

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>
INTRODUCCIÓN	23
I. LA IMPORTANCIA DEL LÍMITE DEL TENOR LITERAL	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
II. FILOSOFÍA DEL LENGUAJE Y CRÍTICA LINGÜÍSTICA	40
III. LA RELACIÓN ENTRE FILOSOFÍA DEL LENGUAJE Y TEORÍA DEL DERECHO	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
CAPÍTULO I. EL DEBATE ACERCA DE LA TEORÍA DEL TENOR LITERAL EN LA METODOLOGÍA JURÍDICA	51
I. EL LÍMITE DEL TENOR LITERAL EN LA METODOLOGÍA HERMENÉUTICA.....	51
1. El límite del tenor literal en la teoría temprana de la interpretación.....	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 legislativos.....	60
c) Resumen de la teoría temprana subjetiva de la interpretación.....	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 entendimiento	64
a') Sustancialización de la historia y aplicación.....	64
b') Ontologización del entendimiento y círculo hermenéutico	65

	Pág.
2.2. Recepción de la hermenéutica ontológica en la teoría del derecho..	66
a) Límite del tenor literal y precomprensiones	68
a') Condiciones ontológicas del entendimiento de textos normativos	68
b') Importancia para la aplicación del derecho en general	69
c') Importancia para el límite del tenor literal	70
b) Límite del tenor literal y tipología	73
c) Límite del tenor literal y analogicidad del lenguaje.....	74
2.3. Posición de la metodología hermenéutica actual	75
2.4. Resumen	78
II. EL LÍMITE DEL TENOR LITERAL EN LA METODOLOGÍA ANALÍTICA.....	79
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
a) Ambigüedad.....	83
b) Inconsistencia.....	84
c) 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 argumentación 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 argumentación jurídica.....	88
a) Justificación interna y regla del uso de las palabras	88
b) Justificación externa y argumento semántico	89
3. Resumen de la teoría del límite del tenor literal en la metodología analítica	91
III. LA CRÍTICA A LA TEORÍA DEL LÍMITE DEL TENOR LITERAL.	92
1. Rehabilitación de la teoría subjetiva de la interpretación	92
1.1. Rainer Hegenbarth, hermenéutica jurídica y pragmática lingüística	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
	a) La condición de la superveniencia antirreduccionista ...	154
	b) La condición de la internalidad.....	154
	c) Las condiciones de posibilidad de los errores semánticos	155
1.3.	Cuatro estrategias para la fundamentación de la normatividad semántica	156
	a) Normatividad y verdad	156
	b) Normatividad y relación interna	159
	c) Normatividad y racionalidad.....	160
	d) Normatividad y regularidad	161
	a') Normatividad semántica de acuerdo con el modelo de las reglas	161
	b') Objeción de la prioridad analítica del individualismo	162
	c') 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
	a) Base antropológica y normatividad implícita	173
	b) Actitudes normativas y sanciones.....	175
	c) Resultados: el establecimiento de normas mediante la práctica social.....	177
2.2.	Semántica inferencial	178
	a) La prioridad pragmática del significado proposicional..	178
	b) Significado e inferencias materiales	179
	c) 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
	a) Compromisos y habilitaciones como estatus deónticos.	183
	b) Tres tipos y tres dimensiones de la estructura inferencial.....	185
	c) El modelo de contabilización deóntica del tanteo.....	187
	d) Significado proposicional en la práctica discursiva	190
2.4.	Teoría del significado de las expresiones suboracionales	191
	a) 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
	a) Actitudes subjetivas y estatus objetivos.....	258
	b) 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
CAPÍTULO III. NORMATIVIDAD SEMÁNTICA EN EL DERECHO.		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
	a) Claridad semántica y claridad jurídica.....	271
	b) Claridad constitutiva y claridad epistémica	272
1.3.	Claridad semántica según el modelo de contabilización deóntica del tanteo.....	272
	a) Claridad semántica en la primera dimensión inferencial.....	273
	b) Claridad semántica en la segunda dimensión inferencial.....	274
	c) Claridad semántica en la tercera dimensión inferencial.	274
	d) 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 Rűßmann.....	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 funciones¹. En primer lugar, es el punto de partida de la interpretación de las leyes². 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»³. 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 ZÚÑIGA, 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.

¹ Cfr. DEPENHEUER, 1988: 16; Yi, 1992: 6, 14 y 19.

² 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.

³ 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*⁴. 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

⁴ RAWLS, 1996: 56.

formas de aplicación del derecho: la interpretación y la creación judicial del derecho⁵. 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 involucrados⁶. Así, por ejemplo, el Tribunal Económico-Administrativo de Hannover (*Finanzgerichtetes 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 ley⁷.

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 literal⁸. 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»⁹.

