

La redacció d'aquests temes pretén servir d'ajuda als alumnes de Teoria del Dret en la comprensió i estudi de l'assignatura.

Vull agrair als professors Pedro A. Talavera Fernández i Ana Paz Garibo les seues lliçons prèvies, que han sigut de gran ajuda per a la redacció d'aquests.

El temari consta de 9 temes, amb els seus corresponents apartats i explicació d'aquests, així com un PowerPoint amb el més destacat de cada tema.

## TEMA 1. INTRODUCCIÓ A LA TEORIA DEL DRET

1. Sobre la manera d'aproximar-se a la teoria del dret
  2. La ubiqüitat del dret
  3. La hipòtesi del "no dret"
  4. Societats sense dret?
  5. El dret, el conflicte i la justícia
  6. El dret com fenomen jurídic
  7. Sobre les categories jurídiques fonamentals
- \*Conceptes fonamentals per a l'estudi de la teoria del dret

### 1. Sobre la manera d'aproximar-se a la teoria del dret

Atès que es denominen «Dret» els estudis de grau i «Teoria del Dret» la matèria que ens ocupa, seria lògic començar per oferir una definició o concepte aproximat del nostre objecte d'estudi: el dret. L'empresa sembla molt fàcil; no obstant això, aquesta tasca de conceptualització planteja tals dificultats que el problema ha sigut qualificat de paradigma de l'ambigüitat.

En aquest sentit, són ja clàssiques les referències dels manuals al següent text de Herbert HART en la seua obra titulada *El concepte de dret*: "poques preguntes referents a la societat humana han sigut formulades amb tanta persistència i respostes per pensadors seriosos de maneres tan diverses, estranyes i fins i tot paradoxals com la pregunta 'què és dret?'. Encara que limitem la nostra atenció a la teoria jurídica dels últims cent cinquanta anys i deixem a un costat l'especulació clàssica o medieval sobre la 'naturalesa' del dret, entropessarem amb una situació que no troba paral·lel en cap altre tema estudiat en forma sistemàtica com a disciplina acadèmica autònoma. No hi ha una vasta literatura consagrada a contestar les preguntes 'què és química?' o 'què és la medicina?', com n'hi ha per a respondre a la pregunta què és dret?". Molt de temps arrere, també Immanuel Kant havia ja ironitzat amb la qüestió: "encara busquen els juristes una definició per al seu concepte del dret".

Si bé l'escepticisme d'aquests textos té el seu fonament, ens adverteixen que no trobarem una definició a tall de fórmula matemàtica que en poques paraules explique de manera acabada i definitiva el que és el dret. No obstant això, l'intent de definir el dret resulta un exercici de reflexió fonamental i ineludible per a qualsevol que desitge aconseguir la condició de "jurista"; és a dir, per a qui concep el dret com alguna cosa més que el consignat en els textos legals, i per a qui concep el seu estudi com alguna cosa més que una mera tasca memorística. Reflexionar sobre el concepte de dret és una cosa primària que suposa establir la base, el fonament, sobre el qual haurem d'anar construint la nostra pròpia 'concepció', de la qual dependrà com enfocarem en endavant la nostra aproximació a les diferents matèries de la carrera, com abordarem el seu estudi i com desenvoluparem la vostra futura professió.

### 2- La ubiqüitat del dret

En aquest exercici d'aproximació al dret, percebem immediatament que "la major part de conductes habituals que estructurin la nostra vida quotidiana tenen a veure amb el dret, o són expressions de dret"; és a dir, el dret, encara que no siguem conscients d'això, ens

acompanya constantment, forma part de la nostra vida quotidiana. Pensem per exemple en accions tan trivials com comprar el periòdic o prendre un autobús. Són conductes que quasi tots nosaltres realitzem cada dia amb la naturalitat més gran sense pensar que, quan entreguem unes monedes a canvi del bitllet o del periòdic, fem al mateix temps un contracte de compravenda o de transport mercantil. És important adonar-se de com el dret és present en les nostres vides de manera habitual i constant, i no sols en moments determinats i solemnes en els quals en som plenament conscients, com en contraure matrimoni, en adquirir un bé immoble o en redactar testament. La quotidianitat i l'omnipresència són, doncs, les primeres notes que podem observar en el dret.

Aquesta omnipresència del dret es comprèn quan advertim la natural sociabilitat i intersubjectivitat de l'ésser humà. En efecte, els éssers humans som éssers socials, vivim en comunitat i la convivència exigeix l'establiment d'una sèrie de pautes de comportament que fan possible una vida en comú de caràcter pacífic. El caràcter social és, doncs, una altra nota que ens acosta a la comprensió del fenomen jurídic. En aquest sentit, tal com va consagrar fa segles el vell aforisme llatí *ubi societas ibi ius*, el dret és alguna cosa inseparable de la vida humana: on no hi ha societat no pot haver-hi dret. Per a comprendre aquesta perspectiva resulta il·lustratiu acudir al mite de Robinson Crusoe. Robinson no necessita el dret, no necessita regles de convivència per a la seua actuació, precisament perquè està sol, però quan apareix Divendres (i amb ell l'exigència de 'convivre') es fa palesa la necessitat d'establir regles (criteris als quals hom ha d'atenir-se davant determinades situacions) i és ací on comença una forma rudimentària de dret.

