

Metodologia jurídica

David Martínez Zorrilla

PID_00147459



Universitat Oberta
de Catalunya

www.uoc.edu

Índex

Introducció	5
Objectius	8
1. L'aplicació del dret. Casos fàcils, casos difícils i justificació de la resposta	9
1.1. Introducció	9
1.2. Casos genèrics i casos individuals	10
1.3. El sil·logisme jurídic	11
1.4. Casos fàcils i casos difícils	14
1.4.1. Problemes vinculats a les premisses normatives	16
1.4.2. Problemes vinculats a les premisses fàctiques	18
2. El mètode (I). L'univers del discurs, la selecció del material rellevant i la interpretació del dret	20
2.1. El punt de partida: l'univers del discurs (UD)	20
2.2. La selecció del material jurídic rellevant	21
2.2.1. Validesa i aplicabilitat	21
2.2.2. La interpretació del dret	24
2.2.3. Teories de la interpretació jurídica	28
2.2.4. Problemes del llenguatge: vaguetat, ambigüitat i càrrega emotiva	34
2.2.5. Tipus d'interpretació jurídica	39
3. El mètode (II). La sistematització del dret, la determinació de la resposta i els defectes del sistema	61
3.1. L'àmbit fàctic de l'anàlisi: l'univers de propietats i l'univers de casos	62
3.2. L'àmbit normatiu de l'anàlisi: l'univers d'accions i l'univers de solucions	65
3.3. La sistematització i la determinació de la resposta	68
3.4. Els possibles defectes del sistema i el seu tractament	69
3.4.1. Consistència i antinòmies	71
3.4.2. Plenitud i llacunes	77
3.4.3. Independència i redundàncies	80
3.5. Alguns exemples més sofisticats	81
3.5.1. La restitució de la possessió d'un immoble al seu titular	81
3.5.2. La circulació cap enrere dels vehicles de motor	85
3.5.3. La prohibició de fumar als centres de treball	89
3.6. Algunes consideracions sobre la subsumpció	93

4. Els conflictes entre principis i la ponderació	95
4.1. El context del neoconstitucionalisme	95
4.2. La caracterització doctrinal dels conflictes constitucionals	99
4.3. Regles i principis (tesi 1)	103
4.4. L'estructura dels conflictes constitucionals (tesi 2)	107
4.5. La ponderació (tesi 3)	113
4.5.1. En què consisteix la ponderació?	114
4.5.2. Com es du a terme la ponderació?	116
4.5.3. Com s'ha de ponderar?	121
Resum.....	138
Activitats.....	141
Exercicis d'autoavaluació.....	141
Solucionari.....	147
Glossari.....	150
Bibliografia.....	153

Introducció

El dret és un instrument mitjançant el qual s'intenten assolir importants objectius i funcions socials, com per exemple la seguretat, la pau social, la legitimació del poder o la justícia. Entre aquestes funcions, és habitual destacar el paper del sistema jurídic com un mitjà per a la resolució de conflictes. El conflicte és un fenomen molt habitual en totes les societats, on els diferents individus i els col·lectius en què aquests s'integren tenen interessos, propòsits, creences i objectius disperss i, no poques vegades, incompatibles. Per aquesta raó, es fa necessari disposar de mecanismes o d'instruments que ens serveixin per a canalitzar aquests conflictes i prendre decisions de la manera més adequada possible, o almenys, de manera que sigui acceptable i no posi seriosament en perill l'estabilitat i la subsistència mateixa de la societat.

Hi ha diversos mètodes de resolució de conflictes, però no tots són igual d'(in)satisfactoris. Una manera de "resoldre" un conflicte entre dues o més parts consisteix que una de les parts (la que tingui la capacitat fàctica de fer-ho) s'imposi a les altres, fins i tot recorrent a la violència si és necessari; un exemple extrem d'això seria la guerra. Un altre mètode, normalment molt més satisfactori, consisteix en la negociació: les parts en conflicte discuteixen els seus punts de vista, fan les seves propostes i intenten arribar a un acord que sigui bo per a tothom, o, almenys, que sigui acceptable. Malauradament, aquesta solució no sempre és possible: les parts pot ser que no estiguin en disposició de dialogar o que no vulguin esmerçar tot el temps i esforç que exigeix una negociació, o les seves pretensions poden estar tan allunyades que no trobin un punt d'acord que tothom estigui disposat a assumir, o simplement pot passar que hi hagi un desequilibri tan gran entre el poder de cada una de les parts que la més poderosa estigui temptada d'utilitzar altres recursos.

Com sabem, un mecanisme molt important de resolució de conflictes consisteix precisament a acudir al dret: aquest conté una sèrie de normes que estableixen què s'ha de fer davant d'un determinat supòsit i disposa d'una sèrie d'institucions (bàsicament jutges i funcionaris públics) encarregades de determinar quina és la solució que estableix el dret per al cas en qüestió, i d'aplicar-la, amb el suport de la coacció pública institucionalitzada.

Quan un conflicte es decideix en alguna instància administrativa o judicial, la tasca bàsica del jutge o funcionari és aplicar la resposta que el dret estableixi per al cas. És el que tots coneixem com a *aplicar el dret* o *decidir d'acord amb el dret*. Malgrat que en sentit estricte només poden aplicar el dret certes autoritats, és evident que només és possible aplicar el dret o decidir d'acord amb el dret si prèviament s'ha pogut determinar quina és la resposta que el dret estableix per a aquest cas, i aquesta tasca no està limitada a certes autoritats públiques, sinó

que qualsevol persona (qualsevol jurista, en sentit ampli) la pot dur a terme, o si més no intentar-ho. I és fonamentalment en aquest punt on adquireix sentit parlar d'una metodologia jurídica.

La metodologia és l'estudi del mètode, i *mètode* es pot definir com l'esquema o el procediment seguit per a dur a terme certa activitat o aconseguir determinades finalitats o objectius. Quan parlem de la metodologia jurídica, fonamentalment ens estem referint a l'estudi i l'anàlisi del procediment per a determinar quina és la resposta jurídica per al cas que estem examinant, encara que, com veurem, també inclou molts altres aspectes.

Molts es poden preguntar pel sentit o la utilitat d'abordar un àmbit com el de la metodologia jurídica, tenint en compte que qualsevol jurista mínimament competent és capaç generalment de resoldre satisfactòriament la tasca de determinar quina és la resposta jurídicament correcta per al cas, o, dit d'una altra manera, què estableix el dret per a un supòsit determinat. Encara que és innegable que això és així, aquí podríem establir un paral·lelisme amb l'arquitectura. Durant la major part de la història de la humanitat (i encara és molt habitual en molts llocs del món), la majoria d'habitatges i edificacions, llevat dels més complexos, s'han construït sense l'ajuda d'arquitectes especialitzats, i fins i tot els han construït les mateixes persones que després han fet ús. La immensa majoria d'aquestes edificacions se sostenen dempeus i compleixen més o menys adequadament les seves funcions. No obstant això, només un arquitecte és capaç, gràcies a la seva formació i als seus coneixements, d'identificar i diferenciar adequadament i acuradament cada una de les etapes del procés de disseny i execució de l'obra, quins són els principals aspectes que s'han de tenir en compte en cada una de les fases, quins problemes poden sorgir i quina és la millor manera de resoldre'ls. A més, la seva intervenció és indispensable en els projectes més complexos, i en qualsevol cas, el resultat final sempre serà millor si comptem amb la participació d'un arquitecte.

La idea fonamental de la metodologia jurídica és molt similar. Tractarem de veure les diferents fases que comprèn la tasca del jurista en la determinació de la resposta del cas, les diferents activitats que s'hi duen a terme, els principals aspectes que s'han de tenir en compte en cadascuna, els problemes que poden sorgir i els mecanismes més adequats per a poder afrontar-los. Per a aquesta tasca, utilitzarem fonamentalment conceptes, teories i instruments d'anàlisi que provenen de la teoria general del dret, especialment la d'orientació analítica, i per tant no seran alienes qüestions relacionades amb altres àmbits com la filosofia del llenguatge o la lògica. Aquests instruments teòrics ens serviran per a comprendre millor quina és l'activitat del jurista, i per a intentar contribuir a que aquesta sigui una tasca més ordenada i precisa.

A primera vista, la tasca del jurista, consistent a determinar o "descobrir" la resposta jurídica a un cas, no sembla excessivament complexa, misteriosa o problemàtica, sinó més aviat una activitat senzilla i gairebé mecànica, resultat d'una combinació entre el coneixement del sistema jurídic i la pràctica adquirida en la resolució de casos. Tanmateix, si ens hi aturem breument, veurem de seguida que hi ha moltes facetes diferents en aquesta activitat, i que cada una reclama l'atenció en diferents aspectes i pot plantejar les seves pròpies dificultats específiques. Així, és possible diferenciar, com a mínim, les activitats següents, totes estretament interrelacionades:

- La determinació dels fets del cas.
- La selecció del material jurídic rellevant per al cas.
- La interpretació d'aquest material jurídic rellevant.
- La sistematització del dret (com correlaciona el sistema jurídic els diferents casos o supòsits de fet amb una resposta jurídica).
- La qualificació jurídica dels fets del cas.
- La determinació de la resposta al cas.
- La solució dels possibles problemes o deficiències del sistema.

Al llarg dels apartats següents ens endinsarem en aquests diferents àmbits, si bé dedicarem més atenció als aspectes normatius que als fàctics (és a dir, més als aspectes relacionats amb les normes que als relacionats amb els fets, sense que això vulgui dir que els aspectes fàctics no tinguin importància).

Concretament, mentre que l'apartat 1 té un caràcter més general i introductori, ja que mostra una visió genèrica de l'aplicació del dret (o, en termes més amplis, de la determinació de la resposta jurídica al cas) i de les seves principals dificultats, en els dos apartats següents (2 i 3) entrarem més en detall en els diferents aspectes i tasques que formarien part pròpiament d'una metodologia jurídica. Finalment, en l'apartat 4, centrarem l'atenció en un àmbit que per la seva rellevància i dificultat mereix un tractament més específic i detallat: els conflictes entre principis jurídics i la ponderació.

Finalment, encara que no menys important, ser conscient de la separabilitat de cada una de les diferents tasques del jurista o jutge a l'hora d'aplicar el dret, i tenir en compte una metodologia adequada per a identificar cada una de les diferents dificultats o problemes que es pot presentar en cada una, pot contribuir a disminuir el risc de caure en l'anomenat *error judicial*.

Vegeu també

Els aspectes fàctics i les qüestions que plantegen es tracten amb deteniment i profunditat en l'assignatura *Teoria i pràctica de la prova*.

Lectura recomanada

Per a un tractament en profunditat de l'error judicial, que inclou una classificació detallada i l'explicació dels diversos tipus d'error, podeu consultar **J. Malem Seña** (2008). *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa.

Objectius

Per a aquesta assignatura s'estableixen els objectius generals següents:

- 1.** Adquirir plena consciència de les diferents fases i activitats que comprèn la tasca d'aplicació del dret, de les seves principals característiques i dels problemes associats amb cada una, i també les seves possibles vies de solució.
- 2.** Conèixer les principals teories de la interpretació jurídica i les diferents tècniques interpretatives.
- 3.** Conèixer i saber utilitzar adequadament el model d'anàlisi de sistemes normatius desenvolupat per C. E. Alchourrón i E. Bulygin.
- 4.** Saber quines són les principals vies i mecanismes de què disposa el jurista o l'aplicador del dret per a superar les deficiències que pot presentar el sistema jurídic.
- 5.** Prendre consciència de l'especificitat i de la importància dels conflictes entre principis, i conèixer adequadament el mecanisme de la ponderació.

1. L'aplicació del dret. Casos fàcils, casos difícils i justificació de la resposta

1.1. Introducció

A fi que el dret pugui dur a terme les funcions i finalitats que es proposa, sembla clar que una condició necessària és que se'n compleixin les normes. De poc serveix dictar normes si després aquestes no tenen eficàcia i els seus destinataris no les tenen en compte per guiar la seva conducta. Al seu torn, una condició important perquè el dret sigui eficaç és la possibilitat de determinació del seu contingut; és a dir, de saber què és el que jurídicament es requereix en cada cas. Si no és possible saber què estableix el dret, quina és la resposta jurídica correcta per a la situació que ens ocupa, no és possible parlar de compliment o obediència del dret, ni tampoc dirigir la nostra conducta d'acord amb aquest.

La idea d'aplicar el dret també està estretament relacionada amb aquest aspecte. Usualment, reservem l'etiqueta *aplicació del dret* a certs actes que duen a terme determinades autoritats públiques (jutges i funcionaris, principalment), en què aquestes prenen decisions basades en normes jurídiques (i que normalment tenen el suport de la coacció pública institucionalitzada pròpia de l'estat). Amb tot, tant en els actes d'aplicació de les autoritats com en el simple seguiment de les normes com a individus, és necessari poder determinar el contingut del dret, el que jurídicament correspon fer. Una decisió d'una autoritat només està justificada si és "conforme a dret", és a dir, si coincideix amb el que el dret estableix, o almenys no és incompatible amb aquest o contrària al sistema jurídic.

La justificació de les decisions de les autoritats públiques és un aspecte de gran importància, fins al punt que en un gran nombre d'aquestes no n'hi ha prou simplement amb el fet que, efectivament, la decisió sigui correcta (d'acord amb el dret), sinó que a més s'exigeix que per part de l'òrgan hi hagi una activitat d'argumentació mitjançant la qual es justifiqui la correcció de la decisió presa. El cas més clar és el de les sentències judicials. D'acord amb un deure constitucional (article 120.3 CE¹), els jutges i tribunals han de fonamentar les seves sentències, de manera que seria inconstitucional que una decisió es limités, per exemple, a establir "condemno l'acusat a la pena de presó de cinc anys", fins i tot quan, efectivament, aquesta fos la decisió correcta d'acord amb el contingut del dret i els fets del cas. En un altre tipus de decisions (per exemple, en les providències), no s'exigeix aquesta activitat de motivació o d'argumentació, però això no significa que no hagin d'estar justificades.

Nota

No solem dir que nosaltres, com a individus, apliquem el Codi de la circulació quan circulem respectant els límits de la velocitat a la carretera, o que apliquem el Codi civil quan complim les nostres obligacions contractuals. En lloc d'això, diem que seguim o complim aquestes normes.

⁽¹⁾Les sentències sempre han de ser motivades i s'han de pronunciar en audiència pública.

És a dir, per a qualsevol decisió, independentment que hi hagi o no una obligació de motivació, ha de ser possible construir un argument que mostri que s'ajusta al que estableix el dret per a aquest cas, o, almenys, que està permesa o no és contrària al sistema jurídic.

Tenint en compte això, és fàcil adonar-se de la importància que té el fet de poder ser capaços de determinar el que el dret estableix en cada cas.

1.2. Casos genèrics i casos individuals

Fins ara, hem utilitzat repetidament la paraula *cas* per a referir-nos, per exemple, a "les normes que regulen el cas" o a "la resposta jurídica al cas". Malauradament, la paraula *cas* és ambigua, i hem de tenir sempre molt present en quin dels seus diferents sentits estem usant la paraula. Això és especialment rellevant, ja que aquesta ambigüïtat no s'elimina ni tan sols quan parlem del "cas concret".

En concret, podem diferenciar entre els **casos genèrics** i els **casos individuals**. De vegades, en parlar d'un *cas* ens referim a esdeveniments amb una existència empírica concreta, és a dir, a uns fets esdevinguts en un lloc i moment determinats. Quan utilitzem *cas* en aquest sentit, parlem d'un cas individual. Normalment aquest és el sentit habitual quan ens referim al fet que "els jutges resolen els casos que se'ls plantegen". Altres vegades, tanmateix, no ens referim específicament a certs fets empírics concrets, sinó més aviat a un cert conjunt o classe de situacions que comparteixen certes característiques o propietats.

Exemple

Quan afirmem que l'article 138 del Codi penal regula el cas de l'homicidi (el cas en què algú mata una altra persona), o quan diem que l'article 34 de la Llei hipotecària regula el cas del tercer adquirent de bona fe (el cas en què un tercer de bona fe adquireix un immoble a títol oneros de qui apareix en el registre com el seu titular, i inscriu després el seu dret). Aquests són anomenats *casos genèrics*, perquè en lloc de referir-se a un esdeveniment específic (per exemple, a la mort de *A* per part de *B* en un cert moment i lloc), es refereixen a un conjunt o classe de casos, definit per certes propietats: per exemple, el cas homicidi engloba totes les situacions, presents, passades i futures, caracteritzades pel fet que algú mata una altra persona. Els casos recollits en les normes jurídiques són casos genèrics. Per la seva banda, els casos individuals són exemples o manifestacions concretes dels casos genèrics.

Potser la distinció resulti més clara en paraules de Carlos Alchourrón i Eugenio Bulygin:

"[...] el término caso es ambiguo, tanto en el lenguaje jurídico, como en el lenguaje común. Así, por ejemplo, se habla del caso de homicidio político y del caso del asesinato de Gandhi, del caso de divorcio y del caso de divorcio de Brigitte Bardot... Obviamente, la palabra «caso» no significa lo mismo en todas estas frases. El asesinato de Gandhi es un acontecimiento real, que ha ocurrido en un lugar y en un momento determinado. La expresión «el caso de homicidio político» no alude a ningún acontecimiento concreto; es una mera descripción de ciertas propiedades que determinados acontecimientos pueden tener. La propiedad de ser un homicidio político puede ejemplificarse en un número indeterminado de situaciones reales u ocasiones... A fin de eliminar la ambigüedad, introduciremos las expresiones caso individual y caso genérico."

C. E. Alchourrón; E. Bulygin (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (pàg. 56). Buenos Aires: Astrea.

1.3. El sil·logisme jurídic

Si reflexionem sobre com ha de ser un argument o raonament que justifiqui una decisió jurídica (és a dir, que mostri que aquesta decisió és jurídicament correcta o d'acord amb el dret), veurem que, com a mínim, aquesta ha de disposar dels elements següents: 1) d'una banda, amb una afirmació relativa a quins són els fets del cas (individual), i 2) d'altra banda, amb una altra afirmació relativa al que estableix el dret per a aquest tipus de casos (genèrics). A més, entre totes dues afirmacions hi ha d'haver una relació tal que permeti deduir o extreure com a conseqüència lògica la solució del cas individual.

Aquest esquema tan simple és el que es coneix habitualment com a *sil·logisme jurídic* o *sil·logisme judicial*. El sil·logisme jurídic consta de l'anomenada *premissa normativa*, relativa al contingut del dret, i de l'anomenada *premissa fàctica*, relativa als fets del cas que s'ha de decidir. De totes dues premisses es pot obtenir la conclusió o resposta jurídica del cas, mitjançant un raonament logico-deductiu (d'aquí deriva el mot *sil·logisme*, que significa 'raonament deductiu').

Exemple

- 1) Si algú mata una altra persona, ha de ser condemnat a la pena de quinze anys de presó (premissa normativa).
- 2) X ha matat Y (premissa fàctica).
- 3) Per tant, X ha de ser condemnat a la pena de quinze anys de presó (conclusió; resposta jurídica al cas concret).

D'acord amb un corrent de pensament conegut com a *formalisme jurídic*, de gran importància sobretot al segle XIX, la totalitat (o almenys la gran majoria) de decisions jurídiques consistirien en una aplicació mecànica del sil·logisme jurídic, de manera que el jutge (o l'aplicador del dret en general) actuaria gairebé com un autòmat, i es limitaria, en paraules de Montesquieu, a ser "la boca de la llei", i de manera gairebé automàtica i immediata extrauria la conseqüència jurídica per al cas.

No obstant això, aquesta visió "optimista" de la tasca d'aplicació del dret té moltes dificultats. Una, força evident, és que normalment els problemes als quals s'ha de donar resposta jurídica no són tan simples per a poder resoldre'ls mitjançant aquest esquema tan senzill d'una única premissa normativa i una única premissa fàctica, de manera que, fins i tot considerant vàlid aquest model de raonament, normalment és necessària una successió o encadenament de sil·logismes per a arribar fins a la decisió final.

Exemple

Suposem que s'intenta justificar la imposició d'una determinada pena a l'acusat pel delictes d'assassinat. Un assassinat, des del punt de vista legal, no és un simple homicidi (matar una altra persona), sinó un homicidi qualificat per determinades circumstàncies, com per exemple la traïdoria (art. 22.1 CP²). El raonament justificatiu contindria, almenys, els elements següents:

- Si l'agressor utilitza mètodes o mitjans que intenten assegurar la comissió del delictes i evitar els riscos de la possible defensa de la víctima, actua amb traïdoria.
- Si l'agressor ataca la seva víctima mentre aquesta dorm, intenta assegurar-se la comissió del delictes i alhora evitar els riscos de la defensa de l'agredit.
- Si l'agressor ataca la seva víctima mentre aquesta dorm, actua doncs amb traïdoria.
- L'acusat va matar la seva víctima mentre aquesta dormia.
- L'acusat va matar la seva víctima amb traïdoria.
- Si algú mata una altra persona amb traïdoria, comet un assassinat.
- L'acusat va cometre un assassinat.
- Si algú comet un assassinat, ha de ser condemnat a la pena de vint anys de presó.
- L'acusat ha de ser condemnat a la pena de vint anys de presó.

Lectura recomanada

Un autor clàssic com Cesare di Beccaria, en la seva coneguda obra *Dels delictes i les penes* (1768), explicava la tasca d'aplicació judicial del dret en l'àmbit penal en els termes següents:

"En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena."

C. Beccaria (1768). *Dei delitti e delle pene*. Citat per la traducció castellana de J. A. de las Casas (1968). *De los delitos y las penas* (pàg. 31). Madrid: Alianza.

⁽²⁾Hi ha traïdoria quan el culpable comet qualsevol dels delictes contra les persones utilitzant en l'execució mitjans, maneres o formes que tendeixin directament o indirectament a assegurar-la, sense el risc que per a la seva persona pugui procedir de la defensa per part de l'ofès.

Tanmateix, aquesta no és la principal dificultat. Un problema més important és que, per a la correcció o justificació de qualsevol argument o raonament (incloent-hi sens dubte els jurídics) no n'hi ha prou simplement que la conclusió es derivi o es dedueixi lògicament d'un conjunt de premisses. La justificació té dos aspectes o dimensions diferents, als quals és habitual referir-se com a **justificació interna** i **justificació externa** de l'argument.

La **justificació interna** fa referència a la correcció logicodeductiva del raonament; és a dir, que la conclusió es dedueixi lògicament (sigui conseqüència lògica) de les premisses. Dit en altres termes, l'argument està justificat internament si entre les premisses i la conclusió hi ha una connexió lògica correcta.

La **justificació externa** es refereix al fet que les premisses de l'argument siguin correctes, verdaderes o sòlides; és a dir, el raonament s'ha de basar en les premisses adequades i hem de tenir bones raons que justifiquin la selecció de les nostres premisses en el raonament.

Un argument necessita els dos elements (justificació interna i justificació externa) per a ser un argument correcte o justificat (en altres paraules, per a ser un bon argument). Es tracta, amb tot, de dos aspectes totalment independents: un argument pot ser correcte des del punt de vista de la seva justificació interna però no des de l'externa, o viceversa (i igualment, pot no estar justificat des de cap de les dues perspectives, o estar-ho des de totes dues).

Exemple

Suposem el raonament següent:

- 1) Si algú mata una altra persona, ha de ser castigat amb la pena de mort (premissa normativa).
- 2) L'acusat ha matat una altra persona (premissa fàctica).
- 3) Per tant, l'acusat ha de ser castigat amb la pena de mort (conclusió).

Aquest argument no seria correcte, perquè malgrat que la conclusió es deriva lògicament de les premisses (justificació interna), aquestes (almenys, la premissa normativa) no estan justificades des del punt de vista extern, ja que el dret penal espanyol no preveu la pena de mort.

De manera similar, un argument pot presentar premisses correctes, externament justificades, però ser erroni per raons lògiques (la conclusió no es deriva de les premisses):

- 1) Si algú mata una altra persona, ha de ser castigat amb la pena de presó de 10 a 15 anys (premissa normativa).
- 2) L'acusat ha matat una altra persona (premissa fàctica).
- 3) Per tant, l'acusat ha de ser castigat amb la pena de mort (conclusió).

En aquest raonament, fins i tot considerant que la premissa normativa és adequada i també (per hipòtesi) ho és la premissa fàctica, és evident que no se'n pot derivar la conclusió. Per tant, l'argument no està internament justificat.

Lectures recomanades

Sobre aquests dos aspectes o dimensions de la justificació de les decisions jurídiques, i sobre la necessitat de satisfer-los tots dos, vegeu per exemple:

J. Wróblewski (1971). "Legal decision and its justification". *Logique et Analyse* (53/54, pàg. 409-419).

J. Wróblewski (1974). "Legal syllogism and rationality of judicial decision". *Rechtstheorie* (5, pàg. 33-46).

Sentència

El Tribunal Constitucional ha reiterat que la incorrecció lògica d'una sentència (contradiccions manifestes) no solament implica una vulneració del deure de motivació de l'article 120.3 CE, sinó també una violació del dret fonamental de tutela judicial efectiva³. Vegeu, a tall d'exemple, STC 16/1993, de 18 de gener, i STC 54/2000, de 28 de febrer.

⁽³⁾Art. 24.1 CE.

1.4. Casos fàcils i casos difícils

Amb tot, es planteja aquí un problema important: mentre que la justificació interna depèn de criteris clars (les regles de la lògica), que ens permeten determinar amb seguretat si un raonament està justificat o no ho està des d'aquesta perspectiva, de què depèn exactament la justificació externa? O dit d'una altra manera, quan podem afirmar que un raonament està externament justificat?

Es tracta d'una qüestió complexa perquè, a diferència de l'aspecte lògic, la solidesa de les premisses sembla que és una qüestió gradual: una afirmació està més justificada o és més sòlida com més i millors raons tingui a favor seu.

Exemple

Així, per exemple, una afirmació en l'àmbit de les ciències naturals es pot considerar correcta i justificada si respon o s'ajusta a una teoria científica consolidada i àmpliament acceptada.

Però podria passar que algú mostrés, amb arguments convincents, que aquesta teoria àmpliament acceptada té problemes i és més adequat substituir-la per una altra teoria alternativa, que explica millor cert tipus de fenòmens. Si aquest fos el cas, l'afirmació original (abonada per la teoria estàndard) ja no semblaria tan justificada externament; dit d'una altra manera: tindriem diferents graus de justificació. De manera similar, en l'àmbit jurídic sembla que la justificació externa de les premisses fàctiques actua de la mateixa manera: una afirmació sobre certs fets està en principi més justificada en la mesura que té el suport de més i millors proves.

Per la seva banda, la justificació externa de les premisses normatives sembla en principi vinculada al fet que descriguin adequadament el contingut del dret: si coincideixen amb el que el dret realment estableix per a aquest cas, serà una premissa correcta (justificada), i no ho serà en cas contrari. A primera vista pot semblar que es tracta d'una qüestió molt simple, ja que fonamentalment n'hi ha prou de conèixer la llei per a saber quines són les normes que s'apliquen a cada cas, i que és una tasca que qualsevol jurista mitjanament competent pot fer sense gaires problemes. Però, si bé de fet en molts casos és així, i la justificació externa de les premisses normatives no sol resultar problemàtica, malauradament no sempre el coneixement de les normes jurídiques, per molt ampli que sigui, és suficient per a superar aquest pas.

Exemple

Pot ocórrer, per exemple, que el text de la llei sigui molt fosc i plantegi problemes d'interpretació, o el sistema jurídic pot presentar alguns defectes (llacunes, contradiccions entre normes, etc.) que dificultin en gran manera la selecció de la premissa o premisses normatives. En aquests casos, és fonamental poder argumentar i justificar per què es fa ús d'aquestes premisses en lloc d'altres d'alternatives, i la seva justificació externa dependrà de la solidesa de les raons que les defensin.

En síntesi, la justificació d'un raonament jurídic depèn, doncs, d'una banda, del fet que la conclusió s'obtingui correctament a partir de les premisses normatives i fàctiques utilitzades (justificació interna), i a més, que aquestes premisses normatives i fàctiques estiguin externament justificades. Al seu torn, una premissa normativa està externament justificada si s'ajusta al dret aplicable, mentre que una premissa fàctica està externament justificada si descriu un fet adequadament provat.

Vegeu també

Les raons per les quals es parla aquí de dret aplicable (normes jurídiques aplicables), en lloc de dret vàlid (normes que pertanyen al sistema jurídic) s'explicaran més endavant, en l'apartat 2.2.1.

Probablement molts juristes se sentin inclinats a sostenir una concepció més robusta de la justificació externa de les premisses fàctiques, que exigeixi la veritat d'aquestes (la premissa està externament justificada si i només si és verdadera). L'exigència de veritat en les premisses fàctiques sembla un requisit tan natural o fins i tot obvi que ha portat eminents juristes com el processalista italià Michele Taruffo a afirmar que una sentència judicial que es basi en premisses o fets falsos o erronis no pot ser mai justa. Ara bé, la sort d'una afirmació com aquesta depèn del sentit en què s'usi l'adjectiu *just*. Si s'usa en un sentit substantiu o material (una decisió és *justa* si i només si s'adequa a les exigències d'una teoria moral de la justícia), no hi hauria gaires problemes per a sostenir aquesta afirmació (encara que alguns la podrien posar en dubte), però si per *justa* s'entén 'ajustada al dret', llavors no hi ha més remei que rebutjar-ho, ja que de vegades hi pot haver premisses fàctiques justificades externament que no satisfan el requisit de la veritat.

En efecte, aquesta concepció és massa exigent i no sembla adequada per a donar compte del fenomen jurídic. Encara que és cert que per regla general la cerca de la veritat ocupa un lloc molt important en l'àmbit jurídic (com ho mostra, per exemple, l'existència de períodes probatoris en els processos judicials, la preponderància del criteri de la lliure valoració de la prova davant el sistema de prova legal o l'existència del recurs extraordinari de revisió en l'àmbit penal), tampoc no es tracta d'un criteri absolut. Si ho fos, no hi hauria més remei que qualificar d'injustificades decisions com per exemple les següents: a) quan en el procés civil hi ha un acord entre les parts sobre alguna qüestió fàctica (fets no controvertits), encara que l'afirmació sigui falsa i fins i tot el jutge conegui la seva falsedat; b) quan es fa ús d'una presumpció *iuris et de iure*, tot i saber que en realitat els fets van ser uns altres; c) quan una prova que mostrava més enllà de tot dubte raonable l'ocurrència de determinats fets és declarada nul·la perquè vulnera algun dret fonamental, i la resta d'elements probatoris és insuficient per a constatar aquest fet. Si la justificació depengués de la veritat, en aquests casos les premisses fàctiques utilitzades, malgrat que compleixen els requisits jurídicament establerts, serien injustificades i invalidarien tot l'argument. Tanmateix, sembla que la situació és l'oposada: no solament en els supòsits assenyalats està jurídicament justificat usar com a premisses fàctiques afirmacions que no es corresponen amb els fets, sinó que, en el cas d'utilitzar premisses fàctiques verdaderes, la decisió seria jurídicament injustificada perquè contravindria l'ordenament. A més, i com a punt més important, cal assenyalar que si la veritat de les premisses és jurídicament rellevant, és precisament perquè les normes jurídiques ho estableixen així.

En síntesi, es pot afirmar que el model està orientat a la cerca de la veritat, però a diferència del que passa en l'àmbit científic, en què la veritat és un criteri absolut de correcció, en el dret hi ha certes constriccions (protecció de drets fonamentals o interessos jurídics rellevants, limitació de la durada dels processos administratius i judicials per a complir adequadament la seva funció de resolució de conflictes, etc.), que fan que la veritat pugui cedir davant altres consideracions quan ho estableixi el propi sistema jurídic.

És bastant fàcil adonar-se a l'hora de justificar jurídicament una resposta que no tots els problemes jurídics plantegen el mateix nivell de dificultat. És en aquest punt en què adquireix rellevància una distinció habitual en la teoria jurídica, i que distingeix entre els anomenats *casos fàcils* o *casos clars* (*clear cases*) i els *casos difícils* (*hard cases*).

Els **casos fàcils** o casos clars serien aquells en què la justificació de la resposta jurídica no planteja dificultats, en la mesura que les premisses normatives i fàctiques són clarament identificables: en relació amb les premisses normatives, hi ha un ampli consens entre els juristes sobre quina o quines són les normes aplicables, i també en relació amb la seva interpretació, mentre que en relació amb les premisses fàctiques, són clars quins són els fets del cas (fets provats) i la seva qualificació jurídica. En els casos clars és possible extreure

Lectura recomanada

Sobre la prova dels fets, vegeu per exemple J. Ferrer (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Lectura complementària

M. Taruffo (2002). *La prueba de los hechos* (trad. de J. Ferrer; pàg. 64). Madrid: Trotta.

amb relativa facilitat, gairebé de manera mecànica, la resposta jurídica al cas plantejat, utilitzant arguments com el del sil·logisme jurídic. La idea central és que totes les premisses són clares i, gràcies al raonament deductiu, hi ha una única (i determinada) resposta correcta al cas.

En contrast, els **casos difícils** són aquells en què, a causa de certs problemes que afecten la premissa o premisses normatives o fàctiques, sorgeixen problemes de justificació externa que fan impossible aplicar mecànicament mecanismes com el sil·logisme jurídic i que posen en qüestió que hi hagi una única resposta correcta i determinada per al cas. Si, per exemple, hi ha discrepàncies sobre la interpretació d'un determinat precepte d'una llei (sempre que aquestes donin lloc a respostes divergents a un mateix cas), tindrem (almenys) dues premisses normatives possibles, cap de les quals serà clarament "evident", per la qual cosa sorgirà un problema de justificació externa i la necessitat d'aportar raons a favor de la interpretació escollida. A més, aquesta dificultat farà impossible convertir la resposta al cas en una tasca automàtica, directa o mecànica d'aplicació del sil·logisme jurídic.

El filòsof del dret escocès Neil MacCormick (1941-2009) va fer una classificació de quatre tipus o categories diferents de casos difícils, en funció de la premissa que afecten (normativa o fàctica) i el tipus de dificultat de què es tracti. Així, en relació amb les premisses normatives, ens podem trobar davant **problemes de rellevància** o **problemes d'interpretació en sentit estricte**, mentre que, en relació amb les premisses fàctiques, poden sorgir **problemes de prova** o **problemes de qualificació jurídica**.

1.4.1. Problemes vinculats a les premisses normatives

Els problemes de rellevància o de determinació de la norma aplicable

Un possible problema amb què ens podem trobar consisteix que no puguem determinar (almenys, amb plenes garanties) quina és la norma o quines són les normes aplicables al cas, no per desconeixement del dret, sinó per certs problemes imputables al mateix sistema jurídic. Per exemple, pot ocórrer que el sistema presenti una antinòmia o contradicció normativa (que diversos preceptes regulin de manera diferent i incompatible la mateixa situació, de manera que, posem per cas, un determinat comportament resulti simultàniament permès i prohibit pel dret), o ens podem trobar que hi ha una llacuna normativa i l'ordenament no ens ofereix (almenys, de manera directa i clara) una resposta per al cas. En situacions com aquestes, tenim un problema per a determinar quines són les normes rellevants o aplicables al cas; en altres paraules, per a saber quina és la premissa normativa. En el nostre sistema, com en molts altres, els jutges tenen el deure jurídic de resoldre els casos que se'ls plantegen (prohibició del *non liquet*), de manera que d'alguna manera hauran de superar aquestes dificultats i suplir aquestes mancances, aportant les premisses normatives corresponents. Però, com que l'ordenament no ofereix una resposta

Lectura recomanada

Sobre aquesta qüestió, vegeu N. MacCormick (1978). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press.

única i clara, la justificació de les premisses normatives escollides dependrà de la solidesa de les raons que recolzen la selecció de les esmentades premisses. Per a afrontar aquest tipus de problemes hi ha algunes estratègies de llarga tradició, com els criteris per a la resolució d'antinòmies (*lex posterior*, *lex superior*...) o l'ús d'arguments com l'analogia o l'argument *a sensu contrario* (per a resoldre llacunes), però, com veurem, presenten grans limitacions i plantegen qüestions importants.

Els problemes d'interpretació en sentit estricte

També pot passar que, malgrat que, *prima facie*, sigui possible identificar quin precepte o preceptes jurídics són els rellevants per al cas en qüestió, sorgeixin dubtes o es pugui discutir sobre quina és la interpretació adequada del dit precepte o preceptes (entre diverses alternatives raonables i que donen lloc a conseqüències jurídiques diverses). Això es pot deure a la mateixa redacció dels preceptes (problemes d'ambigüitat, vaguetat o indeterminació dels conceptes utilitzats...), al seu encaix amb altres preceptes o àmbits de la regulació, a un canvi de les circumstàncies o el context respecte del que hi havia en el moment de la seva aprovació, etc. En qualsevol cas, l'aspecte interpretatiu és de gran importància, ja que interpretacions divergents poden donar lloc a respostes completament diferents de la qüestió que s'ha de resoldre. En aquests casos, de nou, és primordial la solidesa de les raons que refermen la premissa normativa triada.

Exemple

Podem fer referència al tema de la interrupció de la prescripció de la responsabilitat penal (delictes i faltes). Si, des de la comissió de l'il·lícit penal, transcorre el termini legalment establert⁴, s'extingeix la responsabilitat penal i per tant l'infractor no pot ser castigat penalment per aquests fets. No obstant això, determinats actes o fets fan que el termini de prescripció s'interrompi i es torni a començar de zero. La interrupció de la prescripció es regula en l'article 132.2 CP, que estableix literalment: "La prescripció s'interrompeix, i el temps transcorregut queda sense efecte, quan el procediment es dirigeixi contra el culpable. El nou termini de la prescripció comença a córrer de nou des que el procediment es paralitza o s'acaba sense condemna". Com es pot veure, aquest precepte es refereix, d'una manera molt vaga i indeterminada, al fet que "el procediment es dirigeixi contra el culpable", sense indicar quin tipus d'acte o resolució es pot considerar, a aquests efectes, una direcció del procediment contra aquesta persona. Això ha donat peu a diferents interpretacions: segons la jurisprudència majoritària del Tribunal Suprem, n'hi ha prou amb la presentació d'una denúncia o querella contra el presumpte culpable (això suposaria ja que el procediment es dirigeixi contra el culpable), mentre que altres interpretacions, com l'assumida pel Tribunal Constitucional, entenen que perquè el procediment es dirigeixi contra algú és necessari que hi hagi algun tipus de decisió o resolució per part de l'òrgan judicial que posi en marxa el procés penal (l'admissió a tràmit d'una querella o l'obertura de diligències prèvies, per exemple). Aquestes diferències poden donar lloc a conseqüències importants, ja que pot passar (i de fet ha passat en alguns casos) que, d'acord amb una interpretació, un delicte ja estigui prescrit, mentre que, d'acord amb l'altra, s'hagi interromput la prescripció i per tant es pugui processar i condemnar l'acusat. Això passaria quan, en el moment d'interposar la denúncia, encara no ha transcorregut totalment el termini de prescripció, però sí en el moment que l'òrgan judicial iniciï el procés. Les diferències en la interpretació determinen, per tant, fins i tot basant-se exactament en els mateixos fets, si aquesta persona pot o no ser condemnada penalment.

Interpretació dels textos normatius

Com veurem més endavant, la interpretació dels textos normatius és un aspecte de suma importància, del qual depenen fins i tot la identitat del sistema i la resposta als diferents casos (és a dir, quines normes formen part del sistema i com aquestes resolen cada una de les diferents situacions). Dit en termes molt simples, ens podem trobar que la resposta jurídica que s'ofereix a un mateix cas sigui completament diferent en funció de la interpretació realitzada.

⁽⁴⁾Actualment, fixat en l'article 131 CP.

1.4.2. Problemes vinculats a les premisses fàctiques

Els problemes de prova

Els problemes de prova afecten les premisses fàctiques i consisteixen en la impossibilitat d'establir, més enllà de tot dubte raonable (o, potser més exactament, més enllà del mínim de certesa exigida per la llei), que determinats fets s'han esdevingut (o que no s'han esdevingut). Són, doncs, situacions en què hi ha desconeixement o un coneixement incomplet dels fets rellevants (o bé, situacions en què, malgrat conèixer els fets del cas individual, aquests no es poden acreditar jurídicament perquè no assoleixen les condicions legals mínimes).

Tanmateix, sovint els problemes de prova no plantegen gaires dificultats en un àmbit pragmàtic, ja que usualment els sistemes jurídics estableixen que en els casos en què una afirmació no es pugui considerar provada (per falta del nivell mínim de certesa exigida legalment), els fets l'ocurrència dels quals és dubtosa es consideren com a no esdevinguts, no en el sentit que es negui que van ocórrer, sinó en el sentit que no es pot vàlidament utilitzar com a premissa la que afirma uns fets que no estan prou constatats. Això té la seva principal expressió en el conegut principi del dret penal *in dubio pro reo*. Per aquesta raó, en els supòsits en què alguna afirmació fàctica no hagi quedat prou constatada, el decisor ha d'actuar com si els fets no haguessin passat.

Els problemes de qualificació

Els problemes de qualificació consisteixen en les dificultats que en algunes ocasions es plantegen en relació amb la subsumpció del cas individual en el supòsit de fet de la premissa normativa, a causa de problemes lingüístics com la vaguetat i la textura oberta. En aquests casos el problema no es troba en un coneixement defectuós dels fets, sinó en el fet que, malgrat conèixer perfectament el que ha passat empíricament, hi ha dubtes sobre com qualificar jurídicament aquests fets.

Vegeu també

Aquestes qüestions lingüístiques es tractaran en l'apartat 2.2.4, problemes del llenguatge: vaguetat, ambigüitat i càrrega emotiva.

Exemple

Un exemple d'aquesta dificultat podria ser el següent: imaginem que una persona de tarannà bromista vol fer una broma a una altra persona, i finalment decideix esperar-la a l'entrada de casa seva fins que arribi i donar-li un ensurt quan aparegui. Tanmateix, la víctima té el cor delicat (cosa que el bromista desconeix, d'altra banda), i, amb la impressió de l'ensurt, pateix un atac cardíac i mor. Encara que els fets es coneguin perfectament, pot sorgir el problema següent: s'ha de considerar que aquesta persona ha "matat" la seva víctima, en el sentit que aquests fets són subsumibles en l'antecedent del delictes d'homicidi (art. 138 CP)? La situació planteja dubtes. D'una banda, l'ensurt respon a una acció conscient i voluntària de l'agressor, i cal suposar que la víctima no hauria mort si no hagués patit l'acció del bromista. Això sembla inclinar-nos a pensar que l'ensurt ha causat la mort, i, per tant, que l'agressor ha matat la seva víctima. Però, d'altra banda, també sembla que el fet de donar un ensurt no és un comportament del tipus adequat per a poder imputar a algú la mort d'una persona. És a dir, la persona va morir per les seves especials circumstàncies de salut, però no és imputable la mort a l'ensurt perquè el fet de donar un ensurt no és un comportament que es pugui considerar adequat per a provocar la mort de les persones (sobretot si es desconeix la seva malaltia), i així poder incloure'l en l'antecedent del delictes d'homicidi. En aquest sentit, no es pot dir que l'agressor hagi matat la seva víctima. En conclusió, no sembla que es pugui dir de manera concloent ni que l'agressor ha matat la víctima ni que no l'ha matada.

D'altra banda, els problemes de qualificació es podrien concebre com una subclasse dels problemes d'interpretació, ja que en l'exemple exposat es pot considerar que la discussió tracta sobre el fet de considerar si la classe "matar" inclou la classe d'"espantar una altra persona quan té problemes de cor i mor". No obstant això, és útil continuar mantenint la distinció si es considera que mentre que els problemes d'interpretació tenen a veure

amb casos genèrics (classes), els problemes de qualificació es limiten a la subsumció de casos individuals.

2. El mètode (I). L'univers del discurs, la selecció del material rellevant i la interpretació del dret

2.1. El punt de partida: l'univers del discurs (UD)

Gran part dels continguts d'aquest apartat i del següent tenen com a referència principal el model d'anàlisi lògica de sistemes normatius desenvolupat per C. E. Alchourrón i E. Bulygin. Aquest model és un potent i rigorós instrument teòric que ens permet extreure de manera precisa les conseqüències lògiques que un sistema normatiu (en el nostre cas, jurídic) estableix per als diferents casos genèrics que preveu, i permet comprovar fàcilment els possibles defectes lògics que pot presentar. Encara que aquest model no aborda altres aspectes de gran importància per a la pràctica jurídica (com, per exemple, la interpretació del dret), perquè són qüestions que queden al marge de l'àmbit de la lògica, es pot afirmar que constitueix l'element central de totes les consideracions metodològiques que veurem.

Un dels conceptes més importants del model d'Alchourrón i Bulygin és l'anomenat **univers del discurs**, o simplement UD. Quan ens plantejem resoldre una qüestió o un problema jurídic, hem de tenir en compte òbviament el que estableix el dret (els diferents preceptes constitucionals, legals, etc. que puguin ser rellevants per a la qüestió que ens ocupa i a la qual hem d'intentar donar una resposta). Però, com és obvi, no és necessari (ni seria recomanable ni tan sols assumible) analitzar tot l'ordenament jurídic, o el conjunt de totes les normes jurídiques, perquè tan sols un nombre reduït de preceptes són els veritablement rellevants per al cas.

En lloc d'això, ens centrem en els preceptes que d'alguna manera creiem que poden ser rellevants per a determinar les conseqüències jurídiques de l'homicidi (és a dir, que serveixen per a determinar la resposta jurídica en els casos en què algú mata una altra persona).

L'UD determina els límits o les fronteres de la nostra anàlisi i en constitueix alhora el punt de partida. Una manera simple de dir-ho és que, almenys en principi, no ens interessa saber què diu el dret o quines respostes ofereix el dret a situacions que cauen fora del nostre univers del discurs.

En una definició tècnica, l'**univers del discurs** és el conjunt de totes les situacions o estats de coses possibles (casos individuals possibles) caracteritzades per una o diverses propietats determinades.

Lectura recomanada

C. E. Alchourrón; E. Bulygin (1971). *Normative systems*. Nova York / Viena: Springer Verlag. Hi ha una traducció castellana dels mateixos autors: C. E. Alchourrón; E. Bulygin (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.

Exemple

Si ens preguntem quina resposta jurídica és procedent per a una situació en què algú ha matat una altra persona, sembla que no serà necessari tenir en compte el règim jurídic de les hipoteques o la normativa sobre emissions de CO₂ a l'atmosfera, o la regulació del contracte de comodati, per posar-ne tan sols alguns exemples.

Exemple

Si l'UD és "matar una altra persona", la nostra anàlisi s'ha de limitar a veure què diu el dret (com regula el dret) pel que fa a les situacions en què algú mata una altra persona. En l'exemple exposat per Alchourrón i Bulygin per a il·lustrar el seu model, l'UD és "la transmissió d'un immoble a un tercer per part de qui no n'és el propietari legítim" (això són els casos en què algú transfereix –mitjançant compravenda, donació, etc.– a una altra persona un bé immoble sense ser-ne el propietari legítim). A partir d'aquí, seguint una sèrie de passos, aconseguirem construir (sistematitzar) un sistema normatiu mitjançant el qual veurem quines conseqüències estableix el dret per a cada un dels diferents casos (genèrics) en què se subdivideix l'UD.

És molt recomanable concebre l'UD de tal manera que resulti prou precís i concret. Altrament, s'afegirà complexitat a l'anàlisi, complexitat que a més no ens proporcionarà cap altre avantatge, ja que no ens serà útil per a determinar la resposta jurídica del cas que ens ocupa.

2.2. La selecció del material jurídic rellevant

Una vegada fixats els límits de l'univers del discurs, el pas següent consisteix a fer una selecció del "material jurídic rellevant"; és a dir, de tots els preceptes i les disposicions jurídiques que, almenys en principi, poden determinar la resposta jurídica a les situacions que formen part de l'UD. El conjunt de disposicions que obtinguem serà la nostra "matèria primera" per a procedir després a la interpretació, la sistematització, la determinació de la resposta i, si escau, a la resolució dels problemes que pugui presentar el sistema.

Exemple

Si tenim l'UD "matar una altra persona", sembla que clarament hauríem de tenir en compte l'article 138 del Codi penal⁵, que afecta de manera directa situacions en què algú mata una altra persona (el nostre UD), mentre que, per exemple, no semblaria rellevant l'article 1500 del Codi civil⁶, relatiu a les obligacions del comprador en un contracte de compravenda.

Malauradament, l'única manera de fer correctament aquest pas és mitjançant l'estudi i el coneixement de les diferents branques de l'ordenament jurídic (el dret civil, el dret penal, el dret administratiu, etc.), ja que només així és possible fer una bona selecció, escollint els preceptes adequats i exclouent-ne els que no ho són. Tanmateix, això tampoc no significa que no puguem dir aquí res que pugui ser d'utilitat en relació amb aquesta activitat. Un aspecte important que cal tenir en compte, i que és analitzat per la teoria general del dret, és la distinció entre la validesa i l'aplicabilitat de les normes jurídiques.

⁽⁵⁾ Qui mati un altre ha de ser castigat, com a reu d'homicidi, amb la pena de presó de deu a quinze anys.

⁽⁶⁾ El comprador està obligat a pagar el preu de la cosa venuda en el moment i lloc fixats pel contracte.

2.2.1. Validesa i aplicabilitat

Sembla força natural pensar que aquest material jurídic que hem de tenir en compte per a analitzar el cas i donar-li una resposta ha de consistir en normes jurídiques vàlides, és a dir, en elements que pertanyen al sistema jurídic o en formen part.

En la teoria del dret actual, el concepte de *validesa* s'entén com a "pertinença al sistema jurídic"; és a dir, dit en termes molt simples, una norma vàlida és una norma que forma part del dret. En una definició més rigorosa,

una norma N és jurídicament vàlida en el moment t si, i només si, pertany al sistema jurídic S_j vigent en l'esmentat moment t .

Sobre el concepte de *validesa*

Aquest aclariment és important en la mesura que, tradicionalment, a més de (o fins i tot en lloc de) la pertinença al sistema, el concepte de *validesa* incorporava altres elements, com per exemple l'obligatorietat del seu compliment (força obligatòria) o la possibilitat d'usar-la per a justificar jurídicament una decisió per part d'una autoritat (aplicabilitat).

Com s'ha apuntat anteriorment, sembla força raonable exigir que el material jurídic amb què es treballa compleixi el requisit de la *validesa*: per exemple, no ens semblaria adequat que, si tractem de determinar la resposta jurídic a un homicidi que es va produir recentment, ens baséssim en l'article 407 del Codi penal de 1973, ja derogat, o en un article del Codi penal italià, per posar-ne tan sols dos exemples, ja que en tots dos casos, no pertanyen al sistema jurídic espanyol actual.

Amb tot, malgrat que el més habitual és que els preceptes jurídics rellevants siguin normes vàlides (pertanyents), en realitat el criteri fonamental no és el de la *validesa*, sinó el de l'aplicabilitat. En una primera aproximació informal, afirmem que una norma jurídica és "aplicable" quan aquesta pot o ha de ser usada pels jutges o les autoritats jurídiques en general per a prendre i justificar decisions. És a dir, el més important no és que es tracti de normes que formin part del sistema jurídic, sinó de normes que poden ser usades pels decisors (com a premisses normatives) per a justificar les seves decisions.

En una definició tècnica, com la de Moreso i Navarro,

Una norma N_i és aplicable en un temps t a un cas individual c , que és una instància d'un cas genèric C , si, i només si, una altra norma N_j , pertanyent al sistema jurídic S_j del temps t , prescriu (obliga o faculta) aplicar N_i als casos individuals que són instàncies del cas genèric C .

Per tant, que una determinada norma sigui aplicable dependrà, en suma de que una altra norma vàlida del sistema jurídic obligui a aplicar-la o en permeti l'aplicació. Com a regla general, les normes vàlides (pertanyents) són normes aplicables, així com les normes aplicables són en general normes vàlides. Tanmateix, la *validesa* no és ni condició necessària ni condició suficient de l'aplicabilitat, per la qual cosa no es dona una total correspondència entre els

Norma vàlida

Al seu torn, perquè una norma sigui vàlida s'han de complir una sèrie de condicions, com per exemple que l'hagi dictada l'òrgan competent en la matèria de què es tracti, que s'hagi seguit el procediment legalment establert, que no contravingui altres preceptes de rang superior, que no hagi estat derogada, etc. Cada un d'aquests aspectes (competència, derogació, jerarquia, etc.) planteja una sèrie de qüestions complexes que són analitzades per la teoria jurídica, però no entrem aquí en aquests temes.

Lectura recomanada

Sobre pertinença i aplicabilitat, podeu consultar l'obra següent: J. J. Moreso; P. Navarro (1998). "The reception of norms and open legal systems". A: S. L. Paulson; B. L. Paulson (eds.). *Normativity and Norms* (pàg. 273-292). Oxford: Clarendon Press.

dos conjunts (normes pertanyents i normes aplicables), i podem trobar exemples tant de normes pertanyents però no aplicables com de normes aplicables que no pertanyen al sistema.

Normes vàlides però no aplicables

Alguns exemples de normes vàlides però no aplicables són els següents:

1) **Normes en període de *vacatio legis***. De vegades hi pot haver (encara que no necessàriament, ja que dependrà del que estableixi el text legal) un període de temps entre la publicació oficial d'una disposició (lleï, reial decret, etc.) i la seva entrada en vigor, que és el moment a partir del qual es pot aplicar. Aquest lapse temporal és conegut com a *vacatio legis*, la durada del qual en el nostre dret és de vint dies si la disposició no estableix cap altra cosa (encara que l'entrada en vigor en cap cas no pot ser anterior al moment de publicació). Durant aquell període, la norma és vàlida (pertany al sistema), com ho demostra el fet que pot ser derogada, però no és aplicable. Si algun jutge o un altre òrgan apliquen aquesta norma abans que entri en vigor, la seva decisió serà contrària al dret.

2) **Normes suspeses**. Els diferents sistemes jurídics solen incloure normes que estableixen que, en determinades situacions excepcionals que posen en perill l'estabilitat, certes altres normes se suspendran temporalment per a fer front a la situació, de manera que, mentre duri aquesta situació excepcional, no seran aplicables. En el dret espanyol, l'article 55 de la Constitució estableix que en les situacions d'estat d'excepció i de setge, certs drets fonamentals queden suspesos o limitats (per exemple, la inviolabilitat del domicili, la llibertat de circulació, el dret de vaga, etc.). Les normes que reconeixen aquests drets continuen pertanyent al sistema (no queden derogades, ja que quan la situació excepcional finalitza, tornen a tenir vigència sense necessitat que siguin aprovades novament), però no són aplicables.

Normes invàlides però aplicables

També hi ha situacions en què són aplicables normes que no pertanyen al sistema, com en els casos en què es tracti de les normes següents:

1) **Normes derogades**. Quan una norma és derogada, és expulsada del sistema jurídic i és per això que, a partir d'aquell moment, deixa de ser una norma vàlida (pertanyent). Tanmateix, això no significa necessàriament que no pugui ser encara aplicable, ja que és possible que els jutges l'hagin d'aplicar per resoldre el cas plantejat.

Exemple

Suposem que en el moment t_0 , A i B subscriuen un contracte d'arrendament d'un habitatge. En aquest moment, la normativa vàlida i aplicable que regula aquest tipus de contractes és la llei $L1$. En un moment posterior (t_1), es modifica la legislació sobre arrendaments i la llei $L1$ queda derogada, i la substitueix la llei $L2$. Posteriorment, en el moment t_2 , sorgeix una desavinença entre A i B i el cas acaba als tribunals. Encara que dependrà dels detalls del règim transitori, pot passar perfectament que en aquesta situació el jutge hagi de resoldre el cas d'acord amb el que disposa la llei $L1$ (i no segons la llei $L2$, que tan sols afecta els contractes subscrits a partir de la seva entrada en vigor), que és la que regeix el contracte entre A i B i que, per tant, hi és aplicable, malgrat que ja està derogada.

2) **Normes del dret estranger.** De vegades, pot passar que les normes que siguin aplicables per a resoldre un cas siguin normes d'una altre ordenament jurídic estranger (que, per definició, no pertanyen al sistema jurídic de la nacionalitat de l'òrgan que pren la decisió). Hi ha una branca del dret, el dret internacional privat, que fonamentalment s'ocupa de determinar quines normes són les aplicables en situacions en què els sistemes jurídics de diferents països estan involucrats, per diferents raons.

Exemple

Si se subscriu a Espanya un contracte entre un ciutadà francès i un altre d'alemany, i que s'ha de complir a Itàlia, quines normes regiran aquest contracte, les del dret espanyol, francès, alemany o italià? I quins tribunals seran els competents per al cas que sorgeixi alguna disputa? En casos com aquest pot passar perfectament que un jutge o tribunal hagi d'aplicar normes jurídiques d'un altre país, i per tant poden ser aplicables normes que no pertanyen al sistema jurídic.

