI, 1992: 734. Para más referencias *vid.* la nota 4 de este capítulo.

<sup>60</sup> HERBERT, 2001: 637 y s.

<sup>61</sup> HERBERGER, 1993: 42 y s.

<sup>62</sup> EVERLING, 2000: 218. Cfr. también BORCHARDT, 1995: 37.

<sup>63</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea v. 23 de marzo de 1982, Rs. 55/81, Levin, Slg. 1982, 1035, Tz. 9; Tribunal de Justicia de la Unión Europea v. 11 de noviembre de 1997, Rs. C-251/95, Sabèl/Puma, Slg. 1997, I-6191, Tz. 18.

<sup>64</sup> El principio *nulla poena sine lege* se reconoce también en el derecho europeo. *Vid.* art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos y la Resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Rs. C-63/83, Regina/Kent Kirk, Slg. 1984, 2689. Para la relación de la Comunidad Europea con los Estados miembros surge una prohibición de analogía derivada del art. 5 del Acuerdo de constitución de la Comunidad Europea. Cfr. LANGENBUCHER, 2000: 76 y s.

<sup>65</sup> SCHOLZ, 1998: 266 y ss. Cfr. JUNKER, 1994: 2528.



literal a nivel europeo puede asumir la función de límite de la competencia entre la Unión Europea y los Estados miembros <sup>66</sup>.

Por tanto, el límite del tenor literal presenta la misma importancia en el derecho europeo que aquella que posee en el derecho nacional <sup>67</sup>. Debe luchar contra la tendencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de no distinguir entre interpretación y creación del derecho <sup>68</sup>.

## 5. El límite del tenor literal en la teoría del derecho angloamericana

La teoría del derecho angloamericana no conoce la teoría del límite del tenor literal como una figura explícita. Sí se presenta, sin embargo, la cuestión de la delimitación entre la *interpretación (interpretation)* y la *cobertura de lagunas jurídicas (gap-filling)* (5.1). Una segunda semejanza con la discusión europea continental se presenta en la *doctrina de la nulidad por vaguedad (Void-for-Vagueness-Doctrine)* (5.2) Por último, es importante resaltar que con el límite del tenor literal se analiza simultáneamente la cuestión de la objetividad de las decisiones judiciales. Este es un tema que se debate con frecuencia en la teoría del derecho angloamericana (5.3).

### 5.1. Interpretación y cobertura de lagunas jurídicas

La relevancia de la distinción entre interpretación y el acto de cubrir lagunas jurídicas es controvertida en la teoría del derecho angloamericana. H. L. A. HART señala en su *Postscript*:

«No importará, para cualquier propósito práctico, si al decidir así los casos (es decir, utilizando el mejor juicio moral) el juez se encuentra *creando* derecho de conformidad con la moralidad (...) o, alternativamente, guiado por su juicio moral como si un derecho previamente existente hubiera sido revelado por una prueba moral para [la determinación] del derecho» <sup>69</sup>.

<sup>66</sup> GRUNDMANN/RIESENHUBER, 2001: 535.

<sup>67</sup> Igualmente *ibid.*: 530. Un problema particular se presenta ante la variedad de idiomas de la Unión Europea. El número de variantes en la argumentación se eleva debido a los once idiomas oficiales. Cfr. SCHULTE-NÖLKE, 1999: 157; HOFFMANN-BECKING, 1973: 303. Sobre el problema de la autenticidad en los distintos idiomas y la metodología de comparación de textos *vid.* ANWEILER, 1997: 146-172. La consecuencia de esto para la determinación del límite del tenor literal es aún poco clara. GRUNDMANN/RIESENHUBER proponen que solo se excede el límite del tenor literal cuando una aplicación del derecho no es compatible con ninguna versión del texto. Cfr. GRUNDMANN/RIESENHUBER, 2001: 535.

<sup>68</sup> Igualmente DÄNZER-VANOTTI, 1992: 734; GRUNDMANN/RIESENHUBER, 2001: 535; SCHULTE-NÖLKE, 1999: 158; BLECKMANN, 1987: 931. Cfr. también con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea v. 11 de julio de 1985, Rs. 107/84, Kommission/Deutschland, Slg. 1985, 2655, Tz. 12.

<sup>69</sup> HART, 1997: 254 (texto entre paréntesis añadido por Matthias KLATT, cursivas del texto original).