En aquesta aproximació preliminar que fem, resulta fàcil deduir que el dret és un fenomen històric i humà: ha sorgit i evolucionat en el si de la societat humana i la seua finalitat és regular facetes, conflictes i conductes directament relacionats amb la vida humana.

Hi ha encara altres dues notes que ens aproximen a la realitat jurídica amb caràcter preliminar: la seua naturalesa normativa i la seua naturalesa axiològica. En efecte, les normes apareixen de manera espontània i immediata com a exponent del jurídic fins i tot entre els profans en la matèria. El dret s'expressa mitjançant normes que manifesten una voluntat d'«haver de ser», és a dir, una voluntat que els individus actuen d'una determinada manera. D'altra banda, al costat de la seua dimensió tècnica o científica pròpia de tots els àmbits del saber, el dret presenta també connotacions morals i polítiques indefugibles. Aquestes connotacions morals constitueixen el dret també com a expressió d'un determinat sistema de valors vigents en la societat (el que la societat concep com a justícia). Així doncs, els valors que informen la societat intenten materialitzar-se a través del comportament que les normes imposen o fomenten.

En conclusió, una primera aproximació al concepte de dret evidencia immediatament el seu caràcter social, normatiu i axiològic. Sobre això tindrem ocasió d'aprofundir en l'epígraf tercer. Però encara no hem aportat una definició, ni hem explicat el perquè de la dificultat per a obtenir-la.

Problemes d'ambigüitat i vaguetat en la definició de dret:

Hem dit ja que el dret està lligat a la història humana, no és, per tant, una cosa natural sinó un producte humà de caràcter històric i social que com a tal comprèn un ventall de continguts tan ampli que resulta molt difícil de delimitar. A més, en la seua definició és

inevitable que intervinguen les idees o concepcions que els individus tenen del fenomen jurídic i que poden ser molt diverses. Afegim a això els problemes de caràcter terminològic. El dret, com tot el que és humà, s'expressa mitjançant el llenguatge. Es tracta d'un terme complex, com ho són molts altres ("veritat", "amor", "llibertat"); d'aquí ve que el seu ús planteja problemes d'ambigüitat i vaguetat. Problemes d'ambigüitat perquè pot expressar idees molt diverses; és a dir, pot entendre's de diverses maneres o admetre diferents interpretacions. Problemes de vaguetat per la dificultat de concretar, de delimitar amb precisió, el contingut del terme. Intentarem superar aquestes dues limitacions per a aclarir el concepte.

### Ambigüitat.

Acabem de dir que el terme "dret" és ambigu perquè pot expressar o al·ludir a idees molt diverses. Ho comprovarem analitzant algunes frases que tots hem usat o vist utilitzar en més d'una ocasió:

a) «El dret espanyol no admet la pena de mort». En aquest cas, ens referim a dret (a vegades escrit amb majúscula) com a sistema de normes que regeixen en un país en un moment històric determinat, o bé al conjunt de regles jurídiques considerades en si mateixes. Ens referim al dret en sentit OBJECTIU.

b) «Tinc dret a expressar les meues idees». En aquest cas usem l'expressió 'dret' (amb minúscula) en sentit SUBJECTIU, i amb això fem referència a una facultat o atribució que el dret objectiu reconeix a cada individu.

c) «El dret és una disciplina jurídica molt antiga». La paraula dret (a vegades escrit amb majúscula) es refereix ara a la investigació, a l'estudi de la realitat jurídica. És una cosa que identifiquem també amb l'expressió CIÈNCIA DEL DRET. Podem advertir ací que diem dret tant a fi d'estudi (dret objectiu i dret subjectiu) com a l'estudi de l'objecte (ciència del dret).

d) «No hi ha dret!» Quan fem servir aquesta expressió identifiquem el terme 'dret' (amb minúscula) amb l'ideal de justícia que persegueix. Identifiquem el dret amb el que és JUST.

En conseqüència, l'idioma resol en part aquesta ambigüitat de la manera següent:

- El terme dret designa el que acabem de dir dret objectiu.
- Per a referir-nos als diferents drets subjectius usem l'expressió dret, amb minúscules.
- Diem ciència del dret o dogmàtica jurídica a l'estudi de la nostra disciplina.
- I usem el terme justícia per a referir-nos a un dret ideal que identifiquem amb aquest concepte ètic.