3) **Normes irregulars.** Les normes irregulars són aquelles que, per alguna raó, no compleixen amb tots els requisits de validesa (per exemple, perquè l'òrgan que les va dictar es va extralimitar en les seves competències, o perquè no va seguir correctament el procediment de creació, o perquè és incompatible amb el que disposen normes de rang superior). Aquestes normes, per tant, són invàlides i no pertanyen al sistema jurídic. Tanmateix, en alguns casos poden ser aplicables. En el nostre dret, per exemple, les normes amb rang de llei contràries a la Constitució són aplicables (tots els òrgans tenen el deure d'aplicar-les) mentre el Tribunal Constitucional no les declari inconstitucionals. És més, en la hipòtesi que el Tribunal Constitucional, erròniament, declari que una llei és constitucional encara que sigui contrària a la Constitució, aquesta seria aplicable amb caràcter definitiu i tots els altres òrgans tindrien el deure d'aplicar-la, fins i tot essent invàlida.

2.2.2. La interpretació del dret

Introducció. Normes i disposicions normatives

Una vegada que disposem del material jurídic que hem seleccionat com a rellevant en relació amb el nostre univers del discurs, el següent pas del procés consisteix en la interpretació d'aquest material.

Interpretar és un terme ambigu, utilitzat en molts contextos diferents. Es parla, per exemple, d'interpretar una obra de teatre, d'interpretar la reacció d'una persona en rebre certa notícia, d'interpretar fets històrics, d'interpretar certs

documents, etc. No tots aquests sentits d'*interpretar* semblen relacionats directament amb el llenguatge (interpretació lingüística). La interpretació lingüística seria la relacionada amb la determinació del significat de certes expressions lingüístiques (orals o escrites); és a dir, què signifiquen aquestes expressions. Si ens centrem en la interpretació jurídica, sembla que ens estem referint a un tipus d'interpretació lingüística, principalment a la interpretació de certs textos dictats pel legislador (disposicions normatives).

És per això que, en una primera aproximació, la interpretació jurídica seria la determinació del significat de les disposicions normatives del legislador.

No sempre es presta a la interpretació jurídica l'atenció que mereix o se li reconeix la importància que té realment. Com hem tingut l'ocasió de comentar breument, la interpretació hi té un paper molt destacat, ja que diferents interpretacions d'un mateix precepte (és a dir, diferents significats assignats a una mateixa expressió lingüística) poden comportar conseqüències jurídiques totalment diferents, fins i tot sobre la base d'uns mateixos fets.

Exemples

Podem il·lustrar aquest punt amb alguns exemples. El Codi penal de 1995 regula, en els articles 248 i següents, el delictes d'estafa. A fi de poder sancionar penalment aquesta activitat, s'han de satisfer tots els requisits que estableix l'article 248.1 CP: error, acte de disposició, perjudici patrimonial, etc. Entre aquests elements es troba el fet que hi hagi hagut per part de l'estafador un "engany suficient", cosa que dona a entendre que no serveix qualsevol tipus d'engany, per bast i simple que sigui, sinó que per a poder imposar una pena aquest engany ha de ser d'una certa entitat (és a dir, mínimament sofisticat).

Amb relació a aquest punt, hi ha dues interpretacions contraposades, que es poden qualificar com la *interpretació objectiva* i la *interpretació subjectiva de l'engany*, respectivament. Els partidaris de la interpretació objectiva entenen que l'entitat de l'engany ha de tenir en compte el model de l'"home mitjà", és a dir, la persona corrent que no és experta ni especialista en la matèria sobre la qual s'ha produït l'engany. Al contrari, els partidaris de la "interpretació subjectiva" consideren que l'engany s'ha de calibrar en funció de les circumstàncies de la víctima: així, si es tracta d'un especialista en la matèria, s'exigiria un nivell d'engany molt superior al que seria exigible si es tractés d'una persona no experta, perquè es parteix de la base que si algú és un expert, pot detectar més fàcilment la trampa i és més difícil l'engany. Aquestes diferències no són només teòriques, sinó que tenen importants repercussions pràctiques: poden comportar que uns mateixos fets siguin sancionats o que no ho siguin (i, per tant, que l'acusat vagi a presó o no hi vagi), en funció de la interpretació adoptada. En essència, es tracta que un mateix precepte pot expressar normes diferents i oferir solucions incompatibles a un mateix cas.

Un altre exemple, força comú, és el que es produeix en molts dels casos en què el Tribunal Constitucional examina la constitucionalitat d'algun precepte legal (o norma amb rang de llei, per a ser més estrictes). Llevat d'algunes excepcions, normalment el precepte impugnat (un article d'una llei, per exemple) no és ni clarament inconstitucional ni clarament constitucional, sinó que dependrà de com s'interpretin els preceptes constitucionals i de com s'interpretin els preceptes que s'impugnen. Per això, pot ocórrer que un precepte legal s'entengui com a contrari a la Constitució, si s'interpreta de certa manera (ja sigui el dit precepte legal o la Constitució), mentre que no es consideri inconstitucional sota cap altra interpretació. Sigui com sigui, el més destacable és que en cap cas el que es discuteix no és quines són les paraules del legislador o del constituent, sinó el significat d'aquestes paraules.

Utilitzant un exemple recent, alguns sectors van posar en dubte que la reforma del Codi civil que va introduir la possibilitat del matrimoni entre persones del mateix sexe fos compatible amb l'article 32.1 de la Constitució, que estableix literalment: "L'home i la dona tenen dret a contreure matrimoni amb plena igualtat jurídica". Aquesta expressió

admet, almenys, dues possibilitats d'interpretació: **a)** que l'home i la dona tenen dret a casar-se (entre si; és a dir, un home amb una dona) amb plena igualtat de drets i obligacions, o **b)** que tant els homes com les dones tenen dret a casar-se (sense especificar amb qui, ja que això ho ha de determinar la regulació legal), i que ho han de poder fer amb plena igualtat de drets i deures. Sembla clar que sota la interpretació **a)** la regulació legal seria inconstitucional, mentre que no ho seria sota la interpretació **b)** El mateix tipus de problemes són els que es plantegen en l'examen de la constitucionalitat de les recents reformes dels estatuts d'autonomia d'algunes comunitats autònomes.

Tenint en compte això, és fàcil veure per què un filòsof del dret tan important com Hans Kelsen (1881-1973), quan escriu sobre la interpretació del dret en la *General theory of law and state* (1945), cita el passatge següent del bisbe Hoadly (1717):

"Whoever hath an absolute authority to interpret any given or spoken laws, it is he who is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them." ["Quien tiene una total autoridad para interpretar cualesquiera leyes orales o escritas, es quien verdaderamente es el Legislador para todos los fines y propósitos, y no la persona que en primer lugar las escribió o pronunció.".]

En tota interpretació lingüística (incloent-hi, per tant, la interpretació jurídica) és possible diferenciar entre dos elements: l'**enunciat interpretat** i l'**enunciat interpretatiu**. L'enunciat interpretat és l'expressió lingüística que és objecte de la interpretació, mentre que l'enunciat interpretatiu és l'expressió del significat d'aquest enunciat interpretat.

L'estructura d'un enunciat interpretatiu, per tant, seria la següent:

T (enunciat interpretat) significa *S*

Almenys idealment, els enunciats *T* i *S* han de ser sinònims (i dos enunciats *E* i *E'* són sinònims si, i només si, tenen el mateix significat).

La distinció entre enunciats interpretats i enunciats interpretatius ens permet introduir ara una distinció important: la que distingeix entre les **disposicions normatives** (de vegades també anomenades *formulacions normatives*) i les **normes** (en sentit estricte).

Lectura complementària

Hi ha una traducció castellana d'aquesta obra de Kelsen (1949). *Teoría general del derecho y del Estado*. Mèxic DF: Imprenta Universitaria.

Fins ara hem utilitzat expressions com *normes jurídiques*, *disposicions jurídiques*, *preceptes jurídics*, etc. com a sinònimes, a fi de no introduir excessives complicacions. Tanmateix, tenint en compte el que fins ara hem comentat sobre la interpretació, convé diferenciar clarament entre el que, d'una banda, dicta el legislador o autoritat jurídica (disposició normativa) i els significats atribuïts a aquesta per part dels intèrprets (les normes, en sentit estricte). A primera vista pot semblar xocant no atribuir el títol de norma al que dicta l'autoritat, que quedaria reduït a "simples" disposicions, i reservar el noble títol de norma a les "meres" opinions dels intèrprets. Però si hi reflexionem, veurem que, en realitat, el que determinarà la resposta al cas dependrà de quines siguin les interpretacions que es facin de les paraules del legislador, i no de les paraules mateixes (això no prejutja de cap manera la qüestió de quina és la rellevància que les paraules del legislador tenen sobre les interpretacions possibles o admissibles –aquest tema serà objecte de l'apartat següent–). És per això que té sentit afirmar que les normes depenen de la interpretació, que són, en definitiva, el resultat d'un procés interpretatiu, pel qual, a partir de diferents interpretacions es poden obtenir diferents normes, i amb aquestes diferents sistemes normatius, si entenem que el dret és un conjunt de normes, i no un conjunt de disposicions normatives.

Com és fàcil veure, no sempre hi ha una única correlació possible entre disposició normativa i norma (és a dir, no necessàriament hi ha una única norma per a cada disposició normativa diferent). Pot passar, per exemple, que dues disposicions diferents expressin una única norma, perquè comparteixen el mateix significat, com passaria, per exemple, si l'autoritat dictés les dues disposicions següents:

Exemple

D_1 : Diumenge tindrà la consideració de dia festiu.

D_2 : El dia immediatament posterior a dissabte tindrà la consideració de dia festiu.

Encara que es tracta de dos enunciats gramaticalment diferents, és clar que comparteixen un mateix significat, i que, per tant, expressen la mateixa norma.

També és possible (i, en certa manera, força freqüent) que una mateixa disposició pugui ser interpretada de maneres diferents, i per tant, que expressi diferents normes possibles. Suposem que el legislador dicta la disposició següent:

Exemple

D_3 : Els espanyols i els estrangers que tinguin la residència habitual a Espanya estan obligats al pagament de l'impost.

Vegeu també

De fet, com veurem més endavant (apartat 3), en el model d'anàlisi de sistemes normatius d'Alchourrón i Bulygin, les normes es defineixen com a enunciats que correlacionen casos genèrics amb solucions. Com que interpretacions divergents poden donar lloc a diferents correlacions entre casos i solucions (és a dir, que el sistema ofereixi respostes jurídiques diferents als mateixos casos), és més adequat vincular el concepte de *norma* al resultat de la interpretació.

Lectura complementària

R. Guastini (1990). *Dalle fonti alle norme* (pàg. 23-25).
Torí: Giappichelli.

Aquí es pot plantejar el dubte de si els que estan obligats al pagament de l'impost són, d'una banda, els espanyols (tots), i, d'altra banda, els estrangers que tinguin la residència habitual a Espanya, o bé si tant els espanyols com els estrangers han de tenir la residència habitual a Espanya a fi d'estar obligats a pagar l'impost.

2.2.3. Teories de la interpretació jurídica

Però, en què consisteix exactament la tasca interpretativa? Què s'entén per *determinar el significat de les disposicions normatives*? Hi ha una important discussió teòrica sobre aquest punt: alguns sostenen que la interpretació és fonamentalment una tasca de coneixement o descobriment d'un significat previ, objectiu i preexistent; altres sostenen, de manera radicalment oposada, que tot acte d'interpretació és una lliure decisió de l'intèrpret, que assigna o atribueix lliurement un significat, i per tant no existeixen els significats "correctes" o "objectius" d'una disposició. Finalment, hi ha els que sostenen una concepció intermèdia, afirmant que, en alguns casos, la tasca interpretativa es pot reconduir a un descobriment, mentre que en altres circumstàncies, no hi ha un significat objectiu i en darrer terme hi haurà la discrecionalitat de l'intèrpret. En resum, aquests diferents punts de vista es poden veure com les diferents respostes que es poden donar a la pregunta de fins a quin punt els significats (les normes) estan predeterminats per les disposicions normatives, la qual cosa, des d'una altra perspectiva, és la pregunta per l'àmbit de discrecionalitat de l'intèrpret i la indeterminació del dret.

En síntesi, les diferents posicions sobre la "naturalesa" de la interpretació jurídica es poden agrupar en tres categories o famílies:

- 1) les teories cognoscitivistes,
- 2) les teories escèptiques i
- 3) les teories intermèdies.

Les teories cognoscitivistes de la interpretació

Com indica el seu propi nom, per a aquestes teories la tasca interpretativa consisteix a "conèixer" un significat objectiu i preexistent. L'objectiu de l'intèrpret consisteix a descobrir aquest significat "autèntic", "real" o "verdader" dels termes en què s'expressa l'autoritat que ha dictat la disposició. Per tant, sota aquest punt de vista hi haurà interpretacions "correctes" o "verdaderes", i l'intèrpret podrà encertar o equivocar-se en plantejar la seva proposta interpretativa, en funció que aquesta es correspongui o no amb el verdader significat de la disposició. Aquesta concepció és la que trobem en autors com per exemple Castán Tobeñas, que afirma que

Lectures recomanades

J. Castán Tobeñas (1988; original de 1936). *Derecho civil español. Común y foral* (pàg. 544). Madrid: Reus.

S. Romano (1947). *Frammenti di un dizionario giuridico* (pàg. 119). Milà: Giuffrè. Citat a L. Prieto (1987). *Ideologia e interpretación jurídica* (pàg. 84). Madrid: Tecnos.

Citació

"la interpretación de las normas es la indagación del *verdadero sentido* y por ende del contenido y alcance de las normas jurídicas" (la cursiva és nostra). Un altre exemple seria Santi Romano, qui sosté literalment el següent: "la verdadera interpretación es una operación intelectual que ha de poderse realizar del mismo modo y con los mismos resultados [...] sea por el juez, sea por otra autoridad, sea por los privados [...]. Ella se resuelve no en un acto de voluntad, sino en una simple cognición del derecho vigente".

Aquest tipus de teories se solen basar en certes assumpcions, algunes de relatives al llenguatge (filosofia del llenguatge) i altres de relatives al dret (teoria jurídica).

Pel que fa a la concepció del llenguatge que subjeu en les teories cognoscitivistes, aquestes se solen basar en l'**essencialisme lingüístic**. Des del punt de vista de l'essencialisme, hi ha una cosa semblant a un vincle "natural" o "necessari" entre les paraules o expressions lingüístiques i els seus significats, de manera que cada paraula o expressió té els seus significats "naturals", "correctes" o "verdaders", i qualsevol ús d'aquestes paraules o expressions que no estigui vinculat al seu significat objectiu és un ús incorrecte. Una interpretació correcta, per tant, s'ha d'ajustar als significats "reals".

Essencialisme lingüístic

Encara que no entrarem en aquest tema, l'essencialisme lingüístic és molt problemàtic i ha estat qüestionat durament per molts filòsofs del llenguatge durant l'últim segle. Sense anar més lluny, és molt complicat des d'aquest punt de vista explicar un fenomen tan corrent com el de la simple existència de diferents idiomes. Que diferents persones utilitzin diferents paraules (per exemple, *llibre*, *libro*, *book*, etc.) per a referir-se a un mateix tipus d'objectes, posa seriosament en qüestió que hi hagi un vincle natural entre les paraules i els seus significats. De manera similar, seria complicat explicar els fenòmens del canvi de significat d'un mateix terme. Per exemple, en l'actualitat s'accepta sense gaire problemes que els llibres electrònics també s'inclouen en el significat de la paraula *llibre*, però això no era així fa tan sols unes quantes dècades. Si se sosté una concepció essencialista, caldria afirmar que algun d'aquests significats de *llibre* (ja sigui el que inclou el llibre electrònic o el que no l'inclou) no és l'"autèntic" significat d'aquesta paraula.

En relació amb la concepció del dret manejada, les visions cognoscitivistes de la interpretació solen anar vinculades a una concepció del dret coneguda com a **formalisme jurídic**. Aquesta es caracteritza per sostenir, entre altres, tesis com les següents:

- El sistema jurídic és complet, és a dir, no té llacunes.
- El sistema jurídic és consistent, és a dir, manca per complet d'antinòmies o contradiccions normatives.
- Com a derivació de les tesis anteriors, el dret ofereix sempre una (i només una) resposta correcta per a cada cas.
- Els jutges es limiten en tot cas a aplicar la resposta que el dret estableix per al cas. L'aplicació del dret és una tasca gairebé automàtica i els jutges manquen totalment de discrecionalitat (jutge com a autòmat).

Amb aquest marc de referència, és fàcil veure que la visió de la interpretació jurídica serà la d'una activitat de descobriment d'un significat objectiu previ, en què l'intendent no té discrecionalitat, almenys en la mesura que vulgui exercir correctament la seva activitat.

El formalisme jurídic està estretament vinculat amb les concepcions del positivisme jurídic del segle XIX, que va gaudir d'una posició preeminent durant gran part d'aquest segle. No obstant això, és un error establir sense més ni més un nexa directe entre positivisme jurídic i formalisme, ja que fins i tot des d'una òptica positivista, es tracta d'una concepció àmpliament superada. Els representants més destacats del positivisme jurídic de les últimes dècades (autors com H. L. A. Hart o J. Raz, per exemple) mantenen postulats teòrics molt allunyats del formalisme jurídic.

Les teories escèptiques de la interpretació

En l'extrem oposat de l'espectre de les teories de la interpretació jurídica es troben les anomenades *teories escèptiques*. Aquestes mantenen un punt de vista diametralment oposat al de les anteriors concepcions cognoscitivistes: la tasca de l'intendent no consisteix a descobrir el significat objectiu o verdader de l'expressió, sinó que es tracta d'una lliure assignació o atribució de significat per part d'aquell. Per tant, la interpretació no és un acte de descobriment o coneixement, sinó una decisió o elecció. Els partidaris d'aquestes teories solen portar a més les seves posicions a l'extrem: la discrecionalitat dels intèrprets és absoluta; no es pot parlar en cap cas d'interpretacions "correctes" o "incorrectes", sinó que, com a màxim, hi haurà interpretacions que tindran més èxit (en la mesura que siguin acceptades i adoptades per més juristes i jutges), mentre que altres en tindran menys. En cap cas, no obstant això, no hi ha paràmetres objectius per a determinar el grau o nivell de "correcció" en la interpretació. Aquesta respon a la lliure voluntat de l'intendent, que es guiarà per consideracions polítiques, ideològiques, morals, etc.

Aquestes posicions són pròpies d'un tipus de concepcions que s'inscriuen en el que se sol denominar **realisme jurídic**, els representants més destacats del qual són certs autors nord-americans (autors com K. Llewellyn, O. W. Holmes o J. Frank), o els components de moviments com el *Critical Legal Studies* –el lema del qual és "Law is politics"–, encara que també hi ha representants destacats a Europa, com l'escola genovesa (G. Tarello, R. Guastini), o el jusfilòsof francès M. Troper.

De manera similar al que hem vist en relació amb les teories cognoscitivistes, podríem dir que les teories escèptiques es basen en certes tesis relatives al llenguatge i a la teoria del dret:

En relació amb el llenguatge, aquests autors rebutgen l'essencialisme lingüístic i mantenen en canvi posicions **convencionalistes**: la connexió entre les paraules i els seus significats no és natural, sinó convencional, és a dir, establert

Lectures recomanades

Vegeu, per exemple, H. L. A. Hart (1961). *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press.

J. Raz (1970). *The concept of a legal system*. Oxford: Clarendon Press.

Citació

És famosa l'afirmació d'Oliver Wendell Holmes que "les profecies sobre el que els jutges faran és el que jo entenc per dret".

per la comunitat de parlants. En síntesi, els significats depenen de l'ús que els usuaris facin dels termes. Això permet explicar fenòmens com la pluralitat de llenguatges o els canvis de significat, i que les discrepàncies quant al significat dels termes no necessàriament responen al fet que almenys una de les parts està "equivocada" en relació amb l'"autèntic" significat de l'expressió.

En relació amb la teoria jurídica, com hem dit abans, les teories escèptiques solen relacionar-se amb les posicions del realisme jurídic, les principals tesis del qual serien les següents:

- El dret és radicalment indeterminat, i mai no ofereix una única resposta correcta i predeterminada als casos en joc. Això és així no solament per defectes del mateix sistema (llacunes, contradiccions normatives), sinó per la indeterminació mateixa del llenguatge.
- La legislació (normes escrites dictades per les autoritats, el que normalment entenem com a *dret objectiu*) té un paper molt secundari (segons alguns autors, pràcticament irrellevant), en contrast amb les decisions dels jutges. Per a molts autors realistes l'"autèntic" dret són les decisions judicials, i no el que diu el legislador.
- Els jutges tenen en la seva activitat una discrecionalitat absoluta: la legislació mai no predetermina la decisió i els aplicadors tenen total llibertat per a dictar les seves sentències, que responen primordialment a consideracions polítiques, religioses, morals, ideològiques, socioeconòmiques, etc., i no (o no solament) jurídiques.

Les teories escèptiques tenen el mèrit d'assenyalar la certa ingenuïtat i idealització del dret pròpia de les teories cognoscitivistes, i criden l'atenció sobre el fet (difícilment qüestionable) que els intèrprets i aplicadors del dret poden tenir (almenys en alguns casos) cert àmbit de discrecionalitat. No obstant això, perden força plausibilitat en portar les seves posicions a l'extrem, sostenint la indeterminació radical i l'absoluta discrecionalitat dels intèrprets en tots els casos.

En efecte, si les posicions de les teories escèptiques es porten a l'extrem i es prenen seriosament, esdevenen altament implausibles. Si realment a qualsevol expressió se li pot atribuir qualsevol significat (si, per exemple, l'article 5 de la Constitució espanyola, "La capital de l'Estat és la vila de Madrid", es pot interpretar com a "prohibit sortir al carrer a partir de les sis de la tarda"), a més d'eliminar qualsevol tret de seguretat jurídica, es faria gairebé impossible la comunicació mateixa, ja que el receptor d'un missatge podria entendre qualsevol cosa. A més, aquesta posició té fins i tot problemes d'inconsistència interna: es diu que el realment important no és la llei, sinó les decisions dels jutges (aplicadors del dret, en general), però aquestes autoritats dicten les seves decisions usant el llenguatge, cosa que vol dir que els que hagin d'executar les seves decisions, al seu torn podran interpretar aquestes decisions de qualsevol manera possible. Hauríem de concloure, doncs, que el dret no són les decisions judicials, sinó les decisions dels funcionaris que executen les decisions judicials?

El realisme jurídic sol ignorar que, en realitat, les situacions problemàtiques (les que acaben als tribunals) són un nombre molt reduït del total de situacions que tenen rellevància jurídica. El normal és que la gent compleixi els contractes, pagui els impostos, etc. sense que sorgeixin excessives controvèrsies sobre què és el que estableix el dret. És cert que no sempre és així i en determinades circumstàncies pot ser molt complicat

determinar el que estableix el dret, fet que dona peu a la discrecionalitat d'intèrprets i aplicadors, però és una exageració entendre que això és el més habitual.

Les teories intermèdies de la interpretació

Com calia esperar, també trobem autors que fugen dels extrems de les teories anteriors (tant de l'excessiu optimisme dels cognoscitivistes com de la discrecionalitat radical dels escèptics) i mantenen posicions intermèdies. Aquestes es caracteritzen per sostenir que l'activitat interpretativa en alguns casos s'assembla a un descobriment d'un significat "correcte", mentre que en altres supòsits és més aviat una decisió de l'intèrpret. La idea és que en certes ocasions el significat de les disposicions normatives és prou clar i determinat per parlar d'interpretacions correctes i incorrectes, en la mesura que la interpretació adoptada s'ajusti o no als paràmetres d'aquest significat "objectiu" (o més aviat, intersubjectiu), mentre que en altres no és possible determinar uns límits precisos per a poder discriminar clarament entre interpretacions correctes i incorrectes, amb la qual cosa és l'intèrpret qui pren una decisió, i en la qual gaudeix d'un cert grau de discrecionalitat.

Com es compatibilitzen dos punts de vista en principi contraposats?, i on se situa la frontera entre descobriment i decisió? De nou, les claus estan en les concepcions del llenguatge i del dret que es manegen.

En relació amb la concepció del llenguatge, les teories intermèdies es basen en posicions **convencionalistes**, que fonamenten la relació entre les expressions i els seus significats en l'activitat dels participants d'un llenguatge. Però a diferència dels escèptics, el convencionalisme no implica una indeterminació absoluta, ja que els usuaris d'un llenguatge (per exemple, el català) no atribuïm qualsevol significat a una paraula o expressió. És possible, en molts casos, identificar clarament usos correctes i incorrectes de paraules i expressions; és a dir, hi ha nuclis de certesa de significats. Quan ens movem en l'àmbit d'aquests nuclis de certesa, podem afirmar si certa interpretació és correcta o incorrecta, i la determinació del significat és més aviat un acte de descobriment.

Exemple

Un home que fa dos metres d'alçada és clarament *alt* (és en el nucli de certesa), mentre que evidentment aquest adjectiu no pot es predicar de qui fa només 1,5 metres. *Las Meninas* de Velázquez entren de ple dins la categoria de *quadre*, mentre que un "objecte que penja del sostre i que proporciona il·luminació a una estança" no es pot qualificar adequadament com a *cadira*. En relació amb el nucli de certesa, es poden predicar usos correctes i incorrectes de les expressions (per exemple, anomenar *cadira* a l'objecte (en el sentit de "cosa") de l'exemple anterior, constitueix un ús incorrecte de *cadira*, ja que és fals –no es correspon amb els usos lingüístics de la comunitat– que aquests objectes siguin, en aquest llenguatge, *cadires*).

No hi ha dubte que el llenguatge de moltes disposicions normatives és prou determinat i precís per a permetre interpretacions senzilles i sense pràcticament discussions sobre el seu significat. No obstant això, el llenguatge també presenta certes dificultats i problemes (com veurem en l'apartat següent) que provoquen que no sigui possible determinar més enllà de tot dubte o discussió quin és el significat o interpretació "correcta", ja que diverses d'elles (diferents i incompatibles) poden ser igualment raonables.

En aquestes circumstàncies, l'interpretar tindrà un àmbit de discrecionalitat i la interpretació serà una decisió o atribució de significat.

En síntesi, si ens movem en l'àmbit de la interpretació jurídica, es pot sostenir que tota interpretació d'una disposició normativa que exclogui objectes o situacions pertanyents al nucli de certesa o que n'inclogui d'altres clarament exclosos d'aquest, segons els usos lingüístics de la comunitat (en aquest cas la comunitat dels juristes), és una interpretació incorrecta i per tant injustificada. Tota interpretació, perquè sigui correcta, ha de respectar el nucli de certesa (no incloure supòsits que clarament estarien exclosos, ni deixar d'incloure supòsits que clarament estarien dins el nucli esmentat).

Exemple

Un exemple d'interpretació que no satisfà les exigències de respecte del nucli de certesa està relacionat amb la noció de "delicte flagrant" de l'article 18.2 CE. Aquest precepte estableix: "El domicili és inviolable. No s'hi pot entrar o fer-hi cap escorcoll sense el consentiment del titular o sense resolució judicial, llevat del cas de delicte flagrant". És a dir, el dret a la inviolabilitat del domicili, que impedeix que algú hi pugui entrar o escorcollar-lo, llevat que donem el nostre consentiment o hi hagi una ordre judicial, té una excepció: el delicte flagrant. En el context jurídic, s'entén que som davant d'un delicte flagrant quan s'està cometent en aquell mateix moment o just s'acaba de cometre (es permet l'entrada per a evitar el delicte, o bé per a impedir la fugida del delinqüent que l'acaba de cometre). De fet, el DIEC defineix *flagrant* com 'Que esclata, que té lloc, sota els ulls mateixos d'una persona. En flagrant delicte. Manifest, evident. En qualsevol cas, s'entén que la idea de *flagrància* exigeix algun tipus d'evidència o percepció directa de la comissió del delicte (que s'està veient o s'escolta), sense que n'hi hagi prou amb la "sospita" per mitjà d'indicis o mecanismes indirectes.

Doncs bé, és conegut que la Llei orgànica 1/1992, de 21 de febrer, de protecció de la seguretat ciutadana (popularment coneguda com a "Llei Corcuera") va introduir en el seu articulat la seva pròpia definició de *delicte flagrant*⁷, i entenia per aquest "el coneixement fundat per part de les forces i cossos de seguretat que els porti a la constància que s'està cometent o s'acaba de cometre algun dels delictes que, en matèria de drogues tòxiques, estupefaents o substàncies psicotròpiques, castiga el Codi penal, sempre que la intervenció urgent dels agents sigui necessària per a impedir la consumació del delicte, la fugida del delinqüent o la desaparició dels efectes o instruments del delicte". Aquest precepte va ser impugnat perquè es considerava inconstitucional. Així, el Tribunal Constitucional, en la STC 341/1993, de 23 de desembre, va declarar inconstitucional el precepte, argumentant que el simple "coneixement fundat" de la policia no es podia equiparar a la percepció i evidència directa del delicte associat al significat de l'expressió *delicte flagrant*. En suma, la llei pretenia incloure en el significat de l'expressió alguna cosa que clarament quedava exclosa del nucli de certesa.

Reflexió

És *alt* un home que faci 1,75 metres? Un coixí posat al terra, és una *cadira*? Es pot qualificar com a *vermella* una tonalitat que tendeix a l'ataronjat o al porpra?

⁽⁷⁾Art. 21.2.

Quant a la concepció del dret que sol vincular-se a les teories intermèdies, es pot dir que s'allunya tant dels postulats del formalisme jurídic com dels del realisme. El més habitual és que, al seu lloc, s'assumeixin certes tesis de tendència "hartiana" (partint de la base del positivisme jurídic defensat per H. L. A. Hart):

- **El dret és parcialment indeterminat:** en molts casos (probablement en la majoria), el sistema jurídic ofereix una única resposta correcta i predeterminedada, però altres vegades això no és així, la qual cosa es pot deure tant a defectes del sistema (llacunes normatives, contradiccions) com a la indeterminació pròpia del llenguatge.
- **Els jutges** (aplicadors del dret, en general) **tenen una discrecionalitat limitada:** en les situacions en què, per les raons que siguin (defectes del sistema normatiu, indeterminació del llenguatge, indeterminació dels fets del cas, etc.), no hi ha una única resposta correcta, tenen cert àmbit de llibertat per a prendre la decisió, la qual cosa no implica que puguin decidir qualsevol cosa, ni que no sigui necessari argumentar adequadament la decisió presa. No obstant això, en els altres casos, hi ha una solució correcta a la qual s'han d'ajustar els decisors, i la seva activitat no és discrecional (és més similar a la del "jutge autòmat" pròpia del formalisme).

Amb el que hem exposat fins ara, hauria de quedar clar que la distinció entre casos fàcils (o casos clars) i casos difícils que anteriorment es va presentar està estretament lligada a una concepció intermèdia de la interpretació jurídica, fins al punt que la pressuposa. Només és possible diferenciar entre supòsits en què es pot aplicar mecànicament el sil·logisme jurídic i supòsits en què no, si es parteix de la base que hi ha casos en què hi ha una resposta clarament predeterminedada (la qual cosa implica que també ho està la interpretació de les disposicions normatives), i casos en què no és així (en els quals hi haurà certa discrecionalitat). Si s'adopta el punt de vista de les teories cognoscitivistes, tots els casos serien fàcils, en la mesura que sempre hi ha una única resposta correcta que l'aplicador ha de descobrir i aplicar. Per la seva banda, si s'adopta el punt de vista de les teories escèptiques, mai no hi hauria una única resposta correcta predeterminedada, i tots els casos serien difícils.

2.2.4. Problemes del llenguatge: vaguetat, ambigüitat i càrrega emotiva

Usualment, utilitzem els llenguatges naturals, com el català, l'anglès o el francès, per exemple, per a comunicar-nos i argumentar. Normalment, aquests llenguatges compleixen les seves funcions de manera satisfactòria, però cal assenyalar també que es veuen afectats per certs problemes que poden donar lloc a algunes dificultats, i que ens impedeixen de saber amb exactitud o seguretat quin és el significat de certes expressions. Aquests problemes no obeeixen a un

coneixement deficient del llenguatge, sinó a determinades característiques del llenguatge mateix, entre les quals, podem destacar les següents: la vaguetat, l'ambigüitat i la càrrega emotiva.

La vaguetat

La vaguetat és una característica dels conceptes, és a dir, del significat de les paraules, i no de les paraules mateixes com a expressions o enunciats lingüístics.

En síntesi, consisteix en la indeterminació relativa dels límits d'un concepte (la connotació del terme), que ens impedeix determinar amb precisió si un objecte cau dins o fora de la seva denotació.

Els noms propis designen un únic objecte, i per tant no tenen vaguetat, ja que no es plantegen dubtes sobre si l'expressió s'aplica o no a un determinat objecte. Però la situació és diferent en els noms de classe, que designen conjunts d'objectes definits per certes propietats (com ara *cadira*). Molts filòsofs del llenguatge han destacat que, juntament amb el nucli de certesa d'un concepte, també hi ha una zona de penombra en la qual sorgeixen dubtes sobre l'aplicació o no del concepte esmentat a un objecte determinat.

Reflexió

Així com no tindriem dubtes sobre qualificar Pau Gasol com a *alt*, ni tampoc dubtariem d'excloure de la denotació d'*alt* un home que faci 1,50 metres (són casos del nucli de certesa), en altres casos podem tenir dubtes. És alt un home que mesuri 1,75 metres? Quants cabells cal tenir per no ser calb? Quan deixa una persona de ser jove? Es pot qualificar com a *vermella* una tonalitat que tendeix cap a l'ataronjat o cap al porpra? Quants grans de sorra són necessaris per a formar un munt? Seria una cadira el tronc d'un arbre al bosc amb la mida, alçària i forma adequades perquè una persona s'hi pugui asseure còmodament?

Vaguetat gradual i combinatòria

És força usual diferenciar entre dos tipus de vaguetat: la vaguetat gradual i la combinatòria. La vaguetat gradual seria la que acabem de veure: la imprecisió dels límits d'un concepte per a poder determinar quins objectes cauen dins o fora del seu àmbit semàntic. Per la seva part, la vaguetat combinatòria consistiria en la indeterminació o la controvèrsia sobre quin conjunt de propietats són les que defineixen un concepte. Un exemple que es proposa de manera molt habitual és el de joc. Quines propietats o característiques ha de satisfer una activitat per a ser qualificada com un *joc*? Solem qualificar com a *joc* activitats tan diferents com els escacs, les cartes, la boxa, les apostes i loteries, molts esports... Quines són les propietats comunes a totes aquestes activitats que fan que totes siguin considerades com a *jocs*? No hi ha atzar en tots els jocs, no tots són divertits, no hi ha activitat física en tots, no hi ha competència entre els seus participants en tots, etc. És per això que és difícil determinar el conjunt rellevant de propietats que configuren el concepte de *joc*. Aquest és un problema diferent del de casos com *calb* (vaguetat gradual): tots estem d'acord que la propietat definitòria de *calb* és l'absència de cabell al cap, encara que puguin sorgir dubtes sobre si l'individu *X* és o no calb.

No obstant això, és possible concebre el problema de la vaguetat combinatòria d'una altra manera, més adequada segons el nostre parer. Del que aquí es tracta és que hi ha diversos conjunts alternatius de propietats definitòries, amb la qual cosa, estrictament, tenim diversos conceptes diferents expressats per la paraula *joc*. D'aquesta manera, la situació s'assimilaria a un problema d'ambigüitat, que, com veurem a continuació, consisteix en una pluralitat de significats, i no en canvi a la vaguetat, relacionada amb la imprecisió dels límits dels conceptes.

Denotació i connotació

La denotació d'un terme és el conjunt d'objectes designats pel terme (per exemple, la denotació de *cadira* seria el conjunt de totes les cadires, és a dir, de tots els objectes que són qualificables com a *cadira*). Per la seva banda, la connotació de *cadira* estaria formada pel conjunt de propietats que fan que cert objecte sigui qualificable com a *cadira*: entre altres, que sigui un objecte apte per a asseure-s'hi, que estigui pensat per a una sola persona, etc.

En alguns casos, la vaguetat és especialment intensa, fins al punt que la discussió o controvèrsia sobre el significat és central i forma part del mateix significat del terme, com per exemple en mots com *bo*, *perfecte*, *just*, etc. A aquestes situacions se les sol denominar **conceptes essencialment controvertits**. En el context jurídic hi ha els anomenats *conceptes jurídics indeterminats*, com per exemple *raonable*, *interès públic*, *força major*, *bon pare de família*, *preu just*, etc., en els quals el nivell de vaguetat és especialment destacable.

És possible tractar de limitar la vaguetat mitjançant definicions que ofereixin més rigor i exactitud en la determinació dels significats. De fet, aquesta és l'estratègia habitual en l'àmbit dels llenguatges tècnics, com el jurídic. Els conceptes jurídics, elaborats per la mateixa legislació, la jurisprudència o la doctrina, són en general molt més precisos que els que usem en el llenguatge corrent. Amb tot, la vaguetat no és mai totalment eliminable, ja que, almenys teòricament, sempre poden sorgir noves situacions o casos que ens tornin a plantejar dubtes sobre la seva inclusió o no en l'àmbit d'un determinat concepte. Aquesta vaguetat potencial (i ineliminable) dels conceptes és el que es coneix com la *textura oberta* del llenguatge.

Exemple

Seguint un exemple usat pel filòsof Genaro R. Carrió, qualificariem com a *gat* un animal amb forma de gat però que mesurés 1,80 metres i pogués parlar? L'exemple ens pot semblar molt forçat o fantasiós, però això no ens ha de fer perdre de vista que sempre és possible que sorgeixin situacions que de nou ens tornin a plantejar el problema de la vaguetat. Pensem ara en un exemple usat abans, el de la paraula *llibre*. Segons el diccionari, *llibre* significa "Conjunt de fulls escrits posats en l'ordre en què han d'ésser llegits, especialment reproducció impresa d'una obra en fulls de paper reunits per plec formant un tot". La definició sembla clara, però els avenços tecnològics fan que apareguin noves situacions (per exemple, els llibres electrònics) en què es plantegin dubtes sobre si aquestes poden o no qualificar-se adequadament com a *llibres*.

L'ambigüitat

A diferència de la vaguetat, l'ambigüitat és un problema que afecta les paraules (o oracions), i no els conceptes. Consisteix que un mateix enunciat (paraula o oració) és susceptible d'expressar diversos significats diferents i incompatibles.

És possible diferenciar entre diferents tipus o categories d'ambigüitat. Una primera divisió bàsica seria la que diferencia entre l'**ambigüitat extracontextual** i l'**ambigüitat contextual**.

L'**ambigüitat extracontextual** és la que es produeix quan una determinada expressió té diferents significats al marge de qualsevol context (en el sentit que el context en què aquesta expressió s'insereix determina de manera unívoca el significat).

Aquest és el cas de la simple polisèmia o de les paraules homònimes. Moltes paraules, com per exemple *cara*, *gat*, *lluna*, *banc*, etc. són ambigües en aquest sentit. Així, la paraula *cara* pot voler dir tant 'rostre' o 'faç', com 'cada una de les

Lectura complementària

L'exemple original del joc va ser exposat per Ludwig Wittgenstein, a L. Wittgenstein (1953). *Philosophische Untersuchungen*. Hi ha una traducció castellana del 1988: *Investigaciones filosóficas*. Mèxic DF: Instituto de Investigaciones Filosóficas UNAM.

Lectura recomanada

G. R. Carrió (1990). *Notas sobre derecho y lenguaje* (4a. ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

superfícies d'un objecte' (per exemple, quan es parla de les cares d'una moneda). Però des del moment en què la paraula s'insereix en un determinat context, és clar quin és el significat de l'expressió. Si se'ns pregunta: "t'has rentat la cara?", sabem que s'estan referint al nostre rostre; si diem "donaré menjar al gat" difícilment algú pensarà en un gat hidràulic; o si algú ens comenta "acabo de fer un ingrés al banc", sabem que es refereix a una entitat de crèdit i no a un objecte de la via pública per a asseure-s'hi.

L'**ambigüitat contextual**, per la seva banda, és la que es produeix quan una determinada expressió té diferents significats fins i tot dins d'un context donat.

Aquest tipus de situacions sol donar-se quan els diferents significats estan relacionats entre si, o per raons sintàctiques (ambigüitat sintàctica), i, com és fàcil suposar, plantegen moltes més dificultats que l'ambigüitat extracontextual, ja que el context no ens permet determinar amb claredat quin és el significat d'entre tots els possibles.

Al seu torn, una paraula o expressió pot ser ambigua dins d'un context o bé de manera alternativa (ambigüitat contextual alternativa, de manera que, o bé té el significat *A*, o bé té el significat *B*, però només un d'ells), o bé de manera simultània (ambigüitat contextual simultània o acumulativa, en què l'expressió té diferents significats en un mateix context i alhora).

Un cas habitual d'ambigüitat contextual alternativa és el de l'ambigüitat sintàctica, en què els diferents significats possibles responen a l'estructura sintàctica de l'expressió, que permet ser entesa de maneres diferents (per exemple, en les oracions de relatiu):

Exemple

L'enunciat "A la festa van acudir homes i dones elegants" es pot entendre com que a la festa van acudir, d'una banda, homes, i de l'altra, dones elegants, o que tant els homes com les dones que hi van acudir eren elegants. O, posant un altre exemple, si afirmem: "He venut els llibres i els discos que em van regalar", és possible entendre'l com que he venut els llibres que em van regalar i els discos que em van regalar, o bé que he venut els llibres, d'una banda, i els discos que em van regalar, de l'altra.

En l'àmbit jurídic de vegades també es plantegen problemes d'ambigüitat sintàctica. En relació amb el règim econòmic matrimonial de guanys, l'article 1346.7 del Codi civil estableix: "Són privatis de cada un dels cònjuges: [...] 7è. La roba i els objectes d'ús personal que no siguin d'un valor extraordinari". El "valor extraordinari" es refereix tan sols als objectes d'ús personal, o inclou també la roba? Seria o no privatiu un abric de pells car?

Però no tots els casos d'ambigüitat contextual alternativa són casos d'ambigüitat sintàctica. Una expressió com "A i B estan casats" també és ambigua: es pot interpretar que A i B estan casats entre si o que A i B són persones casades (A amb C, i B amb D). Un altre supòsit habitual és el de l'ambigüitat procés-producte: una mateixa expressió es pot referir a una activitat o al re-

sultat d'aquesta activitat. Aquest és el cas, per exemple, d'*interpretació*: es pot referir a l'activitat de determinar el significat d'una expressió lingüística o al resultat d'aquesta activitat (els significats pròpiament dits).

Finalment, també es poden donar casos d'ambigüitat contextual simultània, en què la pluralitat de significats es manifesta alhora. A diferència dels casos anteriors que hem vist, aquest tipus d'ambigüitat sol ser buscada expressament, i és pròpia del llenguatge del doble sentit o de contextos humorístics.

Exemple

Certa publicació periodística té l'eslògan següent: "El primer diari que no es ven". Amb això vol dir, simultàniament, dues coses: que es tracta d'una publicació gratuïta, per la qual no s'ha de pagar, i que a més és una publicació independent, que no està al servei de certs interessos polítics o econòmics (no es ven en aquest sentit, a diferència del que –suposadament– farien els altres). Un altre exemple es donaria en l'acudit següent: "Perquè el professor ha de fer la classe amb ulleres de sol? Doncs, perquè té alumnes molt brillants". Aquí es juga amb el doble sentit de *brillants*: com a persones molt agudes, intel·ligents i aplicades, i com a objectes que brillen.

La càrrega emotiva

És força habitual trobar expressions que, juntament amb el seu significat descriptiu, també tenen una dimensió avaluativa o valorativa, que pot ser positiva o negativa, i que és inseparable del significat de l'expressió. Aquesta dimensió valorativa és el que s'anomena *càrrega emotiva*.

Exemple

Dir que algú és perseverant no és el mateix que afirmar que és obstinat, ja que la primera expressió sol implicar una valoració positiva, al contrari que la segona, malgrat que en tots dos casos ens referiríem a una persona que manté el seu punt de vista o les seves conviccions o propòsits malgrat les circumstàncies o arguments en contra. De manera similar, no és el mateix qualificar algú com a intuïtiu o espontani que com a irreflexiu o irracional, malgrat que, des d'un punt de vista descriptiu, estem afirmant bàsicament el mateix (persona que no guia el seu comportament d'acord amb la reflexió racional).

Convé ser conscient de l'impacte de la càrrega emotiva del llenguatge i estar en guàrdia perquè aquesta sol ser una font de fal·làcies argumentatives. Així, quan es pretén defensar o promocionar alguna cosa, es tendeix a fer ús d'expressions amb una forta càrrega emotiva positiva, mentre que passa el contrari quan es tracta d'atacar o desprestigiar una posició, decisió, punt de vista, teoria, etc. N'hi ha prou d'imaginar la gran diferència que, en el context d'una discussió sobre qui contractar per a un lloc de treball d'entre els diferents candidats, algú qualifiqui un aspirant com a "intuïtiu i perseverant" en lloc d'"irreflexiu i obstinat".

Exemple

Un cas curiós de càrrega emotiva és la que acompanya la noció de *democràcia*. Avui en dia és innegable que aquesta paraula té una fortíssima càrrega emotiva positiva, fins al punt que molts dirigents polítics de règims que difícilment no es podrien qualificar com a democràtics (no satisfan la regla de la majoria, els drets individuals i polítics bàsics, la separació de poders, la supremacia de la llei, etc.) s'esforcen a presentar-los com a democràtics, i així obtenir la legitimitat i el prestigi que s'hi associen. Històricament, no obstant això, les coses eren molt diferents, ja que durant segles la democràcia es va concebre com un exemple de mal sistema polític (així passa, per exemple, en el pensament de Plató, per a qui ocupa el penúltim lloc, tan sols per davant de la tirania; o en el d'Aristòtil, per a qui era una forma degenerada de la República), i per tant, qualificar un sistema polític com a *democràtic* era criticar-lo i desprestigiar-lo. Durant la revolució americana, els crítics afirmaven que el nou model proposat era una democràcia, i davant això els seus partidaris es defensaven sostenint que no es tractava d'una democràcia, sinó d'una cosa molt millor que una democràcia. Amb el pas del temps, han resultat obvis els canvis produïts en aquest punt.

2.2.5. Tipus d'interpretació jurídica

En l'àmbit de la interpretació jurídica, una vegada vistes les qüestions generals anteriors, és possible fer diverses classificacions. Únicament centrarem la nostra atenció en dues: d'una banda, la que té en compte qui és el subjecte que du a terme la interpretació, i, d'altra banda, la que té en compte la tècnica interpretativa utilitzada.

Tipus d'interpretació en funció de l'interpret

És habitual atribuir un nom diferent a la interpretació realitzada d'un precepte normatiu en funció de qui és l'interpret que la du a terme. En aquest sentit, les categories més habituals són les següents: interpretació autèntica, interpretació oficial, interpretació judicial, interpretació doctrinal i interpretació operativa o estratègica.

1) La **interpretació autèntica** és la que du a terme la mateixa autoritat que ha dictat la disposició normativa que és objecte d'interpretació (per exemple, quan el legislador dicta una llei interpretativa d'una altra llei).

2) La **interpretació oficial** és la duta a terme per una autoritat pública (òrgans de l'Estat, en sentit ampli) en l'exercici de les seves funcions. Per exemple, és el cas de les circulars dictades per la Direcció General de Tributs sobre com interpretar certs preceptes de la Llei de l'impost sobre la renda de les persones físiques. Per a diferenciar-la de la interpretació autèntica, la interpretació oficial se sol restringir als casos en què l'interpret no és el mateix òrgan que va dictar la disposició interpretada.

3) La **interpretació judicial**, com el seu propi nom suggereix, és la feta pels òrgans jurisdiccionals en la seva activitat d'aplicació del dret. Aquesta és, probablement, la de més rellevància amb vista a la determinació de la resposta del cas plantejat (almenys això és així en els casos decidits en seu judicial).

4) La **interpretació doctrinal** és la feta pels juristes en la seva activitat teòrica de descripció i sistematització del dret (per exemple, per mitjà de llibres i articles jurídics). La rellevància i l'impacte d'aquest tipus d'interpretació depèn del prestigi de l'autor i de les raons que s'ofereixen en suport de les interpretacions proposades.

5) La **interpretació operativa o estratègica** és la utilitzada pels advocats o assessors jurídics de les parts, i òbviament està guiada principalment pels interessos de la part que defensa, encara que això no significa que no puguin oferir raons sòlides en suport de les interpretacions proposades.

Les tècniques interpretatives. Interpretació literal i interpretació correctora

Almenys en teoria, l'interpret no fa la seva tasca de la manera que lliurement li vingui de gust, sense seguir cap guia o cap pauta, sinó que s'ajusta a un cert tipus de tècniques, esquemes argumentatius o conjunts de regles que tenen una llarga tradició jurídica, i que, també teòricament, limiten el conjunt d'interpretacions possibles o admissibles.

Fins i tot el mateix dret positiu es refereix als criteris o les tècniques interpretatives, com passa, en el nostre cas, amb l'article 3.1 del Codi civil, que estableix: "Les normes s'interpreten segons el sentit propi de les seves paraules, en relació amb el context, els antecedents històrics i legislatius, i la realitat social del temps en què han de ser aplicades, atesos fonamentalment l'esperit i la finalitat d'aquelles".

Aquest precepte enumera un conjunt de criteris o tècniques interpretatives (les que es coneixen com a *interpretació literal*, *sistemàtica*, *històrica*, etc.), però no resol ni de bon tros els problemes o les dificultats que es plantegen en l'aspecte interpretatiu. Es continuen plantejant molts interrogants, fonamentalment pel fet que el mateix article 3.1 CC és al seu torn una disposició normativa, susceptible de ser interpretada de diverses maneres: és la interpretació literal un límit absolut, o són admissibles interpretacions que sobrepassin les fronteres dels seus significats lingüístics? S'ha d'entendre que l'enumeració és exhaustiva, o són admissibles també altres tècniques no enumerades? Es planteja una relació jeràrquica entre aquestes tècniques, o totes se situen en un mateix nivell? Si és aquest últim cas, què passa si els resultats d'aplicar diferents tècniques interpretatives són incompatibles? Quina interpretació és la que hauria de ser triada?

Segons el professor genovès Riccardo Guastini, és possible traçar una primera gran divisió entre les tècniques interpretatives, i diferenciar entre la **interpretació literal**, d'una banda, i la **interpretació correctora**, de l'altra. Aquesta classificació, com apunta l'autor, és conjuntament exhaustiva (tota interpretació és, o bé literal, o bé correctora, sense que hi hagi cap altra possibilitat), i mútuament exclouent (si una interpretació és literal, llavors no és correctora,

Lectures recomanades

Per a les qüestions relacionades amb les tècniques interpretatives, són destacables, entre d'altres, les obres següents:

M. Calvo (ed.) (1995). *Interpretación y argumentación jurídica*. Saragossa: Prensas Universitarias de Zaragoza.

R. Guastini (1992). *Dalle fonti alle norme*. Torí: Giappichelli.

R. Guastini (1999). *Estudios sobre la interpretación jurídica* (trad. d'M. Carbonell i M. Gascón). Mèxic DF: Porrúa.

J. J. Moreso (2006). *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*. Barcelona: Editorial UOC.

G. Tarello (1980). *L'interpretazione della legge*. Milà: Giuffrè.

Lectures recomanades

Per a una anàlisi de la interpretació jurídica des d'una perspectiva més filosòfica, vegeu:

R. J. Vernengo (1977). *La interpretación jurídica*. Mèxic DF: UNAM.

R. J. Vernengo (1994). *La interpretación literal de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

P. Chiassoni (2007). *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonya: Il Mulino.

i viceversa). No obstant això, les categories són lleugerament imprecises, perquè la mateixa naturalesa del llenguatge (vaguetat, ambigüitat, etc.) fa que no sigui possible traçar una frontera clara entre el que és una interpretació literal i el que és ja una interpretació correctora.

La **interpretació literal** (o declarativa) seria la que s'ajusta al significat lingüístic de l'expressió interpretada, segons la pràctica habitual de la comunitat lingüística de què es tracti (en aquest cas, la comunitat dels juristes).

Per tant, seria la interpretació que "s'ajusta a les paraules" del legislador a l'hora d'atribuir un significat a la disposició normativa, tal com aquestes s'entenen en un context jurídic, o, en paraules de l'article 3.1. CC, la interpretació que es realitza "segons el sentit propi de les seves paraules".

En contrast, la **interpretació correctora** seria la que s'aparta de la interpretació literal (dit d'una altra manera, la que atribueix un significat diferent del que resulta de les paraules estrictes del legislador o l'autoritat normativa).

Al seu torn, la interpretació correctora pot ser, o bé **extensiva**, o bé **restrictiva**. Una interpretació correctora extensiva, com suggereix el seu nom, és la que "estén" o amplia l'àmbit d'aplicació de la norma i la fa aplicable a casos que, d'acord amb una interpretació literal, quedarien exclosos del seu àmbit d'aplicació.

Exemple

Un exemple (hipotètic) d'interpretació correctora extensiva seria que davant la disposició "prohibit l'accés de vehicles de motor al parc" un intèrpret sostingués (mitjançant algun argument) que s'ha d'entendre que tampoc no hi poden accedir les bicicletes. El sentit literal de *vehICLES de motor*, tant en el llenguatge comú com en l'àmbit jurídic, exclou les bicicletes, per la qual cosa segons una interpretació literal, les bicicletes no es veurien afectades per la prohibició. No obstant això, mitjançant la interpretació que s'ofereix, s'amplia l'àmbit d'aplicació, que afecta un supòsit (les bicicletes) que altrament en quedaria exclòs.

En contrast, la interpretació correctora restrictiva és la que restringeix o limita l'àmbit d'aplicació de la norma, en comparació amb una interpretació literal. Això implica, per tant, que supòsits que en principi quedarien afectats per la norma són exclosos del seu àmbit d'aplicació, gràcies a la interpretació proposada.

Intèrprets

És fàcil veure que, des d'una perspectiva escèptica, seria altament qüestionable afirmar que l'existència d'aquestes tècniques impliqui algun tipus de limitació a la discrecionalitat dels intèrprets.

Lectura recomanada

R. Guastini (2003). *Estudios sobre la interpretación jurídica* (pàg. 25 i seg.). Mèxic DF: Porrúa.

Nota

Recordem que el llenguatge jurídic és un llenguatge tècnic (almenys, parcialment), en què les paraules no sempre tenen el mateix significat que el llenguatge comú.

Exemple

Suposem ara que la disposició estableix "Prohibida l'entrada de gossos al parc", però algun intèrpret suggereix (o imposa, si es tracta d'una autoritat, com per exemple un jutge) que aquesta disposició s'ha d'interpretar de manera que exclou els gossos que vagin convenientment lligats amb una corretja i proveïts de morrió. És a dir, alguns casos que quedarien inclosos en l'àmbit d'aplicació de la norma segons una interpretació literal (la classe "gossos proveïts de corretja i morrió" està clarament inclosa en la classe "gossos"), són exclosos, per via interpretativa, del seu àmbit d'aplicació.

No obstant això, cal tenir en compte que quan parlem d'*interpretació literal*, no necessàriament estem afirmant que hi hagi sempre una única interpretació literal. Els problemes del llenguatge que coneixem (vaguetat i textura oberta, ambigüïtat, càrrega emotiva) fan que no poques vegades es puguin atribuir diferents significats a un mateix text sense sortir-nos de la seva literalitat. Per aquesta raó, algunes de les tècniques interpretatives que veurem a continuació es poden usar precisament per a triar o privilegiar una determinada interpretació d'entre les diverses interpretacions literals possibles. És a dir, no necessàriament aquestes tècniques s'han de veure com a mecanismes per a justificar o proposar interpretacions correctores.

Seguint en la mateixa línia, normalment cada una d'aquestes diferents tècniques no és necessària o conceptualment lligada a un tipus concret d'interpretació, sinó que poden ser usades, segons les circumstàncies, per a justificar interpretacions de tipus divers (correctora extensiva, correctora restrictiva, o bé per a escollir entre diferents possibilitats d'interpretació literal). Tanmateix, algunes tècniques, més que anar dirigides una interpretació de la disposició normativa, són més aviat instruments argumentatius per a evitar/resoldre problemes del sistema, com per exemple llacunes o antinòmies (contradiccions normatives).

Finalment, convé destacar que, sovint, l'ús de diferents tècniques interpretatives pot donar lloc a diferents normes incompatibles, i en aquests casos normalment no hi ha una ordenació o jerarquia clara entre les diverses tècniques.

A continuació veurem breument i de manera individualitzada algunes de les tècniques interpretatives més habituals:

- 1) l'argument sistemàtic,
- 2) l'argument històric,
- 3) l'argument teleològic,
- 4) l'argument psicològic,
- 5) l'argument sociològic,
- 6) l'argument econòmic,
- 7) l'argument apagògic o reducció a l'absurd,
- 8) l'argument *a fortiori*,
- 9) l'argument analògic i
- 10) l'argument *a contrario sensu*.