Es importante resaltar que el límite del tenor literal traza no solo un límite extensivo, sino también restrictivo de la aplicación del derecho¹⁰.

⁵ 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)].

⁶ KOCH/RÜBMANN, 1982: 260.

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

⁸ Cfr. HEGENBARTH, 1982: 29.

⁹ BVerfG, *NJW*, 1993, 1909.

¹⁰ 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 ¹¹.

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 ¹². 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 (BurkG)*] al excluir de forma general de la posibilidad de testar a las personas que poseen una discapacidad, que no les permite escribir o hablar ¹³. 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 ¹⁴.

1.3. *Prohibición de analogía y principio de legalidad*

La prohibición de analogía ¹⁵ 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 conllevan 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 ¹⁶.

¹¹ Cfr. HINRICHS, 2001: 932.

¹² *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.

¹³ *BVerfGE* 99, 341 (358).

¹⁴ Cfr. VOSSKUHLE, 2000: 193.

¹⁵ 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.

¹⁶ *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 teleológica¹⁷. El hecho de que por buenos motivos se pueda diferir del resultado de la argumentación semántica ha llevado a muchos autores a subestimar su valor¹⁸. 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 jurídicos¹⁹. LYONS objeta contra HART que, aun cuando el lenguaje puede poseer una naturaleza abierta, el derecho se puede servir también de otros argumentos²⁰; 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 lenguaje²¹. También el positivismo interpretativo pasa por alto el hecho de que cualquier teoría de la interpretación se apoya en una base semántica²². 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.

¹⁷ SCHAUER, 1991: 215-218; BRINK, 1989: 186 y ss.

¹⁸ 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.

¹⁹ Cfr. STAVROPOULOS, 1996: 162.

²⁰ LYONS, D., 1982: 240.

²¹ Cfr. BIX, 1993: 35.

²² Cfr. STAVROPOULOS, 1996: 163.

2. Importancia constitucional del límite del tenor literal

«Las cuestiones metodológicas son cuestiones constitucionales»²³. 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 poderes²⁴. 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»²⁵.

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»²⁶.

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 literal²⁷. 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

²³ RÜTHERS, 1999: 401.

²⁴ Cfr. NEUMANN, 1976: 42.

²⁵ BFHE 192, 316 (320).

²⁶ BVerfGE 73, 206 (247).

²⁷ 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 literal²⁸. 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 perjuicio²⁹. Otros principios constitucionales, como la *seguridad jurídica* y la *protección de la confianza*, se hallan especialmente relacionados con el límite del tenor literal³⁰.

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 jurídica³¹.

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 literal³². Esto ha sido debatido en relación con la interpretación de una gran cantidad de términos penales³³. Solo muy ocasionalmente se refuta que el límite del tenor literal en la apli-

²⁸ Cfr. *BVerfGE* 101, 312 (324).

²⁹ 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).

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

³¹ 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.

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

³³ *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 aplicación³⁴. 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 Alemán³⁵. 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)*]³⁶. Este también se aplica en el *derecho penal internacional*, y el posible límite del tenor literal del § 220a del Código Penal Alemán se determina³⁷ mediante el tipo penal del delito de genocidio³⁸.

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 Berlín³⁹ [*Kammergericht (KG)*] y el Tribunal Supremo Federal Alemán⁴⁰ han tenido que ocu-

³⁴ HERZBERG, 1997: 253; ALTVATER, 1995: 278.

³⁵ ALTVATER, 1995: 278.

³⁶ Cfr. BGH, *NJW*, 1999, 2129.

³⁷ Cfr. BVerfG, *EuGRZ*, 2001, 76-82.

³⁸ 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.

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

⁴⁰ 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, *NStZ-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, *NStZ-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 obvias⁴¹. 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 penales⁴².

La prohibición de analogía se encuentra también en otras áreas del derecho⁴³, como, por ejemplo, en *derecho administrativo*⁴⁴. 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»⁴⁵. 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 civil⁴⁶.

El límite del tenor literal marca el límite de la autonomía estatutaria⁴⁷ y debe ser considerado en la interpretación de las solicitudes de abstención en el derecho de la competencia⁴⁸ y acuerdos empresariales⁴⁹. También en el derecho tributario⁵⁰ y en el derecho de la aseguradoras⁵¹ resulta importante

⁴¹ *BGHSt* 40, 30 (41 y ss.); 41, 247 (253 y s.).

⁴² *BGHSt* 42, 139-157.

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

⁴⁴ *BVerfG, NJW*, 1996, 3146.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ *BGHZ* 46, 74 (76).

⁴⁷ *BVerfGE* 101, 312 (324, 328 y s.).

⁴⁸ *Cfr.* BORCK, 2000: 828 y s.

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

⁵⁰ FISCHER, 1995: 310 y 312.

⁵¹ 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.