Nota

Això, com veurem, passa de manera habitual quan contraposem l'analogia a l'argument *a contrario sensu*.

Com comprovarem, encara que es tracta de categories fàcilment distingibles des del punt de vista conceptual, en la seva aplicació la distinció no és senzilla en molts casos, per la qual cosa és possible que un mateix argument o raonament es pugui entendre com una aplicació de més d'una d'aquestes tècniques.

1) L'argument sistemàtic

Sota aquest títol s'aglutinen diverses tècniques d'interpretació que tenen en comú la idea que una disposició normativa no s'ha d'interpretar aïlladament, sinó en relació o en connexió amb altres disposicions, ja que el dret és un sistema (s'assimila aquest concepte a la idea d'un conjunt ordenat d'elements, al qual se sol atribuir les propietats de la coherència i la completesa). A l'hora de determinar o d'atribuir un significat, doncs, s'ha de tenir en compte el que estableixen altres elements del sistema.

Es poden diferenciar almenys dues modalitats diferents de l'argument sistemàtic: l'argument *a cohaerentia* i l'argument *sedes materiae*.

a) L'argument o raonament *a cohaerentia* estableix que una disposició normativa s'ha d'interpretar de manera que sigui coherent (és a dir, no contradictòria) amb altres normes jurídiques del sistema (o, més exactament, amb les interpretacions d'altres disposicions normatives de l'autoritat). Per aquesta raó, davant diversos significats possibles, en què un o diversos són contradictoris amb altres preceptes, mentre que un altre o altres no ho són, s'ha d'optar per la interpretació que no sigui contradictòria. Es tracta, almenys la majoria de vegades, d'una interpretació correctora, ja que a partir d'una interpretació literal s'arribaria a una contradicció.

Exemple

Suposem que tenim dues disposicions, que anomenarem D_1 i D_2 . D_1 estableix "Es prohibeix fumar en totes les instal·lacions esportives", mentre que D_2 disposa textualment: "És permès fumar als bars i restaurants de les instal·lacions esportives, sempre que tinguin una superfície mínima de cent metres quadrats i zones físicament separades per a fumadors i no fumadors". D'acord amb una interpretació literal dels preceptes, es produiria una antinòmia o contradicció normativa, ja que als bars i restaurants de les zones esportives (que compleixin certes condicions) fumar estaria simultàniament prohibit i permès, en funció de la norma considerada. En virtut d'una interpretació *a cohaerentia*, es podria sostenir que D_1 s'ha d'interpretar com que es prohibeix fumar a les instal·lacions esportives, a excepció dels bars i restaurants que compleixin els requisits que estableix D_2 . D'aquesta manera, en entendre que un precepte és una excepció a una altra norma general, es preserva la coherència del sistema.

Aquest tipus d'argument se sol fonamentar en l'anomenada *hipòtesi del legislador racional*, segons la qual, el legislador (autoritat jurídica, entesa en abstracte i no com a persones concretes) és una entitat racional, per la qual cosa, entre altres extrems, no dicta normes contradictòries. Com és fàcil veure, si la hipòtesi del legislador racional es pren com una tesi descriptiva sobre com actua de fet el legislador, és difícilment sostenible i, de fet, la necessitat d'acudir a un

raonament *a cohaerentia* mostraria que el legislador no ha actuat racionalment (si ho hagués fet, no hauria estat necessari recórrer a l'argument *a cohaerentia*, perquè les normes serien compatibles).

Un exemple o manifestació especialment rellevant d'argument *a cohaerentia* és el de l'anomenada *interpretació conforme*. Com sabem, en els sistemes constitucionals actuals com el nostre, les normes constitucionals tenen un rang superior al de les normes legals (normes amb rang de llei), per la qual cosa una condició per a la validesa de les normes legals és que no siguin incompatibles amb la Constitució. De vegades es planteja el dubte de si cert precepte legal és o no inconstitucional, i pot ocórrer que, interpretat de certa manera, sigui compatible amb la Constitució, mentre que no ho sigui sota cap altra interpretació (no hauríem d'oblidar, tanmateix, que la constitucionalitat o inconstitucionalitat no depèn únicament de com s'interpreti el precepte legal, sinó també de com s'interpretin els preceptes constitucionals). En situacions d'aquest tipus, el que es fa és triar la interpretació que és compatible amb la Constitució; això és, es fa una interpretació conforme a la Constitució.

En molts dels supòsits que arriben al Tribunal Constitucional per a l'examen de la constitucionalitat d'un o diversos preceptes legals, aquest opta, sempre que sigui possible, per dictar una **sentència interpretativa**, en què estableix que el precepte en qüestió és compatible amb la Constitució, sempre que sigui interpretat d'una certa manera. Això significa, en virtut de la posició que ocupa aquest Tribunal en el nostre esquema institucional, que la resta d'òrgans jurídics hauran d'utilitzar aquesta interpretació del precepte o, almenys, evitar la interpretació o les interpretacions que el Tribunal ha considerat com a contràries a la Constitució.

Exemple

Un exemple d'aquest tipus de decisions és la STC 24/2004, de 24 de febrer. S'hi discuteix sobre la constitucionalitat de l'article 563 del Codi penal⁸, relatiu a la tinença d'"armes prohibides". El punt central de la discussió és que, segons el tenor literal del precepte, per a determinar quines són les "armes prohibides", s'ha d'acudir a altres normes (legals o reglamentàries) que estableixen quines són aquestes armes, i aquesta remissió pot comportar que un simple il·lícit administratiu sigui considerat com un il·lícit penal (delicte), la qual cosa vulneraria certes exigències constitucionals, com el principi de legalitat penal (els delictes i les penes privatives de llibertat s'han de regular mitjançant una llei orgànica) o el principi d'*última ratio* (últim recurs) del dret penal.

El Tribunal Constitucional va establir que, si el precepte s'interpretava com una remissió total o en blanc a un reglament del Govern (la qual cosa, d'altra banda, és el que sembla derivar-se a partir d'una interpretació literal), llavors seria inconstitucional. No obstant això, no va declarar inconstitucional el precepte perquè era possible una interpretació compatible amb la Constitució. En concret, la disposició s'havia d'interpretar com que castiga la tinença d'armes quan es presenten les condicions següents: **a)** que siguin armes prohibides únicament per una norma extrapenal amb rang de llei o de decret (excloent-ne altres tipus de normes reglamentàries), **b)** que posseïxin una especial potencialitat lesiva i **c)** la tinença de les quals es produeixi en condicions o circumstàncies que la converteixin en especialment perillosa per a la seguretat ciutadana. Com es pot observar, aquesta "interpretació conforme" és un exemple d'interpretació correctora restrictiva, ja que no qualsevol supòsit de fet que hi quedaria inclòs segons una interpretació literal (arma prohibida) quedaria afectat per la norma.

b) L'argument *sedes materiae* consisteix a sostenir que a l'hora d'interpretar una disposició, s'ha de tenir en compte el context o marc normatiu en què aquesta es troba. Aquest context normatiu pot resultar molt variable, de manera que pot ser molt limitat (per exemple, la secció concreta del capítol concret de la llei on figura el precepte), o considerablement ampli (per exemple, la branca de l'ordenament de què es tracti).

⁽⁸⁾ La tinença d'armes prohibides i la tinença de les armes que siguin resultat de la modificació substancial de les característiques de fabricació de les armes reglamentades s'han de castigar amb la pena de presó d'un a tres anys.

Exemples

Molts autors (sobretot de la dogmàtica penalista) sostenen que el concepte de *propietat* del dret penal és diferent del concepte de *propietat* del dret civil, i per tant en els "delictes contra la propietat" del Codi penal, que es cometen contra els propietaris, no s'està protegint estrictament la propietat tal com és concebuda estrictament des del punt de vista civil⁹. Per tant, aquests preceptes s'han d'interpretar d'acord amb el context normatiu en què estan incardinats (en aquest cas, el dret penal).

Un altre exemple possible seria el dels diversos significats de *funcionari públic* segons la branca de l'ordenament jurídic que estiguem considerant. El concepte és originari del dret administratiu, i fa referència a un estatut jurídic molt determinat i rigorosament regulat de certs treballadors públics. Si, en canvi, ens movem en l'àmbit del dret penal, el concepte de *funcionari públic* és diferent (i molt més ampli), ja que no es limita als individus que tinguin la condició jurídica formal de funcionari segons les normes del dret administratiu, sinó que, segons l'article 24.2 CP, inclou qualsevol persona (funcionari en sentit administratiu, treballador públic amb règim laboral, càrrecs electes, etc.) que "exerceixi funcions públiques". Per aquesta raó, quan la llei penal fa referència a delictes comesos per funcionaris, s'entén que aquest concepte no es limita als funcionaris en sentit formal administratiu.

⁽⁹⁾És a dir, es pot cometre un delictes contra la propietat, com per exemple un robatori o un furt –art. 234 i seg. CP–, sense que la víctima o subjecte passiu sigui el propietari.

Un problema relacionat amb l'argument *sedes materiae* és el de la determinació del context normatiu rellevant, ja que es poden plantejar dubtes o controvèrsies sobre quin context és el que cal prendre en consideració.

Exemple

L'article 10.2 de la Constitució estableix que "les normes relatives als drets fonamentals i a les llibertats que la Constitució reconeix s'han d'interpretar de conformitat amb la Declaració universal de drets humans i els tractats i els acords internacionals sobre aquestes matèries ratificats per Espanya". Sorgeix el dubte (que ha estat objecte de controvèrsies doctrinals) de quins són els preceptes la interpretació dels quals s'ha de guiar pels tractats i els acords internacionals sobre drets humans. Segons alguns autors, aquests preceptes són els articles 15 a 29 de la Constitució, que són els que gaudeixen de la màxima protecció jurídica i estan inclosos en una secció que té com a títol "Dels drets fonamentals i les llibertats públiques". Segons altres autors, tanmateix, serien tots els preceptes del títol I (incloent-hi, per tant, altres drets a més dels articles 15 a 29), que porta per rúbrica "Dels drets i deures fonamentals".

2) L'argument històric

L'anomenat *argument històric* és un esquema de raonament segons el qual les disposicions jurídiques s'han d'interpretar d'acord amb la tradició jurídica, és a dir, tal com s'han entès històricament els diferents conceptes i institucions jurídiques.

Per tant, es tracta d'un argument de tipus conservador, que intenta mantenir la continuïtat de la tradició jurídica a l'hora d'interpretar els preceptes normatius. En aquest sentit, es pot oposar a l'argument sociològic, que veurem més endavant, i que sosté que la interpretació s'ha de guiar segons el context social i els canvis socials i culturals propis del moment en què s'ha d'aplicar el precepte. Aquest tipus d'argument també estaria en la base del recurs al precedent o a la jurisprudència com a criteri per a determinar la interpretació (s'interpreten els preceptes tal com ha fet tradicionalment la jurisprudència en decisions anteriors).

Exemple

Utilitzant novament un exemple que va aparèixer anteriorment, el de l'article 32.1 CE¹⁰, sembla força evident que la interpretació tradicional de *matrimoni* és la que fa referència exclusiva al matrimoni monogàmic i heterosexual, per la qual cosa, d'acord amb aquesta tradició, qualsevol altra forma de matrimoni en quedaria exclosa. De fet, un dels arguments principals dels sectors que es van oposar a la reforma legislativa que va introduir la figura del matrimoni entre persones del mateix sexe era que aquesta unió no es podia considerar pròpiament un matrimoni. Si amb això es pretén dir que no s'ajusta al sentit propi, objectiu o natural de la paraula, llavors hi són aplicables totes les crítiques que ja vam veure respecte de l'essencialisme lingüístic. Si, en canvi, l'argument es limita a indicar que aquesta no és la interpretació que tradicionalment o històricament s'ha fet de matrimoni, llavors difícilment es pot negar aquest aspecte, però queda dempeus la qüestió de per què s'hauria de privilegiar aquesta interpretació tradicional davant una altra més d'acord amb l'evolució social i cultural de la nostra comunitat.

Però no necessàriament tota interpretació històrica comporta una restricció de drets o llibertats: es podria recórrer, per exemple, a l'argument històric per a sostenir que determinades limitacions de drets i llibertats imposades en nom de la "lluita contra el terrorisme global" són inconstitucionals, ja que són incompatibles amb el que tradicionalment s'ha entès que inclou i protegeix aquests drets i llibertats (dret a la intimitat, secret de les comunicacions, etc.).

(10) "L'home i la dona tenen dret a contreure matrimoni amb plena igualtat jurídica".

En qualsevol cas, aquest tipus d'argument interpretatiu presenta problemes importants. D'una banda, sembla concebre la tradició jurídica com una cosa totalment homogènia, gairebé monolítica, quan en la majoria de qüestions hi ha i hi han hagut històricament controvèrsies, diferents línies jurisprudencials o doctrinals, evolucions, etc. I, d'altra banda, fins on s'ha de remuntar aquesta apel·lació a la tradició? És possible, per exemple, basar-se en una tradició o en antecedents propis del règim predemocràtic anterior per a interpretar lleis aprovades per un parlament democràtic? És possible fins i tot anar més enllà i apel·lar al dret romà?

3) L'argument teleològic

L'argument teleològic (del grec *télos*, 'finalitat') consisteix a atendre l'esperit, la finalitat, l'objectiu, etc. de la llei a l'hora de determinar el significat de les seves disposicions. Es pot considerar que aquest és un dels arguments que explícitament reconeix l'article 3.1. CC, que estableix que la interpretació de les lleis s'ha de fer "atenent fonamentalment l'esperit i la finalitat d'aquelles".

Se sol entendre aquest esperit, objectius, propòsit o finalitat en termes objectius; és a dir, com el propòsit o la finalitat de la llei, i no del legislador o de l'autoritat concreta que va dictar la disposició. Això ja ens planteja un primer problema important, que consisteix en el fet que, en sentit estricte, només es poden atribuir finalitats o objectius a subjectes proveïts de voluntat, i no a objectes. Per aquesta raó, només es pot parlar de la finalitat o dels objectius de la llei en sentit metafòric, en una metàfora que d'altra banda és bastant fosca.

Aquest tipus d'argument és un dels que més clarament donen lloc a una interpretació correctora: usualment, es recorre a l'argument teleològic per a interpretar una disposició en termes diferents dels que resulten d'una interpretació

literal estricta, aduint que aquesta interpretació correctora s'ajusta millor a l'"esperit" de la llei. Aquesta interpretació correctora pot ser restrictiva o extensiva, segons els casos.

Exemple

Suposem que hi ha una disposició que estableix "No s'admet l'entrada de gossos o d'altres animals domèstics als hospitals i altres recintes sanitaris". Si prenem en consideració el supòsit d'una persona invident que va guiada per un gos pigall, a partir d'una interpretació literal és clar que no pot entrar amb el seu gos en un hospital, ja que un gos pigall és clarament un gos (se subsumeix en el supòsit de fet de la norma). Algú podria sostenir, no obstant això, que l'esperit o la finalitat del precepte no és crear impediments o dificultats als invidents, sinó tan sols ajudar a millorar les condicions sanitàries dels recintes hospitalaris, per la qual cosa hi hauria una excepció per al cas dels gossos pigall. Aquesta interpretació, que molts considerarien raonable, s'aparta del significat literal i estableix una interpretació correctora restrictiva (exclou del camp d'aplicació de la norma supòsits que hi estarien inclosos en una interpretació literal).

En altres casos, el resultat pot ser el contrari: el d'una interpretació correctora extensiva. Això ha estat així en un nombre bastant considerable de decisions del Tribunal Constitucional relatives a requisits formals exigits per les lleis processals¹¹. La tònica general en aquestes sentències ha estat que una interpretació excessivament rigorosa o estricta (és a dir, literal) dels preceptes processals relatius a qüestions o requisits formals per a exercir accions, interposar recursos, etc., és incompatible amb la finalitat d'aquestes normes, destinades a establir mecanismes que permetin o facilitin la defensa o protecció de drets i interessos de les persones per mitjà de l'accés als tribunals.

És interessant destacar que precisament aquest tipus de disposicions, que estableixen terminis, tipus de documents que cal presentar, o que determinen estrictament qui està legitimat per a iniciar un procés judicial, interposar un recurs, etc., són les que habitualment ofereixen menys dubtes d'interpretació, en el sentit que és molt clar quin n'és el significat literal. Si, per exemple, un precepte estableix un termini de deu dies per a interposar un recurs, difícilment hi haurà dubtes interpretatius de tipus lingüístic. Com que l'incompliment dels requisits processals formals usualment comporta conseqüències radicals (inadmissió de la demanda, desestimació del recurs, etc.), els tribunals han optat de vegades per "flexibilitzar" aquestes exigències, i s'han apartat del significat literal. En aquests casos, la interpretació és correctora extensiva, perquè, a més de comprendre els casos en què es compleixen els requisits formals (que, òbviament, no en queden exclosos), també s'hi inclourien altres supòsits en què no es compleix la totalitat d'aquests requisits (no se satisfà la literalitat del precepte).

Exemple

Un exemple d'interpretació teleològica en aquest sentit (relaxació de requisits processals mitjançant una interpretació correctora extensiva) es pot trobar en la STC 100/1995, de 20 de juny. Aquesta versa sobre la interpretació de l'article 148.2 de l'anterior Llei d'arrendaments urbans, que establia literalment:

"2. Igualment, en tots els processos que comportin el llançament, perquè el llogater o arrendatari pugui utilitzar els recursos de què tracta la secció tercera d'aquest capítol,

Lectura recomanada

A aquestes i a altres decisions es fa referència a M. Calvo (ed.) (1995). *Interpretación y argumentación jurídica* (pàg. 67-82). Saragossa: Prensas Universitarias de Zaragoza.

⁽¹¹⁾A tall d'exemple, la STC 57/1984, de 8 de maig; la STC 60/1985, de 6 de maig, o la STC 118/1988, de 20 de juny.

ha d'acreditar, en interposar-los, que ha satisfet les rendes vençudes d'acord amb el que pagava a l'inici del litigi o les ha de consignar al Jutjat o Tribunal."

En una interpretació literal, aquest precepte exigeix que qui hagi estat condemnat a un desnonament en un procés judicial només pot interposar un recurs si acredita (demostra) prèviament que ha pagat o ha consignat judicialment tota la renda vençuda. Se sol afirmar que l'objectiu d'aquesta mesura és evitar que els llogaters que han estat condemnats a abandonar l'habitatge usin la tàctica d'interposar un recurs a fi d'allargar el procés i retardar el desnonament (la data en què efectivament hauran d'abandonar l'immoble). Això comportaria que la falta de prova o acreditació del pagament o consigna d'aquestes rendes és un motiu per a inadmetre a tràmit el recurs. Tanmateix, el Tribunal Constitucional va sostenir en aquesta sentència que aquesta interpretació era massa "rigorista" i que no es podia sense més ni més inadmetre el recurs quan l'arrendatari hagués pagat o consignat les rendes vençudes però no ho hagués acreditat en el moment d'interposar el recurs. Segons l'opinió del Tribunal, la finalitat de la norma (evitar maniobres dilatòries que perjudiquin els interessos de l'arrendador) també queda satisfeta quan s'ha pagat o consignat però no s'ha complert el requisit formal de l'acreditació d'aquest fet, per la qual cosa també en aquests casos s'admetria a tràmit el recurs. És una interpretació, per tant, correctora (s'aparta de la literalitat del precepte, que exigeix l'acreditació) i extensiva (afecta casos que en quedarien exclosos en una interpretació literal, concretament aquells en què s'ha pagat o consignat però no s'ha acreditat aquest aspecte).

4) L'argument psicològic

L'argument psicològic o de la voluntat del legislador consisteix a intentar fonamentar la interpretació de la disposició en el que pretenia o entenia l'autoritat concreta que la va dictar. S'oposa així a l'argument teleològic en la mesura que el que és rellevant aquí no és la "voluntat de la llei", entesa com una cosa objectiva i abstracta, sinó la voluntat de l'autoritat que la va elaborar. Seria, doncs, un intent de descobrir el contingut d'una hipotètica interpretació autèntica del text.

Nota

Recordem que la interpretació autèntica és la que fa la mateixa autoritat que va dictar la disposició interpretada.

Aquest argument pot resultar persuasiu, perquè es presenta com el més respectuós amb el legislador, el que més se sotmet a la seva autoritat i el que menys marge de maniobra deixa a la tasca creativa dels jutges i altres intèrprets. Amb tot, presenta importants problemes, tant des d'una perspectiva epistemològica (coneixement) com justificativa.

a) Des d'una perspectiva epistemològica, el problema evident més important és descobrir quina és aquesta presumpta voluntat del legislador. De vegades poden ser d'utilitat alguns elements com els preàmbuls o les exposicions de motius, els treballs preparatoris (projectes i avantprojectes) o les discussions parlamentàries, però en la majoria de casos, sobretot si es tracta de normes antigues, és extremament difícil arribar a conèixer aquesta voluntat del legislador.

D'altra banda, aquest esquema de raonament concep aquesta voluntat com una cosa unitària i perfectament coherent, quan habitualment les disposicions jurídiques són l'expressió d'un procés en què participen molts individus (òrgans col·legiats, com per exemple un parlament o un consell de ministres), que no han d'interpretar necessàriament de la mateixa manera el text que s'està aprovant.

En un parlament, per exemple, les opinions i voluntats dels seus membres poden ser molt disperses; no necessàriament han d'entendre un mateix precepte d'una mateixa manera, i és possible que simplement molts dels seus membres actuïn sota la disciplina de vot dels partits polítics, i per tant la seva voluntat o opinió individuals són irrelevantes. És més, no és infreqüent el cas en què els diferents grups parlamentaris es posen d'acord precisament a aprovar un determinat text, que és prou indeterminat o flexible per a permetre diferents interpretacions, d'acord amb les respectives orientacions polítiques.

Exemple

Un exemple paradigmàtic va ser el consens aconseguit per a l'aprovació de l'actual Constitució espanyola de 1978.

b) A més, aquest argument és problemàtic des de la perspectiva de la seva justificació. Fins i tot, en la hipòtesi que aquesta voluntat del legislador sigui determinable i clara, es plantejaria la qüestió de per què s'hauria d'optar per una interpretació psicològica amb preferència sobre altres interpretacions possibles. Les últimes dècades, als Estats Units ha anat adquirint una força notable un corrent de pensament jurídic conegut com a originalisme (*originalism*), que sosté fonamentalment que la Constitució americana s'ha d'interpretar d'acord amb el que pensaven els seus autors, a final del segle XVIII. Partint d'aquesta base, és clar que la prohibició constitucional d'aplicar "penes cruels i inusuals" (vuitena esmena) no exclou la pena de mort, ja que a final del segle XVIII aquesta no era vista com una pena cruel, ni sens dubte inusual. També és clara la diferència de criteri en temes com l'esclavitud, la discriminació racial o el tracte a la dona. La qüestió clau és per què considerar que les opinions d'aquestes persones han de prevaler sobre altres consideracions, i donar lloc a una "tirania dels morts sobre els vius" que difícilment es pot compatibilitzar amb la democràcia.

5) L'argument sociològic

L'argument sociològic és el que proposa que la determinació o atribució de significat a les disposicions normatives ha d'anar guiat fonamentalment per la realitat social o el context històric del moment en què s'han d'aplicar les normes.

Per tant, és un criteri que advoca per una interpretació dinàmica dels preceptes legals, que permet canvis en la interpretació per a adequar-se al context, les circumstàncies o les exigències socials i culturals canviants. En aquest sentit, s'oposaria a l'argument històric i al psicològic, partidaris de l'estabilitat en la interpretació i en la preeminència de la tradició o el passat. D'altra banda, la majoria d'autors entén que aquest criteri apareix recollit en l'article 3.1 CC, quan aquest fa referència a "la realitat social del temps en què han de ser aplicades" les normes.

Aquest esquema argumentatiu pot donar lloc tant a interpretacions extensives com restrictives, segons els casos (o simplement a interpretacions diferents, que incloguin supòsits que abans en quedaven exclosos i n'excloquin situaci-

ons que abans quedaven incloses). Com a exemple de la primera possibilitat, podem fer referència a l'exemple, que ja va aparèixer anteriorment, de l'article 32 de la Constitució, relatiu al matrimoni. Si ens basem en una interpretació històrica o en una presumpta voluntat del legislador (argument psicològic), molt probablement conclouríem que el precepte, quan diu que "l'home i la dona tenen dret a contreure matrimoni", es refereix exclusivament al matrimoni monogàmic heterosexual. En un context social i cultural com l'actual, amb els canvis que ha experimentat la nostra societat les últimes dècades, no hi ha raó per a entendre que l'article 32 CE s'hagi d'interpretar en el sentit que exclou els matrimonis homosexuals. I seguint amb el mateix esquema, en un hipotètic futur els canvis socials podrien conduir que deixés de tenir sentit la concepció del matrimoni com una figura estrictament monogàmica. En qualsevol cas, una interpretació sociològica dóna lloc a una ampliació dels supòsits que queden coberts per la disposició (matrimonis homosexuals), en comparació amb un altre tipus d'interpretació més conservadora.

Exemple

Un possible exemple de la possibilitat oposada podria ser el de la interpretació de nocions com *pornogràfic* o *obscc*¹², que amb tota probabilitat seria més restringit que en dècades anteriors (pensem, per exemple, en actes públics d'afecte entre persones homosexuals, que fa uns quants anys serien qualificats com a obscens).

(12) Art. 185 i 186 CP.

6) L'argument econòmic

Al contrari del que es podria pensar per la denominació de l'argument, no es tracta de vincular la interpretació de les disposicions a consideracions d'eficiència econòmica.

Per *argument econòmic* s'entén que si una disposició és susceptible de diverses interpretacions, i una d'aquestes és redundant (reiterativa o supèrflua) amb el que disposa un altre precepte i altra no ho és, és preferible la interpretació que no dóna lloc a la redundància. Normalment s'opta per atribuir un significat diferent de la disposició de menys jerarquia, posterior o més concreta i mantenir el de la disposició de més jerarquia, anterior o més general.

Es tracta, doncs, d'una altra manifestació més de la hipòtesi del legislador racional, ja que es parteix del pressupòsit que el legislador o autoritat normativa no dicta normes supèrflues o innecessàries, i per tant, si aparentment dues disposicions diuen el mateix, s'han de redoblar els esforços per a tractar de descobrir el veritable sentit dels preceptes, ja que seria absurd que es tractés d'una mera repetició. És més, sota el pressupòsit de la racionalitat del legislador, atribuir el mateix significat a dos preceptes seria anar en contra de la seva voluntat.

En suma, la força o capacitat persuasiva de l'argument depèn de la hipòtesi del legislador racional, per la qual cosa si aquesta es rebutja o es posa en qüestió, l'argument econòmic és extremament feble.

7) L'argument apagògic

L'argument apagògic, també conegut com a *reducció a l'absurd* o *reductio ad absurdum*, té una de les seves característiques més destacades en el fet que és un argument negatiu o indirecte: en lloc d'oferir raons o suports directes a favor d'una determinada tesi (una interpretació determinada d'una disposició normativa, en el nostre cas) mostra que una altra tesi diferent o incompatible és rebutjable perquè dóna lloc a conseqüències o a resultats absurds. D'aquesta manera, en rebutjar una tesi o un punt de vista contrari, s'afavoreix indirectament la tesi o punt de vista propi.

Originàriament, es tracta d'un mecanisme que s'utilitza en lògica per a comprovar la correcció formal (vàlida lògica) d'un raonament deductiu. Consisteix a assumir, com a premissa, la negació de la conclusió de l'argument, i si a partir d'aquesta negació, afegida a la resta d'elements del raonament, arribem a una contradicció, l'argument és correcte, i no ho serà en cas contrari.

Exemple

Suposem que tenim un raonament que té com a premisses: 1) $p \rightarrow q$; i 2) $\neg q$, mentre que la conclusió és 3) $\neg p$. Per comprovar si aquest raonament és correcte mitjançant la reducció a l'absurd, hi introduïm p (que és la negació de $\neg p$). Però p , combinat amb la primera premissa mitjançant *modus ponens*, dóna lloc a la conclusió q , que és incompatible amb $\neg q$ (premissa 2). Per tant, el raonament és correcte.

No obstant això, en l'àmbit de la interpretació jurídica, s'utilitza una noció d'absurd molt més laxa, que no es limita exclusivament a la inconsistència lògica. Una interpretació pot ser absurda, entre altres motius, perquè doni com a resultat una norma incompatible amb una altra norma de rang superior, o a una norma considerada com a injusta, o irrealitzable, o irracional des del punt de vista econòmic, etc. En aquest cas, aquest resultat es manifesta com una raó per a rebutjar aquesta possibilitat interpretativa, i indirectament, per a acceptar la proposta alternativa a la qual dóna suport l'intendent.

Exemple

Un exemple interessant d'ús de l'argument apagògic es troba en la STC 64/1983, de 21 de juliol. S'hi discuteix sobre la interpretació més adequada de l'article 9 de la Llei d'enjudiciament criminal (de 1882, però encara en vigor), el text de la qual és el següent: "Els jutges i tribunals que tinguin competència per conèixer d'una causa determinada, la tenen per a totes les seves incidències [...]". En concret, es plantejava la qüestió de si la competència sobre aquestes "incidències" (o qüestions incidentals, com també es coneixen) les inclou totes, tant les de tipus judicial (assumptes que resolen òrgans judicials) com les de tipus administratiu (assumptes que normalment resolen òrgans administratius), o bé si la competència es limita a les incidències de tipus judicial.

El cas que va donar peu a aquest problema va ser el següent: un individu va ser condemnat el 1974 per un delictes de xec en descobert (una modalitat d'estafa), i l'any 1981 se'l condemna de nou, aquesta vegada per un delictes d'estafa (tipus general). En aquesta segona condemna, se li va aplicar l'agreujant de reincidència (perquè tenia els antecedents penals derivats de la condemna de 1974), amb la qual cosa la pena va ser més alta. El

⁽¹³⁾ Art. 24.1 CE.

problema és que, d'acord amb la legislació llavors vigent, els antecedents penals haurien d'haver estat cancel·lats perquè havia transcorregut el termini de caducitat legalment establert, però no van ser cancel·lats. L'òrgan encarregat de gestionar els antecedents penals no és un òrgan judicial, sinó un òrgan administratiu dependent del Ministeri de Justícia, el Registre Central de Penats i Rebels. El jutge penal es va limitar a comprovar que l'acusat tenia antecedents penals, sense entrar a considerar la qüestió de si eren o no correctes, d'acord amb la llei, ja que, segons el jutge, aquest assumpte no és competència dels jutges, sinó que és un assumpte administratiu sobre el qual no té competència. En suma, doncs, se li va aplicar un agreujant que, d'acord amb la llei, no s'hauria d'haver aplicat, i això va donar lloc a una pena superior a la que legalment li hauria correspost.

El TC, per la seva banda, va sostenir en la seva sentència que la interpretació adequada de l'article 9 LECr era la que estenia la competència a tot tipus d'incidències, tant judicials com administratives. Un dels seus arguments principals va ser mostrar que l'altra possible interpretació (només incidències judicials) donava lloc a conseqüències absurdes o inacceptables des del punt de vista constitucional: a) d'una banda, perquè implicaria una vulneració de l'article 17 la CE (dret a la llibertat), perquè la llibertat només es pot limitar d'acord amb la llei, i en aquest cas es privaria de la llibertat per un període superior al que estableix la llei. b) I d'altra banda, perquè la negativa del jutge a examinar el tema dels antecedents penals implicaria una violació del dret a la tutela judicial efectiva¹³, que inclou, entre altres coses, el dret a acudir als jutges perquè aquests donin una resposta d'acord amb el dret a les controvèrsies que se'ls plantegen. En síntesi, doncs, la interpretació es rebutja per absurda, ja que és jurídicament absurd que una norma de rang legal contravingui disposicions de rang constitucional.

Com és fàcil detectar, però de totes maneres convé també destacar, l'argument apagògic és força feble si és l'únic que s'utilitza en suport de la interpretació proposada, ja que no ofereix cap argument a favor d'aquesta, sinó tan sols en contra d'una altra alternativa possible. És per això que sempre és aconsellable que vagi acompanyat d'algun altre argument o tècnica interpretativa que ofereixi un suport directe a la proposta plantejada.

8) L'argument *a fortiori*

Estrictament parlant, l'argument o raonament *a fortiori* no és una tècnica interpretativa, sinó més aviat un mecanisme per a donar resposta a un supòsit de llacuna normativa (absència de norma expressa aplicable al cas a què el jutge o aplicador ha de donar resposta). El pressupòsit, doncs, és que som davant un supòsit per al qual no hi ha cap precepte que (almenys de manera explícita) determini la resposta del cas. Seria, en termes de la classificació de MacCormick, un problema de rellevància o determinació de la norma aplicable.

L'argument *a fortiori* consistiria a acudir a una altra norma per a resoldre el cas (una norma que resol un/s altre/s cas/os diferent/s), justificant la seva aplicació pel fet que la raó o fonament que subjeu en la norma aplicada es manifesta encara amb més intensitat en el cas que s'ha de decidir. En suma, l'argument requereix: a) una llacuna normativa; b) un judici sobre la presumpta raó o fonament d'una altra norma del sistema, i c) un judici en què, en el cas que s'ha de decidir, aquesta raó o fonament es manifesta amb una intensitat encara més gran que en els casos que cobreix la norma.

Se sol distingir entre dues modalitats o formes d'argument *a fortiori*, si bé totes dues es basen en la idea exposada de la major intensitat de la raó subjacent. En concret, es parla de: **a) *a maiori ad minus*** i **b) *a minori ad maius***.

a) La primera modalitat (*a maiori ad minus*) s'usa quan es tracta d'una norma que confereix drets o posicions avantatjoses en general, i s'assembla a la dita "qui pot el més, pot el menys".

Exemples

Suposem que una disposició prohibeix l'accés de vehicles de motor a un parc, però que permet l'accés de bicicletes, i ens preguntem si és permès l'accés amb patins, ja que la disposició guarda silenci pel que fa al cas. Un intèrpret podria sostenir que la raó, el fonament o la finalitat de la norma és garantir la tranquil·litat dels usuaris del parc, i que si és permès accedir-hi amb bicicleta, amb més raó s'ha de permetre fer-ho amb patins, ja que afecten menys (en comparació amb les bicicletes) la tranquil·litat dels usuaris.

Un altre exemple: suposem que una disposició urbanística d'un ajuntament estableix que no es poden edificar habitatges de més de quinze metres d'alçària als carrers de menys de deu metres d'amplada. No hi ha cap disposició en relació amb l'alçària màxima de les edificacions als carrers de més de deu metres d'amplada. En aquest context, es podria dir que si es poden edificar habitatges de menys de quinze metres quan l'amplada del carrer és inferior a deu metres, amb més raó es podran construir edificis de menys de quinze metres d'alçària als carrers amb una amplada superior a deu metres.

b) La segona modalitat (*a maiori ad minus*) s'utilitza quan el precepte estableix obligacions o algun tipus de posició desavantajosa per als individus afectats, basant-se en el fet que si una característica, situació, element etc. ha estat suficient per a establir una càrrega, deure, obligació, etc., també s'ha d'establir aquesta conseqüència per a les situacions en què aquesta característica, situació o element es manifesta encara amb més intensitat.

Exemple

Una disposició normativa estableix que certes classes de gossos (identificades segons la seva raça) s'han d'inscriure obligatòriament en un registre especial. S'addueix que la raó o el fonament de la norma és la perillositat d'aquests animals, la qual cosa justifica un control més gran d'aquests. Partint d'aquesta base, es planteja el cas de certes persones que posseeixen grans felins (per exemple, tigres). Els grans felins no estan inclosos expressament en el precepte, però es podria argumentar que, *a fortiori*, aquests animals també s'hi han d'inscriure, ja que encara són més perillosos que els gossos a què fa referència el precepte.

9) L'argument analògic

L'argument analògic, *analogia legis* o simplement *analogia* té molts aspectes en comú amb l'argument *a fortiori*. Com aquest, requereix una llacuna normativa i acut a l'aplicació d'una norma que regula un altre cas per a donar-li resposta. La diferència principal, segons se sol aduir, és que consisteix en l'aplicació d'una norma que regula un cas similar (entre el cas que s'ha de decidir i el cas regulat per la norma aplicada analògicament hi ha similituds rellevants), aspecte que no es requereix en l'argument *a fortiori*. I d'altra banda, no és necessari que la raó que fonamenta la norma aplicada es manifesti amb més intensitat en el cas que s'ha de decidir.

Es tracta d'una tècnica que recull expressament el nostre dret positiu, concretament l'article 4.1 del Codi civil, que estableix literalment: "Procedeix l'aplicació analògica de les normes quan aquestes no prevegin un supòsit específic, però en regulin un altre de semblant entre els quals es consideri que hi ha identitat de raó".

Amb tot, la seva diferenciació respecte a l'argument *a fortiori* és problemàtica. Com hem vist, es diu que l'analogia es basa en la similitud entre casos, i aquest requisit no és necessari en el raonament *a fortiori*. Ho il·lustrarien l'exemple abans proposat dels grans felins i l'obligació d'inscripció en un registre especial: la justificació que també s'hi inscriguin els felins no es basa en el fet que aquests i els gossos siguin semblants, sinó en altres consideracions (perillositat). Però si atenem el que estableix l'article 4.1 CC, no n'hi ha prou amb una mera similitud, sinó que s'exigeix que hi hagi una "identitat de raó". És a dir, com assenyala Guastini, tant l'analogia com l'argument *a fortiori* exigirien acudir al fonament o al principi que subjeu a la disposició, amb la qual cosa els límits entre totes dues figures es dilueixen.

Sigui com sigui, se subratlla que l'analogia no es pot fonamentar en meres similituds superficials o accidentals, sinó que aquesta identitat de raó exigeix que es tracti de similituds centrals o rellevants entre els casos. El problema evident aquí és que la rellevància de la similitud és un concepte valoratiu i força vague que atorga grans dosis de discrecionalitat a l'interpret a l'hora de decidir si l'aplicació de l'argument analògic és procedent o no ho és.

L'analogia s'ha usat de vegades per a aplicar normes relatives al matrimoni per a casos d'unions de fet. Fa tot just un parell de dècades, l'àmbit de les parelles de fet era pràcticament un desert jurídic en què amb prou feines hi havia normes relatives a aquest tipus de situacions, que a més eren molt fragmentades. Davant aquesta situació, alguns jutges que havien de prendre decisions sobre casos en què hi havia involucrada una relació de fet acudien a les normes del matrimoni per a donar una solució al cas, atenent les similituds que, en molts aspectes, comparteixen tots dos tipus de situacions.

Lectura recomanada

R. Guastini (2003). *Estudios sobre la interpretación jurídica* (pàg. 38). Mèxic DF: Porrúa.

Exemple

Un bon exemple el trobem en la Sentència del Tribunal Suprem de 18 de maig de 1992. Aquesta es refereix a una controvèrsia relacionada amb el repartiment de béns comuns dels membres d'una unió de fet, una vegada finalitzada la convivència. En el cas del matrimoni, aquesta qüestió està minuciosament regulada, ja que forma part del règim econòmic matrimonial (de guanys, separació de béns o participació), i per tant el dret determina la distribució dels béns comuns després de la dissolució de la comunitat (separació, divorci, nul·litat o mort). El problema és que no hi havia res de similar en relació amb les parelles de fet, per la qual cosa sorgeix el problema de com dur a terme la distribució dels béns després de la separació. La sentència indicada va procedir a aplicar analògicament els preceptes del règim econòmic de guanys, argumentant que hi havia similituds rellevants (identitat de raó) entre la convivència *more uxorio* i la matrimonial, sempre que la primera compleixi una sèrie de condicions (que molt habitualment són satisfetes): "La convivència *more uxorio* s'ha de desenvolupar en règim vivencial de coexistència diària, estable, amb permanència consolidada al llarg dels anys, practicada de manera externa i pública amb actuacions acreditades conjuntes dels interessats; es crea així una comunal vida àmplia, interessos i finalitats, en el nucli d'una mateixa llar" (fonament 3r.). En el cas individual examinat, es complien, segons l'opinió del Tribunal, aquestes condicions: "Aquestes condicions es donen concurrents en les relacions que durant més de vint anys van mantenir els litigants d'actuacions i amb projecció ben concretada d'activitats en comú, com el reconeixement legal de la seva filla a la qual van mantenir i van educar; l'existència i el maneig de comptes bancaris i la compra de béns producte de les seves activitats negocials compartides. Això determina que s'ha generat l'existència d'un patrimoni comú [...]" (fonament 3r.).

En síntesi, s'assumeix que totes dues situacions comparteixen similituds (convivència amb pretensió d'estabilitat, activitats comunes, patrimoni comú, etc.), i que aquestes similituds són prou significatives (identitat de raó) per a aplicar la norma al cas no regulat.

L'ús de l'analogia, amb tot, té certes limitacions, força comunes entre els diversos sistemes jurídics. En el cas del dret espanyol, l'article 4.2 del Codi civil estableix certes excepcions al possible ús de l'argument analògic: "Les lleis penals, les excepcionals i les d'àmbit temporal no s'han d'aplicar a supòsits ni en moments diferents dels que comprenen expressament". Això implica que, en aquests casos, hi ha l'obligació de fer una interpretació literal.

De tots els supòsits de l'article 4.2 CC, és especialment destacable la prohibició de l'ús de l'analogia en el dret penal, per les qüestions que planteja. En principi, aquesta limitació respon a les exigències dels principis de legalitat i tipicitat penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), que impedeixen castigar penalment conductes diferents de les que indica expressament la llei penal. El mateix Codi penal, en l'article 4.1, reitera, de manera gairebé idèntica a l'article 4.2 CC, aquesta idea: "Les lleis penals no s'han d'aplicar a casos diferents dels que aquestes compreguin expressament". No obstant això, hi ha almenys dos aspectes problemàtics que cal destacar:

a) En primer lloc, gran part de la doctrina sosté que, si bé no és possible l'analogia en dret penal, sí que es pot fer una interpretació extensiva de les seves disposicions. No és del tot clar què s'entén exactament per una *interpretació extensiva* en aquest context, ni tampoc quines serien les seves diferències respecte de l'analogia. Sembla que molts autors entenen que una interpretació extensiva és una interpretació que d'alguna manera amplia l'àmbit d'aplicació o els supòsits afectats per la norma (en relació amb el significat literal comú o normal), però sense superar els límits del significat literal. És a dir, d'entre diversos significats literals possibles, s'optaria per la interpretació més àmplia (la que inclou un nombre més alt de supòsits, o, dit d'una altra manera, la que,

a més d'incloure el nucli de certesa, també inclou altres supòsits de la zona de penombra). L'analogia, en canvi, es produiria en extralimitar-se del significat literal possible del precepte (casos que no estarien inclosos ni tan sols en la zona de penombra).

Encara que conceptualment la distinció entre totes dues figures sembla clara, a la pràctica planteja molts dubtes, i no és en absolut fàcil determinar si som davant una interpretació extensiva o davant una analogia. Un exemple podria ser el del concepte de *treballador* a efectes penals (en els delictes contra els treballadors del títol XV del Codi penal). Des del punt de vista jurídic, aquest concepte està definit en l'article 1.1 de la Llei de l'Estatut dels treballadors (1980), encara que hi ha qui sosté que, a efectes penals, s'ha de fer una interpretació extensiva, ampliant el concepte i incloent en aquesta categoria individus que no serien treballadors en sentit jurídicolaboral, com per exemple les persones que es volen incorporar al mercat laboral però que encara no ho han fet. Per a justificar aquest punt de vista es recolzen en el fet que només així es podrien aplicar certs tipus penals¹⁴, o que aquesta interpretació estaria més d'acord amb la interpretació "àmplia" que es fa del concepte penal d'*empresari* (argument sistemàtic). Però és dubtós que persones que no s'han incorporat encara a una activitat productiva per compte d'altri es puguin considerar com a treballadors en sentit literal, fins i tot en una interpretació que vagi més enllà dels límits de l'article 1.1 ET, encara que no hi hagi dubtes que siguin treballadors potencials.

b) Per bé que les disposicions normatives¹⁵ són molt taxatives a l'hora d'excloure l'ús de l'analogia en el dret penal, la doctrina i la jurisprudència, en una llarga tradició, limiten aquesta prohibició tan sols al que denominen *analogia in malam partem*, és a dir, a l'ús de l'analogia quan aquesta donaria lloc a resultats perjudicials per a l'acusat (per exemple, si es decideix castigar algú per una conducta no prevista com a delicte o falta, però similar a una altra que sí que està sancionada). Al contrari, entenen que sí que hi cap l'analogia quan aquesta és *in bonam partem*, és a dir, quan beneficia l'acusat. Els casos més clars serien els de l'aplicació analògica de les causes d'exempció o atenuació de la responsabilitat criminal; per exemple, considerant com a atenuant alguna circumstància que, sense que estigui expressament recollida en la llei, és similar a alguna que sí que hi està prevista. Es pot afirmar, de fet, que l'analogia *in bonam partem* està explícitament reconeguda en la mateixa llei penal, ja que l'article 21.6 CP estableix literalment com a atenuant "qualsevol altra circumstància d'anàloga significació que les anteriors". En aquest sentit, la STS de 10 de novembre de 1998 va establir que es podia aplicar analògicament la circumstància de parentiu quan, malgrat no existir aquesta relació, hi havia vincles afectius i vivencials de caràcter estable, anàlegs als que usualment es plantegen entre parents.

10) L'argument *a contrario sensu*

Lectura complementària

F. Navarro (1998). *Los delitos contra los derechos de los trabajadores* (pàg. 46-47). València: Tirant lo Blanch.

⁽¹⁴⁾ Com el de l'article 312.2 CP.

⁽¹⁵⁾ Art. 4.2 CC i 4.1 CP.

L'argument *a contrario sensu* (o simplement *a contrario*) consisteix, dit en termes molt genèrics, a limitar l'aplicació d'un precepte normatiu als casos o els supòsits que aquest indica estrictament, sense que sigui procedent la seva extensió o ampliació a altres casos o supòsits diferents dels expressament esmentats.

Apareix així com una tècnica interpretativa molt aferrada a la lletra de la llei, i per tant, com un mecanisme interpretatiu propi de la interpretació literal.

Amb tot, tal com assenyalen autors com Tarello o Guastini, sota l'etiqueta d'*argument a contrario*, els juristes solen incloure dues activitats diferents, que no es poden reconduir a una única categoria. Per aquesta raó, és possible parlar de dos tipus o modalitats d'*argument a contrario*:

a) D'una banda, es pot parlar d'*argument a contrario* com una **tècnica o argument interpretatiu en sentit estricte**, que dóna lloc a una interpretació literal de la disposició interpretada. Per exemple, partint del que disposa l'article 19 de la Constitució de 1978 ("Els espanyols tenen dret a triar lliurement la seva residència i a circular pel territori nacional"), es diria que aquesta disposició estableix la norma per la qual certa categoria de subjectes (els espanyols) gaudeixen de certs drets (llibertat de residència i circulació pel territori nacional), sense que estableixi res pel que fa a altres categories de subjectes (estrangers i apàtrides): l'article 19 CE ni reconeix ni exclou d'aquests drets els estrangers i apàtrides; senzillament guarda silenci sobre això, ja que es refereix exclusivament als "espanyols." La situació dels estrangers i apàtrides en relació amb la possibilitat de circular o residir a Espanya no depèn de l'article 19 CE, sinó d'altres normes, en el cas que n'hi hagi (ja que hi podria haver una llacuna normativa).

b) Però, d'altra banda, també és molt habitual parlar d'*argument* o raonament *a contrario* per a fer referència no ja a una tècnica interpretativa en sentit estricte, sinó a un **argument creador de normes** (més enllà del sentit literal del precepte), de manera similar a l'*argument analògic* o a l'*argument a fortiori* (per a donar resposta a un cas de llacuna). En aquest sentit, l'*argument* diria que si un precepte es refereix expressament a un cert cas o a un conjunt de casos, s'ha d'entendre que qualsevol altra situació diferent de les expressament esmentades ha de tenir una solució també diferent ("davant casos diferents, solucions diferents"), normalment sota el pressupost que si el legislador hagués volgut incloure també aquest altre cas, així ho hauria fet, i que la seva no-inclusió demostra que no volia que aquests casos fossin tractats de la mateixa manera. Es basa, doncs, en una presumpta voluntat del legislador o autoritat normativa, que és també una altra manifestació més de la hipòtesi del legislador racional (el legislador ha previst tots els casos possibles, i ha volgut limitar l'aplicació d'aquesta norma als casos que aquesta conté explícitament).

Lectures recomanades

G. Tarello (1980). *La interpretazione della legge*. Milà: Giuffrè.

R. Guastini (2003). *Estudios sobre la interpretación jurídica* (especialment pàg. 28-30). Mèxic DF: Porrúa.

Sota aquesta modalitat argumentativa, s'afirmaria que de l'article 19 CE s'interpreta que els estrangers i apàtrides no gaudeixen de la llibertat de residència i circulació, ja que el precepte es refereix exclusivament als "espanyols", i que amb això el constituent ha volgut excloure expressament els estrangers i apàtrides, ja que si hagués volgut que també tinguessin aquests drets, així ho hauria establert.

No és inusual fins i tot concebre aquesta modalitat d'argument *a contrario* com un raonament lògic, com una cosa que "es dedueix lògicament" dels preceptes afectats. Un exemple d'aquest punt de vista es pot trobar en la STC 21/1981, de 15 de juny. El Tribunal Constitucional s'hi pronuncia sobre la possibilitat que l'Administració militar imposi sancions que, directament o subsidiàriament, comportin una privació de llibertat. L'article 25.3 CE estableix que "l'Administració civil no pot imposar sancions que, directament o subsidiàriament, impliquin una privació de la llibertat", però guarda silenci en relació amb l'Administració militar. El Tribunal va afirmar (fonament 8è.) que se'n deriva *a sensu contrario* que l'Administració militar sí que pot imposar aquest tipus de sancions, i que aquesta possibilitat es dedueix de la Constitució.

No obstant això, no és cert que l'argument *a contrario* sigui un raonament lògic, en què la conclusió es dedueixi o derivi lògicament de les premisses. De fet, la seva estructura es correspon amb la denominada *fal·làcia de negació de l'antecedent*, que, com el seu nom indica (*fal·làcia*), és un raonament erroni des del punt de vista deductiu. De fet, l'estructura del raonament és idèntica a la de l'argument següent, que és sens dubte incorrecte:

- 1) Els gossos són mamífers.
- 2) Els cavalls no són gossos.
- 3) Per tant, els cavalls no són mamífers.

Però si es tracta d'un raonament incorrecte, per què es continua utilitzant? Encara que no es tracti d'un argument deductiu, pot ser força persuasiu si es parteix de la base de la presumpta voluntat del legislador (si hagués volgut que aquest altre cas quedés cobert per la norma, així ho hauria establert). És possible fins i tot que algunes vegades sigui raonable sostenir que la no-inclusió d'un supòsit manifesta la voluntat de l'autoritat d'excloure'l de l'àmbit d'aplicació de la norma, però en qualsevol cas és l'interpret/aplicador qui haurà de justificar aquest aspecte mitjançant els arguments pertinents. D'altra banda, l'ús de l'argument *a contrario* també pot respondre a una concepció del sistema jurídic segons la qual aquest no té cap mena de llacunes, gràcies a l'existència de normes de clausura (del tipus "tot el que no està prohibit, està permès"); en aquest sentit, si la Constitució no prohibeix que l'Administració militar imposi sancions privatives de llibertat, llavors és que ho permet. Però com veurem més endavant, l'existència de normes de clausura és una qüestió

Vegeu també

Més endavant l'apartat "la tesi de la plenitud del dret".

purament contingent; n'hi pot haver o no n'hi pot haver (hi ha, per exemple, una norma de clausura en l'àmbit del dret penal), i no és una veritat lògica que els sistemes jurídics no tinguin mai llacunes.

Per finalitzar, és necessari fer les dues puntualitzacions següents:

a) Sovint, quan un o diversos preceptes normatius estableixen una llista o enumeració de situacions, casos o supòsits, es pot plantejar el dubte de si aquesta enumeració és taxativa (n'exclou qualsevol altre supòsit no previst expressament) o merament *ad exemplum* (a tall d'exemple, de manera que s'hi podrien incloure altres casos similars). Almenys en alguns casos, la resposta no és senzilla, i no es pot parlar d'una solució objectivament correcta, sinó que queda a decisió de l'intendent (per exemple, del Tribunal Constitucional). Si s'opta per una interpretació *a contrario*, l'intendent s'està inclinant per considerar que l'enumeració és tancada o taxativa.

Exemples

Es pot il·lustrar aquesta idea mitjançant alguns exemples. L'article 81.1 CE estableix: "Són lleis orgàniques les relatives al desenvolupament dels drets fonamentals i de les llibertats públiques, les que aprovin els estatuts d'autonomia i el règim electoral general i les altres que preveu la Constitució". L'article 81.2 CE, per la seva banda, estableix certes exigències formals (majoria absoluta del Congrés) per a l'aprovació de lleis orgàniques. Aquí es va plantejar el dubte sobre si l'enumeració de l'article 81.1 CE era o no tancada, atès que si no ho fos, hi hauria la possibilitat d'aprovar altres matèries mitjançant el procediment de la llei orgànica, i es donaria peu així a altres lleis orgàniques diferents de les que expressament preveu la Constitució. La STC 76/1983, de 5 d'agost, va tancar la qüestió establint que la relació era taxativa, encara que hi havia hagut prèviament força discussió entre els constitucionalistes.

Altres exemples podrien ser els dels articles 14 i 19 CE (aquest últim ja l'hem vist anteriorment). L'article 14 CE diu: "Els espanyols són iguals davant la llei, sense que hi pugui prevaler cap discriminació per raó de naixement, raça, sexe, religió, opinió o qualsevol altra condició o circumstància personal o social". Aquest precepte es pot interpretar com que sí que és possible establir discriminacions legals entre els estrangers, per exemple, concedint més drets als homes estrangers que a les dones estrangeres, o als estrangers d'una certa religió respecte als estrangers d'altres religions? I en relació amb l'article 19, seria constitucionalment admissible una norma que obligués tots els estrangers a residir en una determinada província, o que impedisés que circulessin pel territori de certes comunitats autònomes?

b) Encara que l'argument *a contrario* (en la segona versió) pot ser un instrument útil amb vista a resoldre casos de llacuna normativa, en la gran majoria de supòsits dóna lloc a solucions diferents (gairebé sempre incompatibles) a les que ofereixen altres arguments útils per a la mateixa finalitat, com l'argument analògic o l'argument *a fortiori*.

El més habitual, a l'hora de comparar dues situacions, és que aquestes no seran tan similars com per a compartir totes les seves propietats rellevants (ja que, en aquest cas, estaríem parlant del mateix cas genèric), però tampoc tan diferents com per a no compartir cap circumstància rellevant, per la qual cosa, en suma, la decisió d'optar per l'analogia o l'argument *a contrario* dependrà de la valoració de l'intèrpret, que ha d'escollir segons la seva consideració sobre quins aspectes són els més determinants: les similituds o les diferències.

Normes del règim econòmic matrimonial

En parlar de l'argument analògic, vam veure que aquest mecanisme argumentatiu s'havia utilitzat per a aplicar normes del règim econòmic matrimonial a situacions de parelles de fet, basant-se en l'existència de similituds rellevants entre totes dues situacions (per exemple, la STS de 18 de maig de 1992). Amb prou feines un any més tard (STS de 22 de juliol de 1993), una altra sentència del Tribunal Suprem rebutja l'ús de l'analogia, perquè es considera que les dues situacions ofereixen diferències considerables, i s'opta per limitar l'aplicació del règim jurídic matrimonial a les situacions expressament previstes (matrimoni).

3. El mètode (II). La sistematització del dret, la determinació de la resposta i els defectes del sistema

Una vegada determinat l'àmbit de la nostra anàlisi (univers del discurs), seleccionat el material jurídic rellevant i interpretat aquest (almenys, una primera interpretació aproximativa), el pas següent per a determinar una resposta al cas que ens ocupa consisteix en la sistematització. Usualment s'afirma que una de les tasques bàsiques de la doctrina o dogmàtica jurídica consisteix a sistematitzar el dret; per això s'acostuma a entendre la realització d'una descripció ordenada i rigorosa de les respostes que ofereix el sistema jurídic a cada un dels diferents casos (genèrics) de l'àmbit que s'està analitzant. Es tracta, d'alguna manera, de "posar en ordre" allò que, de manera implícita, però de manera informal o poc clar, estableixen les normes jurídiques relatives a l'univers del discurs que estem analitzant. Una vegada feta la sistematització, és senzill (almenys, en principi) identificar quina és la resposta que el sistema estableix per al cas que ens interessa.

Com es va indicar en apartats anteriors, per a la tasca de sistematització és especialment indicat el model d'anàlisi lògica de sistemes normatius desenvolupat per C. E. Alchourrón i E. Bulygin en l'obra *Normative systems* (1971). En aquest apartat es presentaran els aspectes centrals d'aquest model, intentant mostrar-ne la utilitat i el rigor per a sistematitzar conjunts de normes i per a detectar possibles defectes del sistema.

Com que es tracta d'un model altament abstracte i formalitzat, a fi de facilitar-ne la comprensió, ens valdrem d'un exemple molt simple, que prendrem com a base per a anar avançant en l'explicació dels diferents conceptes bàsics del model. Una vegada assimilats aquests conceptes, el podrem aplicar en altres contextos més complexos i sofisticats.

L'exemple que prendrem com a base és fictici i extremament simple. Suposem que se'ns planteja la qüestió de si cert estudiant d'una assignatura pot fer o no una certa prova especial per intentar obtenir la qualificació de matrícula d'honor. Per a simplificar al màxim, partirem d'un UD (univers del discurs) definit com a **cursar l'assignatura X**, i suposarem que tan sols hi ha dues disposicions relatives a aquest UD, dictades pel professor d'aquesta assignatura (que seria, en aquest exemple, la nostra autoritat normativa), i que són les següents:

D_1 : Podran fer la prova especial els estudiants que hagin obtingut una qualificació d'excel·lent en l'examen final.

Lectura recomanada

C. E. Alchourrón; E. Bulygin (1971). *Normative systems*. Nova York / Viena: Springer Verlag. Hi ha una versió castellana dels mateixos autors de 1975: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. La versió castellana és, a més, accessible en línia en l'adreça següent: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/45707392103492762565679/p0000001.htm>

*D*₂: Els estudiants que no hagin presentat totes les pràctiques del curs no podran fer la prova especial.

Tenim també alguns detalls relatius al cas individual: sabem que és un estudiant que va obtenir un excel·lent en l'examen final, però que no va presentar totes les pràctiques del curs.

Amb la informació de què disposem, veiem que ja tenim resolts els primers passos: tenim determinat l'UD i hem seleccionat el material normatiu rellevant.

Amb relació a la interpretació d'aquestes disposicions, tampoc no sembla que ens enfrontem a gaires problemes: se'n pot fer fàcilment una interpretació literal, segons la qual la primera disposició estableix la norma d'acord amb la qual "els estudiants que han obtingut un excel·lent en l'examen final tenen permès fer la prova especial", i de la segona disposició s'obté la norma "els estudiants que no hagin presentat totes les pràctiques del curs tenen prohibit fer la prova especial".

Estructura de les normes jurídiques

En la teoria jurídica és molt habitual sostenir que totes les normes jurídiques tenen una estructura que correlaciona un supòsit de fet amb una conseqüència jurídica. En el primer cas, el supòsit de fet seria "haver obtingut un excel·lent en l'examen final" i la conseqüència corresponent seria "permès fer la prova"; en el segon, el supòsit seria "no haver presentat totes les pràctiques del curs" i la conseqüència "prohibit fer la prova".

3.1. L'àmbit fàctic de l'anàlisi: l'univers de propietats i l'univers de casos

Com s'acaba d'indicar, tradicionalment s'entén que les normes jurídiques tenen una estructura que connecta un supòsit de fet amb una conseqüència jurídica. En general, aquest supòsit de fet és un cas genèric (per exemple "matar una altra persona"), mentre que la conseqüència jurídica (la resposta que el dret estableix com a resposta a aquest cas) és normalment l'obligació, prohibició o permissió d'una conducta (en l'exemple, seria l'obligació del jutge d'imposar una determinada pena de presó). En conseqüència, és possible diferenciar dos àmbits diferents: l'**àmbit fàctic**, relatiu als fets (als diferents casos o supòsits de fet), i l'**àmbit normatiu**, relatiu a les solucions o respostes que el sistema normatiu vincula a aquests fets (casos).

Si tractem de sistematitzar el dret, necessitem poder fer d'alguna manera una relació completa dels diferents casos genèrics que regula el sistema (dins els límits de l'univers del discurs que manegem) i veure després quina és la resposta jurídica de cada un. Hem de determinar, per tant, l'àmbit fàctic de l'anàlisi.

Com és possible determinar la quantitat total de casos genèrics del sistema analitzat i la seva identitat?

Imaginem, a tall d'exemple, que tenim un conjunt de persones, que són els estudiants d'una aula determinada. Considerarem, metafòricament, que cada un d'aquests estudiants, amb nom i cognoms, és un cas individual de l'univers del discurs format per l'aula. Podríem utilitzar molts criteris diferents per a classificar aquests estudiants en diferents subconjunts (casos genèrics), definits per certes propietats. Per exemple, podem utilitzar com a criteri la propietat "ser dona"; d'aquesta manera tindríem ja dos conjunts diferenciats: el dels estudiants que presenten la propietat "ser dona", i el dels que no presenten

aquesta propietat (és a dir, el dels homes). Podem fer ara un pas més i introduir el criteri de "tenir més de 25 anys", sense eliminar l'anterior. D'aquesta manera, els conjunts o casos genèrics ja són quatre:

- 1) el de les dones de més de 25 anys,
- 2) el de les dones de menys de 25 anys,
- 3) el dels homes de més de 25 anys, i
- 4) el dels homes de menys de 25 anys. I si hi afegim una tercera propietat, com "ser repetidor", ja tindrem vuit casos genèrics diferents, entre ells, a tall d'exemple, el dels homes de menys de 25 anys que són repetidors, o el de les dones de més de 25 anys no repetidores. Un aspecte destacable és que cada un dels estudiants de l'aula (cada un dels nostres casos individuals) formarà part d'un i només un d'aquests diferents casos genèrics: no hi haurà cap estudiant que no sigui classificable en algun d'aquests subconjunts, i cap estudiant no formarà part de dos o més subgrups diferents.

Podríem fer ús de molts altres criteris possibles o imaginables, com per exemple "tenir els ulls blaus" o "ser seguidor del Barça". No obstant això, normalment en triarem tan sols uns quants, aquells que per una o altra raó ens semblin rellevants o útils per a les finalitats que ens hàgim proposat. Això és el que fa el legislador (o l'autoritat normativa) quan dicta les seves disposicions: tan sols escull algunes propietats com a rellevants per a configurar la resposta jurídica. Per exemple, el fet que el delinqüent hagi actuat o no amb premeditació a l'hora de cometre un homicidi és una propietat rellevant perquè aquest aspecte influeix en la resposta del sistema normatiu (que la sanció aplicable sigui una o una altra), mentre que el fet que la víctima usés o no barret en el moment del crim és totalment irrellevant, d'acord amb les normes del Codi penal que regulen els delictes contra les persones.

Tornem ara al nostre exemple de les disposicions dictades pel professor d'una assignatura per a determinar qui pot fer la prova. Davant les diferents disposicions normatives que tenim, hem de tractar d'extreure quines són les **propietats rellevants** del sistema, és a dir, quines són les circumstàncies la presència o absència de les quals poden provocar que la resposta sigui diferent. Una vegada les hàgim identificat totes, haurem determinat l'**univers de propietats (UP)** del sistema normatiu, la qual cosa, al seu torn, ens permetrà identificar la totalitat dels casos genèrics (univers de casos).

L'**univers de propietats (UP)** és el conjunt de les propietats rellevants del sistema normatiu, que ens permetrà determinar la totalitat dels casos genèrics del sistema (**univers de casos o UC**).

Doncs bé, examinant les úniques disposicions que tenim, sembla força clar que tan sols hi ha dues propietats rellevants: 1) d'una banda, haver obtingut un excel·lent en l'examen final (que simbolitzarem com a *E*); i 2) d'altra banda, haver lliurat totes les pràctiques (*P*). Al marge d'aquestes circumstàncies, no

sembla que cap altra, com per exemple ser o no repetidor, o haver aprovat o no un examen parcial, per exemple, tinguin cap incidència per a determinar si l'estudiant es pot o no es pot presentar a la prova. Tan sols la presència o absència d'alguna de les dues propietats rellevants esmentades és la que pot comportar canvis en la resposta del cas.

Per tant, l'univers de propietats queda de la manera següent:

$$UP = \{E, P\}$$

Com s'ha apuntat, l'UP ens permet determinar el conjunt de tots els casos genèrics del sistema (l'**univers de casos**). El nombre total de casos dependrà de totes les combinacions possibles de les propietats rellevants i les seves negacions. En aquest exemple, com que disposem de dues propietats (i les corresponents negacions), només són possibles quatre casos genèrics:

- 1) estudiants que han obtingut un excel·lent i que han presentat totes les pràctiques ($E \wedge P$);
- 2) estudiants que han obtingut un excel·lent però que no han presentat totes les pràctiques ($E \wedge \neg P$);
- 3) estudiants que no han obtingut un excel·lent però que han presentat totes les pràctiques ($\neg E \wedge P$); i
- 4) estudiants que no han obtingut un excel·lent i que no han presentat totes les pràctiques ($\neg E \wedge \neg P$).

No és possible cap altra situació: cada un dels estudiants del curs (és a dir, tots els casos individuals de l'UD) estarà integrat en un i només un d'aquests quatre casos genèrics. Els casos de l'UC formen el que en lògica es coneix com una *divisió*: són conjuntament exhaustius (tots els casos individuals de l'UD estaran inclosos en algun grup) i mútuament excloents (cap cas individual pot estar inclòs en més d'un grup).

En realitat, com assenyalen Alchourrón i Bulygin, a fi que es formi una divisió és necessari que els elements de l'UP compleixin una sèrie de condicions:

- Els diferents elements han de ser lògicament independents; és a dir, la presència de cada propietat ha de ser compatible amb la presència o absència de les altres (per exemple, el fet d'haver obtingut un excel·lent ha de ser compatible tant amb la presentació de totes les pràctiques com amb la no-presentació).
- Els elements de l'UP han de ser lògicament independents dels elements de l'univers d'accions (UA).
- L'UD i l'UP han de ser universos corresponents (cada un dels elements de l'UD ha de poder tenir cada una de les propietats de l'UP).

El nombre total de combinacions de les propietats de l'UP es pot determinar mitjançant la fórmula 2^n , en què n és el nombre d'elements de l'univers de propietats. D'aquesta manera, si tenim dues propietats ($n = 2$), hi haurà $2^2 = 4$ casos en l'UC. Si, en canvi, en tenim 3, hi haurà $2^3 = 8$ casos; amb 4 propietats,

Nota

El símbol \wedge és el símbol lògic de la conjunció, mentre que el símbol \neg representa la negació.

Lectura recomanada

C. E. Alchourrón; E. Bulygin (1971). *Normative systems* (pàg. 22-24). Nova York / Viena: Springer Verlag.

$2^4 = 16$ casos, i així successivament. Podem comprovar que el nombre de casos de l'UC augmenta en progressió geomètrica en relació amb l'increment de les propietats de l'UP.

A continuació representarem l'univers de casos del nostre exemple en la taula següent, en què el símbol + representa la presència d'una propietat, i el símbol – la seva absència:

Univers de casos

UC	UP	
	E	P
1	+	+
2	+	–
3	–	+
4	–	–

Abans de passar al punt següent, cal aclarir que els diferents casos de l'UC són categories lògiques, és a dir, casos lògicament possibles, i no necessàriament hi haurà sempre situacions que, de fet, encaixin en tots i cada un dels casos genèrics possibles. És a dir, alguns dels casos poden ser empíricament buits, en el sentit que no hi hagi casos individuals (casos reals) que siguin subsumibles en aquests.

Per exemple, podria passar que no hi hagués cap estudiant que, tot i haver obtingut un excel·lent en l'examen final, no hagi presentat totes les pràctiques del curs (és a dir, que no tinguéssim cap situació subsumible en el cas 2), però això no implica que aquesta situació no sigui possible, o que no tingui atribuïda cap conseqüència per part del sistema. Per això és important recordar que el fet que algun cas sigui empíricament buit no implica que no hagi de ser tingut en compte en l'anàlisi, ja que també forma part del sistema: pot passar que el legislador dicti una norma que mai no sigui aplicable perquè mai no es dóna el supòsit de fet, però això no significa que no formi part del sistema jurídic. A més, podria passar que en el futur sorgís algun cas individual subsumible en aquest cas genèric.

3.2. L'àmbit normatiu de l'anàlisi: l'univers d'accions i l'univers de solucions

En el model d'Alchourrón i Bulygin, les normes són definides en sentit estricte com a enunciats que correlacionen casos amb solucions. Ja hem tractat breument l'àmbit fàctic, relatiu als casos, per la qual cosa ara examinarem l'àmbit normatiu, relatiu a les solucions.

Els autors argentins defineixen una solució com una modalització o qualificació deontica d'una acció.

Per tant, podem diferenciar aquí dos elements: d'una banda, el de l'acció (o comportament, en termes més generals) i el de la qualificació o modalització deòntica, de l'altre.

L'acció és, per tant, un comportament (en sentit ampli, incloent-hi tant accions positives com omissions) regulat pel sistema. Aquesta regulació es fa per mitjà de diversos tipus de qualificació deòntica o normativa (prohibit, obligatori, etc.). Així, si per exemple considerem la norma que obliga a circular per la dreta de la calçada, l'acció seria "circular per la dreta de la calçada", mentre que la qualificació deòntica d'aquesta acció seria "obligatori". La solució seria, per tant, "és obligatori circular per la dreta de la calçada".

Com es pot esperar, el conjunt de totes les accions deònticament modalitzades pel sistema es denomina **univers d'accions (UA)**.

Els elements de l'UA han de complir també certes condicions, anàlogues a les dels elements de l'UP:

- Han de ser lògicament independents entre si.
- Han de ser lògicament independents dels elements de l'UP.
- L'UD i l'UP han de ser universos corresponents (cada un dels elements de l'UD ha de poder tenir cada una de les propietats de l'UP).

En el sistema del nostre exemple, només tenim una única acció regulada: la de presentar-se a la prova especial, que podem simbolitzar com a p . Per tant,

$$UA = \{p\}$$

Per a simplificar l'anàlisi i centrar-lo en les qüestions que ens interessin, és habitual limitar l'extensió de l'univers d'accions, de manera que no compregui totes les accions jurídicament regulades en l'univers del discurs, sinó només aquella o aquelles la resposta de les quals ens interessa determinar. Per exemple, és probable que dins de l'UD "cursar l'assignatura X" hi hagi altres preceptes que regulin accions com l'assistència a classe, el lliurament de les pràctiques, els requisits per a superar l'assignatura, etc., però com que només ens interessa determinar en quines condicions es pot –o no– fer la prova per a obtenir la qualificació de matrícula d'honor, limitem l'UA a aquesta única acció.

Amb relació a les qualificacions o modalitzacions deòntiques, només hi ha quatre possibilitats, denominades **operadors deòntics**: obligatori (O), prohibit (Ph), permès (P) i facultatiu (F). D'aquesta manera, una solució, com a qualificació deòntica d'una acció, tindrà l'aspecte $O(p)$, $Ph(q)$ o $F(p \wedge r)$, entre moltes altres possibilitats.

Els operadors deòntics, a més, són interdefinibles, la qual cosa significa que cada un es pot definir en termes d'un altre operador diferent, establint equivalències. Normalment es pren l'operador permès (P) com el primitiu o bàsic, i es defineixen els altres en relació amb aquest. Partint d'aquesta base, els altres operadors queden definits de la manera següent:

Lectura recomanada

C. E. Alchourrón; E. Bulygin (1971). *Normative systems* (pàg. 22-24). Nova York / Viena: Springer Verlag.

Nota

A fi de diferenciar les accions de l'UA de les propietats de l'UP i evitar possibles confusions, és aconsellable utilitzar majúscules per a simbolitzar les propietats rellevants i minúscules (tradicionalment, lletres proposicionals, com p , q , r ...) per a les accions.

$$O(\alpha) \equiv \neg P\neg(\alpha)$$

És a dir, si un comportament és obligatori, és com dir que no està permès no realitzar-lo; per exemple, si és obligatori circular pel costat dret de la calçada, no és permès no circular pel costat dret de la calçada.

$$Ph(\alpha) \equiv \neg P(\alpha)$$

És a dir, si un comportament està prohibit, no està permès dur-lo a terme. Si està prohibit fumar, és que no està permès fumar.

$$F(\alpha) \equiv P(\alpha) \wedge P\neg(\alpha)$$

Finalment, un comportament és facultatiu si estan permeses tant la seva realització com la seva no-realització; és a dir, quan es tracta d'un comportament optatiu per al subjecte. Convé no confondre'l amb la simple permissió: que un comportament estigui permès no implica que també ho estigui el fet de no fer-lo. Això és el que passa, per exemple, amb les obligacions: si un comportament és obligatori (circular per la dreta de la calçada, per seguir amb l'exemple), això implica que està permès fer-lo, però no està permès no fer-lo.

El conjunt de les solucions del sistema normatiu és l'**univers de solucions (US)**.

En el sistema del nostre exemple, si examinem la disposició D_1 , veiem que es dóna la possibilitat de presentar-se a la prova als estudiants que compleixen certs requisits. Si bé en una primera impressió podria semblar que es tracta d'un permissió, $P(p)$, això no és exacte, ja que el que el precepte estableix és una possibilitat, que els estudiants podran exercir o no, segons el seu lliure criteri. Per tant, és més adequat entendre'l com un comportament facultatiu, $F(p)$.

Per la seva banda, la solució que estableix la disposició D_2 planteja menys dubtes, ja que clarament es tracta d'una prohibició (la prohibició de realitzar la prova): $Ph(p)$.

En suma, el nostre US conté dos elements: $F(p)$ i $Ph(p)$. Per tant,

$$US = \{F(p), Ph(p)\}$$

3.3. La sistematització i la determinació de la resposta

Una vegada obtinguts tots els elements anteriors (UP, UC, UA i US), ja estem en disposició de poder representar formalment les normes del sistema, enteses com a enunciats que correlacionen casos amb solucions. El pas següent seria, doncs, passar de les disposicions, redactades en un llenguatge natural, a les normes, representades en un llenguatge formal.

Si prenem la disposició D_1 , sembla raonablement clar que aquesta estableix que si es dóna la propietat E (obtenir excel·lent en l'examen final), hi correspon la solució $F(p)$ (és facultatiu fer la prova especial). És a dir, de D_1 podem extreure la norma segons la qual tots els casos en què estigui present la propietat E estaran correlacionats amb la solució $F(p)$:

$$N_1: E \rightarrow F(p)$$

No sembla que es pugui extreure cap altra norma a partir de D_1 , per la qual cosa passem ara a D_2 . Aquesta estableix que els alumnes que no hagin presentat totes les pràctiques del curs ($\neg P$) no es podran presentar a la prova; és una manera de dir que tenen prohibit presentar-se a la prova: $Ph(p)$. És a dir, correlaciona els casos en què es produeix $\neg P$ amb la solució $Ph(p)$:

$$N_2: \neg P \rightarrow Ph(p)$$

Com que tampoc no sembla que es pugui extreure res més a partir de D_2 , podem concloure que el sistema normatiu analitzat es compon únicament de dues normes: N_1 i N_2 . És a dir:

$$SN_1 = \{N_1, N_2\}$$

Una vegada tenim les normes del sistema, ja podem passar a determinar totes les conseqüències lògiques que estableix el sistema per als diferents casos de l'UC. És a dir, podem comprovar la resposta del sistema per a tots i cada un dels seus casos (genèrics). Això es representa gràficament mitjançant una matriu que té l'estructura següent:

Matriu del sistema SN_1

UC	UP		SN ₁	
	E	P	N ₁	N ₂
1	+	+	$F(p)$	
2	+	-	$F(p)$	$Ph(p)$
3	-	+		
4	-	-		$Ph(p)$

Nota

S'ha de tenir en compte que, com hem vist anteriorment, no sempre es dóna una correlació exacta entre les disposicions i les normes: una única disposició pot contenir diverses normes, i de vegades una norma només s'obté a partir de diverses disposicions.

En aquesta matriu podem observar que cada una de les normes afecta diferents casos de l'UC. La norma N_1 atribueix la solució $F(p)$ a tots els casos en què és present la propietat E (casos 1 i 2), mentre que la norma N_2 assigna la solució $Ph(p)$ als casos en què es dona $\neg P$ (casos 2 i 4). Una vegada completada, aquesta matriu ens permet comprovar d'un simple cop d'ull quina és la resposta del sistema als diferents casos genèrics i , indirectament, quina és la resposta del cas individual que tenim entre mans, en la mesura que se subsumi en algun dels diversos casos genèrics possibles.

El sistema SN_1 presenta algunes característiques destacables. D'una banda, tenim dos casos genèrics la resposta dels quals és clarament determinada (casos 1 i 4): Si es tracta d'estudiants que han obtingut un excel·lent en l'examen final i han presentat totes les pràctiques del curs (cas 1), la resposta és que es poden presentar a la prova (per l'aplicació de la norma N_1); i si es tracta d'estudiants que no han obtingut un excel·lent en l'examen final i que a més no han presentat totes les pràctiques (cas 4), tindran prohibit fer-la, per l'aplicació de N_2 . Però, d'altra banda, una cosa estranya passa amb els casos 2 i 3. Si es tracta d'estudiants que han obtingut un excel·lent però no han presentat totes les pràctiques (cas 2), resulta que el sistema estableix simultàniament que poden i que tenen prohibit presentar-se a la prova, la qual cosa és inconsistent. Per la seva banda, el sistema no diu res sobre el cas en què no s'hagi obtingut un excel·lent en l'examen final però sí que s'hagin presentat totes les pràctiques (hi ha una llacuna normativa).

En suma, veiem que, si hem de donar resposta a algun supòsit subsumible en els casos 2 o 3 (com passa en el nostre cas individual, ja que, en introduir el nostre exemple, vam dir que es tractava d'un estudiant que havia obtingut un excel·lent però que no havia presentat totes les pràctiques –cas 2–), ens enfrontem a un cas difícil (en concret, per problemes de rellevància, d'acord amb la classificació de MacCormick explicada en l'apartat 1.4).

3.4. Els possibles defectes del sistema i el seu tractament

Des d'un punt de vista substantiu o de contingut, un sistema normatiu pot ser insatisfactori o defectuós per múltiples raons: pot ser injust, o poc raonable, o ineficaç, o poc oportú, o contenir normes absurdes, antiquades, etc. Però també pot passar que un sistema normatiu sigui insatisfactori per raons de tipus formal, és a dir, perquè conté determinats defectes lògics. Aquests defectes són independents de la bondat o maldat del contingut, encara que tenim l'avantatge que, a diferència dels defectes substantius, són fàcilment perceptibles mitjançant el model d'anàlisi d'Alchourrón i Bulygin.

Per a entendre adequadament aquests problemes, és necessari tenir en compte que, des del punt de vista logicoformal, dels sistemes normatius són predicables les tres propietats següents: **consistència**, **plenitud** i **independència**.

Encara que, si som més rigorosos, el que en realitat es pot dir és que un sistema normatiu pot presentar aquestes tres propietats, i si no ho fa (no en presenta una o més), llavors el sistema és defectuós des del punt de vista formal.

1) La **consistència** consisteix en el fet que el sistema regula de manera no contradictòria els diferents casos o supòsits que inclou. D'aquesta manera, si (i només si) el sistema no conté contradiccions normatives (anomenades també *antinòmies*), és a dir, si no hi ha cap cas que estigui correlacionat amb solucions diferents i incompatibles (com passaria, per exemple, si una norma estableix per a aquest cas l'obligació de fer x mentre que una altra norma estableix per a aquest mateix cas la prohibició de fer x), llavors el sistema és consistent. En canvi, si (i només si) el sistema conté almenys una antinòmia, som davant un sistema inconsistent.

2) La **plenitud** del sistema consisteix en el fet que el sistema normatiu ofereix una resposta (solució normativa) per a tots i cada un dels casos que regula. Si algun cas no està correlacionat amb cap solució per part de les normes del sistema (cap norma no dona resposta al cas), llavors hi ha el que es coneix com a *llacuna normativa*. Un sistema és complet si (i només si) no conté llacunes normatives, mentre que el sistema és incomplet si (i només si) presenta almenys una llacuna normativa.

3) La **independència** del sistema consisteix en el fet que el sistema regula els diferents casos de manera no redundant. Hi ha redundància si més d'una norma del sistema vincula el mateix cas amb la mateixa solució (o una altra que es dedueixi lògicament), la qual cosa significa que, almenys en cert sentit, alguna de les normes sobra, o és innecessària, ja que el cas ja estaria regulat amb la mateixa solució encara que s'eliminés la norma redundant. Un sistema és independent si (i només si) no conté redundàncies, mentre que el sistema és redundant si (i només si) conté almenys una redundància.

4) La **independència** del sistema consisteix en el fet que el sistema regula els diferents casos de manera no redundant. Hi ha redundància si més d'una norma del sistema vincula el mateix cas amb la mateixa solució (o una altra que es dedueixi lògicament), la qual cosa significa que, almenys en cert sentit, alguna de les normes sobra, o és innecessària, ja que el cas ja estaria regulat amb la mateixa solució encara que s'eliminés la norma redundant. Un sistema és independent si (i només si) no conté redundàncies, mentre que el sistema és redundant si (i només si) conté almenys una redundància.

Com que la identitat d'un sistema està determinada per les seves conseqüències lògiques (és a dir, per la manera com connecta casos i solucions), per a solucionar aquests defectes s'ha de procedir a fer una modificació del sistema, és a dir, un canvi en les normes d'aquest sistema. Una manera molt habitual

de fer-ho (encara que no l'única, com veurem) és modificant la interpretació d'una o diverses de les disposicions normatives, utilitzant alguna de les tècniques i arguments interpretatius examinats en l'apartat "les tècniques interpretatives. Interpretació literal i interpretació correctora".

Com hem vist moltes vegades, interpretacions diverses d'una mateixa disposició poden donar lloc a diferents normes jurídiques, en la mesura que aquestes són el resultat d'una interpretació i la seva identitat depèn de la manera com correlacionen els casos amb les solucions. Si interpretacions diferents fan que a un mateix cas corresponguin solucions diferents, estarem davant diferents normes i diferents sistemes jurídics; en definitiva, mitjançant la interpretació estarem modificant el sistema.

A continuació veurem amb més deteniment cada un dels diferents defectes lògics (inconsistència, llacunes i redundàncies), i les tècniques més comunes per a enfrontar-s'hi.

3.4.1. Consistència i antinòmies

Una de les condicions perquè un sistema normatiu sigui satisfactori i pugui complir adequadament la seva funció de guiar la conducta és que no contingui antinòmies o contradiccions normatives.

Aquestes situacions són problemàtiques perquè és impossible satisfer totes les normes en joc, fem el que fem: si, per a un mateix cas, una norma ordena fer el que una altra prohibeix, si fem el comportament per a complir l'obligació, incomplirem la prohibició, i si no fem el comportament per a respectar la prohibició, violarem l'obligació.

Si el conflicte es planteja entre una prohibició i un permís, si fem ús del permís incomplirem la prohibició, i si no fem el comportament per a complir amb la prohibició, mai no podrem exercir el permís.

Malgrat que tota antinòmia es caracteritza per ser una incompatibilitat entre normes, és possible diferenciar entre diversos tipus o categories, d'acord amb una coneguda classificació elaborada per Alf Ross.

D'acord amb l'autor danès, és possible distingir entre antinòmies de tipus: **total-total**, **total-parcial** i **parcial-parcial**:

a) En les antinòmies de tipus **total-total**, els àmbits d'aplicació de les normes en conflicte (per exemple, la norma N_1 i la norma N_2) són exactament coincidents, de manera que sempre que sigui aplicable N_1 , també ho serà N_2 , i com que les solucions són incompatibles, sempre es produirà el conflicte. Com que

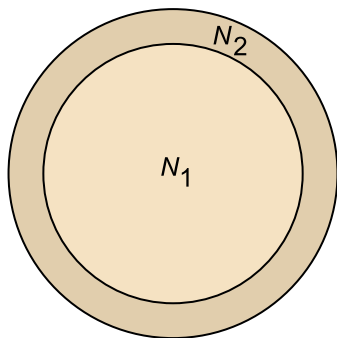
Antinòmia

Una antinòmia sorgeix quan diverses normes correlacionen el mateix cas amb solucions diferents i incompatibles (per exemple, una d'aquestes normes obliga a fer x mentre l'altra prohibeix fer-ho, o una prohibeix el que l'altra permet).

Lectura recomanada

A. Ross (1958). *On law and justice*. Londres: Stevens & Sons.

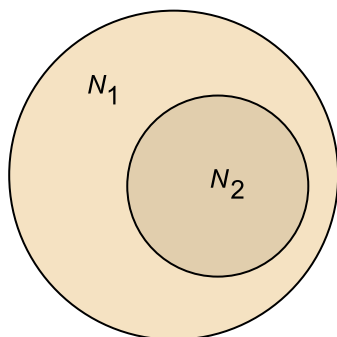
N_1 i N_2 regulen exactament els mateixos casos, si es representen els àmbits d'aplicació de cada norma amb un cercle, els cercles de N_1 i N_2 serien totalment coincidents:



Norma N_1 i N_2 . Si la norma N_1 estableix "Prohibit fumar a les aules", mentre que N_2 disposa "Permès fumar a les aules", sempre es produirà un conflicte entre totes dues, ja que quan sigui aplicable N_1 (és a dir, quan estiguem a les aules), també ho serà N_2 , que regula el mateix comportament (fumar) de manera incompatible.

b) En les antinòmies de tipus **total-parcial**, l'àmbit d'aplicació d'una de les normes (la més específica) s'inclou dins l'àmbit d'aplicació de l'altra (la més general), de manera que sempre que hi sigui aplicable la més concreta, es produirà el conflicte amb la més general, encara que no passa el contrari, ja que la norma més general té un àmbit propi d'aplicació en el qual no entra en conflicte amb la més concreta. Dit d'una altra manera: tots els casos que regula la norma més específica també són regulats per la més general, però no a la inversa (almenys hi ha un cas que regula la general que no regula l'específica).

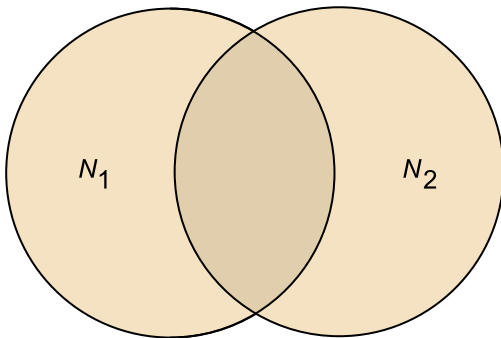
Per això, des del punt de vista de la norma més específica, l'antinòmia és total, ja que no es pot aplicar sense que es produeixi la col·lisió; però des de la perspectiva de la norma més general, el conflicte és tan sols parcial, ja que no sempre es produirà el conflicte amb l'altra norma. En aquest cas, el gràfic seria el d'un cercle més gran (norma general) que engloba un altre de més petit (norma més concreta).



Un exemple podria ser el següent: la norma N_1 estableix "Prohibit fumar a tot el recinte universitari", mentre que la norma N_2 disposa "Es permet fumar als passadissos de la universitat". Sempre que sigui aplicable la norma N_2 , també ho serà N_1 (perquè els passadissos formen part del recinte universitari), de manera que es produirà la col·lisió. En canvi, és possible aplicar la norma N_1 en alguns casos sense que aquesta col·lideixi amb N_2 (per exemple, quan

ens trobem a les aules o als despatxos de professors).

c) En les antinòmies de tipus **parcial-parcial**, tant la norma N_1 com la norma N_2 tenen, a més dels supòsits en què entren en col·lisió, un àmbit propi d'aplicació en el qual el conflicte no es produeix. Dit d'una altra manera: hi ha casos en què és possible aplicar N_1 sense que aquesta col·lideixi amb N_2 , i casos en què és aplicable N_2 sense que es produeixi un conflicte amb N_1 . Per tant, aquí els cercles serien secants:



Un exemple d'aquest tipus d'antinòmies seria el següent: suposem que N_1 estableix "Es prohibeix fumar en els vols d'àmbit nacional", mentre que N_2 disposa "Es permet fumar en els vols de més de tres hores de durada". Si resulta que un vol és d'àmbit nacional però dura més de tres hores, es produirà un conflicte entre N_1 i N_2 . Ara bé, és possible aplicar-hi N_1 sense que aquesta col·lideixi amb N_2 (vols nacionals de menys de tres hores), i també és possible aplicar-hi N_2 sense que aquesta col·lideixi amb N_1 (vols internacionals de més de tres hores).

Un aspecte molt positiu del model d'anàlisi d'Alchourrón i Bulygin és que no solament ens permet comprovar d'un cop d'ull si es produeix alguna contradicció normativa o inconsistència en el sistema, sinó que, a més, és molt senzill comprovar en la matriu el tipus d'antinòmia que es manifesta (total-total, total-parcial o parcial-parcial).

Sabem que una antinòmia és total-total quan els àmbits d'aplicació de les normes són coincidents, de manera que regulen exactament els mateixos casos genèrics. Això significa que, en una matriu, una antinòmia d'aquest tipus tindria un aspecte similar al següent:

Casos	N_1	N_2
1	$O(p)$	$Ph(p)$
2	$O(p)$	$Ph(p)$
3		
4		

Tant N_1 com N_2 regulen exactament els mateixos casos (1 i 2), i per tant sempre col·lideixen i l'antinòmia és total-total.

Si es tracta d'una antinòmia total-parcial, una de les normes col·lidirà sempre amb una altra, però aquesta última regularà almenys algun altre cas en què no es produirà la col·lisió. Per exemple:

Casos	N_1	N_2
1	$O(p)$	$Ph(p)$
2		
3		$Ph(p)$
4		

La norma N_1 regula només el cas 1, i sempre entra en conflicte amb N_2 . Aquesta última, en canvi, també s'aplica al cas 3, en què no col·lideix amb N_1 .

En el cas de les antinòmies de tipus parcial-parcial, al marge del cas o casos en què es produeixi la col·lisió, cada una de les normes implicades haurà de regular almenys un altre cas en què la incompatibilitat no es produeixi. Per exemple:

Casos	N_1	N_2
1	$O(p)$	$Ph(p)$
2	$O(p)$	
3		$Ph(p)$
4		

El sistema és inconsistent perquè es produeix una col·lisió en el cas 1, però aquesta és de tipus parcial-parcial perquè és possible aplicar-hi tant N_1 (cas 2) com N_2 (cas 3) sense que aquestes normes entrin en conflicte.

Si reprenem el nostre exemple del sistema normatiu SN_1 (el que regula l'accés a la prova especial), podem comprovar que l'antinòmia entre N_1 i N_2 és de tipus parcial-parcial, perquè, malgrat que tenim un conflicte en el cas 2 (estudiants que obtenen un excel·lent però no han presentat totes les pràctiques), tant N_1 com N_2 tenen un àmbit d'aplicació propi en què el conflicte no es planteja: així, N_1 no col·lideix amb N_2 en el cas 1 (estudiants que obtenen un excel·lent i que presenten totes les pràctiques), i N_2 no col·lideix amb N_1 en el cas 4 (estudiants que no obtenen un excel·lent i que presenten totes les pràctiques).

criteris de resolució de antinòmies

Malgrat que es tracta d'un defecte important, les antinòmies no són situacions tan excepcionals com es podria pensar, a causa de la gran quantitat de disposicions que contenen els sistemes jurídics i la gran complexitat d'aquests. Per aquesta raó, hi ha un conjunt de criteris per a intentar resoldre-les (triar entre les diferents alternatives incompatibles) que tenen una llarga tradició en la dogmàtica jurídica (la qual cosa mostra que són situacions relativament habituals). Entre aquests criteris, destacarien els tres següents:

1) El **criteri jeràrquic** (*lex superior derogat legi inferiori*). D'acord amb aquest criteri, si les normes en conflicte deriven de disposicions de diferent rang jeràrquic (per exemple, Constitució i llei ordinària, o llei i reglament), preval la norma de rang o jerarquia més alt.

Aquest criteri no ens seria d'utilitat, ja que partim de la base que totes les disposicions han emanat d'una mateixa autoritat, per la qual cosa no es plantegen relacions jeràrquiques entre aquestes.

2) El **criteri cronològic** (*lex posterior derogat legi priori*). D'acord amb aquest criteri, si les disposicions de què deriven les normes en conflicte han estat promulgades en diferents moments temporals, preval la més recent en el temps. Aquest criteri està estretament relacionat amb el mecanisme de la derogació en sentit estricte.

Aquest criteri podria ser d'utilitat en el nostre exemple si es donés la circumstància que les dues disposicions del professor s'han dictat en moments temporals diferents; en aquest cas, tindria prioritats la solució establerta per la norma derivada de la disposició més recent.

3) El **criteri d'especialitat** (*lex specialis derogat legi generali*). D'acord amb aquest criteri, si entre les normes en conflicte es pot plantejar una relació d'especialitat (una és més concreta o específica en relació amb l'altra, més genèrica), preval la norma més concreta (norma especial). Per tant, aquest criteri és adequat per als supòsits d'antinòmia total-parcial, que es caracteritzen pel fet que l'àmbit d'aplicació d'una de les normes (la més específica) queda inclòs en el de l'altra (la més general).

Com que hem comprovat que l'antinòmia del nostre exemple és de tipus parcial-parcial, aquest criteri no és aplicable en aquest cas.

Si bé aquests criteris poden ser útils en molts casos, malauradament no ens permeten resoldre tots els supòsits d'antinòmia. En primer lloc, podria ocórrer que la contradicció es plantegés entre dues disposicions del mateix rang jeràrquic, aprovades en un mateix moment, i sense que entre elles es pugui establir una relació d'especialitat. En aquests supòsits, per tant, no podríem utilitzar cap dels criteris esmentats.

Lectura recomanada

El tema dels criteris de resolució d'antinòmies és més complex del que usualment se suposa, ja que apareixen entremesclades qüestions relatives a la validesa i qüestions relatives a l'aplicabilitat de les normes jurídiques. Per a una anàlisi més detallada d'aquest tema, vegeu **D. Martínez Zorrilla** (2003). "Coherencia y criterios de resolución de contradicciones". A: *Base de conocimiento jurídico*. Iustel. Disponible en línia: www.iustel.com.

Exemple

Per exemple, si N_1 resulta d'un precepte legal i N_2 d'un decret governamental, preval N_1 .

I en segon lloc, com han posat en relleu autors com Bobbio, en certs casos l'aplicació de diferents criteris dóna lloc a solucions contraposades (són les anomenades *antinòmies de segon grau*).

Exemple

Com quan d'acord amb el criteri jeràrquic, hauria de prevaler la norma N_1 , mentre que d'acord amb el criteri cronològic prevaldria N_2 ; o bé usant un altre exemple, quan d'acord amb el criteri cronològic prevaldria N_1 , però d'acord amb el d'especialitat la solució seria l'oposada.

Aquests casos poden ser força problemàtics, ja que, si bé es podria dir amb caràcter general que el criteri jeràrquic preval sobre els altres (cronològic i d'especialitat), la relació entre aquests dos últims no és gaire clara, ja que si acudim a la jurisprudència, podem trobar tant sentències que donen prioritats al criteri d'especialitat davant el cronològic (preval la norma anterior i especial respecte de la posterior més general), com també decisions de signe contrari (prioritat de la norma posterior general sobre l'anterior especial).

L'ús d'aquests criteris (o d'altres, com el de competència) no és l'únic mètode per a enfrontar-se als problemes d'inconsistència. Com sabem, també és possible optar per una interpretació diferent d'una o més disposicions normatives, que, separant-se del sentit literal, doni lloc a normes diferents, i que donin lloc a un sistema normatiu diferent en què la contradicció ja no es manifesta. De fet, algunes tècniques interpretatives, com l'argument *a coherentia*, tenen com a finalitat explícita eliminar les antinòmies que es produeixen a partir d'una interpretació directa o literal de les disposicions normatives implicades.

Com hem vist, en l'exemple del nostre sistema només seria possible, com a màxim, aplicar el criteri cronològic, en el supòsit que les disposicions haguessin estat dictades en moments temporals diferents. Però sí que seria possible, en canvi, fer ús d'algunes tècniques interpretatives o argumentatives per a intentar oferir una solució a l'antinòmia del cas 2. A tall d'exemple, es podria fer ús de l'argument psicològic o de l'argument teleològic.

Com hem vist en l'apartat "les tècniques interpretatives. Interpretació literal i interpretació correctora", l'argument psicològic tracta de fonamentar la interpretació en la voluntat de l'autoritat que va dictar la disposició. En aquest cas, es tractaria d'intentar determinar si, des del punt de vista del professor, la dada de la qualificació de l'examen final té més importància que el fet d'haver presentat totes les pràctiques, o si passa el contrari. En el primer cas, es donaria prioritats al fet d'haver obtingut un excel·lent en l'examen, amb la qual cosa s'entendria que tots els estudiants que hagin obtingut un excel·lent poden accedir a la prova, i resoldre així el cas 2 amb la solució $F(p)$. Si, al contrari, es considera que l'autoritat dóna més rellevància al fet d'haver fet un seguiment continuat del curs, havent presentat totes les pràctiques, s'entén que per a poder fer la prova és necessari satisfer simultàniament les dues condicions (excel·lent i pràctiques), de manera que el cas 2 quedaria resolt amb la solució $Ph(p)$. En qualsevol cas, ja es va posar èmfasi en les dificultats relacionades amb aquest tipus de tècnica interpretativa.

Una altra possibilitat seria fer ús de l'argument teleològic, que pretén identificar la "finalitat objectiva" dels preceptes interpretats per a determinar-ne el significat. En aquest sentit, es podria argumentar que, independentment del que opini l'autoritat (el professor de l'assignatura), la finalitat objectiva de la qualificació matrícula d'honor és la del reconeixement de l'excel·lència als millors estudiants, i que els millors estudiants no són simplement els que obtenen una bona nota en un examen final, amb independència de la resta de factors, ja que entre altres coses aquesta nota podria ser en bona mesura producte de la bona sort. Els millors estudiants serien aquells que, a més dels seus mèrits

Lectura recomanada

Per a més detalls sobre les antinòmies de segon grau, vegeu N. Bobbio (1964). "Sobre los criterios para resolver las antinomias". A: A. Ruiz Miguel (ed.) (1990). *Contribución a la teoría del derecho* (pàg. 339-354). Madrid: Debate.

estrictament acadèmics (qualificacions), han mostrat de manera constant un alt grau de compromís, esforç i interès en l'assignatura, i des d'aquest punt de vista, la realització de les pràctiques del curs és un element molt important. Per aquest motiu, prevaldria sobre el mer fet d'haver obtingut un excel·lent en l'examen, i el cas 2 es resoldria donant prioritat a la prohibició de fer la prova.

3.4.2. Plenitud i llacunes

Com sabem, un sistema és complet si, i només si, la totalitat dels casos que preveu estan correlacionats amb una solució. Si s'esdevé que algun supòsit no té assignada cap conseqüència jurídica, hi haurà el que comunament s'anomena *buit legal*, i que tècnicament s'anomena *llacuna normativa*.

Una **llacuna normativa**, dit de manera simple, és un cas que el sistema no regula; un supòsit de fet al qual cap norma del sistema no assigna una conseqüència jurídica.

Les llacunes normatives són, com les antinòmies, problemes importants dels sistemes jurídics (o normatius en general), ja que en tots dos supòsits aquests deixen indeterminada la resposta que jurídicament correspon al cas (en la hipòtesi de la llacuna, perquè no hi ha cap norma que determini la conseqüència jurídica que correspon, i en el de les antinòmies, perquè hi ha massa normes que ofereixen una resposta).

La situació és especialment problemàtica quan tenim en compte que la majoria dels ordenaments jurídics (entre ells el nostre) estableix el deure dels jutges de resoldre els casos que se'ls plantegen (prohibició del *non liquet*), sense que es puguin negar a decidir sota el pretext que el dret no ofereix una resposta per al cas o que les normes són massa indeterminades o fosques. Per aquesta raó, quan el decisor s'enfronta a una situació de llacuna normativa, d'alguna manera ha de suplir les insuficiències del sistema, i fer-ho a més justificadament i argumentadament (no val prendre una decisió a l'atzar o que sigui fruit d'un mer caprici).

La solució als casos de llacuna normativa ve, com és fàcil d'endevinar, per la via interpretativa i argumentativa. De fet, hi ha certes tècniques interpretatives, com per exemple l'argument analògic, l'argument *a fortiori* o certes versions de l'argument *a contrario sensu* que tenen com a funció específica oferir una solució a aquest tipus de problemes. El problema (valgui la redundància) amb aquests arguments és que sovint ofereixen respostes diferents i contraposades, i no sempre està gaire clar quin és l'argument més adequat en cada ocasió.

Podem comprovar aquestes dificultats veient com podrien funcionar els arguments analògics i *a contrario sensu* en aplicar-los al nostre exemple de la llacuna del cas 3:

a) Com vam veure al seu moment, l'argument analògic o *analogia legis* parteix de les similituds rellevants entre dos casos (un de regulat i l'altre de no regulat) per a aplicar

Llacunes a SN₁

En el nostre sistema SN₁ també tenim un problema de llacuna normativa, concretament en el cas genèric tercer (no s'ha obtingut excel·lent però s'han lliurat totes les pràctiques del curs). Aquest supòsit no apareix resol't ni per la norma N₁ ni per la norma N₂, per la qual cosa, si se'ns planteja un cas individual d'aquest tipus, hem de buscar alguna solució.

Lectura recomanada

Sobre el recurs a la interpretació com a solució a les llacunes, vegeu **G. B. Ratti** (2007). "L'interpretazione come soluzione del problema delle lacune". A: P. Comanducci; R. Guastini (eds.). *Analisi e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torí: Giappichelli.

la mateixa solució al cas no regulat, en virtut de la consideració que els supòsits són prou semblants per a merèixer un mateix tracte. El que passa, no obstant això, és que normalment el cas de llacuna és "similar" a diferents casos, que poden comportar solucions diferents. Així, el cas 3 és "similar" tant al cas 1 (tots dos comparteixen la propietat P ; és a dir, són situacions en què s'han presentat totes les pràctiques del curs), com al cas 4 (tots dos comparteixen l'absència de la propietat E ; és a dir, són situacions en què l'estudiant no ha obtingut un excel·lent en l'examen). I com és fàcil comprovar, les solucions dels casos 1 i 4 són diferents i incompatibles. Si s'utilitza l'analogia amb el cas 4, pel fet de ser situacions en què no s'ha obtingut excel·lent, la solució seria que l'estudiant no pot fer la prova. Si, en canvi, s'utilitza l'analogia amb el cas 1, en la mesura que en tots dos casos s'han presentat totes les pràctiques, la solució seria que sí que pot fer la prova. En suma, la resposta dependrà de quina és la similitud o les similituds que es consideren més importants o rellevants entre el cas de llacuna i el cas que s'utilitza com a paràmetre per a justificar la solució.

b) També sabem que l'argument *a contrario sensu* pot ser utilitzat com a argument "creador" de normes, per a donar resposta a situacions de llacuna normativa. En aquest supòsit, el fonament no són les similituds, sinó més aviat les diferències en relació amb un altre cas regulat, a fi de justificar una solució diferent (davant casos diferents, solucions diferents), usualment basada en la consideració que si l'autoritat hagués volgut que la resposta hagués estat la mateixa, així ho hauria establert, i que si no ho ha fet és perquè volia excloure expressament aquesta situació. El problema és que podem obtenir respostes diferents en funció dels casos i les normes considerats. D'una banda, la norma N_1 , obtinguda a partir de la disposició D_1 , estableix que els estudiants que hagin obtingut un excel·lent podran fer la prova. Això es presta fàcilment a la interpretació *a contrario* que els estudiants que **no** hagin obtingut un excel·lent **no** podran accedir a la prova. Per tant, el cas 3, en la mesura que és un supòsit en què l'estudiant no ha obtingut excel·lent, estarà resolt amb la solució $Ph(p)$. Ara bé, pel mateix esquema de raonament, a partir de la norma N_2 , que estableix que els que no hagin presentat totes les pràctiques no poden fer la prova, obtindríem que els que **sí** que han presentat totes les pràctiques **sí** que podran fer la prova. Per tant, també en el marc del raonament *a contrario* és possible arribar a solucions contraposades a la llacuna normativa.

Altres tipus de llacuna

De vegades, els juristes també utilitzen el terme *llacuna* per a referir-se a situacions que no són estrictament d'absència de regulació (llacuna normativa).

Totes aquestes situacions també són supòsits de "manca" d'alguna cosa, però l'ús de la mateixa expressió per a referir-se a totes elles pot donar lloc a problemes i equívocs. Per aquesta raó, Alchourrón i Bulygin van fer una classificació dels diferents tipus o classes de llacunes.

Segons els autors argentins, a més de les llacunes normatives, podem parlar de *llacunes de coneixement*, *llacunes de reconeixement* i *llacunes axiològiques*.

a) Les **llacunes de coneixement** són situacions de falta d'informació suficient sobre els fets del cas (individual) per a així determinar quina solució jurídica hi correspon (quina norma o quines normes s'hi apliquen). No es tracta estrictament d'un defecte del sistema jurídic, sinó de la falta d'informació sobre els fets que realment es van esdevenir.

b) Les **llacunes de reconeixement** són problemes derivats de la indeterminació semàntica (vaguetat) del llenguatge, que poden plantejar el dubte de si un cert cas individual (del qual es coneixen tots els fets; no és un problema de falta de coneixement) se subsumi o no en el supòsit de fet de la norma. Aquí,

Lectura recomanada

Sobre aquests altres tipus de llacunes, vegeu C. E. Alchourrón; E. Bulygin (1971). *Normative systems* (pàg. 31 seg. i 106 seg.). Nova York / Viena: Springer Verlag.

per tant, som davant del problema de com qualificar jurídicament uns fets (que es coneixen perfectament), ja que la vaguetat o imprecisió dels termes de la norma no permeten donar una resposta categòrica a aquesta qüestió.

Exemple

La Constitució exigeix que tot escorcoll en un domicili estigui autoritzat per una resolució judicial. Aquesta exigència, d'altra banda, no existeix quan l'escorcoll es du a terme en recintes que no tenen la consideració de "domicili" (per exemple, quan s'escorcolla un automòbil). Suposem ara el supòsit següent, que es va plantejar realment als Estats Units –cas *California* contra *Carney*, 105 SCt 2066 (1985)–: què passa amb un individu que usa una autocaravana –una caravana proveïda de motor i, per tant, capaç de desplaçar-se per si mateixa– tant per a circular per la via pública com per a dormir? No es tracta d'un problema de falta d'informació, sinó de com qualificar aquest cas (la solució sobre si es requereix o no una ordre judicial per a l'escorcoll serà molt diferent si es considera com un domicili o com un simple vehicle).

Llacuna de coneixement

Es pot sospitar que certa persona va matar una altra persona, però no es disposa de prou informació (prou proves o proves adequades) per a poder determinar si realment va cometre l'homicidi. Òbviament, les conseqüències jurídiques d'una o altra alternativa són molt diferents (les normes aplicables i les seves conseqüències seran molt diferents en funció de si es considera que aquesta persona va cometre o no va cometre l'homicidi).

c) Les **llacunes axiològiques** són situacions en què la "mancaça" se situa en un pla valoratiu o axiològic. Es tracta d'aquelles situacions en què es considera que el legislador, o l'autoritat en general que dicta la norma, no ha considerat alguna circumstància o propietat que hauria d'haver estat tinguda en compte, perquè es considera rellevant des d'un punt moral o valoratiu. No es tracta, per tant, d'un problema d'absència de solució (el cas està regulat), sinó d'un defecte valoratiu del sistema: la solució hauria d'haver estat diferent perquè no s'ha pres en consideració algun aspecte important que mereixia que s'hagués tingut en compte.

Exemple

Suposem el cas en què, a l'entrada d'un hospital, hi ha un cartell que prohibeix l'entrada dels gossos al recinte hospitalari. En cert moment, arriba a l'hospital un cec guiat pel seu gos pigall. D'acord amb la norma sobre l'accés dels gossos, el gos pigall té prohibida l'entrada (el cas està regulat; no es tracta d'una llacuna normativa), però molts considerarien que hi ha una llacuna axiològica, ja que s'haurien d'haver tingut en compte certes situacions excepcionals com la dels gossos que serveixen de guia a les persones invidents. Es considera, doncs, que el sistema hauria d'haver tingut en compte com a rellevant certa propietat (ser invident, per exemple), i no ho ha fet.

La tesi de la plenitud del dret

Alguns destacats juristes i teòrics del dret han sostingut que els sistemes jurídics manquen necessàriament de llacunes normatives, per raons conceptuals. Un d'aquests autors és Hans Kelsen, per a qui és una veritat necessària o conceptual que els sistemes jurídics no tenen llacunes, ja que és una veritat lògica que "tot el que no està prohibit, està permès" (principi de prohibició).

Aquest argument, que a primera vista sembla molt plausible, és en realitat força problemàtic i discutible. Almenys hi ha dues maneres d'entendre que alguna cosa "està permesa": com un permís fort (o en sentit fort), o com un

permís feble (o en sentit feble). Un comportament està permès en sentit fort si, i només si, hi ha una norma en el sistema que expressament permet aquest comportament, mentre que un comportament està permès en sentit feble si, i només si, no hi ha en el sistema cap norma que el prohibeixi. Com veurem, l'afirmació que "tot el que no està prohibit està permès" no és gaire satisfactòria, tant si s'entén *permès* en sentit fort com en sentit feble.

Entès com a **permís fort**, el principi de prohibició establiria que per a tot comportament que no està prohibit hi ha una norma que expressament permet aquest comportament. Com és fàcil de veure, l'existència o no de normes que expressament permetin certs comportaments és una qüestió contingent, que depèn de com sigui cada sistema jurídic en qüestió, i no és una veritat lògica. És cert, amb tot, que la gran majoria de sistemes jurídics disposen de certes normes de clausura en certes branques del dret (normalment el dret penal), d'acord amb les quals només es pot sancionar penalment per als comportaments que explícitament estiguin establerts com a delictes (o infracció penal, en sentit ampli) en el moment de cometre's. És per això que es pot dir que tot el que no està prohibit penalment està permès penalment (sense perjudici que pugui estar prohibit i sancionat per altres normes no penals). De qualsevol manera, l'existència d'aquestes normes de clausura és una cosa contingent que depèn de la voluntat del legislador, i no és una veritat conceptual o necessària de tot sistema jurídic.

Entès com a **permís feble** (equivalent a no prohibit), el principi de prohibició diria senzillament que "tot el que no està prohibit no està prohibit", la qual cosa, malgrat ser lògicament verdadera, és una simple tautologia que no serveix per a eliminar les llacunes normatives que pugui tenir el sistema.

En conclusió, el principi de prohibició és inadequat com a tesi negadora de l'existència de llacunes normatives, ja que, o bé es tracta d'una afirmació contingent (i no d'una veritat lògica), o bé, malgrat que és una veritat lògica, no serveix per a eliminar les llacunes.

3.4.3. Independència i redundàncies

Que un sistema normatiu sigui independent o que, al contrari, sigui redundant, dependrà de si presenta o no almenys una redundància.

A diferència de les antinòmies i de les llacunes normatives, les redundàncies són defectes relativament poc importants, ja que la solució del cas és determinada (sabem quina és la conseqüència jurídica del cas). És per això que es tractaria més aviat d'un defecte en la "presentació" del sistema, que podria haver estat més elegant o més econòmica (amb menys elements). Amb tot, la presència de redundàncies pot plantejar certs problemes:

Redundància

Una redundància consisteix que diverses normes del sistema correlacionen un mateix cas amb la mateixa solució, o amb diferents solucions que s'impliquin lògicament, com a "obligatori fer x" i "permès fer x" (ja que l'obligació de fer x implica que és permès fer x).

1) En primer lloc, si dos (o més) preceptes legals donen lloc a una redundància, i només se'n deroga un, cal entendre que només s'ha eliminat una disposició o formulació que era innecessària, però que el cas continua estant regulat de la mateixa manera, o bé s'ha d'entendre que el legislador ha volgut canviar la regulació del cas?

2) En segon lloc, de vegades, els òrgans judicials han fet interpretacions diferents de preceptes que almenys a primera vista o en una interpretació literal donaven lloc a una redundància, i així els han atribuït significats diferents (argument econòmic). Això es basa en l'assumpció del que s'ha denominat com la *hipòtesi del legislador racional*, que és la creença que el legislador és un ens racional que, com a tal, a l'hora de dictar normes, no incorre en contradiccions (antinòmies), no deixa casos sense resposta (llacunes), ni dicta normes supèrflues o innecessàries (redundàncies). En aquests pressupòsits, s'entén que només "aparentment" hi ha una redundància, ja que el legislador és racional i per tant els preceptes "han" de significar coses diferents. Com hem vist, la hipòtesi del legislador racional és altament discutible, amb la qual cosa no ens aturarem en aquesta qüestió.

3.5. Alguns exemples més sofisticats

L'exemple que hem pres com a base per a explicar els aspectes bàsics del model d'anàlisi de sistemes normatius d'Alchourrón i Bulygin, encara que simple, és útil per a comprendre adequadament els elements centrals del model, i per a tenir una idea de les principals característiques i possibles defectes formals dels sistemes normatius. Amb tot, resultarà ara més interessant veure com pot funcionar el mateix esquema quan és aplicat a problemes pròpiament jurídics i més propers als que habitualment tracta un professional del dret.

A aquest efecte, veurem com funciona el model en tres exemples més diferents. El primer d'aquests exemples no és sinó el que els mateixos autors utilitzen en la seva obra *Normative systems* per a explicar el seu model, i es refereix a la regulació, segons el dret civil argentí, de la situació en què algú transfereix a un tercer un bé immoble que no és de la seva propietat. El segon dels exemples que veurem és relatiu a un aspecte de la circulació de vehicles de motor, segons la normativa espanyola de trànsit. Finalment, el tercer exemple versa sobre la prohibició o permissió de fumar en certs espais, d'acord amb el que estableix la Llei 28/2005, coneguda com a "Llei antitabac".

3.5.1. La restitució de la possessió d'un immoble al seu titular

Com s'acaba d'apuntar, els autors argentins prenen com a base per a explicar el seu model l'exemple de la situació en què algú, sense ser-ne el legítim titular (propietari), transfereix un bé immoble a un tercer, a fi de determinar quan és

Lectura recomanada

Un altre exemple d'aplicació del model, de gran interès i d'una sofisticació encara més gran, es pot trobar a J. P. Alonso (1995). "Un caso difícil en el Código Civil español". *Doxa* (núm. 17-18, pàg. 403-431).

Lectura recomanada

C. E. Alchourrón; E. Bulygin (1971). *Op. cit.* (pàg. 9-21).

procedent jurídicament l'obligació de restituir aquest immoble al seu legítim propietari, o bé en quines condicions el tercer adquirent es veu protegit en la seva adquisició.

El primer pas, com sabem, és la determinació dels límits de l'anàlisi, definida en el model com a **univers del discurs** (UD). L'UD comprèn totes les situacions en què algú que no és el titular d'un immoble el transfereix a un tercer, o, el que és el mateix, els casos de transferència d'un immoble que és titularitat d'un tercer, diferent de l'alienant i de l'adquirent. La propietat definitòria de l'UD, per tant, és la de "ser una transferència d'un immoble que pertany a un tercer".

Els autors analitzen com són els sistemes jurídics que regulen aquest UD, en relació només amb el tema de la restitució de l'immoble al seu legítim titular (i sense entrar a considerar altres possibles qüestions, com per exemple quan és procedent el pagament d'un determinat impost, o dels danys i perjudicis ocasionats, etc.). Per a això prenen com a referència com apareix aquesta qüestió regulada, d'una banda, en el projecte de Codi civil argentí elaborat per Augusto Freitas (un famós jurista brasiler del segle XIX), i, de l'altra, com es regula la qüestió en el Codi civil argentí de 1869, que és el que finalment es va aprovar i va entrar en vigor.

Les disposicions normatives que cal tenir en compte són, d'una banda, els articles 3.877, 3.878 i 3.882 del projecte de Freitas, i de l'altra, els articles 2777 i 2778 del Codi civil argentí de 1869.

Segons els autors, en tots dos casos les propietats rellevants (elements de l'**univers de propietats** o UP) són les tres següents: 1) la bona fe de l'alienant (BFE), 2) la bona fe de l'adquirent (BFA) i 3) el títol oneros de la transmissió (TO).

La "bona fe" s'entén com a desconeixement que la titularitat de l'immoble era d'un tercer. És a dir, l'alienant actua amb bona fe si desconeixia que ell no era l'autèntic propietari a efectes legals de l'immoble, i l'adquirent actua amb bona fe si desconeix que el transmissor no n'era el titular legítim. En cas contrari, s'actua amb mala fe, entesa simplement com a absència de bona fe (¬BFE i ¬BFA, respectivament).

D'altra banda, la transmissió es pot fer a títol oneros (TO), com per exemple una compravenda, o a títol gratuït (¬TO), com per exemple, mitjançant una donació.

En suma, tenim $UP = \{BFE, BFA, TO\}$

Com sabem, el nombre de casos que integren l'**univers de casos** o UC es determina segons la fórmula 2^n . En aquest cas, en tenir tres propietats, hi haurà un total de $2^3 = 8$ casos genèrics, que concretament són els següents:

Univers de casos

UC	UP		
	BFE	BFA	TO
1	+	+	+
2	+	+	-
3	+	-	+
4	+	-	-
5	-	+	+
6	-	+	-
7	-	-	+
8	-	-	-

Respecte de l'**univers d'accions** o UA, també en tots dos casos (projecte de Freitas i Codi civil argentí) l'anàlisi se centra en un únic element: l'acció de restitució de l'immoble al seu titular legítim (r). Per tant:

$$UA = \{r\}$$

A partir d'aquí, s'ha de diferenciar segons el sistema normatiu analitzat: el del projecte de Freitas o el del Codi civil. Com s'ha apuntat, els preceptes legals¹⁶ rellevants del projecte de Freitas eren els articles 3.877, 3.878 i 3.882. Segons Alchourrón i Bulygin, dels dits preceptes s'obtenen les quatre normes següents:

⁽¹⁶⁾Aquests preceptes estableixen literalment el següent:

Art. 3877, inc. 29: "Competeix la reivindicació, quan la cosa demandada és immoble [...] contra l'actual posseïdor, encara que n'hi hagués de bona fe per títol onerós, si en va haver d'alienant de mala fe..."

Art. 3878: "Competeix la reivindicació, tant si la cosa demandada és moble o immoble..."

Inc. 2n.: "Contra l'actual posseïdor, que de mala fe n'hi va haver d'alienant obligat a restituir-la al reivindicant."

Inc. 3r.: "Contra l'actual posseïdor, encara que n'hi hagués de bona fe d'alienant de bona fe, si n'hi va haver per títol gratuït..."

Art. 3882, inc. 1r.: "Tampoc no competeix la reivindicació, tant si la cosa demandada és moble o immoble, contra el posseïdor de bona fe que n'hi va haver per títol onerós d'alienant de bona fe..."

N_1 : $\neg BFA \rightarrow O(r)$; si hi ha mala fe de l'adquirent, és obligatori restituir.

N_2 : $\neg BFE \rightarrow O(r)$; si hi ha mala fe de l'alienant, és obligatori restituir.

N_3 : $\neg TO \rightarrow O(r)$; si la transmissió és a títol gratuït, és obligatori restituir.

N_4 : $BFE \wedge BFA \wedge TO \rightarrow F(r)$; si hi ha bona fe de l'alienant, bona fe de l'adquirent i la transmissió és a títol oneros, és facultatiu restituir (l'adquirent té llibertat per a restituir o no restituir).

Per tant, el sistema normatiu resultant del projecte de Freitas, que designarem com a S_1 , conté aquestes quatre normes:

$$S_1 = \{N_1, N_2, N_3, N_4\}$$

Del sistema S_1 resulten les conseqüències següents:

Matriu del sistema S_1

UC	UP			S_1			
	BFE	BFA	TO	N_1	N_2	N_3	N_4
1	+	+	+				$F(r)$
2	+	+	-			$O(r)$	
3	+	-	+	$O(r)$			
4	+	-	-	$O(r)$		$O(r)$	
5	-	+	+		$O(r)$		
6	-	+	-		$O(r)$	$O(r)$	
7	-	-	+	$O(r)$	$O(r)$		
8	-	-	-	$O(r)$	$O(r)$	$O(r)$	

Com es pot observar, el sistema S_1 és, des del punt de vista formal, un sistema força satisfactori. No presenta cap llacuna normativa (és complet), ni tampoc cap antinòmia o contradicció normativa (és consistent) i l'única cosa reprotable és que conté algunes redundàncies, concretament en el cas 4 (entre N_1 i N_3), en el cas 6 (entre N_2 i N_3) i en el cas 7 (entre N_1 , N_2). Amb tot, aquests defectes són menors, ja que de cap manera plantegen dubtes sobre quina és la resposta jurídica d'aquests casos ($O(r)$).

Els autors també analitzen com està resolta jurídicament aquesta qüestió segons el que estableix el Codi civil argentí de 1869. Les disposicions rellevants són, en aquest cas, els articles 2777 i 2778¹⁷. Segons Alchourrón i Bulygin, d'aquests preceptes s'obtenen dues normes:

N_5 : $\neg BFE \wedge BFA \wedge TO \rightarrow O(r)$; si hi ha mala fe de l'alienant, bona fe de l'adquirent i la transmissió és a títol oneros, és obligatori restituir (art. 2777).

N_3 : $\neg TO \rightarrow O(r)$; Si la transmissió és a títol gratuït, és obligatori restituir (art. 2778).

⁽¹⁷⁾El contingut literal dels articles 2777 i 2778 del Codi civil argentí és el següent:
 Art. 2777: "Competeix també [la reivindicació] contra l'actual posseïdor de bona fe que per títol oneros l'hagi obtingut d'un alienant de mala fe..."
 Art. 2778: "Tant si la cosa és mòble com immòble, la reivindicació competeix [...] contra l'actual posseïdor, encara que de bona fe, si n'hi va haver per títol gratuït..."

Aquest sistema normatiu resultant, al qual denominarem S_2 , està per tant format per les normes N_3 i N_5 :

$$S_2 = \{N_3, N_5\}$$

La matriu resultant de S_2 seria la següent:

Matriu del sistema S_2

UC	UP			S_2	
	BFE	BFA	TO	N_3	N_5
1	+	+	+		
2	+	+	-	$O(r)$	
3	+	-	+		
4	+	-	-	$O(r)$	
5	-	+	+		$O(r)$
6	-	+	-	$O(r)$	
7	-	-	+		
8	-	-	-	$O(r)$	

Com s'observa, és curiós comprovar que el sistema del Codi civil finalment aprovat és considerablement menys satisfactori des del punt de vista formal que el sistema resultant del projecte de Freitas, ja que, si bé el sistema S_2 és independent (no té redundàncies) i consistent (no té contradiccions), és un sistema incomplet, ja que presenta ni més ni menys que tres casos de llacuna normativa. Els autors no s'aturen a analitzar com es podrien integrar aquestes llacunes, ja que el seu objectiu només és explicar l'estructura i el funcionament del seu model d'anàlisi.

3.5.2. La circulació cap enrere dels vehicles de motor

Veurem a continuació un altre exemple d'aplicació del model, relacionat amb un aspecte de la normativa de trànsit. El Reial decret 13/1992, de 17 de gener (Reglament general de la circulació), entre moltes altres qüestions relacionades amb la circulació de vehicles, regula les condicions en què es pot circular marxa enrere¹⁸, i la preferència de pas en els estretalls de la calçada¹⁹.

Encara que no sembla haver-hi cap problema prenent cada un d'aquests àmbits separatament, comprovarem que es planteja un problema quan es troben dos vehicles en un estretall i un d'ells ha de fer marxa enrere. L'article 80.1 estableix amb caràcter general la prohibició de circular marxa enrere, excepte en una situació de necessitat i, en tot cas, es prohibeix fer un recorregut de més de 15 metres o envair una intersecció mentre se circula cap enrere²⁰. Per la seva

⁽¹⁸⁾Art. 80 i seg.

⁽¹⁹⁾Art. 60 i seg.

⁽²⁰⁾Art. 80.2

⁽²¹⁾Art. 62.1 *in fine*

banda, per als estretalls, el Reglament estableix unes regles de preferència de pas segons les quals en primer lloc cal atènyer-se a la senyalització expressa, i en cas que aquesta no existeixi, té prioritat el vehicle que arriba en primer lloc. Si arriben al mateix temps, s'estableix una ordenació en funció del tipus o categoria de vehicles implicats (el fonament de la qual atén la dificultat de maniobra). Finalment, per al cas que els vehicles siguin del mateix tipus, ha de retrocedir el que hagi de recórrer una distància menor²¹. És aquesta última situació, en què en un estretall es troben dos vehicles de la mateixa categoria, la que centrarà la nostra atenció.

El text literal de les disposicions normatives implicades és el següent:

Art. 80.2: "El recorregut cap enrere, com a maniobra complementària d'una altra que l'exigeixi [...], no pot ser superior a quinze metres ni envair un encreuament de vies."

Art. 60.1: "En els trams de la via en què per la seva estretor sigui impossible o molt difícil el pas simultani de dos vehicles que circulin en sentit contrari, on no hi hagi senyalització expressa a aquest efecte, té dret de preferència de pas el que hi hagi entrat primer. En cas de dubte sobre aquesta circumstància, té la preferència el vehicle amb més dificultats de maniobra, d'acord amb els que determina l'article 62 d'aquest Reglament."

Art. 62.1: "Sense perjudici del que pugui ordenar l'agent de l'autoritat, o si escau, l'encarregat de dirigir el pas dels vehicles per les obres, l'ordre de preferència entre els diferents tipus de vehicles quan un hagi de fer marxa enrere és el següent:

1. Vehicles i transports especials que excedeixin els pesos o les dimensions que estableixin les normes reguladores dels vehicles.
2. Conjunt de vehicles.
3. Vehicles de tracció animal.
4. Turismes que arrosseguin remolcs de menys de 750 quilograms de pes.
5. Vehicles destinats al transport col·lectiu de viatgers.
6. Camions.
7. Turismes.
8. Vehicles especials que no excedeixin els pesos o les dimensions que estableixin les normes reguladores dels vehicles.
9. Motocicletes de tres rodes i motocicletes amb sidecar.
10. Motocicletes, ciclomotors i bicicletes. [...]"

Art. 62 in fine: "Quan es tracti de vehicles del mateix tipus o de supòsits no enumerats, la preferència de pas es decideix a favor del que hagi de fer marxa enrere una distància més llarga."

Per a fer l'anàlisi, convé en primer lloc delimitar l'UD (univers del discurs). És aconsellable delimitar-lo al màxim per no afegir-hi innecessàriament complexitat, de manera que considerarem que l'UD és "trobar-se simultàniament en un estretall sense senyalització de preferència amb un altre vehicle de la mateixa categoria".

Tenint en compte aquest univers del discurs, i havent identificat els preceptes o les disposicions normatives relatives a aquest, els elements de l'UP (univers de propietats) sembla que són, d'una banda, que s'hagi d'envair una intersecció o recórrer més de quinze metres (que podem tractar, per raons de la simplicitat, de manera conjunta), que simbolitzarem com a IN, i de l'altra, que sigui el vehicle que ha de recórrer una distància menor (simbolitzat com a DM). Amb

aquestes dues propietats, obtenim un UC (univers de casos) de $2^2 = 4$ casos genèrics possibles. Per la seva banda, l'UA (univers d'accions) sembla contenir una única acció, "circular cap enrere", que simbolitzarem com a p .

Quant a les normes que podrien formar part del sistema S_3 que regula aquest UD:

a) En primer lloc, tindríem la norma que prohibeix als conductors circular cap enrere més de quinze metres o envaint una intersecció²², que simbolitzarem de la manera següent:

⁽²²⁾Art. 80.2

$$N_1: IN \rightarrow Ph(p)$$

b) En segon lloc, la norma que atorga preferència de pas al conductor que hauria de recórrer una distància més llarga cap enrere. Això es pot interpretar fàcilment com l'obligació de fer marxa enrere en el cas que sigui el conductor del vehicle que ha de recórrer una distància més curta:

$$N_2: DM \rightarrow O(p)$$

c) Finalment, queda per veure com queda resolt el cas en què no es dona cap d'aquestes dues circumstàncies. La situació no acaba de ser clara perquè, d'una banda, tenim la prohibició general de circular cap enrere a falta de regulació expressa, però, d'altra banda, podem considerar que un estretall és un dels casos en què no és possible circular cap endavant ni canviar de direcció o sentit de la marxa²³, i per tant la circulació cap enrere estaria permesa (encara que no obligada). Sembla més adequat això últim, i per tant obtindríem la norma següent:

⁽²³⁾Art. 80.1

$$N_3: \neg IN \wedge \neg DM \rightarrow F(p)$$

En suma, disposem dels elements següents:

UD: trobar-se simultàniament en un estretall sense senyalització de preferència amb un altre vehicle de la mateixa categoria.

$$UP = \{IN, DM\}$$

$$UA = \{p\}$$

$$S_3 = \{N_1, N_2, N_3\}$$

Les conseqüències del sistema S_3 són les següents:

Matriu del sistema S_3

UC	UP		S_3		
	IN	DM	N_1	N_2	N_3
1	+	+	$Ph(p)$	$O(p)$	
2	+	-	$Ph(p)$		
3	-	+		$O(p)$	
4	-	-			$F(p)$

Podem observar com en el primer cas genèric (el conductor que hauria de recórrer una distància més curta recorreria més de quinze metres o envairia un encreuament) es produeix una inconsistència (antinòmia parcial-parcial) entre N_1 i N_2 . Aquesta inconsistència condueix inexorablement a un conflicte normatiu, ja que en la situació del cas 1 el conductor hauria de fer simultàniament marxa enrere i no fer marxa enrere per complir totes les normes aplicables al cas, i això és, òbviament, impossible lògicament i empíricament. Seríem, per tant, davant un cas difícil per problemes de rellevància.

Val la pena destacar que "els casos de conflicte es determinen en abstracte i *a priori*, sense necessitat que es presenti cap cas individual per a poder detectar el problema. Bé podria passar que de fet mai no es donés una situació com la del cas 1: les carreteres podrien ser tan excel·lents que no hi hagués mai estretall, o que tots els que hi hagués tinguessin degudament senyalitzades les preferències, o que fossin tots inferiors a quinze metres de longitud o que mai no hi hagués una intersecció en algun dels seus extrems, o simplement que no coincidissin mai dos vehicles del mateix tipus en un estretall. De qualsevol manera, el problema del sistema continuaria estant allà i disposat a manifestar-se necessàriament cada vegada que sorgissin les circumstàncies adequades.

La solució de l'antinòmia del cas 1 és, a més, complexa. Com que es tracta d'una contradicció entre normes resultants de disposicions normatives que es troben en un mateix text normatiu²⁴, no podem acudir ni al criteri de jerarquia, ni al criteri cronològic. Tampoc no es pot usar el criteri d'especialitat, ja que l'antinòmia és de tipus parcial-parcial i no és possible establir una relació d'especialitat. Probablement, la solució hauria de venir per la via de la interpretació, que permet diferents possibilitats: per exemple, establir que la prohibició d'envair una intersecció o recórrer més de quinze metres cap enrere té com a excepció el supòsit de trobar-se en un estretall de la calçada, o bé sostenir que la prohibició d'envair una intersecció cap enrere és absoluta, i que per tant sempre és l'altre conductor, encara que hagi de recórrer una distància més gran, qui ha de retrocedir. Sigui quina sigui la proposta, l'interpret o decisor l'hauria d'argumentar de la millor manera possible, fent ús d'una o diverses de les tècniques interpretatives o argumentatives que vam veure en l'apartat "les tècniques interpretatives. Interpretació literal i interpretació correctora".

⁽²⁴⁾ Reial decret 13/1992, de 17 de gener.

3.5.3. La prohibició de fumar als centres de treball

El tercer i últim exemple de sistematització que veurem està relacionat amb la regulació del consum de tabac, a partir de la normativa que estableix la Llei 28/2005, de 26 de desembre, de mesures sanitàries davant el tabaquisme i reguladora de la venda, el subministrament, el consum i la publicitat dels productes del tabac (popularment coneguda com a *lleï antitabac*).

Aquesta Llei estableix un règim molt estricte sobre certes activitats relacionades amb el tabac, entre les quals hi ha la del seu consum (és a dir, fumar). Per al que ara ens interessa, centrarem l'atenció a com es regula el consum de tabac en certs espais esmentats en l'article 8.1 de la Llei, com per exemple hotels, bars, restaurants, sales de festa o aeroports, entre d'altres. L'aspecte més rellevant és que hi ha una prohibició genèrica de fumar en aquests espais, però hi ha la possibilitat d'habilitar certes zones per a fumadors, sempre que es compleixin les condicions que exigeix l'article 8.2. Com veurem, es poden plantejar problemes quan les normes derivades d'aquests preceptes es posen en relació amb la prohibició total de fumar als centres de treball de l'article 7.a) de la mateixa Llei.

De nou, doncs, el primer pas de l'anàlisi és delimitar l'àmbit de l'univers del discurs (UD), per a centrar-nos en els que ens interessa i evitar complexitats innecessàries en la sistematització. Com s'acaba d'indicar, ens interessa conèixer el règim del consum de tabac en els espais que estableix l'article 8.1 (sense que, almenys de moment, ens interressi saber com està regulat el consum de tabac en general o en altres espais diferents), i per tant l'UD seria "Trobar-se en algun dels espais que indica l'article 8.1 de la Llei 28/2005".

El pas següent consisteix en la selecció del material jurídic rellevant. A fi de simplificar l'anàlisi, podem prescindir, entre altres aspectes, del règim transitori de la Llei i només limitar-nos als preceptes o les disposicions següents: art. 7.a) (prohibició de fumar en centres de treball, excepte en espais a l'aire lliure); art. 8.1 (prohibició de fumar en certs espais, com bars o hotels, excepte en zones habilitades) i art. 8.2 (condicions que han de reunir les zones habilitades per a fumar). El text d'aquestes disposicions és el següent:

Article 7. Prohibició total de fumar.

Es prohibeix totalment fumar, a més dels llocs o espais que defineix la normativa de les comunitats autònomes, en:

- a. Centres de treball públics i privats, llevat dels espais a l'aire lliure.

[...]

Article 8. Habilitació de zones per a fumar.

1. Es prohibeix fumar, encara que es permet habilitar zones per a fumar, en els espais o llocs següents:

- a. Centres d'atenció social.
- b. Hotels, hostals i establiments anàlegs.
- c. Bars, restaurants i altres establiments de restauració tancats, amb una superfície útil destinada a clients o visitants igual o superior a cent metres quadrats, llevat que estiguin ubicats a l'interior de centres o dependències en els quals es prohibeixi fumar d'acord amb el que preveu l'article 7.

- d. Sales de festa, establiments de joc, o d'ús públic en general, durant l'horari o interval temporal en el qual no es permeti l'entrada a menors de divuit anys, llevat dels espais a l'aire lliure.
- e. Sales de teatre, cinema i altres espectacles públics que es realitzen en espais tancats. En aquests casos, la ubicació de la zona de fumadors s'ha de situar fora de les sales de representació o projecció.
- f. Aeroports.
- g. Estacions d'autobusos.
- h. Estacions de transport marítim i ferroviari.
- i. En qualsevol altre lloc en el qual, sense existir prohibició de fumar, el seu titular ho decideixi.
- j. En qualsevol lloc o espai permès per la normativa de les comunitats autònomes, fora dels supòsits que enumera l'article 7.

2. Es poden habilitar zones per fumar únicament en els llocs assenyalats en l'apartat anterior, sempre que compleixin, com a mínim, els requisits següents:

- a. Han d'estar degudament i visiblement senyalitzades, en castellà i en la llengua cooficial, amb les exigències requerides per les normes autonòmiques corresponents.
- b. Han d'estar separades físicament de la resta de les dependències del centre o entitat i completament compartimentades, i no ser zones de pas obligatori per a les persones no fumadores, llevat que aquestes tinguin la condició de treballadores o empleades en aquelles i siguin més grans de setze anys.
- c. Han de disposar de sistemes de ventilació independent o altres dispositius o mecanismes que permetin garantir l'eliminació de fums.
- d. En tot cas, la superfície de la zona habilitada ha de ser inferior al 10% de la total destinada a clients o visitants del centre o establiment, llevat dels supòsits a què es refereixen les lletres b), c) i d) de l'apartat anterior, en els quals es pot destinar, com a màxim, el 30% de les zones comunes per a les persones fumadores. En cap cas, el conjunt de les zones habilitades per a fumadors en cada un dels espais o llocs a què es refereix l'apartat 1 d'aquest article no pot tenir una superfície superior a tres-cents metres quadrats.

En els llocs designats en la lletra b) de l'apartat 1 d'aquest article, es pot reservar fins a un 30% d'habitacions per a hostes fumadores.

e. En els establiments en els quals es duguin a terme dues activitats separades en l'espai, de les enumerades en aquest article, la superfície útil es computa per a cada una d'aquestes de manera independent, excloent del còmput les zones comunes i de trànsit, en les quals, en cap cas, es permet el consum de tabac.

En tots els casos en què no sigui possible dotar aquestes zones dels requisits exigits, es manté la prohibició de fumar en tot l'espai.

Podem observar que el règim és molt detallat (sobretot, en les condicions que s'han de satisfer per a poder habilitar una zona de fumadors), i això podria complicar força el nostre UP (univers de propietats). Per a evitar-ho, els limitarem a l'essencial, que en última instància determinarà la qualificació deòntica de l'activitat de fumar, i que, pel que sembla, es limitaria tan sols a dos elements o propietats: 1) Primerament, que el lloc en qüestió tingui o no la consideració de "centre de treball"²⁵; i 2) que hi hagi o no una zona habilitada²⁶, sempre que compleixi les exigències legals de l'article 8.2 (senyalització, separació física, que no sigui un pas obligatori, sistemes de ventilació, que la superfície sigui inferior al 10% o al 30% del total segons els casos, etc.), quan a més, és clar, ens trobem en la zona esmentada.

Resumint, considerarem que hi ha dues propietats rellevants: que la zona sigui un centre de treball (que simbolitzarem com a CT), i que siguem en una zona habilitada per a fumar (sota el pressupòsit que se satisfan totes les exigències legals), que representarem com a ZF. Per tant:

$$UP = \{CT, ZF\}$$

⁽²⁵⁾Art. 7, apartat a

⁽²⁶⁾Art. 8.1

Amb la qual cosa obtenim un UC (univers de casos) de $2^2 = 4$ casos genèrics, que són: 1) que es tracti d'un centre de treball i siguem en una zona habilitada; 2) que es tracti d'un centre de treball i no siguem en una zona habilitada (o no n'hi hagi); 3) que no es tracti d'un centre de treball i que siguem en una zona habilitada, i 4) que no es tracti d'un centre de treball i no ens trobem en una zona habilitada (o no n'hi hagi). No hem de perdre de vista que, tal com s'ha definit l'UD, partim de la base que ens trobem en algun dels espais de l'article 8.1 (hotels, sales de festa, bars, aeroports, etc.), independentment que siguin "centres de treball" o no ho siguin i independentment que hi hagi o no zones habilitades.

Per la seva banda, l'UA (univers d'accions) es limita a una única acció, fumar (p). Per tant:

$$UA = \{p\}$$

El pas següent és la interpretació de les disposicions normatives en termes de correlacions entre casos i solucions, per a obtenir les normes del sistema S_4 . Si atenem l'article 7.a), veiem que aquest estableix una prohibició absoluta de fumar en els espais que tinguin la consideració de centres de treball (llevat de zones a l'aire lliure), sense que es fixi cap excepció o es permeti l'establiment de zones habilitades per a fumar. En síntesi, la presència de la propietat de ser centre de treball és condició suficient per a donar lloc a la prohibició de fumar:

$$N_1: CT \rightarrow Ph(p)$$

Per la seva banda, l'article 8.1 contindria almenys dues normes més. D'una banda, permet fumar a les zones habilitades per a això (pressuposant que es compleixen les condicions que per a aquestes zones exigeix l'article 8.2). Aquesta permissió s'ha d'entendre com que és facultatiu fumar en aquestes zones, ja que qui s'hi trobi podrà lliurement optar per fumar o no fumar. Per tant:

$$N_2: ZF \rightarrow F(p)$$

D'altra banda, el mateix article 8.1 estableix una prohibició general de fumar en aquests espais, fora de les zones habilitades (en cas que n'hi hagi). És a dir, si no ens trobem en una zona habilitada, és prohibit fumar:

$$N_3: \neg ZF \rightarrow Ph(p)$$

En suma:

$$S_4: \{N_1, N_2, N_3\}$$

La matriu resultant del sistema S_4 és la següent:

Centres de treball

És possible plantejar-se la qüestió de si realment la propietat "ser un centre de treball" és lògicament independent de l'univers del discurs, ja que el més habitual serà que els espais o les instal·lacions de l'article 8.1 (hotels, restaurants, etc.) tinguin personal contractat per a fer les seves activitats i serveis, de manera que constitueixen centres de treball. No obstant això, fins i tot considerant que aquesta sigui la tònica general, és possible concebre situacions en què no ens trobem davant centres de treball, com per exemple en el cas de bars que siguin regentats exclusivament pels seus propietaris, sense cap persona contractada laboralment per a prestar-hi serveis.

Matriu del sistema S_4

UC	UP		SN ₄		
	CT	ZF	N ₁	N ₂	N ₃
1	+	+	Ph(p)	F(p)	
2	+	-	Ph(p)		Ph(p)
3	-	+		F(p)	
4	-	-			Ph(p)

Observant la matriu, podem identificar dos defectes lògics en el sistema. Un d'aquests, poc important, és la redundància que es produeix en el cas 2 (centre de treball i sense –o fora de– zona de fumadors). Aquest supòsit està correlacionat amb la solució $Ph(p)$, és a dir, prohibit fumar, tant per la norma N_1 , derivada de l'article 7.a), que prohibeix totalment fumar als centres de treball, com per la norma N_3 , derivada de l'article 8.1, que prohibeix fumar en determinats tipus d'establiments fora de les zones habilitades segons els requisits de l'article 8.2. En qualsevol cas, el defecte és poc important a efectes pràctics, perquè la solució del cas 2 és clarament determinada: prohibit fumar.

L'altre defecte que presenta el sistema S_4 és més important, i consisteix en l'antinòmia o contradicció normativa que observem en el cas 1 (centre de treball i zona de fumadors). Aquest cas està correlacionat simultàniament amb la solució "prohibit fumar" per la norma N_1 , derivada de la prohibició total de fumar als centres de treball de l'article 7.a), i amb la solució "facultatiu fumar" per la norma N_2 , derivada de l'article 8.1. Totes dues solucions són lògicament excloents, i fan que el sistema sigui inconsistent. Com podem observar, tant N_1 com N_2 tenen altres casos d'aplicació en què el conflicte no es produeix, per la qual cosa som davant una antinòmia parcial-parcial.

En conclusió, el sistema S_4 és complet, inconsistent i redundant.

La qüestió de més rellevància una vegada detectats els problemes és com resoldre'ls. Ens centrarem únicament en l'antinòmia. Podem comprovar que els criteris "clàssics" (jerarquia, temporalitat i especialitat) no funcionen, ja que les normes en conflicte provenen de disposicions normatives d'un mateix text legal, i per tant de la mateixa jerarquia normativa i aprovades en un mateix moment. D'altra banda, com que es tracta d'una antinòmia parcial-parcial, no hi ha una relació d'especialitat i tampoc no podem acudir al criteri *lex specialis derogat legi generali*.

Aquesta última afirmació mereix un comentari addicional. Si som estrictes, només es pot parlar de norma general i norma especial si entre els casos que regulen es produeix una relació lògica d'inclusió (el conjunt de tots els casos que regula la norma especial s'inclou en el conjunt dels casos que regula la norma general, però no a la inversa, de manera que cap cas de la norma especial no queda fora del camp d'aplicació de la norma general, encara que la norma general regula almenys un cas no regulat per la norma especial). Per això, teòricament només és possible l'ús del criteri d'especialitat quan som davant una antinòmia total-parcial. Tanmateix, en el cas que ara ens ocupa (centre de

⁽²⁷⁾ Art. 8.1

⁽²⁸⁾ Art. 7.a

treball i zona de fumadors), probablement alguns juristes s'inclinarien per afirmar que la norma N_3 ²⁷ és "especial" en relació amb N_1 ²⁸. Això és així perquè de vegades sembla que els juristes parlen d'*especialitat* atenent altres criteris diferents dels estrictament lògics. Per exemple, es podria dir que els recintes que enumera l'article 8.1 (hotels, restaurants, sales de festa, teatres, etc.) són "especials" en relació amb la categoria "general" dels centres de treball, que inclouria també molts altres recintes diferents (i que en total serien molt més nombrosos). És per això que es podrien decantar per aplicar el criteri d'especialitat malgrat que és lògicament (i empíricament, és a dir, de fet) possible que alguns dels recintes de l'article 8.1 no siguin centres de treball.

Si no és possible resoldre la contradicció aplicant-hi aquests criteris, la manera de fer-ho serà mitjançant la modificació del sistema normatiu per la via interpretativa, donant un altre significat diferent a una o a diverses de les disposicions normatives, de manera que les normes resultants ja no donin lloc a l'antinòmia. Això seria possible fer-ho, almenys, per dues vies diferents:

a) Es podria sostenir que "en realitat" la norma estableix que és prohibit fumar als centres de treball, a excepció que es tracti d'un dels recintes de l'article 8.1 i que hi hagi zones habilitades per a fumar. D'aquesta manera, la prohibició de l'article 7.a) ja no seria absoluta, malgrat el que estableix la literalitat de la disposició. Es podria intentar justificar aquesta interpretació mitjançant, per exemple, un argument sistemàtic *a cohaerentia*, o d'un argument psicològic, sostenint que la voluntat o intenció del legislador era permetre que als recintes indicats en l'article 8.1 es poguessin establir zones per a fumadors, independentment que siguin o no centres de treball. L'èxit d'aquest tipus d'arguments dependrà de la solidesa de les raons que fonamenten la conclusió, i de la connexió lògica que hi hagi entre les premisses i la conclusió del raonament.

b) Una altra estratègia seria oferir una interpretació diferent del concepte *centre de treball* de l'article 7.a), fent-la més restrictiva i excloent-ne els recintes o les instal·lacions oberts al públic en què s'ofereixen béns i serveis (aquest sembla que és el criteri comú que subjeu en el tipus d'establiments llistats en l'article 8.1). D'aquesta manera, malgrat que tant en el llenguatge comú com a efectes del dret laboral els recintes de l'article 8.1 puguin ser centres de treball, es diria que als efectes de la Llei 28/2005 aquests centres a què es refereix l'article 7.a) es limiten als espais i les instal·lacions en què es duen a terme activitats productives l'accés de les quals és exclòs al públic general o a persones alienes a l'activitat esmentada (és a dir, bàsicament instal·lacions industrials, oficines, etc.), amb la qual cosa no s'hi inclouen els llocs que esmenta l'article 8.1. Seria, per tant, un exemple d'interpretació correctora restrictiva. De nou, el seu èxit dependrà de la qualitat de l'argumentació que hi doni suport.

3.6. Algunes consideracions sobre la subsumpció

En la immensa majoria de vegades, quan un jurista o un òrgan aborda les tasques d'interpretació, sistematització, etc., a fi de determinar la resposta jurídica del cas, no ho fa per motivacions teòriques, sinó pràctiques: l'òrgan ha de prendre una decisió, o l'advocat ha d'assessorar un client, etc. En darrer terme, el que més li interessa no és determinar quina és la resposta del cas genèric, sinó més aviat quina és la resposta del cas individual. Però per a això no n'hi ha

prou d'interpretar i sistematitzar, ja que el que s'obté amb això és una relació de casos genèrics i les respectives conseqüències lògiques que el sistema estableix per a aquests. És necessari, a més, fer una qualificació jurídica dels fets, que usualment es denomina també *subsumpció dels fets* (del cas individual) en el supòsit (cas genèric) de la norma.

Encara que pot semblar que aquesta tasca no és especialment problemàtica, es poden plantejar algunes dificultats que convé tenir en compte:

1) En primer lloc, pot passar que els fets del cas individual no siguin clars, que siguin (almenys parcialment) desconeguts o que no s'hagin pogut provar o acreditar adequadament. En aquests supòsits, ens falta informació sobre els fets del cas individual, i som davant el que abans s'ha denominat *llacunes de coneixement* (i que en la classificació de MacCormick seria un problema de prova). És evident que la falta d'informació sobre els fets pot dificultar-ne la qualificació jurídica.

2) També pot passar, en segon lloc, que se'ns presenti un problema de llacuna de reconeixement. Com hem vist anteriorment, no es tracta d'un problema d'ignorància o desconeixement dels fets del cas individual, sinó que a causa de certs problemes lingüístics (usualment, la vaguetat), no és clar si aquest cas individual és subsumible o no en cert cas genèric (un problema de qualificació, en l'esquema de MacCormick). Pot passar que tinguem dubtes sobre quin és el cas genèric al qual s'ha de reconduir, i tenint en compte que les conseqüències jurídiques atribuïdes als diferents casos genèrics poden ser radicalment diferents, les conseqüències de la indeterminació són importants. En certes situacions, a més, es pot donar la circumstància que un mateix cas individual sigui simultàniament subsumible en més d'un cas genèric. Com veurem en l'apartat 4, aquesta situació no és infreqüent en els anomenats *conflictes constitucionals*.

3) També es pot plantejar una altra dificultat que, si bé no afecta estrictament la qualificació jurídica, sí que afecta també la solució del cas individual, i que consisteix que la solució que ofereixi el sistema no sigui perfectament determinada, sinó que consisteixi més aviat en un conjunt o marc de respostes admissibles. Un dels exemples més clars és el de la fixació de la pena en les normes penals que estableixen sancions entre un mínim i un màxim (per exemple, pena de presó de 6 a 12 mesos). En aquests casos no es pot parlar estrictament de "la" resposta jurídica correcta del cas (individual), sinó més aviat del conjunt de respostes jurídiques correctes o admissibles (6 mesos, 6 mesos i un dia, 6 mesos i dos dies, etc.).

4. Els conflictes entre principis i la ponderació

4.1. El context del neoconstitucionalisme

Avui en dia és habitual entendre que ens trobem immersos, pel que fa a l'àmbit jurídic, en el que s'ha anomenat *neoconstitucionalisme*. Sota aquest títol en realitat es fa referència a qüestions diferents que convé distingir acuradament: de vegades s'usa per a donar compte de certs canvis esdevinguts en els textos constitucionals o en l'estructura de l'ordenament jurídic en general; altres vegades, a les teories que donen compte d'aquests canvis; en altres casos, a una ideologia que subjeu en certs juristes i teòrics del dret que valora positivament aquests canvis; etc. En el que ara ens interessa centrarem breument l'atenció en el neoconstitucionalisme entès com un conjunt de canvis i transformacions en els continguts dels textos constitucionals en les últimes dècades (o, arrodonint, en l'últim mig segle), que han comportat també una important transformació en el paper exercit per aquesta en el conjunt de l'ordenament, a més de certs canvis importants en el pla institucional, com es manifesta per exemple en el marge de llibertat del legislador o en el paper dels jutges.

Si al segle XIX i al començament del XX les constitucions europees eren, malgrat ser formalment la peça clau i de més jerarquia de l'ordenament, bàsicament normes de contingut institucional i procedimental, que determinaven l'estructura, les competències i el funcionament de les institucions bàsiques de l'estat, i que pràcticament no tenien continguts substantius que servissin de límits als poders públics (primordialment al legislador), després de la Segona Guerra Mundial, i en gran part motivat pels horrors que s'havien experimentat, la pràctica totalitat de les constitucions aprovades van començar a incloure preceptes amb importants continguts substantius, en forma de drets, valors, principis, béns o finalitats, entre d'altres. D'altra banda, la intenció no era que aquests preceptes es limitessin a ser simples declaracions de principis o proclames programàtics, sinó que fossin autèntiques normes jurídiques de rang constitucional que limitessin efectivament els poders públics durant l'exercici de les seves funcions. Per aquesta raó, el legislador ja no les podia contravenir, amb la qual cosa l'àmbit de l'autonomia legislativa es va reduir de manera important, i en molts casos es van establir mecanismes específics per a la salvaguarda de la supremacia constitucional, i es van crear òrgans específics, normalment de naturalesa semijudicial, amb funcions de control de la constitucionalitat de les lleis i de les actuacions dels poders públics. Si a més tenim en compte l'alt grau d'abstracció, generalitat i indeterminació que normalment tenen aquests preceptes constitucionals substantius, amb les impor-

Lectures recomanades

Aquest quart apartat dels materials està basat fonamentalment a **D. Martínez Zorrilla** (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid / Barcelona / Buenos Aires: Marcial Pons.

I per a una anàlisi acurada de tots els sentits i dimensions del neoconstitucionalisme, vegeu **P. Comanducci** (2003). "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico". A: M. Carbonell (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pàg. 75-98). Madrid: Trotta.

Lectures recomanades

Molts autors, principalment de l'àmbit de la teoria i filosofia política, han vist en això un important problema de legitimitat democràtica. Vegeu, per exemple:

R. Gargarella (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.

J. Waldron (1999). *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.

tants conseqüències que tenen en el pla interpretatiu, s'observa de seguida el gran protagonisme que arriben a adquirir aquests òrgans de control constitucional, en detriment de l'autonomia de què abans gaudia el legislador.

D'altra banda, aquestes disposicions tan generals i abstractes també han provocat importants efectes en l'àmbit de la jurisdicció ordinària, ja que no existeix pràcticament cap controvèrsia judicial que no tingui en alguna mesura una "dimensió constitucional", de manera que el paper dels jutges ja no es pot limitar fàcilment a ser "la boca de la llei".

Riccardo Guastini, amb la seva claredat i agudeses habituals, ha assenyalat un total de set condicions (si bé la llista no és tancada) de constitucionalització d'un ordenament. La constitucionalització és una propietat gradual, de manera que es pot parlar d'ordenaments amb més o menys grau de constitucionalització, en la mesura que es presentin en aquest un nombre més alt de les condicions assenyalades o que aquestes es manifestin amb més intensitat (si bé les dues primeres són condicions necessàries). Les condicions són les següents:

1) Una constitució rígida. La rigidesa no s'entén aquí necessàriament com la impossibilitat de reforma constitucional (sigui total o parcial), sinó que n'hi ha prou que hi hagi algun procediment agreujat de reforma; és a dir, que la Constitució estigui "protegida" davant la legislació ordinària.

2) La garantia jurisdiccional de la Constitució. Perquè la Constitució tingui realment primacia sobre la legislació ordinària no n'hi ha prou amb un procediment agreujat de reforma, si no hi ha cap mecanisme de protecció davant la vulneració dels preceptes constitucionals. Per això es requereix algun mecanisme de control de la constitucionalitat, que pot adoptar moltes formes diferents: pot ser *a priori* (abans de l'entrada en vigor de la llei) o *a posteriori* (una vegada que aquesta entra en vigor); *in concreto* (amb efectes únicament per a les parts de la controvèrsia que s'està plantejant) o *in abstracto* (amb efectes *erga omnes* –per a tots els poders públics–), i també pot ser difús (exercit per cada jutge en l'àmbit de les seves competències), o concentrat (centralitzat en un òrgan determinat, com el Tribunal Constitucional del nostre país i molts altres del nostre entorn).

3) La força vinculant de la Constitució. Amb aquesta condició es vol mostrar que en la cultura jurídica de què es tracta, la Constitució no s'ha de veure com una simple proclama política o declaració programàtica, sinó com una font de normes jurídiques vinculants i superiors a la resta de les normes de l'ordenament. A més, perquè es doni aquesta condició, aquest caràcter vinculant s'ha d'estendre a la totalitat dels seus continguts; és a dir, no solament a les normes precises de contingut institucional o procedimental, sinó també a les normes substantives que reconeixen drets i altres béns constitucionals. En suma, consisteix en la consideració que tot el contingut constitucional és jurídicament vinculant.

Lectura recomanada

R. Guastini (2003). "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano". A: M. Carbonell (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pàg. 49-73). Madrid: Trotta.

El control de constitucionalitat

El model de control de constitucionalitat de cada ordenament concret és una combinació de les característiques anteriors, si bé no totes les combinacions són possibles. En el cas espanyol s'han donat (i es donen) diferents supòsits: durant un temps, per a les lleis orgàniques, hi havia un mecanisme de control *a priori*, *in abstracto* i concentrat. En l'actualitat, per a les normes postconstitucionals amb rang de llei, el control és *a posteriori*, *in abstracto* i concentrat, mentre que per a les normes preconstitucionals és *a posteriori*, *in concreto* i difús.

4) La sobreinterpretació de la Constitució. Com afirma Guastini, tota Constitució, per extensa que sigui, conté llacunes, almenys en el sentit trivial que no pot regular la totalitat de la vida social i política. Amb aquesta condició es fa referència a la tendència en la cultura jurídica d'estendre la Constitució més enllà dels límits del seu text estricte (per exemple, identificant principis i valors bàsics, no explícits), com si fos un instrument que precisament regula tota la vida social i política, la qual cosa condueix d'una manera força sistemàtica utilitzar majoritàriament la interpretació extensiva davant la literal.

5) L'aplicació directa de les normes constitucionals. A més de considerar que els preceptes constitucionals són verdaderes normes jurídiques vinculants per al legislador, que no les pot contravenir, i de disposar de mecanismes de control de constitucionalitat de les lleis, amb aquesta cinquena condició s'incideix en el fet que no és necessari un desplegament legislatiu previ per a poder aplicar els preceptes constitucionals; en altres paraules, que els seus preceptes són directament aplicables, sense necessitat de desplegament legislatiu.

6) La "interpretació conforme" de les lleis. Un altre clar signe de la "constitucionalització" d'un ordenament consisteix en el fet que si una determinada disposició normativa legislativa és susceptible de diverses interpretacions, però només alguna/es és/són compatible/s amb la Constitució, es prefereixi sempre la interpretació d'acord amb el text constitucional. Si malgrat que en una interpretació literal la disposició legal és contrària a la Constitució, és possible una interpretació correctora que la faci compatible amb aquesta, s'ha d'optar per aquesta última.

7) La influència de la Constitució sobre les relacions polítiques. Amb aquesta condició, Guastini fa referència a una sèrie de factors que tenen en comú la utilització de la Constitució (o dels òrgans de control de constitucionalitat) com a "armes polítiques", arguments per a la presa o justificació de decisions polítiques o per a la resolució de controvèrsies de naturalesa més política que jurídica.

En aquest context, encara és més il·lusòria, si fos possible, la imatge del jutge que aplica mecànicament la llei, que ofereix sempre una resposta unívoca i clarament determinada a tots i cada un dels supòsits sobre els quals ha de decidir. En ordenaments actuals, els preceptes constitucionals adquireixen un gran protagonisme, i per tant no és poc habitual que les controvèrsies jurídiques assoleixin una dimensió constitucional que, unida a la vaguetat i indeterminació pròpies de molts preceptes constitucionals substantius, dóna lloc a una sèrie de problemes i dificultats sobre els quals encara no s'ha fet un tractament teòric en profunditat.

Una d'aquestes dificultats consisteix en el fet que no és infreqüent que es presentin situacions de conflicte institucional (almenys aparent), en què hi ha, si més no *prima facie* (és a dir, a primera vista), dos o més preceptes constitucionals aplicables al cas que donen lloc a solucions incompatibles. Els preceptes

Vegeu també

Aquí es pot recordar el que es va dir sobre l'argument sistemàtic *a cohaerentia*, en "Les tècniques interpretatives interpretació literal i interpretació correctora".

en qüestió poden ser drets fonamentals, encara que també altres elements com béns constitucionalment protegits, que ni tan sols necessiten estar explícitament reconeguts pel text constitucional, ja que poden ser implícits, segons el que ha sostingut reiteradament la jurisprudència constitucional.

Exemples

Alguns exemples serviran per a il·lustrar millor el problema. En alguns casos, el conflicte sembla plantejar-se entre dos drets fonamentals reconeguts per la Constitució, com ara la llibertat d'expressió²⁹ i el dret a l'honor³⁰, o el dret a la llibertat d'informació³¹ i el dret a la intimitat personal i familiar³². Un exemple és el cas tractat en la STC 160/2003, de 15 de setembre. Els fets, esquemàticament, són els següents: el 17 de març de 1994, el sindicat agrícola Unió de Campesinos Zamoranos (UCZ-COAG) va convocar una roda de premsa, de la qual es van fer ressò diversos diaris de la regió, en què van denunciar que per part de l'Àrea d'Agricultura de la Diputació de Zamora hi va haver irregularitats i un tracte de favor a l'empresa Sementales Selectos - Disega, SL, per a l'adjudicació del subministrament de semen de boví a la província, arran de les estretes relacions personals i professionals que el responsable de l'Àrea d'Agricultura mantenia amb aquesta empresa, i descartant injustificadament altres empreses que oferien productes de qualitat igual o superior. Així mateix, van manifestar que l'actuació del responsable de l'Àrea esmentada constituïa un presumpte acte de prevaricació. Arran d'aquestes declaracions i de la publicació de la notícia als diaris, l'empresa Disega, SL va interposar una demanda contra UCZ per vulneració del dret a l'honor³³. Independentment de la decisió del Tribunal Constitucional (que va donar la raó al sindicat UCZ, donant prioritat a la llibertat d'expressió), l'aspecte que cal destacar és el següent: d'una banda, sembla que les declaracions dels representants del sindicat constitueixen un exercici de la llibertat d'expressió i, per tant, estarien emparades per l'article 20.1 a) CE, però, d'altra banda, aquestes declaracions contenen acusacions, afirmacions i punts de vista que afecten negativament la credibilitat, la bona imatge pública i la projecció externa del responsable d'Agricultura de la Diputació de Zamora i de l'empresa Disega, SL, amb la qual cosa s'estaria vulnerant el seu dret a l'honor (art. 18.1 CE). Així, almenys a primera vista, un mateix acte o comportament estaria simultàniament permès per la llibertat d'expressió i prohibit pel dret a l'honor.

Altres vegades, el conflicte no es planteja entre dos drets fonamentals, sinó que hi entren en joc altres elements, als quals la jurisprudència i la doctrina acostumen a denominar *béns constitucionalment protegits*. Per exemple, en la STC 110/1984, de 26 de novembre, el recurrent a l'empara s'oposava a la pretensió de la Inspecció de Tributs de posar a disposició d'aquesta la informació relativa als seus comptes bancaris, perquè considerava que això atemptava contra el seu dret a la intimitat³⁴. El Tribunal va sostenir que aquest dret està limitat pel deure de tots a contribuir al sosteniment de les càrregues públiques en funció de la seva capacitat econòmica³⁵, i que aquest exigeix necessàriament que hi hagi la institució de la inspecció fiscal (per a poder determinar aquesta capacitat). En conseqüència, el dret a la intimitat cedeix davant una cosa com "el deure de contribuir segons la capacitat econòmica", que òbviament no és un dret fonamental, però que és qualificat pel Tribunal com un "bé constitucionalment protegit".

Però, a més, ni tan sols no és necessari que aquests béns constitucionalment protegits es trobin explícitament recollits en el text constitucional, ja que es pot tractar de béns implícits, sense que quedi gaire clar si amb *implícit* es vol dir que es dedueix lògicament d'altres elements explícits de la Constitució, o si els límits són més amplis. Com a exemple de conflicte entre un dret fonamental i un bé constitucional implícit es pot esmentar la STC 37/1989, de 15 de febrer. En aquesta el Tribunal resol un recurs d'empara interposat per una dona contra una providència d'un jutjat d'instrucció que ordenava un examen ginecològic per a obtenir possibles proves d'un presumpte delictes d'avortament, perquè va considerar que s'estava vulnerant el seu dret a la intimitat (art. 18.1 CE). El Tribunal reconeix que s'està afectant la intimitat d'aquesta persona, perquè s'està fent un examen sobre el propi cos, incloent-hi (principalment) les seves parts més íntimes, però la protecció de la intimitat cedeix davant l'"interès públic en la persecució i càstig dels delictes", quan l'única manera de buscar la veritat material sobre uns fets exigeix afectar la intimitat de l'imputat. És a dir, el dret fonamental a la intimitat cedeix (o pot cedir) davant el bé de l'interès públic en la persecució i el càstig dels delictes, que no està explícitament formulat en el text constitucional.

(29) Art. 20.1.a CE

(30) Art. 18.1 CE

(31) Art. 20.1 d CE

(32) Art. 18.1 CE

(33) Art. 18.1 CE

(34) Art. 18.1 CE

(35) Art. 31.1 CE

4.2. La caracterització doctrinal dels conflictes constitucionals

Es pot dir que hi ha un consens entre la majoria d'autors, que coincideixen a assenyalar que aquest tipus de conflictes són substancialment (o fins i tot radicalment) diferents de les antinòmies o contradiccions normatives "clàssiques" que hem vist en l'apartat 3.4.1, per múltiples raons, com el tipus d'elements que entren en conflicte, l'estructura del conflicte o els mecanismes per a resoldre'ls. Aquesta distinció respecte a les antinòmies arriba fins al punt que per a un conjunt força destacable d'autors, es tracta de situacions en què el conflicte normatiu és merament aparent i no autèntic, i en aquestes l'objectiu principal del jutge o jurista és determinar quina és la norma autènticament aplicable al cas.

Partint d'aquest punt, es pot traçar una clara línia divisòria entre els que neguen el conflicte (òbviament, no el sentit que de fet no es plantegin controvèrsies en què suposadament es vegin diferents drets involucrats fonamentals o béns constitucionals, sinó en el sentit que no hi ha verdaderes col·lisions o contradiccions normatives en aquest àmbit, i el problema en el fons és només aparent), i aquells altres que assumeixen sense problemes l'existència de conflictes o col·lisions normatives (almenys en alguns casos), i que centren la seva atenció a com tractar-les adequadament (és a dir, com analitzar-les i resoldre-les de manera satisfactòria).

Lectures recomanades

Entre els autors que neguen els conflictes podem trobar, entre d'altres:

- J. Habermas (1998). *Facticidad y validez* (trad. d'M. Jiménez Redondo). Madrid: Trotta.
- L. Ferrajoli (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- I. de Otto (1988). "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución". A: I. de Otto; L. Martín-Retortillo. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- A. Ollero (2000). "La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal". *Pensamiento y Cultura* (núm. 3, pàg. 157-166).

Entre els autors que assumeixen la realitat dels conflictes, podem trobar, entre d'altres:

- R. Alexy (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. d'E. Garzón Valdés). Madrid: CEPC.
- R. Guastini (1998). "Principi di diritto e discrezionalità giudiziale". *Diritto Pubblico* (núm. 3, pàg. 641-660).
- L. Prieto (2002). "Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación". *Diritto & Questioni Pubbliche* (núm. 2, pàg. 97-114).
- J. J. Moreso (2003). "Conflictos entre principios constitucionales". A: M. Carbonell (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pàg. 99-121). Madrid: Trotta.

Els autors que neguen el conflicte semblen reconduir tot el problema a una qüestió d'interpretació dels preceptes constitucionals. El punt rellevant és la determinació dels límits precisos de cada dret o bé en joc. Així, per exemple, si en un supòsit concret sembla que hi ha una tensió entre la llibertat d'expressió i el dret a l'honor, el que en realitat passarà és que, o bé es tracta d'expressions no emparades pel dret de llibertat d'expressió (i som fora del seu àmbit d'aplicació), amb la qual cosa correspon protegir l'honor de l'afectat, o bé no queda lesionat l'honor de l'afectat, perquè es tracta d'un aspecte no tu-

telat per aquest dret. De manera que es podria dir que en realitat cap exercici legítim de la llibertat d'expressió no lesiona l'honor, ja que si el lesiona, no es tracta d'un exercici legítim (estrictament parlant, no s'exerceix aquest dret).

Ara bé, sovint sembla que aquest argument no constitueix el punt d'arribada d'un raonament, sinó més aviat un punt de partida, una assumpció prèvia. Sembla que es parteix de la no-col·lisió i a partir d'allà comença la tasca de delimitar concretament cada dret. Però, si fos així, en realitat sembla que ens trobaríem davant una *petitio principii*. D'altra banda, encara que s'assumís que els drets tenen límits precisos, no vol dir que mai no es puguin plantejar conflictes. Encara que deixéssim al marge els problemes evidents de la vaguetat i del destacat caràcter valoratiu de molts dels conceptes utilitzats per les disposicions de drets fonamentals, i admetéssim la possibilitat d'obtenir normes precises que delimitessin clarament les condicions d'aplicació (i les seves excepcions) i el conjunt de facultats que inclou cada dret o llibertat fonamental, això no voldria dir que hi hagués una compatibilitat perfecta entre aquestes. Dit en altres termes, una tesi és la possibilitat d'obtenir normes perfectament delimitades, i una altra de diferent i lògicament independent és que siguin compatibles entre si. La primera afirmació no implica la segona, per la qual cosa es requereix sostenir-les i justificar-les totes dues. La independència es pot comprovar fàcilment en l'exemple següent: suposem que comptem amb una norma N_1 que prohibeix fumar els passatgers dels vols d'àmbit nacional, mentre que una altra norma N_2 permet fumar els passatgers dels vols de trajecte superior als 2.000 quilòmetres. Tant N_1 com N_2 són normes perfectament delimitades: identifiquen amb claredat i precisió les condicions d'aplicació, els destinataris afectats, el comportament que cal tenir, etc. Tanmateix, entren en col·lisió (antinòmia parcial-parcial) quan el vol d'àmbit nacional té un trajecte superior als 2.000 quilòmetres. En conseqüència, disposar de normes perfectament delimitades no significa que aquestes hagin d'encaixar perfectament com les peces d'un trencaclosques, ja que es poden superposar les unes amb les altres.

Per part dels que sí que assumeixen el conflicte, i malgrat les seves diferències, sembla que és possible trobar una sèrie d'elements o trets comuns que s'atribueixen als conflictes constitucionals, i que en conjunt podríem denominar com la *concepció estàndard* dels conflictes constitucionals.

La concepció estàndard dels conflictes constitucionals es pot resumir en tres elements centrals: 1) el tipus d'elements (normes) que entren en conflicte; 2) les característiques o l'estructura del conflicte, i 3) els mecanismes per a la resolució del conflicte.

1) Els elements en conflicte. La clau de les diferències entre una antinòmia corrent i un conflicte constitucional es troba en el tipus d'elements que entren en col·lisió: mentre que elements com N_1 i N_2 serien regles, els elements que entren en col·lisió en els conflictes constitucionals (drets, béns, etc.) són principis. Es planteja així una classificació entre normes, amb pretensió de ser exhaustiva i exclouent (si bé la caracterització d'aquestes normes anomenades principis dista de ser clara o exempta de dificultats, com veurem en la secció següent). El fet que els elements involucrats en el conflicte siguin principis i no regles comporta, segons aquests autors, altres conseqüències importants.

2) L'estructura del conflicte. Una d'aquestes conseqüències consisteix en el fet que, mentre en l'àmbit de les antinòmies entre regles és possible determinar *a priori* o en abstracte els supòsits de col·lisió (així, per exemple, sabem que sempre es plantejarà un conflicte entre N_1 i N_2 quan un vol d'àmbit nacional tingui un trajecte superior als 2.000 quilòmetres), en les col·lisions entre prin-

cipis això no és possible; els principis són en abstracte vàlids i consistents, però en determinades situacions concretes poden donar lloc a conflictes, i aquestes situacions de conflicte no són *a priori* determinables. Només en presència d'un *cas concret* es pot fer patent la incompatibilitat. Per exemple, en abstracte no es planteja cap problema d'inconsistència o col·lisió entre la llibertat d'expressió i el dret a l'honor, però en supòsits concrets l'exercici del primer pot lesionar el segon.

Prieto Sanchís

Prieto Sanchís sosté clarament aquesta tesi en diversos llocs: "se incorporan [al text constitucional] normas que resultan coherentes en el nivel abstracto o de la fundamentación, pero que conducen a eventuales conflictos en el nivel concreto o de la aplicación."

L. Prieto Sanchís (2003). "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial". A: M. Carbonell (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pàg. 133). Madrid: Trotta.

"No es posible determinar exhaustivamente los supuestos de colisión [...] la colisión sólo se descubre, y se resuelve, en presencia de un caso concreto, y los casos en que ello ocurre resultan a priori imposibles de determinar [...] Así, la libertad de expresión y el derecho al honor están recogidos en normas válidas y coherentes en el plano abstracto, pero es obvio que en algunos casos entran en conflicto; concretamente, en aquellos casos en que, ejerciendo la libertad de expresión, se lesiona el derecho al honor."

L. Prieto Sanchís (2002). "Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación". *Diritto & Questioni Pubbliche* (núm. 2, pàg. 99-100).

K. Günther

K. Günther també se situa en aquesta línia. Aquest autor distingeix entre un nivell abstracte o discurs de validesa, en què es poden donar col·lisions internes (segons la seva pròpia terminologia), i un nivell concret o discurs d'aplicació, en el qual es poden produir col·lisions externes. Les col·lisions internes "son identificables independientemente de las situaciones reales de aplicación", mentre que "las colisiones externas [o del discurso de aplicación] sólo pueden identificarse en situaciones de aplicación".

K. Günther (1995). "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica". *Doxa* (núm. 17-18, pàg. 281).

3) La resolució del conflicte. Una altra conseqüència important, segons la concepció estàndard, derivada del fet que els elements en joc siguin principis i no regles, es manifesta en el mètode de la seva resolució. És habitual sostenir que davant un conflicte de regles, només hi ha dues alternatives possibles obertes per a la seva solució: o una es declara invàlida, o s'introdueix una excepció en una d'elles, perquè la col·lisió no es produeixi. Usualment això es fa per mitjà dels coneguts criteris de *lex superior*, *lex posterior* i *lex specialis*, que ja hem vist anteriorment. La solució que aquests criteris ofereixen, a més (sigui en forma d'invalidesa d'una regla o en forma d'excepció), és definitiva, en el sentit que tots els conflictes subsegüents es resolen de la mateixa manera. Al contrari, es diu que en els supòsits de col·lisió de principis, cap d'ells no es declara invàlid ni s'hi introdueix una clàusula d'excepció (per exemple, dient que es reconeix la llibertat d'expressió, excepte quan es vulnera l'honor de les persones). Al contrari, tots dos principis continuen essent vàlids, i no s'hi introdueixen clàusules d'excepció amb caràcter general.

En definitiva, es resolen per mitjà d'un mecanisme denominat *ponderació*, que estableix per al cas quin dels principis preval sobre l'altre. Aquesta prevalença, tanmateix, no és de caràcter general, i això significa que, en un altre supòsit

en el qual entrin en conflicte els mateixos principis, bé es podria resoldre de manera contrària, donant prioritat a l'altre principi. La resolució del conflicte, en definitiva, manté intactes els elements que han col·lidit i deixa indeterminada (o no totalment determinada) la resolució de futurs conflictes entre els mateixos elements. La ponderació, en suma, seria el mètode o mecanisme per a la resolució de conflictes pel que fa a principis.

En conclusió, doncs, i obviant les diferències entre autors concrets, sembla que la caracterització doctrinal dels conflictes constitucionals estaria fonamentada en les tres tesis següents:

Tesi 1: els elements normatius que entren en conflicte en aquest tipus de situacions no són regles, sinó principis, entesos com una categoria de normes jurídiques diferent i autònoma respecte de les regles.

Tesi 2: els conflictes constitucionals no responen al clàssic model de les antinòmies, perquè no són conseqüència d'inconsistències lògiques en el sistema normatiu. No es tracta de conflictes o antinòmies *in abstracto*, determinables *a priori*, sinó que són antinòmies inconcretas, dependents de les concretes circumstàncies empíriques del cas.

Tesi 3: per a resoldre aquest tipus de conflictes, els mecanismes tradicionals de resolució de contradiccions (*lex posterior, lex superior*, etc.) són inadequats, i es necessita un mecanisme específic i més complex, denominat *ponderació*, que no comporta la introducció d'excepcions ni la declaració d'invalidesa d'almenys una de les normes en joc.

Malgrat que aquestes tres tesis tenen una acceptació força generalitzada tant entre els teòrics del dret com entre els jutges, veurem que són problemàtiques i que són, si més no, matisables. Intentarem mostrar, d'una banda, que la distinció entre principis i regles és dubtosa i problemàtica, i d'altra banda, que no hi ha cap vincle conceptual o necessari entre el tipus d'elements que entren en conflicte (principis) i l'estructura del conflicte i la manera de resoldre'l. És a dir, del fet que els elements que col·lideixen són (presumptivament) principis, no es deriva necessàriament que tinguin una estructura determinada (conflictes inconcretas, diferents de les antinòmies que ja coneixem), ni que el mecanisme per a la seva solució sigui necessàriament la ponderació.

4.3. Regles i principis (tesi 1)

Tradicionalment, en parlar dels principis en el dret, es feia referència a una font del dret no positiva a la qual es podia acudir en defecte de llei o costum aplicable al cas (llacuna normativa).

Tanmateix, aquests principis sempre han generat dubtes i controvèrsies tant respecte a què són com a quins són. Així, mentre que per a alguns autors (els anomenats *jusnaturalistes*) els principis generals serien els principis de justícia del dret natural (normes universals, immutables i eternes independents de les decisions de les autoritats humanes), per a altres autors (els positivistes jurídics, que rebutgen la idea del "dret natural" i sostenen que l'únic dret és el positiu, el que han dictat les autoritats humanes) serien en tot cas abstraccions o induccions a partir del contingut de les normes jurídiques positives (així, dins l'àmbit del dret civil, es podria parlar del principi d'autonomia de la voluntat, del principi de llibertat de forma, o del principi de protecció dels tercers de bona fe, per a posar-ne alguns exemples).

Tanmateix, no és aquest el sentit que aquí ens interessa, sinó un altre de diferent, que ha adquirit notable força les últimes dècades gràcies sobretot a l'impuls donat per l'obra de Ronald Dworkin. Aquest autor va traçar una distinció entre dos tipus o categories de normes jurídiques: els *principis* i les *regles*. Amb el temps, aquesta distinció ha estat assumida àmpliament entre els teòrics i filòsofs del dret, encara que, malauradament, aquesta acceptació tan generalitzada no s'ha traduït en uns criteris teòrics clars de distinció entre totes dues categories. D'aquesta manera, es discuteix per exemple si es tracta d'una distinció tan sols gradual (normes que tendeixen més cap als principis i normes que tendeixen més cap a les regles), o de categoria (una norma és, o bé un principi, o bé una regla, que és estructuralment diferent). Així mateix, els diferents criteris de distinció proposats són problemàtics, ja que molts són poc clars o no permeten incloure dins la categoria *principis* elements que són habitualment considerats com a principis, o n'inclouen altres que gairebé cap jurista no qualificaria com a principis.

És per això que potser l'únic que es pugui dir amb seguretat és que els elements qualificats com a principis són tan variats que és impossible reduir-los a una única categoria.

Però malgrat aquestes dificultats, sembla que sí que és possible trobar un cert consens en què els principis serien fonamentalment normes amb un alt grau de generalitat o abstracció, que bàsicament es trobarien en els textos constitucionals (i no en la llei ordinària o en normes de rang inferior), i amb un contingut substantiu important (en forma de drets fonamentals, valors, béns constitucionals, etc.). D'aquesta manera, es diria que en general les normes que reconeixen i protegeixen drets fonamentals (vida i integritat física³⁶, dig-

Nota

L'article 1.1 CC recull els "principis generals del dret" com a "font del dret" i l'article 1.4 CC estableix que són aplicables a falta de llei o costum que reguli el cas que s'ha de decidir.

Lectures recomanades

Sobre els principis en el dret segons Dworkin, podeu consultar les obres següents:
R. Dworkin (1978). *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth.
R. Dworkin (1986). *Law's Empire*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

⁽³⁶⁾Art. 15 CE

⁽³⁷⁾Art. 10.1 CE

⁽³⁸⁾Art. 20.1.a CE

⁽³⁹⁾Art. 21 CE

nitat humana³⁷, llibertat d'expressió³⁸, dret de reunió³⁹, intimitat⁴⁰, etc.), i les que estableixen certes garanties com la igualtat davant la llei⁴¹, la seguretat jurídica⁴², l'irretroactivitat de la llei penal desfavorable⁴³, o els preceptes constitucionals que guien les polítiques socioeconòmiques (protecció de la salut⁴⁴, promoció de la cultura⁴⁵, protecció del medi ambient⁴⁶) serien principis.

Com s'ha apuntat, s'han proposat diferents criteris per a distingir els principis de les regles, encara que tots plantegen dificultats. Alguns d'aquests criteris són els següents:

1) Segons el nivell d'abstracció, generalitat o vaguetat de la norma

D'acord amb aquest criteri, els principis serien les normes que utilitzen un llenguatge amb un alt nivell de generalitat, indeterminació o vaguetat, mentre que les regles serien normes més precises o específiques.

Aquest criteri és problemàtic perquè, a més de ser poc precís (com calcular el grau de precisió d'una norma de manera mínimament rigorosa?, i on fixar la frontera?), com a molt serviria per a establir una distinció gradual, però no estructural o de categoria entre regles i principis (només varia el nivell d'abstracció o generalitat, però no hi ha diferències estructurals).

2) Segons el grau d'importància de la norma

S'ha proposat que els principis serien les normes més importants, fonamentals o bàsiques del sistema jurídic, mentre que les regles serien normes menys importants. Aquí es reproduïx el mateix problema del criteri anterior: la importància és gradual i és un criteri molt poc precís, amb la qual cosa no permet una distinció clara.

A més, aquesta importància es pot considerar des de diversos punts de vista: des d'una perspectiva juridicoformal o des d'una perspectiva valorativa o sociològica. Des d'una perspectiva formal, les normes més importants serien les de més jerarquia, és a dir, les de rang constitucional. En aquest cas tindriem un criteri clar, però cap autor no sosté que tots els preceptes constitucionals són principis i que cap precepte no constitucional no ho és. Si es considera, com sembla més adequat, des d'una perspectiva valorativa (com d' importants per a nosaltres són aquestes normes o les qüestions que aquestes regulen), es converteix en un criteri molt indeterminat i qüestionable.

3) Segons el caràcter obert o tancat de les condicions d'aplicació

Aquest seria un dels criteris de distinció més àmpliament compartits, i el preferit per alguns autors que són grans defensors de la distinció, com Dworkin i Atienza i Ruiz Manero.

⁽⁴⁰⁾Art. 18.1 CE, etc.

⁽⁴¹⁾Art. 14 CE

⁽⁴²⁾Art. 9.3 CE

⁽⁴³⁾Art. 9.3 CE

⁽⁴⁴⁾Art. 43 CE

⁽⁴⁵⁾Art. 44 CE

⁽⁴⁶⁾Art. 45 CE, etc.

D'acord amb aquest criteri, les regles serien normes les condicions d'aplicació de les quals estan tancades, mentre que els principis tindrien les seves condicions d'aplicació obertes.

Que les condicions d'aplicació estiguin tancades significa que el supòsit de fet de la norma determina amb caràcter complet les condicions que s'han de donar per a la seva aplicació, de manera que, si es donen les condicions, la norma s'hi aplica, i si no, no es té en compte perquè no és rellevant per al cas.

En canvi, els principis serien normes les condicions d'aplicació de les quals no estan totalment determinades o tancades, sinó que més aviat ofereixen raons *prima facie* a favor d'una determinada solució, però hi ha la possibilitat que el cas presenti altres circumstàncies o propietats que facin que finalment la solució sigui diferent (no s'apliqui aquest principi). A més, se sol afirmar que no és possible "tancar" o elaborar un catàleg complet i definitiu de les condicions d'aplicació de la norma. Per exemple, el fet que un periodista publiqui certa notícia en un mitjà de comunicació és en principi un comportament emparat en la llibertat d'informació⁴⁷, amb la qual cosa a primera vista (*prima facie*) és un comportament jurídicament permès. No obstant això, pot ocórrer que hi hagi alguna circumstància (per exemple, que aquesta informació lesioni el dret a la intimitat d'una persona, que reconeix l'apartat 4 del mateix article 20 de la CE) que provoqui que aquesta norma sigui "derrotada" i que la solució del cas sigui diferent. Per això, en lloc d'"aplicar-se i decidir el cas, o no aplicar-se", els principis serien normes que inclinen la balança en un o altre sentit, però sense determinar automàticament la solució. Per això es diu que el seu supòsit de fet està obert, o almenys no totalment tancat.

Una de les dificultats del criteri proposat, com explica Juan Carlos Bayón, és que és freqüent trobar normes que habitualment es consideren regles i que també tenen les seves condicions d'aplicació obertes i poden ser derrotades. Per exemple, el Codi penal⁴⁸ estableix que si algú mata una altra persona (homicidi), ha de ser condemnat amb la pena de presó de deu a quinze anys. Tanmateix, la circumstància de matar una altra persona no és l'única necessària per a donar lloc a la conseqüència (sanció de presó), ja que, a més, s'han de complir altres exigències com la majoria d'edat penal, que no s'hagi matat en legítima defensa, etc., que fixen altres normes i que poden provocar que la norma penal sigui "derrotada".

D'altra banda, hi ha l'argument anomenat *cavall de Troia*: com que s'admet que un principi pot constituir una excepció a una regla, i com que els principis, per definició, tenen les seves condicions d'aplicació obertes, llavors també les regles tindrien les condicions d'aplicació obertes.

4) Principis com a normes categòriques

Lectures recomanades

Sobre la distinció entre principis i regles segons aquest criteri, podeu consultar les obres següents:

R. Dworkin (1978). *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth.

M. Atienza; J. Ruiz Manero (1996). *Las piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel.

Condicions d'aplicació

La regla que sanciona amb una multa els conductors que excedeixen la velocitat màxima permesa s'aplica si es donen les condicions que estableix la norma (el conductor excedeix el límit de velocitat establert), i resol el cas (s'aplica la sanció de multa), i si no, no s'hi aplica perquè no és rellevant per al cas.

⁽⁴⁷⁾Art. 20.1.a CE

⁽⁴⁸⁾Art. 138 CE

Lectura recomanada

J. C. Bayón (1991): *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción* (pàg. 362). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Un eminent lògic i filòsof finlandès, G. H. von Wright, va traçar una distinció entre les normes categòriques i les hipotètiques, segons si les seves condicions d'aplicació deriven exclusivament del contingut de la prescripció (categòriques) o si inclouen alguna altra condició addicional (hipotètiques).

Lectura recomanada

G. H. von Wright (1963). *Norm and Action. A Logical Enquiry*. Londres: Routledge & Kegan Paul.

Exemple

Així, un exemple de norma categòrica seria "tanca la finestra", ja que les úniques condicions perquè sigui aplicable la norma són les que deriven del contingut mateix del que s'ordena (que hi hagi una finestra i que estigui oberta, bàsicament). En canvi, una norma com "si fa fred, tanca la finestra" és hipotètica, perquè, a més de les condicions derivades del contingut de l'ordre, és necessari que es presenti una condició addicional, lògicament independent del contingut: que faci fred. La immensa majoria de normes jurídiques són hipotètiques, en les quals certa condició o conjunt de condicions constitueixen el supòsit de fet per a l'aplicació de la conseqüència jurídica (per exemple, "superar el límit de velocitat" és una condició per a la conseqüència jurídica del deure d'imposició d'una sanció), i hi ha independència lògica entre tots dos elements.

Un possible criteri per a configurar els principis i diferenciar-los de les regles consisteix a afirmar que els principis són normes categòriques, almenys en una primera interpretació. De fet, molts dels preceptes constitucionals sobre drets fonamentals estan redactats de tal manera que semblen expressar normes categòriques:

Art. 15 CE: "Tots tenen dret a la vida i a la integritat física i moral [...]"

Art. 17.1 CE: "Tota persona té dret a la llibertat i a la seguretat [...]"

Art. 18.1 CE: "Es garanteix el dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar, i a la pròpia imatge" etc.

En aquests preceptes, és difícil determinar quin és el "supòsit de fet" de la norma, ja que sembla que no s'exigeix cap condició específica per a la seva aplicació (més enllà de les condicions exigides pel seu propi contingut). És destacable, d'altra banda, que aquest criteri no es contraposa necessàriament amb l'anterior, ja que es pot afirmar que els principis tenen obertes o indeterminades les seves condicions d'aplicació fins al punt d'estar presentades com a normes categòriques. A més, es tracta d'un criteri clar i que permetria una distinció entre principis i regles no de grau, sinó d'estructura o categoria.

Tanmateix, tampoc no és lliure de dificultats, ja que podem trobar molts preceptes que sense cap dubte serien qualificats com a principis i que tenen una estructura de norma hipotètica. Per exemple, el "principi d'inviolabilitat del domicili"⁴⁹ estableix: "El domicili és inviolable. No s'hi pot entrar ni fer-hi cap escorcoll sense el consentiment del titular o sense resolució judicial, llevat del cas de delictes flagrants". Aquest precepte és fàcilment interpretable com la norma (hipotètica) següent: "Si no hi ha el consentiment del titular, una resolució judicial o un delictes flagrants, és prohibit d'entrar al domicili o d'escorcollar-lo".

⁽⁴⁹⁾Art. 18.2 CE

5) Principis com a mandats d'optimització

El principal defensor d'aquesta posició és l'autor alemany Robert Alexy, per a qui els principis són normes que ordenen que es faci alguna cosa en la mesura que es pugui, dins les possibilitats jurídiques i reals existents.

D'aquesta manera, un principi establiria un ideal o model al qual cal apropar-se en la mesura que es pugui. Així, mentre que les regles serien normes que només es poden complir o incomplir (coincidint amb el que afirma Dworkin), els principis són susceptibles d'una aplicació o un compliment gradual.

A diferència del criteri de l'obertura de les condicions d'aplicació, en el model d'Alexy la indeterminació pròpia dels principis es trobaria més aviat en la conseqüència jurídica: en les regles, el que s'ha de fer o ometre està molt més determinat que en els principis, que deixarien un ampli marc d'acció per a la seva satisfacció.

Aquesta concepció dels principis també presenta dificultats. Potser la més destacable és que, malgrat que l'esquema sembla funcionar molt bé per a les normes que estableixen les directrius bàsiques en matèria de política social i econòmica (no en va, el capítol III del títol I de la Constitució es titula "Dels principis rectors de la política social i econòmica"), ja que exigeixen ser concretats en mesures legislatives específiques i es poden satisfer en diferent grau, no sembla en canvi que s'ajustin bé a una altra categoria molt important dels principis: els drets fonamentals.

En aquests últims, la conseqüència jurídica no sembla estar indeterminada, sinó al contrari; per exemple, si tenim en compte els drets a l'honor o a la intimitat⁵⁰, la conseqüència és que qualsevol comportament que atempti contra l'honor o la intimitat de la persona està jurídicament prohibit. La conseqüència, per tant, és totalment específica, perquè si un comportament concret atempta contra el dret, aquest comportament es prohibeix.

En suma, cap dels criteris proposats no és plenament satisfactori, malgrat que, com s'ha dit anteriorment, la distinció ha estat àmpliament acceptada i se'n deriven conseqüències importants respecte de la manera de resoldre conflictes entre normes quan aquestes són considerades com a principis.

4.4. L'estructura dels conflictes constitucionals (tesi 2)

La concepció estàndard dels conflictes constitucionals sembla vincular el fet que els elements en joc siguin principis (tesi 1), amb l'afirmació que aquest tipus de conflictes és estructuralment diferent dels conflictes entre regles o antinòmies clàssiques. En síntesi, se sol sostenir que els conflictes entre regles són *in abstracto* i determinables *a priori*, ja que responen a la presència d'antinòmies o contradiccions normatives en el sistema jurídic. És a dir, hi ha una incompatibilitat lògica entre diverses normes que fa que, sempre que si-

Lectura recomanada

Sobre els principis com a mandats d'optimització, vegeu R. Alexy (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. d'E. Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Article 46 CE

L'article 46 CE estableix: "Els poders públics han de garantir la conservació i promoure l'enriquiment del patrimoni històric, cultural i artístic dels pobles d'Espanya i dels béns que l'integren [...]". La manera com es facin aquesta conservació i aquest enriquiment és decisió dels poders públics, que poden aconseguir aquestes finalitats en diferent grau.

⁽⁵⁰⁾Art. 18.1 CE

guin conjuntament aplicables, es produeixi un conflicte, ja que és lògicament impossible complir-les totes. En conseqüència, no depèn de les circumstàncies del cas que s'ha de decidir, ja que el conflicte es manifesta necessàriament en tots els casos individuals subsumibles en el cas genèric. Suposem que, per a un mateix cas genèric, la norma N_1 estableix la solució $O(p)$ i la norma N_2 la solució $Ph(p)$: sempre hi haurà un conflicte perquè les normes són lògicament incompatibles i és impossible complir-les simultàniament; si fem p per complir l'obligació, incomplirem la prohibició, i si ens abstenim de fer p per respectar la prohibició, violarem l'obligació. De manera similar, si una norma prohibeix fer p , mentre que una altra permet fer p , si fem ús del permís i fem p , incomplirem la prohibició, i si no fem p per complir la prohibició, mai no podrem fer ús del permís.

Al contrari, s'afirma que en els conflictes entre principis no hi ha cap incompatibilitat lògica: els principis en joc són perfectament consistents en un pla lògic o abstracte, encara que en funció de les circumstàncies empíriques (dels fets del cas individual), poden entrar en col·lisió. La prova de la seva compatibilitat lògica és que en molts altres casos no es planteja cap conflicte. Això fa que els conflictes siguin (sempre segons aquest punt de vista) estructuralment diferents de les antinòmies entre regles, ja que els conflictes es plantegen *in concreto* (segons el cas concret) i no són determinables *a priori*.

L'afirmació que els conflictes es plantegen sense que hi hagi incompatibilitat lògica entre les normes afectades implica acceptar la possibilitat que es plantegin conflictes normatius (a grans trets, per *conflicte normatiu* es pot entendre la impossibilitat de satisfer conjuntament totes les normes aplicables) al marge que hi hagi inconsistències en el sistema normatiu. La qüestió de les relacions entre la consistència lògica i l'aparició de conflictes normatius és un tema molt complex de teoria general del dret en el qual no entrarem aquí. Simplement direm que sembla força plausible acceptar la possibilitat de conflictes fins i tot en el marc de sistemes consistents.

Exemple

Un exemple d'això és el que Jorge Rodríguez denomina *conflictes d'instanciació* –J. L. Rodríguez (2002). *Lógica de los sistemas jurídicos* (pàg. 99-100). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. De vegades, es presenten conflictes que semblen respondre exclusivament a les circumstàncies del cas individual, sense que hi hagi cap problema lògic en el sistema. Per exemple, pensem en la situació en què algú té l'obligació de pagar l'impost sobre la renda⁵¹, i a més és un comprador en un contracte de compravenda, per la qual cosa està obligat a pagar el preu de la cosa venuda⁵², però no disposa de prou diners o béns per a satisfer totes dues obligacions: si paga el preu per complir la seva obligació contractual, incomplirà l'obligació tributària, i a la inversa. No pot satisfer totes les normes i no hi ha cap inconsistència lògica entre aquestes. És més, aquest tipus de conflictes es pot plantejar fins i tot amb una única norma: si algú és comprador en dos contractes de compravenda diferents i només disposa de diners per a complir-ne un o l'altre (però no tots dos), també es plantejarà un conflicte, però és obvi que no hi haurà inconsistència lògica, ja que una norma no pot ser incompatible amb aquesta mateixa norma (llevat que sigui autocontradictòria, la qual cosa no és el cas).

Reflexió

No tot ús de la llibertat d'expressió implica lesionar l'honor d'algú, ni tot exercici de la llibertat d'informació ha d'afectar necessàriament la intimitat.

Lectura recomanada

L'estudi d'aquestes qüestions és rellevant per a tractar de veure si fins i tot partint de la hipòtesi que fòssim capaços de construir sistemes normatius perfectament consistents, desapareixerien per complet les situacions de conflicte normatiu. Sobre la relació entre la consistència i els conflictes, vegeu D. Martínez Zorrilla (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa* (pàg. 86-123). Madrid / Barcelona / Buenos Aires: Marcial Pons.

⁽⁵¹⁾Art. 4, 6 i 8 de la Llei 35/2006, de 28 de novembre, de l'IRPF

⁽⁵²⁾Art. 1500 CC

La possibilitat que es puguin plantejar conflictes normatius al marge d'inconsistències lògiques en el sistema sembla donar certa plausibilitat a la tesi 2. Malgrat això, del fet que sigui possible que hi hagi conflictes que no depenguin de contradiccions lògiques entre les normes del sistema no es deriva necessàriament que els conflictes entre principis es deguin sempre a circumstàncies estrictament empíriques (i no lògiques). Com posa de manifest el professor Guastini, no hi ha cap impediment teòric perquè es puguin plantejar autèntiques antinòmies o inconsistències lògiques entre principis, ja que l'estructura del conflicte no depèn del tipus d'elements involucrats (principis o regles), sinó del contingut de les normes. Per exemple, és perfectament imaginable que un mateix text constitucional contingui, d'una banda, una disposició com "Es reconeix la llibertat d'informació" i, de l'altra, "Les activitats periodístiques estan sotmeses a un règim de censura prèvia". Malgrat que els elements serien principis, és evident la seva incompatibilitat lògica, que donaria lloc a conflictes determinables *in abstracto* i *a priori*. És cert que els textos constitucionals no solen tenir inconsistències tan evidents, però sí que en poden contenir altres de més subtils i difícils de detectar. En un exemple del mateix Guastini, si una constitució estableix un principi P_1 , "Els ciutadans estan obligats a pagar impostos", i un altre principi P_2 , "Els aturats estan eximits del pagament d'impostos mentre duri la seva situació de desocupació", malgrat que no es planteja cap conflicte entre P_1 i P_2 quan es tracti de ciutadans ocupats o d'estrangers o apàtrides desocupats, quan es tracti de ciutadans desocupats, estan simultàniament obligats i eximits de pagar impostos, ja que es planteja una antinòmia parcial-parcial en tota regla entre P_1 i P_2 . Fins i tot es poden trobar exemples reals: segons l'autor genovès, es planteja un conflicte d'aquest tipus (antinòmia entre principis) entre el principi de presumpció d'innocència (art. 27.2 de la Constitució italiana) i la permissió de la presó preventiva (art. 13 *in fine* de la Constitució italiana).

Amb tot, és cert que en general no sembla que els conflictes constitucionals responguin a problemes d'antinòmia o contradicció lògica entre els principis en joc. Alguns dels casos més habituals i paradigmàtics són els conflictes entre la llibertat d'expressió/informació i els drets a l'honor/intimitat. Si haguéssim de representar aquestes normes formalment, la llibertat d'expressió seria, molt esquemàticament, una norma categòrica que permet (faculta) l'exteriorització de qualsevol idea, opinió, valoració o punt de vista, $F(p)$, mentre que el dret a l'honor seria una altra norma categòrica que prohibeix qualsevol acte o comportament que pugui incidir negativament o lesionar la projecció externa o bona imatge pública d'una persona, $Ph(q)$. Entre $F(p)$ i $Ph(q)$ no es produeix cap contradicció, per més que en algunes circumstàncies es puguin plantejar conflictes.

Lectura complementària

R. Guastini (1998). "Principi di diritto e discrezionalità giudiziale". *Diritto Pubblico* (núm. 3, pàg. 641-660).

Tanmateix, com ja hem sostingut en una altra part, creiem que almenys alguns casos de col·lisió entre principis (i probablement la majoria) obeeixen a raons lògiques, i per tant es tracta de conflictes *in abstracto*. Hi ha un espai intermedi entre la categoria dels conflictes que responen a inconsistències lògiques del sistema (antinòmies) i la categoria dels conflictes que responen a circumstàncies estrictament empíriques del cas individual. Els conflictes d'aquesta categoria es poden denominar **antinòmies contextuals**, i es caracteritzen pel fet de ser conflictes que responen a raons lògiques (determinables *a priori* i *in abstracto*), però sense que hi hagi una inconsistència lògica entre les normes implicades (no són antinòmies clàssiques).

En síntesi, una antinòmia contextual es produeix quan una mateixa acció o comportament individual és simultàniament subsumible en dues (o més) accions genèriques que estan deònticament modalitzades de manera incompatible (facultatiu-obligatori, facultatiu-prohibit, obligatori-prohibit).

Si recordem l'exemple del conflicte que enfrontava la Unió de Ramaders de Zamora, d'una banda, i l'empresa Disega i el responsable de l'Àrea d'Agricultura de la Diputació de Zamora, de l'altra, podem veure que un mateix comportament o acció individual (en aquest cas, les crítiques per part dels ramaders i les acusacions per un presumpte tracte de favor o fins i tot prevaricació) es pot considerar, simultàniament, com l'exteriorització d'una opinió o valoració (*p*) i com una afectació negativa a l'honor (*q*). ja que els comportaments (accions genèriques) *p* i *q* estan qualificades deònticament de manera incompatible (*p* és facultatiu –per la llibertat d'expressió–, mentre que *q* està prohibit –pel dret a l'honor–), necessàriament, per raons lògiques, es plantejarà un conflicte cada vegada que una mateixa acció individual es pugui considerar subsumible tant en *p* com en *q*, perquè aquesta acció individual estarà simultàniament permesa (facultada) i prohibida. Per tant, es tractarà de conflictes *in abstracto*, per més que els principis $F(p)$ i $Ph(q)$ no siguin lògicament inconsistents.

Lectura recomanada

D. Martínez Zorrilla (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa* (pàg. 123-141). Madrid / Barcelona / Buenos Aires: Marcial Pons.

La demostració formal de les antinòmies contextuais és complexa, encara que afortunadament no fa falta entrar en detalls per a comprendre el concepte. Amb tot, tot seguit presentarem els fonaments dels aspectes formals de les antinòmies contextuais, per als qui vulguin conèixer més detalls.

Antinòmies contextuais

Un aspecte que ha pogut contribuir que els autors s'hagin allunyat de la idea d'antinòmia per als conflictes entre principis i s'hagin mostrat partidaris de concebre'ls com a conflictes *in concreto* pot estar relacionada amb el fet d'entendre les classificacions de *norma condicional / norma incondicional i norma hipotètica / norma categòrica* com a sinònimes o equivalents. Se sol dir que una norma categòrica és una norma incondicional (com per exemple "tanca la porta"), o bé que es pot concebre com a condicional en el sentit trivial que el seu antecedent és una tautologia (per exemple, "si plou o no plou, tanca la porta"). Una norma hipotètica, en canvi, és una norma condicional (per exemple, "si fa fred, tanca la porta"). Fins i tot no és inusual veure plantejada la distinció com la que diferencia entre normes categòriques i normes condicionals.

No obstant això, aquesta identificació entre les dues classificacions no sembla adequada, almenys per dues raons: 1) mentre que la distinció entre condicional/incondicional obeeix a l'estructura sintàctica de les fórmules lògiques, la distinció entre categòric/hipotètic es basa en les condicions d'aplicació (segons que sigui necessari o no que es doni alguna circumstància addicional independent del contingut per a la seva aplicació). 2) A més de tractar-se de dues classificacions que obeeixen a criteris diferents, no hi ha una correspondència necessària entre totes dues (en el sentit que no necessàriament les normes categòriques són també incondicionals). Dit en altres paraules, una norma categòrica podria ser representada també en forma condicional (no tautològica). Això és així perquè tant les normes categòriques com les hipotètiques tenen condicions d'aplicació. L'única (encara que important) diferència consisteix que mentre en les normes categòriques totes aquestes condicions d'aplicació vénen determinades pel comportament deònticament regulat, en les hipotètiques hi ha almenys una altra condició que és lògicament independent de les imposades per l'acció regulada. Així, en la norma categòrica "tanca la porta", totes les condicions depenen del contingut de l'acció (que hi hagi una porta, que estigui oberta, que es pugui tancar, etc.), mentre que en la norma hipotètica "si fa fred, tanca la porta", existeix, a més de les condicions anteriors, una condició independent (que faci fred). L'anterior implica que no és cert que les normes categòriques siguin sempre aplicables, com ocorreria si el seu antecedent fos tautològic. Si s'ha arribat a aquesta idea és perquè en la representació de les normes tendeixen a obviar-se totes les condicions que siguin implícites, tant pel contingut de l'acció com per l'univers del discurs. Per això, quan per exemple es representa una norma hipotètica amb la forma $p \rightarrow O(q)$, no es deu al fet que la condició p sigui l'única condició d'aplicació, sinó que se suprimeixen, per implícites, totes les altres condicions pressuposades per l'acció q i per l'univers del discurs.

Com es podria representar una norma categòrica de forma condicional? Perquè això sigui possible, el primer pas consistiria a partir de la intuïció següent: un comportament o acció genèrica es pot veure com una quantificació universal de tots els comportaments o les accions individuals que són subsumibles a la dita acció genèrica (és a dir, que satisfan certes propietats gràcies a les quals es poden catalogar com a manifestacions o exemples concrets de l'acció genèrica). A tall d'exemple, l'acció genèrica "fumar" es pot concebre com el conjunt de totes les accions individuals lògicament possibles en què algú fuma (realitza un comportament qualificable com a "fumar"). Per aquesta raó, quan una norma qualifica deònticament un comportament o acció genèrica, això es pot veure com una qualificació o modalització deòntica de totes les accions individuals que comparteixen les propietats de l'acció genèrica en qüestió (és a dir, subsumibles a aquesta acció genèrica). La prohibició de fumar, continuant amb el mateix exemple, equivaldria a la no-permissió de qualsevol acció individual que es pogués considerar una manifestació de l'acció genèrica "fumar", sense que es pugui considerar, arran d'aquesta única norma, que alguns casos individuals de fumar es permeten mentre que altres no.

En segon lloc, s'ha de considerar que des del punt de vista deòntic una norma pot qualificar una acció com a "permesa" o com a "no permesa" (ja que la resta de qualificacions són reconduïbles a aquestes). Tenint en compte això, una representació condicional d'una norma categòrica podria tenir la forma següent:

$$\forall x (Fx \rightarrow P(Zx))$$

En què la variable x representa una acció individual, el predicat F una propietat que permet la subsumpció de l'acció individual en una acció genèrica, l'operador P representa la qualificació deòntica "permès", i el predicat Z és un predicat especial, que roman invariable en totes les

Exemple

Com a exemple d'identificació de la distinció hipotètic-categòric amb la classificació condicional-incondicional, es pot consultar la referència següent d'Hernández Marín: "Un enunciado hipotético es un enunciado condicional; un enunciado categórico es un enunciado no condicional [...] todos los enunciados no condicionales son reducibles a algún enunciado condicional [...] Por ejemplo, el enunciado no condicional 'Mañana iré al campo' es sinónimo del siguiente enunciado condicional: 'Llueva o no llueva, mañana iré al campo' [...]. Así, pues, todos los enunciados jurídicos categóricos son reducibles a enunciados hipotéticos".

R. Hernández Marín (1998). *Introducción a la teoría de la norma jurídica* (pàg. 199-200). Madrid: Marcial Pons.

Quantificadors

La necessitat d'usar quantificadors implica que per a representar aquestes hagi normes fa falta acudir a un model de lògica deòntica basat en la lògica de predicats, en lloc de basat en la lògica proposicional (que és el model més habitual).

normes, i que simbolitza la realització, el fet de dur a terme o, en altres termes potser més precisos, l'accés a un món personalment accessible caracteritzat parcialment per la realització de x per part de l'agent. Per tant, la fórmula es llegiria "per a tot x , si x és F , és permès de fer x ".

L'exemple exposat correspon a una permissió, però fàcilment es pot veure, gràcies a la interdefinibilitat dels operadors deòntics, com seria la representació d'una norma prohibitiva, facultativa o obligatòria. Un exemple de prohibició quedaria representat d'aquesta manera:

$$\forall x (Gx \rightarrow \neg P(Zx))$$

Que es llegeix "per a tot x , si x és G , no és permès fer G ".

Una norma facultativa, de la manera següent:

$$\forall x (Hx \rightarrow P(Zx) \wedge P\neg(Zx))$$

Que es llegeix "per a tot x , si x és H , és permès fer x i és permès no fer x ".

I una norma obligatòria, d'aquesta manera:

$$\forall x (\neg Ix \rightarrow \neg P(Zx))$$

Que es llegeix "per a tot x , si x no és I , no és permès de fer x ". Per exemple, la norma "és obligatori circular per la dreta de la calçada" seria "per a tota acció x , si x no és "circular per la dreta de la calçada", no és permès de fer x ". O el que és el mateix: no és permès no circular per la dreta de la calçada.

Partint d'aquesta proposta de representació de normes categòriques en forma condicional, vegem com quedaria reconstruït un dels supòsits clàssics de conflicte constitucional: el de la col·lisió entre la llibertat d'expressió i el dret a l'honor. Si es concep, com s'ha anat fent fins ara, la llibertat d'expressió com una facultat per a proferir qualsevol opinió, pensament, idea, valoració o expressió lingüística en general que s'estimi pertinent, aquesta norma quedaria representada de la manera següent:

$$\forall x (Fx \rightarrow P(Zx) \wedge P\neg(Zx))$$

en què el predicat F significa "ser una proferència d'una expressió".

I per la seva banda, si el dret a l'honor s'interpreta com una prohibició general de lesionar o menyscar el prestigi, la credibilitat o la bona imatge pública (el que usualment s'entén per *honor*) d'una persona, la representació de la norma resultant és aquesta:

$$\forall x (Gx \rightarrow \neg P(Zx))$$

en què el G predicat significa "ser una lesió de l'honor d'algú".

En aquest context, es podria fer una adaptació del model d'anàlisi lògica de sistemes normatius d'Alchourrón i Bulygin per a determinar les conseqüències lògiques del sistema normatiu compost per aquestes dues normes. És cert que aquest model no està concebut per a ser utilitzat en combinació amb una lògica deòntica basada en la lògica de predicats, i que algunes de les seves exigències metodològiques són limitar-se a normes hipotètiques i la independència lògica entre els elements de l'UP i de l'UA. Tanmateix, aquesta adaptació no implica deformar en excés el model, i ens permet aprofitar els avantatges que ha demostrat per als altres supòsits.

En primer lloc, partirem d'un UD determinat per la propietat molt genèrica, la de "fer actes de comunicació (en sentit ampli)", que poden ser o no lingüístics. Les propietats de l'UP en aquest cas són determinades pels predicats F i G , anteriorment definits, i que són (almenys per hipòtesi) lògicament independents. En disposar de dues propietats, l'UC està format per $2^2 = 4$ casos. L'UA, en tots els sistemes de normes categòriques, està compost per un únic element, el predicat Z . Les normes del sistema són les indicades anteriorment. Anomenarem

N_1 la norma $\forall x (Fx \rightarrow P(Zx) \wedge P\neg(Zx))$ (llibertat d'expressió), i N_2 la norma $\forall x (Gx \rightarrow \neg P(Zx))$ (dret a l'honor).

Matriu del sistema normatiu llibertat d'expressió - dret a l'honor

UC	UP		SN	
	F	G	N_1	N_2
1	+	+	$P(Zx) \wedge P\neg(Zx)$	$\neg P(Zx)$
2	+	-	$P(Zx) \wedge P\neg(Zx)$	
3	-	+		$\neg P(Zx)$
4	-	-		

Com es pot observar, en el cas 1 es presenta una inconsistència, ja que apareix regulat pel sistema simultàniament amb les solucions $P(Zx)$ i $\neg P(Zx)$. I aquesta inconsistència sembla que s'hauria de catalogar com a *antinòmia in abstracto*, ja que necessàriament, i amb independència d'altres condicions empíriques, cada vegada que una mateixa acció individual es pugui catalogar simultàniament com un exercici de llibertat d'expressió i una lesió de l'honor conduirà a aquest resultat, en què la realització del comportament està simultàniament permesa i prohibida. Aquesta situació es pot determinar amb total independència que apareguin situacions que de fet reuneixin aquests requisits, i sense ni tan sols conèixer prèviament quin tipus de comportaments específics (empírics) poden estar inclosos en el cas 1.

4.5. La ponderació (tesi 3)

Tant la tesi 1 com la tesi 2 són problemàtiques: la primera, per la indeterminació de la categoria dels principis, i la segona, perquè sembla que els conflictes constitucionals poden tenir diferents estructures (antinòmies clàssiques, antinòmies contextuais o conflictes d'instanciació), i no necessàriament són conflictes *in concreto* dependents exclusivament de les circumstàncies específiques del cas que s'ha de decidir.

Ara és el torn d'abordar la tesi 3, que sosté que els conflictes entre principis es resolen per mitjà d'un mecanisme denominat *ponderació*, que, segons s'afirma, funciona d'una manera molt diferent dels criteris tradicionals de resolució d'antinòmies (conflictes entre regles), ja que no implica declarar invàlida una norma ni introduir-hi una excepció.

Se sol vincular la ponderació als conflictes entre principis, fins al punt que hi ha autors com Robert Alexy que semblen establir un vincle conceptual entre tots dos: la necessitat de ponderar deriva del fet que els elements en joc són principis i no regles. No obstant això, aquest vincle sembla excessiu: no hi ha cap impediment teòric per a resoldre un conflicte de regles mitjançant la ponderació, ni per a resoldre un conflicte entre principis mitjançant algun mecanisme o procediment diferent de la ponderació. Amb tot, és cert que, com que normalment els conflictes es plantegen entre preceptes constitucionals, els criteris de resolució d'antinòmies en general no són adequats: no és aplicable ni el jeràrquic ni el cronològic, encara que res no impediria, almenys en teoria, aplicar el criteri d'especialitat en supòsits d'antinòmia total-parcial (imaginem, per exemple, que un precepte estableix "totes les persones han de

contribuir al sosteniment de les despeses públiques mitjançant el pagament d'impostos", mentre que un altre digués "les persones a l'atur estaran exemptes de pagar impostos durant el temps que duri la seva situació de desocupació").

Tant la jurisprudència com la doctrina es refereixen sovint a la ponderació, però malauradament són poques les ocasions en què aquesta referència es tradueix en alguna cosa més que en una apel·lació genèrica i s'entra en detalls sobre el concepte, l'estructura i el funcionament d'aquest mecanisme. Això s'agreuja a més perquè en parlar de ponderació, fins i tot en un context teòric, no se solen distingir clarament tres diferents aspectes o àmbits que haurien de quedar ben diferenciats:

- 1) L'aspecte conceptual de la ponderació: en què consisteix la ponderació? De què estem parlant quan parlem de ponderar dues normes?
- 2) L'aspecte metodològic de la ponderació: com es du a terme la ponderació? Quins aspectes hi intervenen i a quin resultat dona lloc aquest procés?
- 3) L'aspecte normatiu de la ponderació: com s'ha de ponderar? Quins criteris o normes hem de tenir en compte per a intentar assegurar que el resultat del procés sigui correcte, just, o almenys acceptable o justificat?

En els epígrafs següents abordarem cada un d'aquests tres aspectes.

4.5.1. En què consisteix la ponderació?

L'ús de la paraula *ponderació* constitueix òbviament una metàfora. La imatge metafòrica evoca una balança en què les diferents normes són "pesants", i la decisió final dependrà del "pes" que tingui cada un dels principis en les circumstàncies del cas que s'hagi de decidir: prevaldrà la solució establerta pel principi de més "pes", ja que haurà inclinat la balança al seu favor.

Naturalment, en sentit estricte les normes no són objectes físics i per tant no tenen pes, però la metàfora és útil en la mesura que suggereix que no tots els elements en conflicte tenen el mateix grau d'importància en un cas donat, i que la resposta es decanta cap al costat de la norma que, en les circumstàncies del cas que s'hagi decidir, té més rellevància o importància.

D'aquesta manera, es pot afirmar que en la doctrina i la jurisprudència hi ha un consens força ampli sobre el que podríem denominar el "nucli conceptual mínim" de la ponderació. Segons aquest nucli mínim, la ponderació consistiria en l'atribució d'un determinat nivell de "pes" o "importància" a cada un dels elements en conflicte en les circumstàncies del cas que s'hagi de decidir (no en abstracte), que determina quin d'aquests elements "venç" sobre l'altre (o altres) i resol el cas.

Més enllà d'aquest nucli mínim, tanmateix, es plantegen moltes discrepàncies entre els autors; a més, aquestes discrepàncies giren entorn d'aspectes centrals i no merament secundaris. Així, es pot establir una primera divisió entre **a)** els que conceben la ponderació com una activitat racional i **b)** els que l'entenen com una activitat discrecional no subjecta als paràmetres del control racional. Dins d'aquest últim grup, al seu torn, podem trobar autors per a qui la determinació de la resposta correcta és una espècie de percepció o acte de descobriment guiat per una espècie de sentit de la correcció moral, que ens guia cap a la resposta correcta (intuïcionisme), i autors que adopten un punt de vista escèptic, i afirmen que la ponderació consisteix en un simple exercici discrecional de les preferències personals de l'interpretador/decisor (escepticisme).

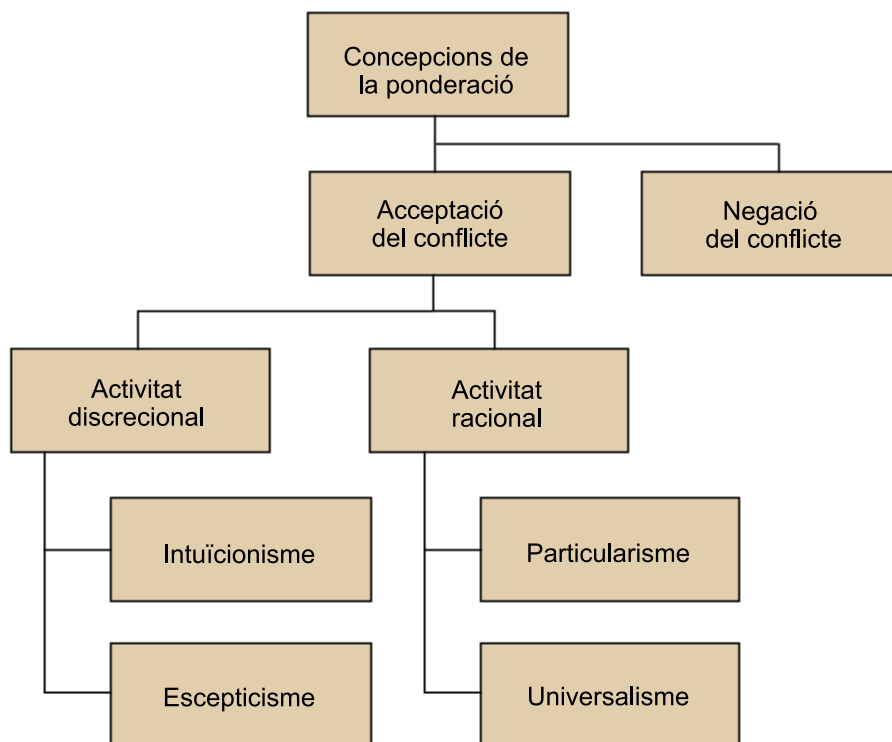
D'altra banda, per a molts altres autors la ponderació és un procediment racional (o es pot reconstruir i dur a terme com un procediment racional, i per tant subjecte a les exigències i els paràmetres de la justificació racional). En aquest grup també és possible fer almenys una altra divisió ulterior. La pràctica totalitat d'autors que parlen de la ponderació insisteixen que es tracta d'un procediment que afecta el "cas concret" (normalment objecte d'una controvèrsia judicial). Però l'expressió *cas concret* és ambigua, de la mateixa manera que ho és la paraula *cas*: es pot referir a un cas individual o a un cas genèric. En aquesta última possibilitat, els casos concrets solen ser molt més específics o delimitats que els que habitualment trobem en els antecedents de fet de les normes jurídiques, però l'aspecte rellevant és que, com que estan determinats per propietats, la solució que ofereixi la ponderació a aquest cas (concret però genèric) serà en principi aplicable a qualsevol altre cas individual posterior que comparteixi les mateixes propietats (és a dir, que sigui subsumible en el mateix cas genèric). Per tant, podem distingir entre **a)** els que sostenen que la ponderació dóna resposta a un cas individual en sentit estricte, i per tant la solució no és extrapolable a cap altre conflicte, encara que la situació sigui molt similar (particularisme), i **b)** els que entenen que la ponderació dóna resposta a un cas genèric (encara que sigui molt específic o concret), de manera que la solució serà la mateixa per a qualsevol altre cas de conflicte que comparteixi les mateixes propietats (universalisme).

Finalment, cal tenir en compte que, com ja s'ha assenyalat, també hi ha autors per als quals els conflictes són només aparents i no autèntics, i per a aquests la ponderació seria, en el millor dels casos, un procediment per a ajudar a deli-

mitar de manera més precisa l'àmbit d'aplicació de cada dret o principi implicat (que mai no col·lideixen entre si); i en el pitjor dels casos, es tractaria d'una activitat disruptora que donaria entrada a la pura arbitrarietat de l'interpretador/decisor.

En síntesi, es podria establir el següent esquema de classificació de les diferents concepcions de la ponderació:

Concepcions de la ponderació



De totes aquestes, molt probablement la concepció universalista ha estat la que ha tingut desenvolupament teòric més detallat, per la qual cosa ens hi centrarem.

4.5.2. Com es du a terme la ponderació?

En aquest apartat centrarem la nostra atenció en certs aspectes metodològics relacionats amb la concepció universalista de la ponderació. Com sabem, des d'una òptica universalista, la ponderació és un procediment que va més enllà dels límits de l'estricta cas individual que s'hagi de resoldre, i concep els casos individuals de conflicte constitucional com exemples o manifestacions de casos genèrics, amb la qual cosa el raonament realitzat i la solució del conflicte es poden extrapolar a la resta de conflictes que siguin subsumibles en el mateix cas genèric. Per aquesta raó, la concepció universalista sembla la més interessant des del punt de vista de la racionalitat del procés i la previsibilitat del resultat. Ara bé, com es configura el procediment ponderatiu sota una concepció universalista? Ens limitarem a presentar dues de les propostes més interessants: el model d'Alexy i el model de Moreso i Mendonca.

El model d'Alexy

En la seva *Teoría de los derechos fundamentales*, Robert Alexy sosté que quan es produeix un conflicte entre principis (com per exemple, entre la llibertat d'expressió i el dret a l'honor), aquest es resol mitjançant l'establiment d'una relació de precedència entre tots dos (és a dir, un element precedeix l'altre). Ara bé, hi ha dues maneres possibles d'establir una relació de precedència:

a) En primer lloc, pot ser una precedència incondicionada, de manera que un dels elements de la relació sempre precedeix o és preferit a l'altre:

$$P_1 \mathbf{P} P_2$$

O bé,

$$P_1 \mathbf{P} P_2$$

En què \mathbf{P} simbolitza la relació de precedència, i P_1 i P_2 cada un dels principis en joc.

b) Però la relació de precedència també es pot establir de manera condicionada, és a dir, dient que un principi precedeix l'altre sota certes circumstàncies:

$$(P_1 \mathbf{P} P_2) C$$

O bé

$$(P_1 \mathbf{P} P_2) C$$

Que es llegeix com "En les circumstàncies C , P_1 (o P_2) precedeix P_2 (o P_1)".

Segons el professor alemany, en la ponderació s'estableix una relació de precedència condicionada, i no una relació de precedència absoluta o incondicionada, que conduiria de fet a un ordre jeràrquic absolut entre principis (per exemple, col·locant sempre la llibertat d'informació per sobre del dret a l'honor). En canvi, que la relació sigui condicionada significa que en certes circumstàncies C_1 (per exemple, quan la informació és de rellevància pública perquè es refereix a un funcionari en l'exercici del seu càrrec), un dels principis (el dret a la informació) precedeix l'altre (dret a l'honor), però això no significa que un dels drets sigui superior a l'altre, perquè en altres circumstàncies C_2 (per exemple, quan la informació no té rellevància pública o és manifestament injuriosa), el dret a l'honor pot precedir la llibertat d'informació.

Lectura recomanada

R. Alexy (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. d'E. Garzón Valdés; especialment les pàgines 90 a 98). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

L'establiment d'una relació de precedència condicionada entre els dos elements en conflicte condueix, segons Alexy, a la formulació d'una **regla** amb l'estructura següent:

$$C \rightarrow R$$

En què C són les circumstàncies de la relació de preferència condicionada, que actuen en la regla com el seu supòsit de fet, i R és la conseqüència jurídica establerta pel principi que té preferència. La connexió entre la relació de precedència condicionada i la regla subsegüent és determinada pel que Alexy denomina *lleï de col·lisió*, que es formula de la manera següent: "Si el principi P_1 , en les circumstàncies C , precedeix el principi P_2 : ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C , i si de P_1 en les circumstàncies C resulta la conseqüència R , llavors és vàlida una regla que conté C com a supòsit de fet i R com a conseqüència jurídica: $C \rightarrow R$ (pàg. 94).

Aquestes regles obtingudes així a partir de l'establiment de relacions de precedència condicionada passen a ser, en paraules d'Alexy, "normes de dret fonamental adscriptes", ja que, per dir-ho així, passen a incorporar-se al principi constitucional corresponent i permeten que casos posteriors en els quals es donin les circumstàncies C es resolguin mitjançant un procediment subsumptiu, com passa amb l'aplicació de qualsevol regla. Per aquesta raó, tots els casos futurs de col·lisió entre els mateixos principis que siguin similars (és a dir, que comparteixin les circumstàncies C que defineixen el cas genèric), es resoldran de la mateixa manera.

Problemes del model d'Alexy

L'aportació teòrica d'Alexy és sense cap dubte molt valuosa, i no en va aquest autor és considerat àmpliament com una referència en l'àmbit de la ponderació, i va ser el primer autor que va fer una anàlisi profunda i rigorosa sobre aquest tema. No obstant això, la seva reconstrucció teòrica pot resultar lleugerament fragmentària, en el sentit que, si bé respondria a la pregunta de com es dona lloc a l'establiment d'una regla per a decidir certs casos futurs de conflicte (per exemple, aquells en què es donen les circumstàncies C_1 o les circumstàncies C_2), deixaria sense resposta altres interrogants, com per exemple què passaria en cas que coincidissin les circumstàncies C_1 i C_2 (imaginem el cas en què la informació és de rellevància pública però alhora és injuriosa), o la qüestió més general de quin conjunt total de circumstàncies o propietats és el rellevant en els conflictes entre aquests principis (és a dir, quin és l'univers de propietats), qüestió la solució de la qual també donaria resposta a la pregunta de quantes situacions genèriques possibles de conflicte es poden plantejar entre aquests principis (quin és l'univers de casos). Per a donar resposta a aquests altres interrogants és necessari disposar d'un instrumental teòric més refinat. Oferir aquesta millor reconstrucció amb un millor instrumental ha estat l'intent d'autors com J. J. Moreso i D. Mendonca.

El model de Moreso i Mendonca

Aquests autors fan ús dels conceptes del model d'anàlisi lògica dels sistemes normatius desenvolupat per Alchourrón i Bulygin com a instrument que permet un aclariment en l'anàlisi de la ponderació. Com hem vist al seu moment, el punt de partida de tota anàlisi és la determinació de l'univers del discurs (UD), que delimita el nostre objecte d'estudi. L'exemple usat per Moreso i Mendonca és el mateix: els supòsits de col·lisió entre la llibertat d'informació i el dret a l'honor. El conjunt de situacions en què la comunicació d'una notícia o informació afecta negativament l'honor (reputació, bon nom o bona imatge pública) d'una persona constitueix l'UD analitzat.

El pas següent consisteix a determinar, a partir del conjunt de decisions jurisprudencials, quins són els aspectes (proprietats o circumstàncies) que els tribunals tenen en compte com a rellevants per prendre una decisió a favor d'un o altre dels elements en conflicte. El conjunt de tots aquests elements constitueix l'univers de propietats (UP), que al seu torn ens permet determinar l'univers de casos (UC), que és el conjunt de casos genèrics possibles. Tots dos autors, com molts altres que han estudiat el tractament jurisprudencial d'aquests conflictes (com per exemple O'Callaghan, Sarazá, Atienza, Ortega Gutiérrez o Fayos Gardó), coincideixen a assenyalar que els elements que en un cas poden determinar la resposta en un o en altre sentit són, en síntesi, els tres següents: 1) la veracitat de la informació comunicada (V); 2) la rellevància pública de la informació (R), i 3) el caràcter injuriós d'aquesta informació (I). Tenim, per tant, l'UP = {V, R, I}, que dóna lloc a un UC de $2^3 = 8$ casos genèrics.

L'activitat ponderativa consistiria estrictament en l'elaboració d'un conjunt de regles que correlacionen les propietats de l'UP (ja siguin considerades aïlladament o en certa combinació) amb la corresponent solució normativa, que seria conseqüència jurídica del principi (dret, en aquest cas) considerat com a prioritari en aquestes circumstàncies.

Segons la reconstrucció de Mendonca, la posició del Tribunal Constitucional es pot sintetitzar en el següent: "El derecho a la información prevalece sobre el derecho al honor, salvo que la información sea injuriosa o, aún no siéndolo, no sea veraz o carezca de relevancia pública" (Mendonca, 2003, pàg. 79). Aquesta regla es pot descompondre, com afirma aquest autor, en les tres següents:

Regla 1: El dret a l'honor preval sobre la llibertat d'informació, si la informació és injuriosa. Expressat formalment, seria $R_1: I \rightarrow (Dh > Li)$, en què Dh significa dret a l'honor, Li llibertat d'informació i el símbol > la prevalença.

Lectures recomanades

- J. J. Moreso (2002). "Guastini sobre la ponderación". *Isonomía* (17, pàg. 227-245)
- J. J. Moreso (2003). "Conflictos entre principios constitucionales". A: M. Carbonell (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pàg. 99-121). Madrid: Trotta
- D. Mendonca (2003). *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*. Madrid: Tecnos.

Lectures complementàries

- X. O'Callaghan (1991). *La libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Madrid: Edersa.
- R. Sarazá (1995). *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*. Pamplona: Aranzadi.
- M. Atienza (1998). "Juridificar la bioética". *Isonomía* (8, pàg. 75-99).
- D. Ortega Gutiérrez (1999). *Derecho a la información versus Derecho al honor*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- A. Fayos Gardó (2000). *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Regla 2: El dret a l'honor preval sobre la llibertat d'informació, si la informació no és injuriosa i, a més, no té rellevància pública o no és veraç. $R_2: \neg I \wedge (\neg R \vee \neg V) \rightarrow (Dh > Li)$.

Regla 3: La llibertat d'informació preval sobre el dret a l'honor, si la informació té rellevància pública, és veraç i no és injuriosa. $R_3: R \wedge V \wedge \neg I \rightarrow (Li > Dh)$.

Amb els elements anteriors, s'obté el sistema següent:

Conseqüències del sistema de ponderació entre Dh i Li

UC	UP			Sistema informació-honor		
	V	R	I	R ₁	R ₂	R ₃
1	+	+	+	$Dh > Li$		
2	+	+	-			$Li > Dh$
3	+	-	+	$Dh > Li$		
4	+	-	-		$Dh > Li$	
5	-	+	+	$Dh > Li$		
6	-	+	-		$Dh > Li$	
7	-	-	+	$Dh > Li$		
8	-	-	-		$Dh > Li$	

Com es pot observar, una anàlisi d'aquest tipus permet veure com quedarien resolts tots els casos possibles de col·lisió entre els elements en joc (en aquesta ocasió, entre la llibertat d'informació i el dret a l'honor). Tot cas individual que arriba a coneixement del Tribunal serà necessàriament una manifestació d'algun dels casos genèrics de l'UP, per la qual cosa mitjançant aquesta anàlisi es podrà comprovar quina és la solució que hi correspon, mitjançant un procés subsumptiu idèntic al de l'aplicació d'una regla.

És clar que només es pot arribar a una reconstrucció com aquesta després d'una sèrie de decisions en què els òrgans competents hagin anat perfilant quines són les propietats considerades com a rellevants i com es configuren les regles que les correlacionen amb les diverses solucions. Quan un conflicte es planteja per primera vegada, l'òrgan jurisdiccional es limita a donar una resposta al conflicte plantejat, sense pretendre solucionar tots els conflictes possibles entre aquests elements. Així, per exemple, pot passar que en el supòsit enjudiciat la informació transmesa sigui de rellevància pública i el Tribunal ho tingui en compte per a donar preferència a la llibertat d'informació respecte al dret a l'honor, però això no diu res en relació amb altres casos en què la informació no sigui de rellevància pública. Podria passar que en un altre supòsit (en què la informació no es consideri de rellevància pública) el Tribunal opti per la solució contrària (prevalença del dret a l'honor) però no en virtut que no tingui rellevància pública, sinó perquè el contingut de la comunica-

ció és injuriós. Això deixaria sense solució el supòsit (possible) en què alhora la informació fos de rellevància pública i injuriosa, en què el Tribunal hauria d'establir una resposta que superés el conflicte entre els dos drets, que aquí es tornaria a reproduir (ja que, segons el criteri de la rellevància, prevaldria la llibertat d'informació, i segons el criteri del caràcter injuriós, prevaldria el dret a l'honor). El conflicte es pot solucionar, o bé modificant les regles de preferència, sense introduir noves propietats rellevants (per exemple, dient que quan la informació sigui injuriosa preval el dret a l'honor de l'afectat encara que tingui rellevància pública), o bé introduint una nova regla per a resoldre el cas que tingui en compte una nova propietat, modificant l'UP. En qualsevol cas, l'objectiu final serà poder construir un sistema complet i consistent que tingui en compte totes les propietats rellevants i doni una resposta a tots els casos de l'UC, per a poder determinar mitjançant un raonament subsumptiu la solució a tots els supòsits de conflicte.

Aquest model metodològic de reconstrucció del que podem anomenar *sistemes de conflicte*, que reformulen de manera formalitzada els resultats de la ponderació entre dos elements (drets fonamentals, béns constitucionals, etc.), és en molts aspectes més satisfactori que el d'Alexy, ja que aquest últim es limitava a dir-nos què passava en certes circumstàncies *C*, però no mostrava quina és la situació en tots els supòsits possibles de col·lisió.

4.5.3. Com s'ha de ponderar?

A més dels aspectes conceptual i metodològic, encara és possible distingir almenys un altre àmbit important en l'anàlisi de la ponderació: el de les pautes, criteris, normes o exigències que s'han de seguir en el procés perquè el resultat obtingut es pugui considerar just, correcte o, almenys, acceptable o raonable des del punt de vista substantiu.

Hem vist que la concepció universalista de la ponderació, com que ofereix regles que permeten resoldre no solament el cas individual en disputa, sinó també tots els altres supòsits que comparteixin les mateixes propietats rellevants, és atractiu des del punt de vista de la seguretat jurídica i la previsibilitat i racionalitat de la decisió. Però no es tracta tan sols que disposem d'un conjunt de regles que ens permetin resoldre de manera clara i unívoca tots els casos de conflicte; a més, aquestes regles han de donar lloc a resultats adequats (o almenys, acceptables) des del punt de vista de la seva justícia o correcció substantiva. Per tant, no val qualsevol tipus de regla o criteri per a prendre una decisió. És per aquesta raó que la majoria de nosaltres considerem raonable que es doni prioritat a la llibertat d'informació si aquesta és veraç i de rellevància pública, o que es protegeixi l'honor de l'afectat quan s'utilitzen expressions insultants o injurioses, però no veuríem justificable, per exemple, que es donés prioritat a la llibertat d'expressió quan la sentència es dicta els dies parells, i

que prevalgués el dret a l'honor quan la sentència es dicta els dies senars, malgrat que d'aquesta manera també tindríem unes normes que determinarien clarament i unívocament la resposta a tots els casos de conflicte.

Per guiar el procés de ponderació amb vista a obtenir un resultat correcte o satisfactori, tant la jurisprudència com la doctrina se solen basar en el que es coneix com el *principi de proporcionalitat*, que exposarem breument a continuació. Però, a més del principi de proporcionalitat, serà interessant aproximar-se, també molt breument, a altres alternatives proposades, en especial al model desenvolupat per Susan Hurley, que, com veurem, almenys en certs aspectes, és més satisfactori que el principi de proporcionalitat.

Lectures recomanades

R. Alexy (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. d'E. Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

R. Alexy (2002). "Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 66, pàg. 13-64).

R. Alexy (2003). "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison". *Ratio Juris* (núm. 4 (16), pàg. 433-449)

J. M. Rodríguez de Santiago (2000). *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.

També en la doctrina hispana s'han de destacar alguns tractaments del principi de proporcionalitat, com per exemple el de Javier Barnés:

J. Barnés (1998, setembre-desembre). "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar". A: J. Barnés (coord.). *Cuadernos de derecho público* (pàg. 15-49). INAP.

Sobretot, el de Carlos Bernal a: C. Bernal Pulido (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Per a una anàlisi de la concepció dels drets i la ponderació en la doctrina italiana, vegeu R. Bin (1992). *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Milà: Giuffrè.

El principi de proporcionalitat

Amb aquest nom es fa referència bàsicament a una reconstrucció teòrica dels criteris utilitzats pel Tribunal Constitucional alemany (que, a grans trets, han estat aollits per la jurisprudència constitucional espanyola i altres països) a l'hora d'enjudiciar tant les ponderacions realitzades pel legislador per mitjà de l'aprovació de les lleis (per a determinar-ne així la constitucionalitat), com a l'hora de prendre decisions en les controvèrsies entre particulars. Probablement l'elaboració més completa i teòricament refinada d'aquesta teoria normativa es troba, de nou, a l'obra d'Alexy, per la qual cosa la prendrem com a base per a l'exposició de la teoria.

Es pot dir que el principal objectiu d'Alexy és intentar mostrar que la ponderació és (o, més estrictament, pot ser) un procediment racional, i per tant les crítiques habituals en el sentit que es tracta d'un procediment intuïtiu (en un sentit despectiu de l'expressió) o irracional no tindrien fonament. Per a aquest autor la ponderació es pot concebre com un mecanisme perfectament racional, i no solament pel que fa als seus aspectes conceptuals o metodològics (creació de regles generals –les regles de dret fonamental adscriptes–), sinó

també respecte a la correcció substantiva dels seus resultats. En altres paraules, la precedència condicionada entre els principis en conflicte es pot fonamentar racionalment, gràcies al principi de proporcionalitat.

En una primera aproximació molt general, el principi de proporcionalitat es correspondria amb el que Alexy denomina *lei de la ponderació*: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro" (Alexy, 1993, pàg. 161).

D'acord amb aquest criteri, el sacrifici imposat en un principi (bé, dret, etc.) en nom de la satisfacció d'un altre només estaria justificat en la mesura que no sigui excessiu, és a dir, que sigui el mínim indispensable per a no impedir la satisfacció del principi considerat com a més important en aquestes circumstàncies.

Els tribunals i els diferents autors coincideixen que aquesta llei de la ponderació es descompon en els tres subprincipis següents: **a)** el subprincipi d'adequació o idoneïtat, **b)** el subprincipi de necessitat i **c)** el subprincipi de proporcionalitat en sentit estricte. Cada un d'aquests subprincipis té la consideració d'una condició necessària, de manera que si la mesura no satisfà els paràmetres d'algun d'ells, és injustificada. A més, en l'anàlisi de la justificació de la decisió, l'aplicació d'aquests subprincipis és successiva: es comença analitzant si la mesura és idònia o adequada; si ho és, es passa a considerar si és necessària, i només en cas afirmatiu es passarà a l'examen de la proporcionalitat en sentit estricte. El fracàs de la mesura en qualsevol d'aquestes tres etapes implica rebutjar-la de manera immediata per a trencar l'exigència de proporcionalitat, i fa innecessari passar a les etapes posteriors. Seguidament veurem de manera molt breu els aspectes centrals de cada un dels subprincipis assenyalats.

a) El subprincipi d'adequació o idoneïtat

D'acord amb la definició de Bernal (2003, pàg. 687), aquest subprincipi implica que "toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo". Com podem apreciar, s'imposa una doble exigència: **a)** que la finalitat perseguida amb la mesura que restringeix o limita el dret sigui constitucionalment legítima, i **b)** que la mesura sigui adequada o idònia per a l'obtenció o consecució d'aquesta finalitat. Aquests dos aspectes s'han d'analitzar en aquest mateix ordre (és a dir, en primer lloc si la finalitat és legítima des d'una perspectiva constitucional, i en cas que ho sigui, si la mesura és idònia).

Pel que fa a la "finalitat constitucionalment legítima", aquesta exigència actua de manera diferent en funció de si el que s'està examinant és la constitucionalitat d'una ponderació feta pel legislador (una precedència entre dos drets o béns en conflicte que es realitza en una decisió legislativa, és a dir, en una norma legal), o si es tracta d'un conflicte susceptible d'empara, entre dos particulars o un particular i el poder públic. En el primer cas (examen de la constitucionalitat d'una llei), aquesta exigència no s'interpreta en el sentit positiu que la mesura hagi de perseguir una finalitat expressa o implícitament establerta per la Constitució, sinó que s'entén en el sentit negatiu que la mesura no ha de perseguir una finalitat expressa o implícitament prohibida o exclosa per aquesta. Amb això, quan la mesura persegueix una finalitat que es pot considerar com una "llacuna constitucional", aquesta exigència queda satisfeta.

Fi constitucionalment legítim

Aquesta interpretació es fonamenta en el respecte a l'autonomia parlamentària i al principi democràtic, que exigeix una deferència envers el legislador (una de les manifestacions del qual és la presumpció de constitucionalitat) i que només n'exclou les finalitats obertament contràries a la Constitució.

En els supòsits d'empara, no obstant això, no sembla que es pugui adoptar una interpretació negativa, sinó que sembla més aviat que en aquestes situacions la decisió es basa, conceptualment, en una finalitat constitucionalment reconeguda expressament o implícitament, ja que la decisió consisteix a donar prioritat a un dels drets o béns constitucionals en conflicte (que, per definició, són constitucionalment legítims). En les situacions de conflicte més usuals (per exemple, entre la llibertat d'expressió i el dret a l'honor, o entre la llibertat d'informació i el dret a la intimitat), la determinació de les finalitats constitucionalment legítimes no és motiu de discussió, perquè la decisió es fonamenta precisament en la satisfacció d'un dels béns o drets en col·lisió.

En tot cas, el que caldria analitzar en primer lloc és si realment les pretensions de les parts troben o no el seu suport en drets fonamentals o en béns constitucionals explícitament o implícitament reconeguts. Però, com és fàcil veure, aquest és un requisit conceptual previ perquè puguem parlar realment d'una situació de conflicte constitucional.

La idoneïtat o adequació, per la seva banda, exigeix que la mesura adoptada contribueixi (sigui apta o útil) a l'obtenció de la finalitat constitucionalment legítima, perquè es parteix de la idea que una lesió o sacrifici d'un dret o bé constitucional només es justifica si, entre altres requisits, es fa per a l'obtenció d'una finalitat valuosa. Si la mesura no és idònia o adequada per a l'obtenció d'aquesta finalitat, es tracta d'una lesió inútil i injustificada. L'exigència es podria establir, en principi, en diferents graus, de manera que es podria exigir que la mesura adoptada fos la més adequada per a la consecució de la finalitat, o que ho fos en un alt grau (amb la qual cosa s'admetria la mesura malgrat que hi hagi altres alternatives més idònies), o que ho fos en algun grau.

El nivell d'exigència de l'adequació funciona de manera diferent en l'anàlisi de la constitucionalitat d'una ponderació legislativa i en els casos d'empara. En l'àmbit de l'examen de la constitucionalitat de les lleis, el criteri que actua té un caràcter negatiu: només se n'exclouen les mesures que no són idònies, és a dir, que no poden contribuir de cap manera (en cap grau) a l'obtenció de la finalitat constitucionalment legítima. Per tant, l'exigència que imposa

el requisit de la idoneïtat és la que la decisió contribueixi en algun grau a la consecució de la finalitat. El fonament d'aquest punt de vista és el mateix que el relatiu a la finalitat constitucionalment legítima: el respecte a l'autonomia del legislatiu i al principi democràtic.

Pel que fa a l'àmbit de les decisions preses en empara, en la mesura que realment les pretensions de les parts estiguin fonamentades en drets o béns constitucionals (i és per això que som davant un conflicte constitucional autèntic), qualsevol decisió en favor d'un o altre dels elements en conflicte serà una decisió que satisfarà l'exigència d'adequació, en la mesura que suposarà el respecte o la satisfacció d'un dret fonamental o un bé constitucionalment protegit.

b) El subprincipi de necessitat

Si la decisió presa ha satisfet les exigències del subprincipi d'idoneïtat (finalitat constitucionalment legítima i adequació), el pas següent consisteix a comprovar si el sacrifici del dret o bé constitucional que aquesta mesura implica és necessari, en el sentit que no hi hagi alguna altra alternativa menys costosa i amb almenys el mateix grau d'idoneïtat per a assolir la finalitat constitucionalment legítima.

La no-superació de l'exigència de la necessitat s'esdevé quan es donen les condicions següents: **a)** l'existència de diverses alternatives per a assolir la finalitat establerta; **b)** que alguna/es de les alternatives sigui menys costosa, i **c)** que aquesta/s alternativa/es menys costosa/es tingui/n almenys el mateix grau d'idoneïtat que la mesura enjudiciada. Si falta algun dels elements anteriors (és a dir, o bé no hi ha mitjans alternatius, o cap no és menys costós, o cap no té com a mínim el mateix grau d'idoneïtat), l'exigència imposada pel subprincipi de necessitat queda superada.

Però a més, d'altra banda, la doctrina i la jurisprudència han introduït altres exigències que fan més difícil encara que una determinada mesura sigui rebutjada perquè no satisfà el requisit de la necessitat malgrat que, interpretades de manera estricta, es presentin les tres circumstàncies assenyalades abans. D'una banda, no es considera l'existència d'alternatives menys costoses en termes absoluts, sinó d'acord amb un cert conjunt de coneixements empírics i assumpcions valoratives. D'aquesta manera, pot passar que, en termes absoluts, hi hagi alternatives menys costoses, però que no es coneguin, o hi hagi dubtes per falta de coneixements suficients sobre els seus autèntics efectes, o que comportin considerables dificultats tècniques per a la seva consecució. Des d'un punt de vista valoratiu, tampoc no es considera adequada l'assumpció d'una mesura menys lesiva (encara que es tingui total seguretat sobre aquest punt) quan la seva aplicació comportaria uns costos tan alts que poguessin posar en perill l'acompliment d'altres funcions dels poders públics. A més, quant a l'examen de la constitucionalitat d'una ponderació legislativa, tampoc no s'exigeix al legislador que hagi dut a terme un examen previ i exhaustiu sobre les possibles alternatives, sinó que n'hi ha prou que no hi hagi de manera evident cap altre mitjà alternatiu més benigne i almenys igual d'idoni. D'aquesta manera, l'únic que proscriu aquest requisit és que es produeixin sacrificis patentment innecessaris de drets⁵³.

(53) STC 55/1986

D'altra banda, seria possible reconstruir algunes de decisions jurisprudencials relatives a la col·lisió entre la llibertat d'informació i el dret a l'honor en termes de la no-satisfacció de l'exigència de necessitat. En concret, així es podria veure a la reiterada afirmació que la Constitució no reconeix el "dret a l'insult", i que la utilització d'expressions formalment injurioses, fins i tot en el context de la comunicació de notícies, és un comportament constitucionalment il·legítim. Quan en ocasió de la comunicació d'una notícia s'utilitzen expressions formalment insultants o injurioses, encara que es persegueix

una finalitat constitucionalment legítima (comunicar una informació, i per tant fer una conducta subsumible en un dret fonamental) i malgrat que el comportament és idoni per a això, difícilment es podria dir que també satisfà el requisit de la necessitat, perquè hi ha altres mitjans que són almenys tan (i normalment més) idonis per a transmetre la mateixa informació i que no suposen un sacrifici tan gran per al dret a l'honor. Es poden comunicar certs fets sense utilitzar insults, que pràcticament no aporten contingut informatiu i afecten molt negativament l'honor de la víctima. En conseqüència, la utilització d'expressions injurioses no satisfà la segona exigència del principi de proporcionalitat, i és per això que es pot rebutjar per injustificada una resolució del conflicte que doni prioritat en aquestes circumstàncies (utilització d'expressions insultants o injurioses) a la llibertat d'informació sobre el dret a l'honor.

c) El subprincipi de proporcionalitat en sentit estricte

Si la decisió compleix les exigències d'idoneïtat i necessitat, el pas següent consisteix a analitzar-ne la proporcionalitat en sentit estricte, és a dir, si el grau de satisfacció del dret o bé constitucional que preval compensa la lesió o menyscapte de l'altre bé o dret. Aquesta tercera fase s'ajustaria pròpiament al que s'ha denominat *lleï de la ponderació*, i és en definitiva una manifestació la regla de racionalitat segons la qual la decisió és correcta o està justificada si els beneficis obtinguts superen els costos o les càrregues que aquesta comporta.

Alexy ha dut a terme un desenvolupament i concreció molt destacables en relació amb aquest subprincipi, sobretot en l'Epílogo a la *Teoria de los derechos fundamentales* i en articles posteriors. No obstant això, ens limitarem a les línies generals de la seva teoria, sense entrar en excessius detalls i sofisticacions (que, d'altra banda, no són poques).

L'examen de la proporcionalitat en sentit estricte es desenvoluparia en tres fases consecutives: **a)** la determinació del grau de la lesió o menyscapte que la decisió provoca en un dels elements en conflicte; **b)** la determinació del grau o la importància de la satisfacció de l'altre element del conflicte, i **c)** la comparació de les magnituds anteriors per tal de comprovar si la importància de la satisfacció de l'element prevalent justifica la lesió o afectació de l'altre element.

La determinació del grau de satisfacció o de lesió dels diferents elements en col·lisió es realitza, segons Alexy, d'acord amb una escala triàdica que distingeix entre tres nivells: lleu, moderat i greu (o, en lloc de greu, es pot usar intens o fort en cas que parlem de satisfacció i no de lesió). Aquesta classificació l'autor no l'ha pres com una cosa inamovible, sinó que reconeix que es poden utilitzar escales amb un nombre de segments més alt, encara que puntualitza que usualment en la majoria de casos ja n'hi ha prou amb tres nivells diferents (prou complicada és la valoració d'acord amb aquesta escala triàdica per utilitzar escales més complexes).

La valoració de la lesió d'un principi i del grau de satisfacció de l'altre es fa a més atenent les circumstàncies del cas, i no en abstracte (atenent la seva importància o jerarquia dins el sistema jurídic, ja que en aquest cas els elements en conflicte, com que són usualment de la mateixa jerarquia –rang constitu-

cional-, tindrien el mateix valor). L'element lesionat o sacrificat és simbolitzat per Alexy amb la variable P_i . Els diferents graus d'afectació, que com hem vist, poden ser lleus (l), moderats (m) i greus (g), se simbolitzen amb la variable I . Les circumstàncies del cas se simbolitzen com a C . D'aquesta manera, l'expressió corresponent a la importància o grau d'afectació del principi P_i en les circumstàncies C se simbolitza com a IP_iC .

L'esquema no és gaire diferent pel que fa a l'altra magnitud de la comparació: el nivell de satisfacció de l'altre element del conflicte (que se simbolitza amb la variable P_j). El grau o magnitud d'aquesta satisfacció se simbolitza com a W . La importància del principi P_j en les circumstàncies C se simbolitza com a WP_jC .

D'acord amb l'escala triàdica, tant el valor de IP_iC com el de WP_jC pot ser l , m o g . La precedència entre P_i i P_j en el cas de conflicte enjudiciat es determina d'acord amb els valors de cada un d'aquests elements. En total, són possibles nou situacions diferents, entre les quals P_i precedeix P_j en tres casos, P_j precedeix P_i en tres més, i en tres més es dona una situació d'empat:

Situacions en què P_i precedeix P_j :

(1) $IP_iC: g / WP_jC: l$

(2) $IP_iC: g / WP_jC: m$

(3) $IP_iC: m / WP_jC: l$

Situacions en què P_j precedeix P_i :

(4) $IP_iC: l / WP_jC: g$

(5) $IP_iC: m / WP_jC: g$

(6) $IP_iC: l / WP_jC: m$

Situacions d'empat:

(7) $IP_iC: l / WP_jC: l$

(8) $IP_iC: m / WP_jC: m$

(9) $IP_iC: g / WP_jC: g$

En els casos d'empat, com que les dues alternatives en conflicte tenen el mateix valor (en les circumstàncies C), hi ha discrecionalitat. Si s'està enjudiciant una ponderació legislativa, això significa que la Constitució no prohibeix la decisió presa pel legislador (ni tampoc la decisió en sentit contrari), i per tant

la llei no pot ser declarada inconstitucional. Si es tracta d'un conflicte examinat en empara, la situació és més problemàtica, perquè d'acord amb aquesta concepció d'Alexy hi hauria discrecionalitat judicial, en el sentit que des d'un punt de vista axiològic és indiferent quina precedència s'adopti en les circumstàncies C entre els elements en conflicte (les decisions serien iguals d'(in)justificades). En altres paraules, la regla creada arran de la ponderació seria igual d'(in)correcta tant si resol el cas genèric en favor d'un element com si el resol en favor de l'altre.

Fórmula del pes

Per a aclarir i precisar encara més la seva concepció, Alexy se serveix del que ell denomina *fórmula del pes*, i que és una fórmula matemàtica que assigna valors numèrics a cada una de les magnituds anteriors (importància de la lesió i grau de satisfacció) per a obtenir un quocient que determina de manera precisa la precedència (o empat, si escau) d'un element sobre l'altre. Ara bé, Alexy insisteix a deixar clar que la utilització d'aquesta fórmula i de valors numèrics de les magnituds relacionades amb la satisfacció o lesió de principis no es pot dur a terme en sentit estricte, sinó tan sols per analogia o de manera metafòrica.

L'estructura de la fórmula del pes és la següent:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_i C}{WP_j C}$$

G és el pes concret (en les circumstàncies C) de P_i en relació amb P_j ($P_{i,j}$). Un valor de l compta com a 1 (2^0), un valor de m compta com a 2 (2^1), i un valor de g compta com a 4 (2^2). En els casos en què el quocient sigui superior a 1, P_i precedirà P_j . Si al contrari el quocient és menor a 1, P_j precedirà P_i . En tots els casos d'empat, el quocient és 1 (tots els empats són equivalents).

Il·lustrarem amb un exemple l'aplicació del subprincipi de proporcionalitat en sentit estricte, per a comprovar-ne el funcionament. Concretament, analitzarem la seva aplicació en el supòsit de conflicte entre la llibertat d'informació i el dret a l'honor en les circumstàncies en què la informació sigui veraç, no injuriosa i de rellevància pública, quan es dóna prioritat a la llibertat d'informació. Prèviament s'ha d'haver establert que aquesta decisió que afavoreix la llibertat d'informació satisfà les exigències de perseguir una finalitat constitucionalment legítima, que és idònia per a la consecució d'aquesta finalitat, i que és necessària (no hi ha mètodes alternatius menys costosos). No entrarem en aquests aspectes i considerarem que són satisfets, per a poder centrar-nos en la proporcionalitat en sentit estricte. En primer lloc, cal assignar una magnitud al grau de lesió o menyscapse del dret a l'honor de l'afectat en les circumstàncies apuntades. Això pot ser problemàtic, ja que fins i tot dins les circumstàncies genèriques esmentades, el grau d'afectació pot variar en cada cas individual. De qualsevol manera, com que s'afirma que no s'utilitzen expressions insultants o injurioses, usualment no s'excediria d'una qualificació de m (grau mitjà). En canvi, el grau de satisfacció de la llibertat d'informació quan s'informa sobre assumptes de rellevància pública (per exemple, sobre les presumptes il·legalitats comeses per un alt càrrec d'un ministeri en l'exercici de les seves funcions), es pot qualificar com a g (el Tribunal Constitucional ha insistit repetidament en la importància que té la llibertat d'informació per a la formació d'una opinió pública lliure, pilar bàsic en una societat democràtica, i aquesta importància es manifesta en major mesura quan la informació és veraç i de rellevància públi-

ca). En conseqüència, si P_i és el dret a l'honor (element afectat negativament) i P_j la llibertat d'informació, IP_iC té un valor de m (2 en la fórmula del pes) i WP_jC un valor de g (4 en la fórmula del pes). Per tant, P_j preval sobre P_i en les circumstàncies d'informació veraç, no injuriosa i de rellevància pública (o, en altres paraules, la regla resultant de la ponderació està justificada).

Dificultats del model d'Alexy

Sens dubte, la formalització d'Alexy del principi de proporcionalitat pot aportar racionalitat a la ponderació (des de la perspectiva de la seva correcció substantiva), encara que també presenta alguns problemes. Es podria dir que el model proposat per Alexy és excessiu en alguns aspectes, i insuficient en d'altres.

1) D'una banda, semblaria que la formalització és excessiva, sobretot respecte a la fórmula del pes, tenint en compte que, com reconeix el mateix autor, el "pes" dels elements en conflicte (els graus d'importància de satisfacció i afectació d'aquests) no és quantificable en una escala mètrica, requisit imprescindible per a poder usar aquestes magnituds en una fórmula matemàtica. És cert que la fórmula del pes és més aviat un recurs explicatiu i que només es pot usar per analogia o metafòricament, però pot semblar una mica fora de lloc perquè dona la imatge d'un rigor i una precisió que no es poden assolir (des de les pròpies assumpcions d'Alexy).

2) Però les dificultats més grans no es troben en els aspectes en què la teoria pot resultar excessiva, sinó més aviat en els aspectes en què és insuficient. En aquest sentit, és problemàtic que, més enllà de les consideracions generals sobre l'argumentació jurídica, la teoria no aporta criteris relatius a la determinació (o determinació correcta) dels graus d'importància de satisfacció i afectació dels principis (és a dir, no té criteris per a establir quan s'ha d'aplicar una magnitud l , m o g), que és precisament el que té més importància a l'hora d'analitzar la justificació del resultat de la ponderació. Es tracta d'una mancança important perquè, en realitat, difícilment no es podria estar en desacord amb la reconstrucció alexiana de la proporcionalitat, que en cert sentit no és més que una aplicació específica d'un principi general de la racionalitat: el racional és escollir l'alternativa que aporta els màxims beneficis amb els menors costos (o fins i tot, de manera més simplificada: s'ha d'escollir la millor opció). Probablement ningú no estarà en desacord amb la regla, però el problema i els desacords es troben precisament a determinar quina és la millor opció (i això depèn de la qualificació com a l , m o g). L'únic que aporta Alexy pel que fa al cas és que es poden utilitzar qualssevol dels arguments admissibles respecte de l'argumentació jurídica per a fonamentar aquest tipus d'afirmacions sobre el grau o la importància d'afectació o satisfacció de principis, i la seva força dependrà al seu torn de la solidesa dels arguments utilitzats. Encara que és cert que probablement hi hagi casos clars en els quals pràcticament hi ha unanimitat sobre la decisió correcta, això no serveix per a poder fer front a l'objecció de l'escèptic que afirmi que l'atribució d'una certa magnitud i no una altra al grau de satisfacció o afectació dels elements en conflicte és la simple expressió de preferències personals discrecionals i injustificades, i que no es pot parlar de valoracions correctes i incorrectes, per la qual cosa si un intèrpret qualifica una magnitud com a l i cap altre com a m , en realitat no es pot dir que un d'ells (o tots dos) hagin emès un judici incorrecte o injustificat.

D'altra banda, molt probablement aquesta falta de tractament dels criteris normatius sobre les atribucions d'aquestes magnituds està estretament relacionada amb una altra qüestió, de gran importància i a la qual Alexy no dedica gaire atenció: la determinació de les circumstàncies o propietats rellevants (les circumstàncies C). L'autor sempre insisteix en el fet que la ponderació és un mecanisme que no estableix relacions de precedència absolutes entre els principis en joc, sinó que aquestes precedències s'estableixen de manera condicionada, atenen les circumstàncies del cas. Per aquesta raó, en unes circumstàncies diferents, la precedència pot ser la inversa. No obstant això, sempre sol fer referència a les circumstàncies del cas sota la denominació *circumstàncies C*, sense entrar en més detalls o especificacions. Amb això fa l'efecte que la determinació de quines són aquestes condicions és una cosa òbvia o poc problemàtica. Tanmateix, les circumstàncies C a què contínuament es fa referència no són *totes* les circumstàncies del cas (individual), sinó tan sols les circumstàncies *rellevants* (definitòries del cas genèric, que ha de ser tal per a donar lloc a una regla). I la selecció de les circumstàncies o propietats rellevants d'entre totes les circumstàncies del cas obeeix a criteris valoratius o normatius. Ho podem veure amb l'exemple següent: tenim dues situacions (casos individuals) de conflicte entre la llibertat d'informació i el dret a l'honor. En la primera, un informador comunica una notícia de manera que afecta negativament l'honor d'una persona, però aquesta persona és un simple particular sense projecció pública i la notícia difícilment no pot suscitar l'interès dels altres, perquè afecta una qüestió privada de l'afectat (per a posar un exemple, la notícia podria consistir a dir que l'individu X en general no es

canvia els calçotets en una setmana). En el segon cas, s'informa de les presumptes greus irregularitats comeses en la gestió de fons públics per part d'un ministre. Probablement, tots dos casos individuals comparteixen un bon nombre de circumstàncies o propietats en comú (i un altre bon nombre de propietats seran diferents). Però d'entre totes, resulta que només o principalment una (la rellevància pública de la notícia) és determinant per a l'atribució d'una o una altra magnitud en el grau de satisfacció de la llibertat d'informació. Molt probablement, en el primer cas es diria que el grau d'importància en la satisfacció de la llibertat d'informació és només *l*, mentre que en el segon seria *g*. Però és necessari disposar de criteris normatius o valoratius per a seleccionar quines són aquestes circumstàncies *C* que tanta incidència tenen en la determinació del pes dels elements en conflicte. I lamentablement, Alexy passa per alt aquesta qüestió. Aquestes insuficiències potser es podrien suplir mitjançant la teoria proposada per Susan Hurley, que veurem a continuació.

La teoria de Susan L. Hurley

La professora Susan Hurley (1954-2007) va desenvolupar, en algunes de les seves obres, un procediment per a la presa de decisions en l'àmbit de la racionalitat pràctica (fonamentalment en l'àmbit moral, però també es pot usar en el jurídic) molt sofisticat i especialment indicat per a fonamentar racionalment les decisions en cas de conflicte (quan diferents normes, principis, raons, etc. donen suport a solucions diferents i incompatibles, com passa en els supòsits de conflicte constitucional).

A diferència del principi de proporcionalitat, no es tracta d'una reconstrucció teòrica del que, de fet, fan els tribunals a l'hora de prendre i fonamentar les seves decisions, sinó que es tracta d'un model estrictament acadèmic que, fins on arriba el nostre coneixement, no ha estat mai usat pels òrgans judicials. Tanmateix, és una alternativa molt interessant al principi de proporcionalitat i mereix ser tinguda en consideració, ja que, com veurem, en alguns aspectes és preferible a aquell.

Com que es tracta d'un model de gran complexitat, basat a més en una complexa teoria filosòfica sobre la raó pràctica (el *coherentisme*), ens limitarem simplement a veure'n alguns aspectes bàsics i centrals de manera esquemàtica, i a mostrar a més com s'aplicaria al supòsit clàssic de col·lisió entre la llibertat d'informació i el dret a l'honor.

D'acord amb la perspectiva de Hurley, mitjançant la deliberació s'intenta trobar la teoria que doni millor compte de les relacions entre les raons (normes, principis) que donen suport a cada una de les alternatives en conflicte. La resposta correcta o justificada del conflicte serà aquella que resulti afavorida per aquesta teoria. El principal problema consisteix, per tant, en l'elaboració o el descobriment d'aquesta millor teoria, per a la qual cosa l'aspecte fonamental és la deliberació. La deliberació consisteix en un procés de construcció d'hipòtesis que permetin passar de les ordenacions entre alternatives establertes per cada una de les raons en conflicte (que són incompatibles) a una ordenació definitiva, que determinarà la resposta del cas. En aquest procés deliberatiu, a fi de determinar quina és la importància relativa dins del cas que s'ha de decidir de cada una de les raons conflictives, ocupa un lloc destacat l'anàlisi de casos

Lectura recomanada

Aquest apartat està basat fonamentalment a D. Martínez Zorrilla (2009). "Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 86, pàg. 119-144).

Lectura recomanada

S. L. Hurley (1989). *Natural Reasons. Personality and Polity*. Nova York: Oxford University Press

S. L. Hurley (1990). "Coherence, Hypothetical Cases and Precedent". *Oxford Journal of Legal Studies* (pàg. 221-251).

paradigmàtics reals i hipotètics on actuen aquestes mateixes raons. Que un cas tingui la qualificació de paradigmàtic depèn que hi hagi un ampli consens sobre la seva resolució.

El procés deliberatiu és dissenyat per Hurley en forma de **cinc etapes** consecutives:

1) La **primera etapa** consisteix en l'especificació del problema: s'identifiquen les alternatives que es plantegen en el cas i es determinen les diferents raons (normes jurídiques) rellevants que s'apliquen a cada una i com ordenen les alternatives en conflicte.

En l'exemple que utilitzem, partim del cas de la publicació d'una informació que afecta negativament l'honor de la persona o de les persones afectades. En conseqüència, tenim un conflicte de raons que ordenen de manera diversa les alternatives. D'una banda, l'activitat de l'informant és emparada pel dret fonamental de llibertat d'informació⁵⁴, i segons aquest estaria permesa l'activitat de publicar aquesta notícia (alternativa A). D'altra banda, aquesta mateixa activitat implica un menyscapse de l'honor de l'afectat, protegit pel dret fonamental a l'honor⁵⁵, d'acord amb el qual s'hauria d'impedir-ne la publicació (alternativa B). És a dir, d'acord amb la primera raó normativa, l'alternativa A preval sobre l'alternativa B, i d'acord amb la segona raó, l'ordenació és la inversa. Així, podríem representar la situació de la manera següent:

⁽⁵⁴⁾Art. 20.1.d CE

⁽⁵⁵⁾Art. 18.1 CE

Matriu deliberativa del conflicte informació-honor (primera fase)

Matriu deliberativa	Informació	Honor	Solució
Cas en disputa	Alternativa A Alternativa B	Alternativa B Alternativa A	? ?

2) La **segona etapa** consisteix en un examen més detingut de les raons en joc, intentant determinar-ne més concretament el propòsit (comesa, fonament) de cada raó, a fi d'ajudar-nos a determinar millor la importància que té cada una de les raons en el cas que s'ha de decidir.

En la segona etapa ja no estariem estrictament davant normes jurídiques, sinó més aviat davant del que usualment es coneix com les *raons subjacents* d'aquestes normes. El Tribunal Constitucional espanyol ha reiterat moltes vegades (per esmentar-ne només alguns exemples, vegeu per exemple la STC 57/2004, de 19 d'abril; la STC 2/2001, de 15 de gener, o la STC 144/1998, de 30 de juny) que la llibertat d'informació té la seva base o justificació en la formació d'una opinió pública lliure, que al seu torn és un pilar bàsic d'una societat democràtica. Perquè hi pugui haver aquesta opinió pública lliure és de capital importància, segons el Tribunal, que es puguin expressar lliurement idees

i opinions (llibertat d'expressió) i informar sense limitacions ni censures dels fets que s'esdevenen (llibertat d'informació). Considerarem, per tant, encara que sigui només com a hipòtesi, que la formació d'una opinió pública lliure és la raó que fonamenta la llibertat d'informació.

Pel que fa al dret a l'honor, potser seria més discutible o problemàtica la determinació del seu principal fonament. Potser aquest es podria situar en l'autorespecte, en la mesura que la projecció externa també incideix en la imatge que cada un té de si mateix; o potser el fonament es trobi en la dignitat de la persona, en la mesura que una de les dimensions en les quals es plasma el respecte a la persona és respectant la seva imatge i projecció pública. De qualsevol manera, aquest no és el lloc per a cloure una qüestió com aquesta i, tan sols com a hipòtesi, situarem el fonament del dret a l'honor en la dignitat. La matriu deliberativa corresponent a aquesta segona fase seria la següent:

Matriu deliberativa del conflicte informació-honor (segona fase)

Matriu deliberativa	Informació (opinió pública)	Honor (dignitat)	Solució
Cas en disputa	Alternativa A Alternativa B	Alternativa B Alternativa A	? ?

3) En la **tercera etapa** s'analitzen altres situacions, reals (assumpes ja decidits) o hipotètiques (experiments mentals) en què siguin aplicables les mateixes raons que les del cas que s'ha de decidir, i que tinguin la consideració de casos paradigmàtics, és a dir, de situacions la solució de les quals sigui clara o evident i respecte de la qual hi hagi un ampli consens. També tenen la consideració de paradigmàtics els casos la resposta dels quals hi hagi establerta una jurisprudència consolidada o de seguiment obligatori pels altres òrgans (com passa en el nostre sistema amb les decisions del Tribunal Constitucional).

Hi ha una extensa jurisprudència sobre l'assumpte aquí tractat (col·lisió informació-honor), però només utilitzarem alguns casos hipotètics:

a) El primer seria el cas en què s'informa sobre que el ministre de Foment va aprovar la concessió de les obres del tren d'alta velocitat a una determinada empresa a canvi d'una comissió milionària. En aquest supòsit, malgrat que la notícia afecten negativament la projecció i bona imatge pública del ministre, es considera que ha de prevaler la llibertat d'informació, perquè es tracta de fets de gran rellevància per a l'opinió pública.

b) En el segon cas, s'informa sobre certes activitats d'una persona de rellevància pública (podem seguir amb l'exemple del ministre) que afecten la seva bona imatge pública però que no es refereixen a cap assumpte públic o relacionat amb el seu càrrec (per exemple, es diu que aquest ministre mai no torna els llibres que li deixen, o que mai no paga els àpats amb els seus amics als

restaurants, o que és aficionat a les pel·lícules X). En aquest supòsit, preval (almenys com a hipòtesi) el dret a l'honor sobre la llibertat d'informació, perquè s'afecta negativament l'honor de la persona i la informació no contribueix pràcticament a la formació de l'opinió pública.

c) En el tercer cas, s'informa de l'activitat d'una persona anònima (en principi, doncs, sense rellevància pública) que ha dut a terme un acte que pot posar seriosament en perill la seguretat de l'Estat (per exemple, que ha sostret importants documents secrets del centre d'intel·ligència). En aquest supòsit es considera que ha de prevaler la llibertat d'informació.

d) Finalment, considerarem el cas en què un funcionari públic en l'exercici del seu càrrec ha comès determinades il·legalitats, però es comunica la notícia de manera que s'utilitzen molts insults i desqualificatius injuriosos envers l'afectat, i es lesionen d'una manera extremament greu la seva imatge i projecció pública. En aquest supòsit, es considera que té més importància la protecció de l'honor de l'afectat.

Representarem aquests casos paradigmàtics en la matriu deliberativa de la manera següent:

Matriu deliberativa del conflicte informació-honor (tercera fase)

Matriu deliberativa	Informació (opinió pública)	Honor (dignitat)	Solució
Cas en disputa	Alternativa A Alternativa B	Alternativa B Alternativa A	? ?
Cas paradigmàtic A	Alternativa C Alternativa D	Alternativa D Alternativa C	Alternativa C Alternativa D
Cas paradigmàtic B	Alternativa E Alternativa F	Alternativa F Alternativa E	Alternativa F Alternativa E
Cas paradigmàtic C	Alternativa G Alternativa H	Alternativa H Alternativa G	Alternativa G Alternativa H
Cas paradigmàtic D	Alternativa I Alternativa J	Alternativa J Alternativa I	Alternativa J Alternativa I

4) La **quarta etapa** constituïria el nucli del procés deliberatiu. S'hi elaboren hipòtesis teòriques sobre els fonaments de les solucions dels casos paradigmàtics seleccionats en l'etapa anterior. Aquestes hipòtesis intenten determinar quines circumstàncies o propietats específiques d'aquests casos són les que contribueixen a incrementar o disminuir el "pes" o la importància de cada una de les raons en conflicte en relació amb les altres.

Cada una de les diferents hipòtesis identifica certes circumstàncies o propietats i els atribueix rellevància per a determinar un cert resultat. Es tracta bàsicament de contrastar cada una de les hipòtesis amb diferents casos paradigmàtics (com més gran sigui el nombre, millor, en principi), tant reals com hipotètics, per a comprovar si ofereixen una resolució satisfactòria del cas. Si la hipòtesi manejada és insatisfactòria (és a dir, no dóna compte adequadament dels casos paradigmàtics), és abandonada. L'objectiu és trobar la millor teoria possible, és a dir, la hipòtesi que millor reconstrueixi les nostres intuïcions plasmades en la resolució dels diferents casos paradigmàtics i hi sigui més compatible. El comportament de les diferents raons en aquests casos paradigmàtics ajuda l'interpretador/decisor a considerar en quina mesura ofereixen un fonament per a cada una de les decisions possibles en les circumstàncies del cas que s'ha de decidir, i determinar així quina alternativa té "més pes" en aquestes circumstàncies, en la mesura que el cas presenti o no determinades propietats.

Un dels avantatges que té el model desenvolupat per Hurley, respecte a un model del principi de proporcionalitat com el d'Alexy, és que permet un grau més alt d'especificació o de delimitació de les propietats o circumstàncies que són rellevants a l'hora de fonamentar una regla que resolgui el conflicte. En el model d'Alexy únicament es feia al·lusió a les circumstàncies del cas (o circumstàncies *C*), com si es tractés d'un aspecte evident o poc problemàtic. En el model de Hurley, són precisament les raons considerades les que delimiten el marc de circumstàncies que es poden considerar rellevants. Per exemple, si una de les raons és la contribució a la formació d'una opinió pública lliure, només es poden considerar circumstàncies rellevants les propietats que d'alguna manera tinguin o puguin tenir una incidència en la formació d'aquesta opinió pública. Això exclou que es puguin considerar rellevants aspectes com per exemple la fase lunar del moment en què es publica la notícia o el color del cotxe de l'informant. En canvi, permet plantejar-nos legítimament, per exemple, si es pot considerar rellevant per a la decisió el fet que la persona sobre la qual s'informa tingui o no rellevància pública.

Una primera hipòtesi, en conseqüència, podria ser que en els casos en què la *persona* sobre la qual s'informa sigui de rellevància pública (al qual denominarem *p*), preval la llibertat d'informació sobre el dret a l'honor. Aquesta hipòtesi pot semblar a primera vista satisfactòria perquè dóna compte del cas paradigmàtic A, en què la persona és de rellevància pública i preval la llibertat d'informació. Tanmateix, un examen més detallat mostra que la hipòtesi no és adequada perquè no dóna compte del cas B (en el qual la persona també és de rellevància pública però preval el dret a l'honor). A més, com mostra el cas C (en el qual s'informa sobre l'activitat d'una persona en principi anònima), aquesta circumstància tampoc no seria una condició necessària de la prevalença de la llibertat d'informació. En definitiva, doncs, hem d'abandonar aquesta hipòtesi i substituir-la per una altra més satisfactòria.

Un nou candidat que sembla que és més adequat és que l'*assumpte* del qual s'informa tingui rellevància pública (que contribueixi de manera important a la configuració de l'opinió pública). Ens hi podem referir com a *q*. D'aquesta manera, es posa l'accent en l'assumpte o matèria de què s'informa, i no en la persona (encara que aquesta pot ser un element que incideixi a l'hora de considerar si l'assumpte és de rellevància pública). Aquest nou criteri sembla més satisfactori perquè no solament és compatible amb el cas A, sinó també amb el cas C (que abans en quedava exclòs). D'altra banda, també dóna compte

(indirectament) del cas B en la mesura que quan la notícia no té rellevància pública, preval el dret a l'honor. Tanmateix, encara no és suficient per a donar compte del cas D, perquè les il·legalitats comeses per funcionaris públics en l'exercici del seu càrrec són assumptes d'interès públic i tanmateix aquí no preval la llibertat d'informació.

Per a tractar de determinar què passa en el cas D, i per què en aquesta situació considerem que ha de prevaler el dret a l'honor, hem de tenir en compte el següent: el "pes" o importància del dret a l'honor, que es fonamenta (segons el que hem considerat) en la dignitat, es basa en el grau d'afectació o lesió d'aquesta. De manera anàloga a com la importància de la llibertat d'informació és més gran com més contribueix la notícia a la formació d'una opinió pública lliure, la importància del dret a l'honor és superior com més gran sigui el grau en què s'afecta a la dignitat. En aquest cas, la dignitat queda molt greument afectada quan s'utilitzen expressions insultants, injurioses o degradants, no solament per la gravetat de les expressions, dins del nostre context lingüístic, sinó perquè constitueixen en certa mesura una manera gratuïta de lesionar la dignitat: la mateixa informació es pot transmetre sense necessitat d'utilitzar aquest tipus d'expressions. L'ús d'insults és, per tant, una manera gratuïta i innecessària de lesionar l'honor quan es transmet una informació. Per això, podem formular la hipòtesi que quan s'utilitzen expressions insultants, vexatòries o injurioses (que simbolitzem com a r), preval el dret a l'honor, fins i tot quan la informació és de rellevància pública.

Per això, perquè prevalgui la llibertat d'informació no n'hi ha prou que ocorri q (assumpte de rellevància pública), sinó també que no s'usin expressions insultants ($\neg r$). Per això, com a refinament final de la nostra hipòtesi, que dóna compte de tots els casos paradigmàtics, direm que en les circumstàncies $q \wedge \neg r$ preval l'opció afavorida per la llibertat d'informació, mentre que si es presenta $\neg q$ o r , preval l'alternativa recolzada pel dret a l'honor. Representem aquestes conclusions en la matriu següent:

Matriu deliberativa del conflicte informació-honor (quarta fase)

Matriu deliberativa	Informació (opinió pública)	Honor (dignitat)	Solució
Cas en disputa	Alternativa A Alternativa B	Alternativa B Alternativa A	? ?
Cas paradigmàtic A	Alternativa C Alternativa D	Alternativa D Alternativa C	Alternativa C Alternativa D
Cas paradigmàtic B	Alternativa E Alternativa F	Alternativa F Alternativa E	Alternativa F Alternativa E

Matriu deliberativa	Informació (opinió pública)	Honor (dignitat)	Solució
Cas paradigmàtic C	Alternativa G Alternativa H	Alternativa H Alternativa G	Alternativa G Alternativa H
Cas paradigmàtic D	Alternativa I Alternativa J	Alternativa J Alternativa I	Alternativa J Alternativa I
Hipòtesi definitiva Casos A, C	Preval C, G sota " $q \wedge \neg r$ "	Preval D, H sota " $q \wedge \neg r$ "	Inf. preval sobre honor sota " $q \wedge \neg r$ "
Hipòtesi definitiva Cas B	Preval E sota " $\neg q \wedge \neg r$ "	Preval F sota " $\neg q \wedge \neg r$ "	Honor preval sobre inf. sota " $\neg q \wedge \neg r$ "
Hipòtesi definitiva Cas D	Preval I sota " $q \wedge r$ "	Preval J sota " $q \wedge r$ "	Honor preval sobre inf. sota " $q \wedge r$ "

Queda un supòsit possible no exemplificat per cap dels casos paradigmàtics aquí exposats: aquell en què la informació no té rellevància pública i a més s'utilitzen expressions injurioses ($\neg q \wedge r$). Aquest supòsit es pot resoldre fàcilment amb la mateixa hipòtesi (prevalença del dret a l'honor).

5) Finalment, en la **cinquena etapa**, es determinen les conseqüències que la millor de les hipòtesis obtinguda en l'etapa anterior comporta per al cas en qüestió que ha de ser resolt (en altres paraules, quina de les alternatives en conflicte té prevalença en el cas que s'ha de decidir, d'acord amb la millor teoria).

En l'última fase s'aplica la hipòtesi definitiva al cas que hem de resoldre. La solució serà una o una altra en funció de quines de les circumstàncies q i r estiguin presents o absents. Suposant que en el cas que s'hagi de decidir la informació tingui rellevància pública i no s'utilitzin expressions injurioses ($p \wedge \neg r$), la solució justificada serà donar prioritat a la llibertat d'informació:

Matriu deliberativa del conflicte informació-honor (cinquena fase)

Matriu deliberativa	Informació (opinió pública)	Honor (dignitat)	Solució
Cas en disputa ($p \wedge \neg r$)	Alternativa A Alternativa B	Alternativa B Alternativa A	Alternativa A Alternativa B

Malgrat que el que hem explicat aquí és una presentació molt esquemàtica del model, podem extreure algunes **conclusions**:

a) El model de Hurley sembla més satisfactori que el principi de proporcionalitat, almenys en un aspecte important: el relatiu a la determinació de les circumstàncies o propietats rellevants que defineixen el cas de conflicte. En

lloc de fer una referència genèrica i indeterminada a les circumstàncies del cas, que per si sola no ofereix cap guia per a la selecció de les propietats, el model de Hurley permet una delimitació del que podríem denominar *propietats rellevants admissibles*, determinades en funció de la seva aptitud per a incidir en les raons que fonamenten les diferents solucions del cas: en altres paraules, només són candidats a ser propietats rellevants les que tenen alguna relació o incidència a l'hora de satisfer o impedir la satisfacció de les raons en pugna.

b) Com hem observat en exposar les exigències del principi de proporcionalitat, hi havia algunes diferències segons que s'apliqui a l'anàlisi sobre la constitucionalitat d'una llei o a situacions pròpies d'un recurs d'empara. Això obligava a fer alguns ajustos o matisacions en relació amb com s'interpretaven les exigències del model en aquests àmbits diferents. En canvi, el model de Hurley pot funcionar de la mateixa manera en tots els supòsits de conflicte constitucional.

Resum

Al llarg de les pàgines anteriors s'ha intentat oferir una sèrie de pautes o guies metodològiques a fi de comprendre i desenvolupar millor la tasca de determinar la resposta jurídica del cas, o el que el dret estableix per a la situació plantejada.

El dret només pot complir adequadament les seves funcions en la mesura que sigui possible (i relativament senzill) determinar quina és la resposta jurídica dels casos plantejats. El que a primera vista pot semblar simple, comprèn en realitat un conjunt força ampli i heterogeni d'activitats de diversa naturalesa, com la determinació dels fets del cas, la selecció del material jurídic rellevant, la interpretació de les disposicions normatives, la sistematització del dret o la subsumció del cas individual en un cas genèric, entre altres. Cada un d'aquests aspectes o dimensions planteja les seves pròpies dificultats, i per tant no solament és aclaridor, sinó també útil, comprendre-les i analitzar-los des d'un punt de vista teòric.

En el primer apartat hem analitzat diversos conceptes i distincions teòriques bàsiques relacionades amb l'aplicació del dret i la determinació de la resposta jurídica al cas. Remarquem la importància de la distinció entre els **casos individuals** (esdeveniments concrets, amb existència espaciotemporal determinada) i els **casos genèrics** (conjunts de situacions definides per propietats): mentre que l'objectiu és donar una resposta o solució al cas individual, això es fa mitjançant normes que es refereixen a casos genèrics. També hem destacat la figura del **sil·logisme jurídic** com a esquema bàsic per a la justificació de les decisions jurídiques (aplicació del dret, en suma), i assenyalem les principals dificultats que poden afligir les premisses normatives o fàctiques del raonament, que transformen el que podria ser un **cas fàcil** en un **cas difícil**.

En el segon apartat fixem l'atenció en dues de les activitats centrals en la tasca de la determinació de la resposta jurídica del cas: la selecció del material jurídic rellevant i la seva interpretació. En relació amb la primera tasca, ocupa un paper central la distinció entre la **validesa** i l'**aplicabilitat**, ja que una falta de distinció entre aquests dos aspectes pot comportar que una decisió jurídica sigui injustificada. D'altra banda, hem insistit en la importància capital (no poques vegades ignorada o subestimada) de la interpretació del dret. Només serem conscients del verdader abast i importància d'aquesta tasca si tenim clara la distinció entre les **disposicions normatives** (textos dictats per l'autoritat) i les **normes** (resultat del procés interpretatiu), i no perdem de vista la important conseqüència que diferents interpretacions d'un mateix conjunt de disposicions poden donar lloc a diferents normes i a diferents sistemes normatius, i en conseqüència a diferents respostes a un cas idèntic. No hem de perdre mai de vista les dificultats derivades del mateix llenguatge (**vaguetat**,

ambigüitat i càrrega emotiva), ni les divergències a què dóna lloc l'ús de diferents tècniques interpretatives, que poden oferir com a resultat tant **interpretacions literals** com **interpretacions correctores**.

El tercer apartat es dedica a l'estudi d'una activitat central per a qualsevol jurista que pretengui determinar la solució jurídica d'un cas: la **sistematització**; és a dir, la determinació de les respostes o solucions que les normes del sistema jurídic vinculen als diferents casos (genèrics). Gràcies al model formal desenvolupat per Alchourrón i Bulygin, és possible reconstruir de manera rigorosa les conseqüències normatives que el sistema estableix per a tots i cada un dels diferents casos genèrics possibles (i, d'aquesta manera, ens permet també identificar, mitjançant la subsumció del nostre cas individual en el cas genèric corresponent, quina és la resposta jurídica del cas; és a dir, el nostre objectiu). A més, el model ens permet identificar de manera clara i rigorosa els possibles defectes formals que pot presentar un sistema normatiu: les **llacunes normatives** (incompletitud), les **antinòmies** o contradiccions normatives (inconsistència), i les **redundàncies** normatives. En aquest mateix capítol també fem atenció a algunes de les tècniques o mecanismes per a fer front a aquestes dificultats.

Finalment, el quart apartat es destina a un problema que ha anat adquirint més força al llarg dels últims anys: el dels **conflictes constitucionals**. El seu estudi es justifica tant per les especials dificultats que plantegen (no semblen adequats els mecanismes tradicionalment destinats a la solució de conflictes normatius o antinòmies) com per la relativa freqüència amb què es manifesten i la complexitat del seu tractament teòric. En aquest sentit, és problemàtica la categoria dels **principis** jurídics (com a categoria de normes contraposaada a les **regles**), i una concepció adequada de la **ponderació** (com a mecanisme o procediment per a resoldre conflictes constitucionals). Respecte a aquesta, és convenient diferenciar almenys tres àmbits o dimensions diferents: el **conceptual** (què és la ponderació), el **metodològic** (com es realitza la ponderació) i el **normatiu** (com s'ha de ponderar, per a fer-ho correctament). Des de la perspectiva conceptual, trobem diferents concepcions de la ponderació, d'entre les quals la concepció **universalista** sembla que és la més adequada o satisfactòria. Des del vessant metodològic, és possible aplicar, amb certs canvis, el model d'Alchourrón i Bulygin (com per exemple fan autors com Moreso o Mendonca). Finalment, dins de l'àmbit normatiu, destaca amb força el **principi de proporcionalitat** com a criteri de correcció, encara que pot ser preferible un altre model alternatiu com el d'S. L. Hurley.

Activitats

1. Escolliu una o diverses sentències judicials (normalment són preferibles les de primera instància) i tracteu d'identificar les seves premisses normatives i fàctiques. Es tracta, segons la vostra opinió, d'un cas fàcil o difícil? Per què? Si es tracta d'un cas difícil, de quin tipus seria, segons la classificació de MacCormick? Quins mecanismes ha utilitzat el jutge per a sobreposar-se a les dificultats i justificar la seva decisió?

2. A partir d'alguna sentència judicial o d'obres de juristes, tracteu de trobar exemples de diferents tècniques interpretatives (justificant la resposta). Seria possible, segons la vostra opinió, sostenir una solució contrària mitjançant una tècnica interpretativa diferent? Com?

3. Intenteu aplicar el model d'anàlisi de sistemes normatius d'Alchourrón i Bulygin a algun àmbit o problema jurídic concret. Procureu precisar al màxim l'univers del discurs a fi de facilitar l'anàlisi. El sistema resultant és satisfactori? o al contrari, té algun defecte formal? En aquest últim cas, com es podria resoldre?

4. Busqueu alguna sentència del Tribunal Constitucional en què es faci una ponderació per a resoldre una situació de conflicte constitucional. Quins són els elements (principis) que entren en col·lisió? Quines són les circumstàncies o propietats que el Tribunal considera rellevants a fi de resoldre el conflicte en un o altre sentit? Es pot identificar alguna regla (o regles) com a resultat de la ponderació realitzada?

Exercicis d'autoavaluació

1. Si dubtem sobre si una compravenda a un preu notòriament inferior al de mercat és o no una donació, a efectes de determinar si s'aplica o no l'impost sobre donacions, som davant...

- a) un problema de rellevància que afecta la premissa normativa.
- b) un problema de prova que afecta la premissa fàctica.
- c) un problema de qualificació que afecta la premissa fàctica.
- d) No hi ha cap problema.

2. La vaguetat, a diferència de l'ambigüitat,...

- a) és un problema que afecta els conceptes, no les paraules.
- b) és un problema que afecta les paraules, no els conceptes.
- c) és un problema que afecta tant les paraules com els conceptes.
- d) Depèn del cas.

3. Si una disposició que regula l'ús d'unes instal·lacions en un parc d'atraccions estableix "Per raons de seguretat, es prohibeix l'accés a menors d'edat i a majors d'edat que facin menys d'1,60 metres":

- a) Es tracta d'un problema d'ambigüitat extracontextual.
- b) Es tracta d'un problema d'ambigüitat contextual alternativa.
- c) Es tracta d'un problema d'ambigüitat contextual simultània.
- d) No hi ha cap problema d'ambigüitat.

4. Quina de les afirmacions següents és correcta?

- a) Totes les normes vàlides són també aplicables.
- b) Totes les normes aplicables són també vàlides.
- c) Hi pot haver normes vàlides no aplicables, però tota norma aplicable és vàlida.
- d) Cap de les anteriors.

5. Una llei inconstitucional que hagi estat declarada (erròniament) constitucional pel Tribunal Constitucional...

- a) és una norma invàlida i inaplicable.
- b) és una norma invàlida però aplicable.
- c) és una norma vàlida, però inaplicable.
- d) és una norma vàlida i aplicable.

6. L'anomenat *argument psicològic* o de la voluntat del legislador...

- a) només es pot usar per a justificar una interpretació literal.
- b) només es pot usar per a justificar una interpretació correctora restrictiva.
- c) només es pot usar per a justificar una interpretació correctora extensiva.

d) es pot usar per a justificar una interpretació literal o correctora (restrictiva o extensiva), segons els casos.

7. Quants casos genèrics té un UC si l'UP consta de cinc propietats?

- a) 10.
- b) 16.
- c) 32.
- d) 64.

8. Si davant la disposició "Prohibida l'entrada de gossos a l'hospital" algú afirma que hi ha una llacuna, perquè s'hauria de permetre l'entrada d'un gos pigall que guia una invident, està utilitzant el terme *llacuna*...

- a) com a llacuna normativa.
- b) com a llacuna de coneixement.
- c) com a llacuna de reconeixement.
- d) com a llacuna axiològica.

9. Quan, malgrat conèixer perfectament els fets del cas individual, dubtem sobre si els hem d'entendre o no com un supòsit de "robatori amb violència", som davant...

- a) una llacuna normativa.
- b) una llacuna de coneixement.
- c) una llacuna de reconeixement.
- d) una llacuna axiològica.

10. Tenim els dos preceptes següents: article 1: "Els vehicles de més de tres rodes estan subjectes al pagament de l'impost"; article 2: "Els vehicles destinats al transport de mercaderies no estan subjectes al pagament de l'impost". Què passa en el cas d'un vehicle de més de tres rodes destinat al transport de mercaderies?

- a) Ha de pagar l'impost.
- b) No ha de pagar l'impost.
- c) Hi ha una llacuna normativa.
- d) Hi ha una antinòmia.

11. En el cas anterior, si hi ha una antinòmia, de quin tipus seria?

- a) No hi ha cap antinòmia.
- b) Total-total.
- c) Total-parcial.
- d) Parcial-parcial.

12. La tesi de la plenitud del dret (absència total de llacunes)...

- a) és una veritat evident i necessària de tot sistema jurídic.
- b) només és correcta si entenem *permès* en sentit feble.
- c) només és correcta si entenem *permès'* en sentit fort.
- d) Si entenem *permès* en sentit fort, no és una veritat necessària, i si l'entendem en sentit feble, no elimina les llacunes.

13. Quina de les afirmacions següents sobre els principis és correcta?

- a) Tots els autors coincideixen en els criteris de distinció entre principis i regles, que és una distinció de categoria i no de grau.
- b) L'únic mètode possible per a resoldre conflictes entre principis és la ponderació.
- c) La gran majoria d'elements qualificats com a *principis* són preceptes constitucionals.
- d) Tots els preceptes constitucionals són principis.

14. Quina de les afirmacions següents sobre la ponderació no és correcta?

- a) Se sol utilitzar com a mecanisme per a resoldre conflictes entre principis.
- b) En totes les diferents concepcions de la ponderació, aquesta es limita estrictament al cas individual examinat.
- c) En una concepció universalista, dóna lloc a la creació d'una (o diverses) regles.
- d) Pot ocórrer que en un altre supòsit de col·lisió entre els mateixos elements, la solució sigui l'oposada (donar prioritat a l'altre principi).

15. Quina de les afirmacions següents sobre el principi de proporcionalitat no és correcta?

- a) És compost de tres subprincipis: el d'idoneïtat, el de necessitat i el de la proporcionalitat en sentit estricte.
- b) És bàsicament una reconstrucció teòrica del que, de fet, ja feien els tribunals.
- c) Funciona com a criteri per a valorar si el resultat d'una ponderació és el correcte.
- d) Funciona de la mateixa manera tant si el que s'examina és la constitucionalitat d'una llei (recurs d'inconstitucionalitat o qüestió d'inconstitucionalitat) com si es tracta d'un conflicte entre particulars o entre particulars i poders públics (recurs d'empara).

16. A fi de descongestionar una mica el trànsit i facilitar la circulació, l'ajuntament d'una ciutat ha dictat una ordenança municipal per la qual es limita l'estacionament de vehicles al nucli antic. L'objectiu és impedir que hi estacionin vehicles de grans dimensions que facin encara més complicat circular pels estrets carrers del nucli antic de la ciutat (i indirectament, en impedir-ne l'estacionament, desincentivar també la circulació en aquesta zona).

Les disposicions que regulen l'estacionament són les següents:

D₁: Només poden estacionar en el nucli antic de la ciutat els vehicles amb un pes en ordre de marxa inferior als 1.000 quilograms.

D₂: En cap cas no hi poden estacionar furgonetes, camions, ni tampoc vehicles en general de més de quatre rodes.

Utilitzeu el model desenvolupat per Alchourrón i Bulygin per a analitzar el sistema normatiu resultant d'aquestes disposicions, tenint en compte que l'univers del discurs (UD) seria "Circular amb un vehicle pel nucli antic de la ciutat".

- a) Intenteu determinar la resposta de cada un dels casos de l'UC i les propietats formals del sistema. Si es tracta d'un sistema defectuós, indiqueu com es podria procedir per a solucionar aquests defectes.
- b) Suposem que disposem d'una petita furgoneta de repartiment, de mida molt similar al d'un petit turisme, i amb un pes de només 900 quilograms. Tenim permès estacionar? Justifiqueu la resposta.

17. Llegiu amb atenció el següent fragment d'una sentència del Tribunal Constitucional, i a continuació responeu a les preguntes que es plantegen.

La Sala Segona del Tribunal Constitucional, composta pel senyor Carles Viver Pi-Sunyer, president; senyor Rafael de Mendizábal Allende; senyor Julio Diego González Campos; senyor Tomás S. Vives Antón; senyor Vicente Conde Martín de Hijas, i senyor Guillermo Jiménez Sánchez, magistrats, ha pronunciat

EN NOM DEL REI

la següent

SENTÈNCIA

En el recurs d'empara núm. 4022/1998, promogut pel senyor José María G. P. i Antena 3 Radio, SA [...] representats pel procurador dels tribunals el senyor Juan Luis P.-M S. i assistits per l'advocat el senyor Adrián D. L., contra la Sentència de 31 de juliol de 1998 (RJ 1998, 6933) dictada per la Sala Civil del Tribunal Suprem [...]

I. ANTECEDENTS

1 [...]

2

Els fets que causen la demanda d'empara són, en síntesi, els següents:

- a) El Jutjat de Primera Instància núm. 26 de Madrid va dictar Sentència el 5 de juny de 1992 en què estimava parcialment la demanda sobre protecció civil de l'honor interposada pel senyor Ramón M. F. contra els ara recurrents en empara, el senyor José María G. P. i la companyia mercantil Antena 3 Radio, SA, en què declarava la intromissió il·legítima en l'honor de l'actor civil i condemnava al pagament d'una indemnització [...].

El jutge considera així mateix provat que el demandat va qualificar el senyor Ramón M. F., en diversos programes emesos entre els dies 26 de setembre de 1990 i 2 de gener de 1991, de "zafio", "histórico", "tonto", "tontito", "pobre y ruin", "descarado", "Ramoncín", "perjuro", "soberbio y pedante", "cobarde", "caradura y desvergonzado", "embustero", "hortera" y "cantamañanas"; i que va al·ludir a ell com "el del pelo blanco", "señor de pelo blanco", "caballero de pelo blanco", "que es un presidente con el pelo blanco y la conciencia negra" [...].

[...] si bé no tots els qualificatius utilitzats pel senyor G. P. eren injuriosos, ja que podrien tenir alguna relació amb la informació a la qual acompanyaven diversos d'aquests (tonto, tonto de baba, presumido, inútil, torpe, caradura, desvergonzado, vanidoso, «faldero por antonomasia enamorado de la figuración, presunción y medraje», cantamañanas, «amoral

completo», vago, «desvergonzado, olvidadizo y trasnochado mandamal», «vejete, destartado, presumido y relamido», «un presidente con el pelo blanco y la conciencia negra», «casoso, muchachuelo y chiquilicuatre con el pelo blanco y la conciencia deportiva negra») constituïen una intromissió en el dret a l'honor del demandant, senyor M. F., en el sentit de l'article 7.7 de la Llei orgànica 1/1982, de 5 de maig, en el sentit que eren unes expressions plenament insultants i vexatòries, dirigides a menysprear l'ofès i totalment innecessàries als efectes propis de la informació que es divulgava [...].

3

Els recurrents en empara, el senyor José María G. P. i la companyia mercantil Antena 3 Radio, SA, invoquen el principi d'igualtat (art. 14 CE), les llibertats d'expressió i informació de l'article 20.1.a) i d), CE, i el dret a la tutela judicial efectiva sense patir indefensió (art. 24.1 CE).

a) Al·leguen en primer lloc que la resolució judicial impugnada ha vulnerat els seus drets a la lliure expressió i informació, en relació amb el dret a la tutela judicial efectiva sense patir indefensió (art. 24.1 CE). La demanda d'empara considera que la ponderació dels drets en conflicte efectuada pel Tribunal Suprem (dret a l'honor del senyor M. F., d'una banda, i drets a la llibertat d'informació i expressió del recurrent en empara, de l'altra) no s'ha ajustat a la doctrina constitucional per dues raons: perquè ha imposat un límit injustificat a la llibertat d'expressió i informació dels periodistes esportius per a evitar la violència en el futbol, i perquè ha examinat les expressions controvertides al marge del seu context. La Sentència del Tribunal Suprem hauria imposat un límit a la llibertat d'informació en els periodistes esportius, evitar la violència en el futbol, que no té fonament constitucional, contravenint així la doctrina establerta pel Tribunal Constitucional en un supòsit semblant, en què es tractava de l'honor del president d'una federació esportiva (STC 3/1997, de 13 de gener), i també la més genèrica formulada a propòsit de les persones dedicades a activitats i professions amb una inherent notorietat pública (STC 76/1995, de 22 de maig). Segons el parer dels demandants d'empara és socialment acceptat que ser president d'un club de futbol constitueix una circumstància que converteix la persona sobre la qual recau el càrrec en un personatge amb rellevància pública que, com a tal, ha de suportar les crítiques més adverses i la revelació d'informacions relatives a la seva professió i fins i tot a la seva vida personal.

D'altra banda, també reprotxen a la resolució del Tribunal Suprem el seu desajust amb la doctrina constitucional des del moment en què afirma que «aïllar les diverses expressions del context (no) és la tècnica enjudiciadora més convenient, ja que durant diverses emissions del programa radiofònic esmentat es van vessar plurals, diverses i dissemblants, que el Tribunal d'instància amb destacada atenció va tenir en compte a l'efecte de depurar les responsabilitats dels recurrents». En efecte, el demandant d'empara contrasta aquesta argumentació amb la jurisprudència del Tribunal Suprem en altres supòsits semblants i amb la doctrina de les STC 78/1995, de 22 de maig, i 190/1992, de 16 de novembre, que parteixen del context en què les afirmacions conflictives es produeixen per a determinar quina de les llibertats en conflicte, expressió o informació, ha estat exercida de manera preponderant [...].

4

La Sala Segona, mitjançant providència de 30 d'abril de 1999, va acordar admetre a tràmit el recurs d'empara i, en aplicació del que disposa l'article 51 LOTC, dirigir atenta comunicació a la Sala Civil del Tribunal Suprem, i a la Secció Dotzena de l'Audiència Provincial de Madrid a fi que, en el termini de deu dies, remetessin les actuacions del recurs de cassació núm. 1583/1994 i el rotlle d'apel·lació núm. 732/1992. També es va acordar dirigir la mateixa comunicació al Jutjat de Primera Instància núm. 26 de Madrid perquè remetés les actuacions núm. 1308/1991 i perquè situés davant d'aquest Tribunal els que hagin estat part en el procés que causa aquest recurs, a excepció dels demandants d'empara.

5 [...]

6

Mitjançant un escrit registrat en el Tribunal Constitucional el 19 de maig de 1999 va demanar que es personés en aquest procés constitucional el senyor M. F. [...].

7 [...]

8

El 28 de juliol de 1999 es va registrar en el Tribunal Constitucional l'escrit d'al·legacions del senyor M. F., en què sol·licitava la desestimació d'aquest recurs d'empara. En aquest escrit es raona que, en contra del que sostenen els recurrents en empara, és erroni afirmar que el Tribunal Suprem no ha ponderat la concurrència dels drets fonamentals en conflicte o el context en el qual es van pronunciar les expressions per les quals van ser condemnats [...].

Respecte de la presumpta limitació de la llibertat d'expressió i informació dels demandants d'empara, no solament aquests no precisen en què consisteix aquesta limitació, sinó que ni tan sols no tracten d'acreditar o al·legar, si més no, que la informació divulgada era veraç i amb rellevància pública, i que les expressions que l'acompanyaven eren necessàries i estaven justificades [...].

9 [...]

10

El fiscal va elevar els seus al·legats mitjançant un escrit registrat en el Tribunal Constitucional el 23 de setembre de 1999, en què demanava la denegació de l'empara. El Ministeri Públic sosté [...] En primer lloc, el pilar bàsic de la sentència de cassació no és la presumpta limitació de la llibertat d'expressió que la prevenció de la violència en l'esport imposaria als periodistes esportius. La decisió condemnatòria en cassació està lligada a les expressions proferides pel senyor José María G. P. de manera reiterada, innecessàries en relació amb la informació transmesa [...].

11 [...]

II. FONAMENTS JURÍDICS

1 [...]

2 [...]

"El que està en joc en aquests supòsits és [...] els drets a expressar lliurement opinions, idees i pensaments [art. 20.1.a) CE] i a comunicar i rebre lliurement informació veraç per qualsevol mitjà de difusió [art. 20.1.d) CE], que poden veure's afectats pel defecte de motivació judicial denunciada en la demanda d'empara. [...].

3 [...]

4

Dit això és totalment manifest que la llibertat que es podria veure compromesa en el cas d'actuacions tan sols pot ser la d'expressió de l'art. 20.1 a) CE. I, si bé és cert que el Tribunal Constitucional ha asseverat, d'acord amb la diferència que des de la STC 104/1986, de 17 de juliol, hem establert entre l'àmbit propi i el cànon d'enjudiciament dels drets fonamentals protegits en els subapartats a) i d) de l'art. 20.1 CE, que el dret a expressar lliurement opinions, idees i pensaments disposa d'un camp d'acció que només està delimitat per l'absència d'expressions indubtablement injurioses sense relació amb les idees o opinions que s'exposin i que resultin necessàries per a la seva exposició (STC 105/1990, de 6 de juny, F. 4, i 112/2000, de 5 de maig, F. 6), no és menys cert que també hem mantingut inequívocament que la Constitució no reconeix de cap manera (ni en aquest ni en cap altre precepte) un pretès dret a l'insult. La Constitució no veda, en qualssevol circumstàncies, l'ús d'expressions feridores, molestes o desagradables, però de la protecció constitucional que atorga l'art. 20.1.a) CE estan excloses les expressions absolutament vexatòries; és a dir, les que, ateses les circumstàncies concretes del cas, i al marge de la seva veracitat o inveracitat, siguin ofensives o oprobioses i resultin impertinents per a expressar les opinions o informacions de què es tracti (STC 107/1988, de 8 de juny; 1/1998, de 12 de gener; 200/1998, de 14 d'octubre; 180/1999, d'11 d'octubre; 192/1999, de 25 d'octubre; 6/2000, de 17 de gener; 10/2000, de 5 de maig, i 49/2001, de 26 de febrer).

No hi ha dubte que l'emissió d'apel·latius formalment injuriosos en qualsevol context, i innecessaris per a la tasca informativa o de formació de l'opinió que es realitzi, implica inferir una lesió injustificada a la dignitat de les persones (fonament de l'ordre polític i de la pau social, com solemnement proclama l'art. 10.1 CE) o al prestigi de les institucions. Certament, una cosa és efectuar una avaluació personal, per desfavorable que sigui, d'una conducta, i una altra cosa molt diferent és emetre expressions, afirmacions o qualificatius clarament vexatoris desvinculats d'aquesta informació i que siguin proferits, gratuïtament, sense cap mena de justificació. En aquest cas ens trobem davant una mera desqualificació o fins i tot un insult proferits sense la menor relació per tal de contribuir a formar una opinió pública lliure (per totes, STC 105/1990, de 6 de juny, F. 8).

5 [...]

6 [...]

El context en què s'expressen opinions serveix per a establir l'abast del límit de les llibertats i drets implicats, i la proporcionalitat dels seus mutus sacrificis i restriccions, la qual cosa presuposa que s'és davant de conductes que en principi poden ser objecte de tutela constitu-

onal. I en certes ocasions, l'existència d'un debat públic acceptat expressament o tàcitament per les parts que hi intervenen pot justificar la rèplica desagradable, molesta o feridora [...]. Però quan el que succeeix, com en aquest cas, és que s'és davant conductes que de cap manera no es poden considerar compreses en els límits de les llibertats o drets garantits per la Constitució, la menció al context en què aquestes conductes es produeixen és irrellevant. És a dir, en cap cas no es poden considerar expressions protegides per la llibertat d'opinió les expressions formalment i evidentment injurioses i vexatòries que, a més, són innecessàries per a l'expressió de l'opinió o crítica que mereixi l'al·ludit per aquestes encara que es tracti d'un personatge públic o amb notorietat pública, ja que altrament s'estaria senzillament privant del dret a l'honor a l'ofès, la qual cosa donaria lloc a l'absurd que determinades persones no tindrien dret a l'honor. I això no es pot entendre que privi de la seva llibertat d'opinió qui es vol pronunciar amb més o menys dimensió crítica, sobre una persona amb certa dimensió pública, ja que aquest pronunciament és, sens dubte, constitucionalment legítim, fins i tot manifestat amb tota la cruesa que es vulgui, però sempre amb l'infranquejable límit de no recórrer a l'ús d'expressions formalment injurioses i innecessàries.

7

El Tribunal Constitucional ha afirmat «que l'art. 18.1 CE atorga rang constitucional a no ser escarnit o humiliat davant de si mateix o davant dels altres (STC 85/1992, de 8 de juny, F. 4). Certament, com tots els drets constitucionals, l'honor també es troba limitat, especialment, pels drets a informar i a expressar-se lliurement. Però hem reiterat en la nostra jurisprudència que l'art. 20.1.a) CE no garanteix un pretès dret a l'insult [...]. En suma, el dret a l'honor actua com un límit indefugible que la mateixa Constitució (art. 20.4 CE) imposa al dret a expressar-se lliurement, prohibint que ningú es refereixi a una persona de manera insultant o injuriosa, o atemptant injustificadament contra la seva reputació fent-la desmerèixer davant l'opinió dels altres» (STC 49/2001, de 26 de febrer, F. 5).

De conformitat amb aquesta doctrina és patent en el cas enjudiciat que les expressions per les quals es va condemnar civilment els recurrents constitueixen indubtablement insults, qualificatius formalment injuriosos, que no troben cap justificació sigui quin sigui el context en què es profereixin i que, a més, eren innecessaris per a expressar altres idees o informacions que ni tan sols no s'han indicat quines han estat. Són insults gratuïtament dirigits pel senyor José María G. P. contra el senyor Ramón M. F., i, quan aquestes expressions de manera evident i formalment injurioses en qualsevol context, i totalment innecessàries, no poden constituir objecte del dret fonamental a expressar lliurement opinions, idees i pensaments [art. 20.1.a) LOTC (RCL 1979, 2383 i ApNDL 13575)]. Per tant, s'ha de concloure que els recurrents no es poden emparar en la seva llibertat d'opinió, i s'ha de desestimar el recurs d'empara.

DECISIÓ

En virtut d'això, el Tribunal Constitucional, PER L'AUTORITAT QUE LI CONFEREIX LA CONSTITUCIÓ (RCL 1978, 2836 i ApNDL 2875) DE LA NACIÓ ESPANYOLA,

Ha decidit

Desestimar aquest recurs d'empara.

Publica aquesta Sentència en el "Butlletí Oficial de l'Estat".

Madrid, quinze d'octubre de dos mil u.- Carles Viver Pi-Sunyer.- Rafael de Mendizábal Allende.- Julio Diego González Campos.- Tomás S. Vives Antón.-Vicente Conde Martín de Hijas.- Guillermo Jiménez Sánchez.- Firmat i rubricat.

Preguntes:

Quins serien els principis involucrats en el cas? Quines propietats o circumstàncies té en compte el Tribunal Constitucional per a determinar el principi que preval en aquest conflicte? Quina o quines serien les regles a les quals s'arriba com a resultat de la ponderació feta? Satisfà la ponderació realitzada les exigències del principi de proporcionalitat? Raoneu la resposta.

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1. c

2. a

3. b

4. d

5. b

6. d

7. c

8. d

9. c

10. d

11. d

12. d

13. c

14. b

15. d

16.a)

Com a primer pas, aprofitarem la informació de què ja disposem. Sabem (perquè així se'ns indica) que l'UD és "Circular amb un vehicle pel nucli antic de la ciutat", i que el material jurídic rellevant per a aquest UD consta únicament de les disposicions D_1 i D_2 .

Com a pas següent, tractarem de determinar les propietats rellevants (elements de l'UP), mitjançant l'examen d'aquestes dues disposicions normatives. Hem de detectar quines són les circumstàncies o propietats la presència o absència de les quals fa variar la solució jurídica que ofereix el sistema; és a dir, què és el que té en compte l'autoritat normativa per a determinar que la resposta sigui una o una altra.

Si observem la disposició D_1 , sembla que l'aspecte rellevant per a poder o no estacionar és el pes del vehicle (pes en ordre de marxa inferior a 1.000 kg). No sembla que es tingui en compte cap altra circumstància, com per exemple la mida del vehicle, el dia de la setmana o si el conductor és o no resident a la ciutat. Podem representar la propietat "pes inferior a 1.000 kg" com a P .

Per la seva part, la disposició D_2 sembla tenir una mica més de suc, almenys a primera vista. Sembla rellevant, d'una banda, que el vehicle sigui una furgoneta; d'altra banda, que sigui un camió, i de l'altra, que sigui un vehicle amb més de 4 rodes. Si és així, disposaríem de tres noves propietats, però si ens hi fixem bé, veurem que totes són tractades conjuntament (tenen les mateixes conseqüències normatives, sense que hi hagi cap diferència pel fet que un vehicle sigui un camió i no una furgoneta, per exemple). Per això, podem simplificar l'anàlisi i tractar-les com una única propietat, que podem anomenar "ser furgoneta, camió o més de 4 rodes", i representar-ho com a V .

Així doncs, tindriem un UP compost per dos elements: P i V :

$UP = \{P, V\}$

Com que hi ha dues propietats rellevants, tindrem quatre (2^2) diferents casos genèrics possibles; és a dir, l'UC (univers de casos) tindrà 4 elements:

Cas 1: Vehicles de menys de 1.000 kg que siguin furgonetes, camions o de més de 4 rodes ($P \wedge V$).

Cas 2: Vehicles de menys de 1.000 kg que no siguin furgonetes, camions o de més de 4 rodes ($P \wedge \neg V$).

Cas 3: Vehicles de més de 1.000 kg que siguin furgonetes, camions o de més de 4 rodes ($\neg P \wedge V$).

Cas 4: Vehicles de més de 1.000 kg que no siguin furgonetes, camions o de més de 4 rodes ($\neg P \wedge \neg V$).

Amb relació a les accions que regula el sistema (univers d'accions o UA), la cosa és bastant senzilla, ja que sembla clar que només es regula una acció, la d'estacionar al nucli antic (p). Per tant:

UA = {p}

El pas següent és interpretar, amb els elements de què disposem, les disposicions normatives per a obtenir les normes del sistema.

En una interpretació literal de la disposició D_1 , sembla clar que s'estableix (en usar l'adverbi *només*) una doble regulació: d'una banda, que els vehicles de més de 1.000 kg de pes no poden estacionar, i de l'altra, que els vehicles de menys de 1.000 kg sí que ho poden fer. Per tant, obtenim:

N_1 : $\neg P \rightarrow Ph(p)$ [Els vehicles de més de 1.000 kg tenen prohibit estacionar]

N_2 : $P \rightarrow F(p)$ [Els vehicles de menys de 1.000 kg tenen facultat per estacionar]

La disposició D_2 sembla contenir una norma clara: les furgonetes, camions i vehicles de més de 4 rodes tenen prohibit estacionar. Tanmateix, no sembla que estableixi res sobre els vehicles que **no** siguin furgonetes, camions o de més de 4 rodes. És per això que, se n'extrauria una única norma:

N_3 : $V \rightarrow Ph(p)$

El sistema normatiu resultant seria:

SN = $[N_1, N_2, N_3]$

I les seves conseqüències lògiques, les següents:

UC	UP		SN		
	P	V	N_1	N_2	N_3
1	+	+		$F(p)$	$Ph(p)$
2	+	-		$F(p)$	
3	-	+	$Ph(p)$		$Ph(p)$
4	-	-	$Ph(p)$		

Podem observar que es tracta d'un sistema complet (no hi ha llacunes normatives, ja que tots els casos estan correlacionats amb alguna solució), però també redundant (cas 3) i, sobretot, inconsistent, i per tant el cas 1 (vehicles de menys de 1.000 kg que siguin furgonetes, camions o de més de 4 rodes) està correlacionat amb dues solucions incompatibles: facultatiu estacionar i prohibit estacionar. Concretament, es tracta d'una antinòmia parcial-parcial, ja que tant la norma N_2 com la norma N_3 es poden aplicar a altres casos sense entrar en col·lisió (casos 2 i 3, respectivament).

Per a resoldre aquesta antinòmia, malauradament no podem recórrer ni al criteri jeràrquic ni al cronològic, ja que es tracta de disposicions que es troben en una mateixa ordenança. Tampoc no és aplicable el criteri d'especialitat, ja que cap norma és "especial" en relació amb l'altra (només seria així si l'antinòmia fos total-parcial). En conseqüència, la solució només pot venir per la via interpretativa, modificant la interpretació de les disposicions de manera que es doni lloc a altres normes entre les quals la col·lisió no es produeixi.

Una possibilitat podria ser acudir a un **argument psicològic** (voluntat del legislador) per a recolzar una interpretació literal de la disposició D_2 , de manera que prevalgui sobre D_1 . Es podria sostenir que els termes en què està D_2 redactada (En cap cas...) demostra una voluntat molt clara i ferma de l'autoritat de no establir cap excepció a la prohibició d'estacionament de camions, furgonetes, etc. al nucli antic, fins i tot encara que es tracti de vehicles petits i lleugers. L'autoritat hauria pretès, de manera explícita, excloure definitivament la possibilitat que aquest tipus de vehicles pugui estacionar. Per això, en el cas 1 prevaldria la prohibició d'estacionar, i en conseqüència la disposició D_1 s'hauria d'interpretar com que es permet estacionar als vehicles de menys de 1.000 kg, llevat que es tracti de furgonetes, camions o vehicles de més de 4 rodes. L'argument psicològic, d'aquesta manera, afavoriria una interpretació literal de D_2 i una interpretació correctora restrictiva de D_1 (perquè exclou del seu àmbit d'aplicació supòsits que hi quedarien inclosos en una interpretació literal).

Però també és possible acudir a altres tècniques interpretatives que donarien lloc a la solució contrària (prevalença de la facultat d'estacionar en el cas 1). Això es podria argumentar, per exemple, per mitjà d'un **argument teleològic** (finalitat de la llei). Segons el que es diu, l'aprovació de l'ordenança municipal respon a l'objectiu d'afavorir més fluïdesa del trànsit i descongestionar la circulació al nucli antic de la ciutat, on els carrers són estrets. Tenint en compte això, sembla que aspectes com les dimensions i el pes dels vehicles són més importants que el tipus de vehicle per si mateix, ja que el que realment entorpeix la circulació és trobar-se amb vehicles estacionats de grans dimensions. D'aquesta manera, es podria sostenir que té prioritat la solució que ofereix D_1 , ja que, si bé és cert que la gran majoria de furgonetes, camions i vehicles de més de 4 rodes són de grans dimensions i pesos, n'hi ha altres que no ho són, i en termes de perjudici a la circulació, aquests últims són assimilables a les motocicletes i petits turismes. És per això que s'afavoriria una interpretació correctora restrictiva de D_2 , en excloure del seu àmbit d'aplicació certs supòsits (furgonetes, etc. de menys de 1.000 kg) que hi estarien inclosos en una interpretació literal. Així, D_2 s'interpretaria com que en

cap cas no poden estacionar furgonetes, camions o vehicles de més de 4 rodes, sempre que tinguin un pes superior als 1.000 kg.

b) Aquest cas individual és subsumible en el cas genèric 1, ja que es tracta, d'una banda, d'un vehicle de menys de 1.000 kg (P), i, alhora, d'una furgoneta (V). Per tant, està vinculat amb les solucions que estableixen les normes N_2 i N_3 , que dona lloc a una antinòmia. El sistema, per tant, no ofereix una solució a aquest cas, per la qual cosa és necessari procedir a una modificació del sistema (per via interpretativa) per a argumentar a favor d'una resposta determinada. En els paràgrafs anteriors ja hem vist alguns exemples d'això.

17. És força clar que els elements involucrats en el cas decidit pel Tribunal Constitucional són, d'una banda, el dret a la llibertat d'expressió del periodista José María G. (art. 20.1.a CE), i de l'altra, el dret a l'honor del Sr. Ramón M. (art. 18.1 CE). Es produeix un conflicte en la mesura que l'expressió de l'opinió que tant la persona com la gestió del Sr. M. li mereixen al periodista (molt negativa, com mostra l'ús d'expressions com *groller*, *beneit*, *tarambana*, etc.) implica un important menyscapse de l'honor (projecció externa, bona imatge pública) del Sr. M. Així, mentre que *prima facie*, les manifestacions del periodista estarien permeses, en exercici de la llibertat d'expressió, alhora estarien prohibides, perquè vulneren el dret a l'honor de l'ofès. Som, doncs, davant un conflicte constitucional.

Encara que en diferents llocs de la sentència apareixen elements importants per a l'argumentació del Tribunal, és probablement en el fonament de dret quart on es concentra el nucli argumentatiu per a justificar la decisió (com sabem, donar prioritat al dret a l'honor del Sr. Ramón M.). Un element central (i determinant) que es té en compte és l'ús d'expressions injurioses (insults) per part del periodista a l'hora de manifestar les seves opinions. Segons l'opinió del Tribunal, el menyscapse de l'honor mitjançant l'ús d'expressions insultants no es pot justificar en cap cas mitjançant l'apel·lació a la llibertat d'expressió, fins i tot en la hipòtesi que l'assumpte tractat tingui rellevància pública i es basi en informació veraç. En aquest cas, el dret a l'honor actua com un límit absolut a la llibertat d'expressió. En virtut d'aquest raonament, es pot extreure una regla segons la qual si en les manifestacions realitzades s'usen expressions injurioses o insultants (i independentment de la rellevància pública de la informació), preval el dret a l'honor, de manera que l'ús d'aquestes expressions està jurídicament prohibit.

Resulta aquesta ponderació (i la regla que en resulta) d'acord amb el principi de proporcionalitat? Recordem que aquest tenia tres subprincipis diferents: el d'idoneïtat, el de necessitat i la proporcionalitat en sentit estricte.

En relació amb la idoneïtat, qualsevol de les dues solucions possibles (donar prioritat a la llibertat d'expressió o a l'honor) satisfaria aquesta exigència, ja que totes dues estarien basades en drets fonamentals constitucionals, que, per definició, són finalitats constitucionalment legítimes.

En canvi, la situació és més complexa quan abordem el subprincipi de la necessitat. Com vam veure al seu moment, aquesta requereix, en síntesi, que no hi hagi cap altra alternativa clarament menys lesiva i almenys igual d'efectiva en la satisfacció de la finalitat constitucionalment legítima que es persegueix. Molt probablement, donar prioritat a la llibertat d'expressió quan s'usen expressions insultants o injurioses no superaria aquest requisit. Això és així perquè és possible (almenys, en la immensa majoria de casos) informar d'uns fets o expressar una opinió que afecta negativament l'honor (credibilitat, projecció, bona imatge) d'algú sense necessitat d'usar aquest tipus d'expressions tan vexatòries i lesives, que tan negativament incideixen en l'honor i que pràcticament no contribueixen a millorar o aclarir la informació o l'opinió que s'ofereix. És a dir, és possible comunicar una informació o opinió almenys igual de bé (o fins i tot millor) sense necessitat d'usar aquest tipus d'expressions tan lesives. En conclusió, no se superaria l'exigència del subprincipi de necessitat.

Però encara que es considerés que se satisfà aquest requisit, difícilment no satisfaria les exigències de la proporcionalitat en sentit estricte. Aquest es resumeix que la lesió d'un dels elements (principis) del conflicte només es justifica en la mesura que la satisfacció de l'altre sigui superior (al sacrifici del principi vençut). En aquest cas, la gravetat de la lesió a l'honor de l'ofès és molt alta, pel caràcter de les expressions utilitzades, i no compensaria el benefici o la satisfacció dels drets de llibertat d'expressió i informació, fins i tot si es tracta d'una persona de rellevància pública. La contribució a la formació de l'opinió pública no supera el greu menyscapse de l'honor i la dignitat de l'ofès, sobretot considerant, com acabem de veure en el paràgraf anterior, que les finalitats associades als drets de llibertat d'expressió i informació poden ser igualment assolides sense necessitat d'utilitzar expressions injurioses. Per tot això, podríem concloure que la ponderació realitzada pel Tribunal Constitucional satisfà els requisits del principi de proporcionalitat.

Glossari

ambigüitat *f* Una expressió E és ambigua si, i només si, té diversos significats E_1, E_2, \dots, E_n .

ambigüitat contextual *f* Una expressió lingüística pateix ambigüitat contextual si, i només si, té diversos significats en un context determinat.

ambigüitat contextual alternativa *f* Una expressió pateix ambigüitat contextual alternativa si, i només si, té diversos significats en un context determinat però de manera alternativa; només és possible assignar a l'expressió un dels diversos significats possibles, i no pas més d'un.

ambigüitat contextual simultània *f* Una expressió pateix ambigüitat contextual simultània si, i només si, té més d'un significat dins d'un context determinat i de manera simultània.

ambigüitat extracontextual *f* Una expressió pateix ambigüitat extracontextual si, i només si, té diversos sentits al marge de qualsevol context.

antinòmia *f* Situació en què un cas genèric d'un sistema normatiu està correlacionat simultàniament amb, almenys, dues solucions normatives lògicament incompatibles.

aplicabilitat *f* Segons la definició de Moreso i Navarro, condició segons la qual una norma n_i és aplicable en un temps t a un cas individual c , que és una instància del cas genèric C , si, i només si, una altra norma N_j , pertanyent al sistema jurídic S_j del temps t , prescriu (obliga o faculta) aplicar n_i als casos individuals que són instàncies del cas genèric C .

càrrega emotiva *f* Aspecte o dimensió valorativa (que pot ser positiva o negativa) que va associada al significat purament descriptiu d'un terme o expressió lingüística.

cas difícil *m* situacions en què la determinació de la resposta jurídica és indeterminada o problemàtica per la impossibilitat d'aplicar directament o mecànicament el sil·logisme jurídic. Les dificultats poden estar relacionades tant amb les premisses normatives (problemes de rellevància i problemes d'interpretació en sentit estricte) com amb les premisses fàctiques (problemes de prova i problemes de qualificació).

cas fàcil *m* Són les situacions en què la determinació de la resposta jurídica és senzilla mitjançant l'aplicació del sil·logisme jurídic, sense que sorgeixin dificultats ni en les premisses normatives ni en les premisses fàctiques.

cas genèric *m* Conjunt de situacions definit per una o diverses propietats que permet identificar una classe de persones, objectes, estats de coses o accions.

cas individual *m* Cas caracteritzat per ser una instància determinada o particular d'un cas genèric, amb existència espaciotemporal concreta.

consistència *m* Propietat lògica d'un sistema normatiu d'acord amb la qual el sistema manca per complet d'antinòmies o contradiccions normatives.

criteri cronològic *m* Criteri de resolució d'antinòmies d'acord amb el qual ha de prevaler la norma resultant de la disposició més recent en el temps (també conegut com a *lex posterior derogat legi priori*).

criteri d'especialitat *m* Criteri de resolució d'antinòmies d'acord amb el qual ha de prevaler la norma que resulti ser la més concreta o específica (també conegut com a *lex specialis derogat legi generali*).

criteri jeràrquic *m* Criteri de resolució d'antinòmies d'acord amb el qual ha de prevaler la norma procedent de la disposició que tingui una jerarquia superior (també conegut com a *lex superior derogat legi inferiori*).

disposició normativa *f* Cada un dels textos dictats per les autoritats normatives en exercici de les seves competències, dels quals s'obtenen les normes jurídiques per via interpretativa.

interpretació correctora *f* Interpretació jurídica que atribueix un significat a una disposició normativa que s'aparta dels límits establerts per una interpretació literal. La interpretació correctora pot ser extensiva (si inclou situacions o supòsits que quedarien exclosos en una interpretació literal) o restrictiva (si exclou situacions o supòsits que quedarien inclosos sota una interpretació literal).

interpretació jurídica *f* Activitat i resultat de determinar o atribuir un significat a una disposició normativa dictada per l'autoritat.

interpretació literal *f* Interpretació jurídica que atribueix a una disposició normativa un significat emmarcat en els límits dels usos habitualment atribuïts per la comunitat lingüística dels juristes a les paraules i expressions utilitzats per la disposició interpretada.

justificació interna *f* Un argument està justificat internament si, i només si, la conclusió es deriva lògicament de les premisses (correcció lògica del raonament).

justificació externa *f* Un argument està justificat externament si, i només si, les premisses utilitzades són sòlides, correctes, verdares o adequades.

llacuna axiològica *f* Hi ha una llacuna axiològica en un sistema normatiu *S* en relació amb un cas *C* si, i només si, malgrat que el cas *C* està correlacionat amb una solució normativa (no hi ha una llacuna normativa), el sistema *S* no considera rellevant certa propietat que des d'un punt de vista axiològic o valoratiu hauria d'haver estat considerada com a rellevant.

llacuna de coneixement *f* Hi ha una llacuna de coneixement si, i només si, arran d'una falta de coneixement suficient del cas individual *c* hi ha dubtes sobre si es tracta o no d'una instància d'un cas genèric *C*.

llacuna de reconeixement *f* Hi ha una llacuna de reconeixement si, i només si, a causa de la indeterminació semàntica dels conceptes (vaguetat) hi ha dubtes sobre si cert cas individual *c* constitueix o no una instància d'un cas genèric *C*.

llacuna normativa *f* Hi ha una llacuna normativa en un sistema normatiu *S* si, i només si, existeix almenys un cas genèric *C* que no està correlacionat amb cap solució normativa.

norma *f* En el model d'Alchourrón i Bulygin, enunciat que correlaciona un o més casos (genèrics) amb una o diverses solucions normatives. Les normes s'obtenen després d'un procés d'interpretació jurídica de les disposicions normatives.

norma jurídica *f* Norma pertanyent al sistema jurídic.

permís feble *m* Un comportament és permès en sentit feble si, i només si, no hi ha cap norma en el sistema que el prohibeixi.

permís fort *m* Un comportament és permès en sentit fort si, i només si, hi ha almenys una norma en el sistema que ho permet.

plenitud *f* Propietat lògica d'un sistema normatiu d'acord amb la qual aquest sistema manca per complet de llacunes normatives.

ponderació *m* Mecanisme per a la resolució de conflictes entre principis jurídics, d'acord amb el qual ha de prevaler el principi que tingui més "pes" o importància en les circumstàncies del cas que s'ha de decidir.

principi de proporcionalitat *m* Criteri que guia la ponderació entre principis jurídics, que implica considerar els graus de satisfacció i lesió dels principis afectats en cada una de les alternatives de decisió possibles, i que prescriu decantar-se per la solució que comporti el màxim grau de satisfacció d'un dels principis juntament amb el menor grau de lesió de l'altre.

principis jurídics *m pl* Subcategoria de les normes jurídiques prescriptives que es contraposa a la de les regles, i que se sol identificar amb normes de rang constitucional amb un alt grau de generalitat i amb un dens contingut valoratiu o moral. S'han proposat diversos criteris de distinció entre principis i regles, entre els quals es troben, per exemple, els principis com a normes amb condicions d'aplicació obertes, o els principis com a mandats d'optimització (regles ideals).

problemes de qualificació *fpl* En la classificació de MacCormick, es diu de les situacions en què no es pot determinar clarament quina és la premissa fàctica del sil·logisme jurídic, no per desconeixement dels fets del cas individual, sinó per dificultats per a la seva subsumpció en el supòsit de fet de les normes per problemes derivats de la indeterminació semàntica del llenguatge (vaguetat).

problemes d'interpretació en sentit estricte *fpl* En la classificació de MacCormick, es diu de les situacions en què no es pot determinar clarament quina és la premissa normativa del sil·logisme jurídic, ja que no hi ha una única interpretació clarament correcta o millor d'una disposició normativa en relació amb altres interpretacions alternatives.

problemes de prova *f pl* En la classificació de MacCormick, es diu de les situacions en què no es pot determinar clarament quina és la premissa fàctica del sil·logisme jurídic, ja que no es té prou coneixement dels fets del cas o no es poden acreditar suficientment.

problemes de rellevància *f pl* En la classificació de MacCormick, es diu de les situacions en què no es pot determinar clarament quina és la premissa normativa del sil·logisme jurídic, ja que no es pot determinar quina norma o normes són aplicables al cas.

redundància *f* Hi ha una redundància en un sistema normatiu *S* si, i només si, hi ha almenys un cas genèric *C* correlacionat per almenys dues normes amb la mateixa solució normativa, o amb solucions que s'impliquen lògicament.

regla *f* Categoria de norma prescriptiva que se sol contraposar a la de principi, i que se sol concebre com una norma que té les seves condicions d'aplicació perfectament determinades i tancades.

sil·logisme jurídic *m* Esquema de raonament format per una premissa normativa, una premissa fàctica que és subsumible en l'antecedent de la premissa normativa, i una conclusió que es dedueix lògicament de totes dues.

solució normativa *f* Qualificació deontològica (obligatori, prohibit, permès o facultatiu) d'una acció o conducta humana.

textura oberta del llenguatge *f* Amb aquesta denominació es fa referència a la vaguetat potencial que tenen tots els termes genèrics.

univers d'accions *m* En el model d'Alchourrón i Bulygin, conjunt de comportaments deontològicament modalitzats pel sistema normatiu analitzat.
sigla **UA**

UA *m* Vegeu **univers d'accions**.

univers de casos *m* En el model d'Alchourrón i Bulygin, conjunt de casos genèrics possibles del sistema normatiu. El seu nombre depèn de la quantitat d'elements de l'univers de propietats (UP), i es calcula mitjançant la fórmula 2^n , en què *n* és el nombre d'elements de l'UP.
sigla **UC**

UC *m* Vegeu **univers de casos**.

univers del discurs *m* En el model d'Alchourrón i Bulygin, conjunt de totes les situacions o estats de coses possibles (casos individuals) caracteritzats per una o diverses propietats, i que determinen els límits del sistema normatiu analitzat.
sigla **UD**

UD *m* Vegeu **univers del discurs**.

univers de propietats *m* En el model d'Alchourrón i Bulygin, conjunt de totes les propietats rellevants del sistema normatiu, que permet determinar el nombre de casos genèrics que componen l'univers de casos (UC).
sigla **UP**

UP *m* Vegeu **univers de propietat**.

univers de solucions *m* En el model d'Alchourrón i Bulygin, conjunt de solucions normatives del sistema normatiu analitzat.
sigla **US**

US *m* Vegeu **univers de solucions**.

vaguetat *f* El sentit d'una expressió lingüística *E* és vague si, i només si, en alguns casos es planteja el problema de si un determinat objecte pertany al conjunt designat per *E*.

validesa jurídica *f* Una norma *N* és jurídicament vàlida en el moment *t* si, i només si, pertany al sistema jurídic el *S* vigent en *t*.

Bibliografía

- Alchourrón, C. E.; Bulygin, E.** (1971). *Normative Systems*. Nova York / Viena: Springer Verlag.
- Alexy, R.** (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. d'E. Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R.** (2002). "Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 66, pàg. 13-64).
- Alexy, R.** (2003). "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison". *Ratio Juris* (núm. 4 (16), pàg. 433-449).
- Alonso, J. P.** (1995). "Un caso difícil en el Código Civil español". *Doxa* (17-18, pàg. 403-431).
- Atienza, M.** (1998). "Juridificar la bioética". *Isonomía* (núm. 8, pàg. 75-99).
- Atienza, M.; Ruiz Manero, J.** (1996). *Las piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Barnés, J.** (1998, set.des.). "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar". A: J. Barnés (coord.). *Cuadernos de derecho público* (pàg. 15-49). INAP.
- Bayón, J. C.** (1991). *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Beccaria, C.** (1968). *De los delitos y las penas* (trad. de J. A. de las Casas). Madrid: Alianza, 1768.
- Bernal Pulido, C.** (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bin, R.** (1992). *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Milà: Giuffrè.
- Bobbio, N.** (1964). "Sobre los criterios para resolver las antinomias". A: A. Ruiz Miguel (ed.) (1990). *Contribución a la teoría del Derecho*. Madrid: Debate.
- Calvo, M.** (ed.) (1995). *Interpretación y argumentación jurídica*. Saragossa: Prensas Universitarias de Zaragoza.
- Carrió, G.** (1990). *Notas sobre derecho y lenguaje* (4a ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Castán Tobeñas, J.** (1988). *Derecho civil español. Común y foral*. Madrid: Reus, 1936.
- Chiassoni, P.** (2007). *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonya: Il Mulino.
- Comanducci, P.** (2003). "Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico". A: M. Carbonell (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pàg. 75-98). Madrid: Trotta.
- Dworkin, R.** (1978). *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth.
- Dworkin, R.** (1986). *Law's Empire*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Fayos, A.** (2000). *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ferrajoli, L.** (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ferrer Beltran, J.** (2005). *Prueba y verdad en el Derecho*. Madrid / Barcelona / Buenos Aires: Marcial Pons.
- Gargarella, R.** (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.
- Guastini, R.** (1992). *Dalle fonti alle norme*. Torí: Giappichelli.
- Guastini, R.** (1998). "Principi di diritto e discrezionalità giudiziale". *Diritto Pubblico* (núm. 3, pàg. 641-660).

- Guastini, R.** (2003a). *Estudios sobre la interpretación jurídica* (trad. d'M. Carbonell i M. Gascón). Mèxic DF: Porrúa.
- Guastini, R.** (2003b). "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano". A: M. Carbonell (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pàg. 49-73). Madrid: Trotta.
- Habermas, J.** (1988). *Facticidad y validez* (trad. d'M. Jiménez Redondo). Madrid: Trotta.
- Hart, H. L. A.** (1961). *The Concept of Law*. Oxford: OUP.
- Hernández Marín, R.** (1998). *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Hurley, S. L.** (1989). *Natural Reasons. Personality and Polity*. Nova York: Oxford University Press.
- Hurley, S. L.** (1990). "Coherence, Hypothetical Cases and Precedent". *Oxford Journal of Legal Studies* (pàg. 221-251).
- Kelsen, H.** (1945). *General Theory of Law and State*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- MacCormick, N.** (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Malem Seña, J. F.** (2008). *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa.
- Martínez Zorrilla, D.** (2003). "Coherencia y criterios de resolución de contradicciones". *Base de conocimiento jurídico*, Iustel. Disponible en línea: www.iustel.com
- Martínez Zorrilla, D.** (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid / Barcelona / Buenos Aires: Marcial Pons.
- Martínez Zorrilla, D.** (2009). "Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley". *Revista Española de Derecho Constitucional* (86, pàg. 119-144).
- Mendonca, D.** (2003). *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*. Madrid: Tecnos.
- Moreso, J. J.** (2002). "Guastini sobre la ponderación". *Isonomía* (núm. 17, pàg. 227-245).
- Moreso, J. J.** (2003). "Conflictos entre principios constitucionales". A: M. Carbonell (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pàg. 99-121). Madrid: Trotta.
- Moreso, J. J.** (2006). *Lógica, argumentación e interpretación en el Derecho*. Barcelona: Editorial UOC.
- Moreso, J. J.; Navarro, P.** (1998). "The Reception of Legal Norms and Open Legal Systems". A: Paulson, S. L.; Paulson, B. L. (eds.). *Normativity and Norms* (pàg. 273-292). Oxford: Clarendon Press.
- Navarro, F.** (1998). *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*. València: Tirant lo Blanch.
- O'Callaghan, X.** (1991). *La libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Madrid: Edersa.
- Ollero, A.** (2000). "La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal". *Pensamiento y cultura* (núm. 3, pàg. 157-166).
- Ortega Gutiérrez, D.** (1999). *Derecho a la información versus Derecho al honor*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Otto, I. de** (1988). "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución". A: I. de Otto; L. Martín Retortillo. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Prieto Sanchís, L.** (1987). *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos.
- Prieto Sanchís, L.** (2002). "Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación". *Diritto & Questioni Pubbliche* (núm. 2, pàg. 97-114).

- Ratti, G. B.** (2006). "L'interpretazione come soluzione del problema delle lacune". A: Comanducci, P.; Guastini, R. (eds.). *Analisi e Diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappicelli.
- Raz, J.** (1970). *The Concept of a Legal System*. Oxford: Clarendon Press.
- Rodríguez de Santiago, J. M.** (2000). *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- Romano, S.** (1947). *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milà: Giuffrè.
- Ross, A.** (1958). *On Law and Justice*. Londres: Stevens & Sons.
- Sarazá, R.** (1995). *La libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*. Pamplona: Aranzadi.
- Tarello, G.** (1980). *L'interpretazione Della legge*. Milà: Giuffrè.
- Taruffo, M.** (2002). *La prueba de los hechos* (trad. de J. Ferrer). Madrid: Trotta.
- Vernengo, R. J.** (1977). *La interpretación jurídica*. Mèxic DF: UNAM.
- Vernengo, R. J.** (1994). *La interpretación literal de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Von Wright, G. H.** (1963). *Norm and Action. A Logical Enquiry*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
- Waldron, J.** (1999). *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wittgenstein, L.** (1988; original de 1953). *Investigaciones filosóficas*. Mèxic DF: UNAM.
- Wróblewski, J.** (1971). "Legal Decision and Its Justification". *Logique et Analyse* (53/54, pàg. 409-419).
- Wróblewski, J.** (1974). "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision". *Rechtstheorie* (5, pàg. 33-46).