### Vaguetat.

Mentre l'ambigüitat afecta els termes i és relativament fàcil de solucionar, la vaguetat afecta els conceptes. Ja hem apuntat que al·ludeix a la dificultat de precisar el contingut d'un concepte, de definir-lo amb exactitud i tancar-lo en una fórmula comprensiva i acabada. La vaguetat en els termes lingüístics presenta una doble dimensió: intensional i extensional. La intensió d'un concepte és el conjunt de propietats que el caracteritzen i la

seua extensió al·ludeix a l'àmbit d'aplicabilitat d'aquest. Tots els conceptes tenen aquests dos elements: intensió i extensió. Per exemple, si usem la paraula jutge, intencionadament fa referència a un funcionari del sistema jurisdiccional amb atribucions i estatus coneguts (encara que podríem referir-nos també a un 'jutge de línia' en l'àmbit futbolístic; en aquest cas estaríem parlant d'ambigüitat, que es resol fàcilment segons el context). Però extensionalment la paraula emmalaltiria de vaguetat perquè podríem referir-nos a un jutge de primera instància, a un magistrat del Suprem; a un jutge civil o penal; a un jutge espanyol o estranger, etc. En conseqüència, com més gran és la intensió d'un concepte, menor és la seua extensió (jutge del jutjat d'instrucció núm. 13 de Barcelona). I inversament: en augmentar l'extensió decreix la intensió (jutge espanyol).

El significat d'un concepte es determina tractant d'establir amb la màxima precisió la seua intensió i la seua extensió. I la vaguetat consisteix precisament en el fet que la intensió o l'extensió dels conceptes no estan ben determinades. Hi ha vaguetat intensional quan les propietats connotades no poden determinar-se de manera exhaustiva. Hi ha vaguetat extensional quan la indeterminació afecta l'àmbit d'aplicació del concepte.

El dret és un clar paradigma de vaguetat intensional per la dificultat de precisar quines són les notes o trets que el caracteritzen. Alguns autors entenen que la seua nota determinant seria la coactivitat; això és, la capacitat per a imposar per la força el seu compliment. Uns altres, no obstant això, defensen la generalitat com la seua nota més destacada. Uns altres la veuen en l'eficàcia, uns altres en la seguretat, etc. Quines notes han d'estar necessàriament presents perquè puguem identificar el dret?

1. Conjunt de normes (de quins tipus?)
2. Positives (el dret natural?)
3. Ordenades i jerarquizades per a formar un sistema (amb quin criteri?)
4. Coactives (totes elles?)
5. Creades per unes certes institucions (els principis generals i el costum?)
6. Que estiguen vigents (el dret antic no és dret?)
7. Que reflectisquen els valors vigents en la societat (en quin sentit: formalment o materialment?, han de tenir relació amb una idea de justícia?, quin tipus d'idea?)

La impossibilitat d'incloure (o excloure) alguns d'aquests elements (o tots) i les seues complexes variants en un únic concepte de dret constata la vaguetat intensional del concepte de dret. És a dir: seríem davant el dret quan no es verifiquen alguns d'aquests elements en una realitat?, són tots necessaris perquè puguem parlar de dret?

Però el dret també resulta paradigmàtic en la dimensió extensional de la vaguetat, precisament perquè es tracta d'un concepte que pot projectar-se sobre realitats diverses. En efecte, hi ha moltes dificultats per a concretar l'àmbit d'aplicació del dret. D'aquí ve que, històricament, s'ha discutit el caràcter jurídic d'algunes disciplines com el dret canònic (les normes del qual afecten només en el fur intern) o el dret internacional (que manca d'un aparell coactiu capaç d'imposar les seues regles i que es nodreix d'acords

bilaterals o multilaterals). Heus ací la vaguetat extensional: es pot dir Dret al codi de la circulació?, són dret les regles d'admissió i règim intern en el club de tenis?

### 3. La hipòtesi del 'no dret'

Podem dir que la ubiqüitat del dret és tan aclaparadora, que estem tan habituats al fet que tot estiga regulat d'alguna manera que no som realment conscients de la seua omnipresència, i a conseqüència d'això tampoc no solem plantejar-nos preguntes filosòfiques com la de per què existeix el dret, si és que existeix, o si el dret aconsegueix que les nostres societats siguin millors, més justes.

Per a contestar a aquestes qüestions hauríem de saber primer què ha de ser el dret, què hem d'entendre per justícia, quines funcions té el dret i si existeix una altra alternativa real enfront d'aquest, si és possible una societat sense dret.

Hi ha hagut autors de molt diverses èpoques que s'han plantejat l'existència d'una edat d'or primigènia en la qual els homes vivien en un estat de llibertat i harmonia natural sense necessitat de dret, de sancions, ni d'exercici de poder i de coerció d'uns homes sobre uns altres. D'exemples en trobem en la Bíblia (relat del paradís terrenal), o en la literatura (quan el Quixot es dirigeix a uns cabrers que l'havien acollit i diu: "No hi havia frau ni engany ni la malícia... La Justícia s'estava en els seus propis termes, sense que la gosaren torbar ni ofendre els del favor i els de l'interès... la llei de l'encaix encara no s'havia assentat en l'enteniment del jutge, perquè llavors no hi havia què jutjar, ni qui fora jutjat..."), capítol XI).

Ideologies com el marxisme, que plantejava una lògica irrevocable del desenvolupament social basada en la lluita de classes, o l'anarquisme, que plantejava un ideal d'alliberament humà no basat en la lluita de classes sinó en la creença que podria haver-hi una cooperació voluntària i efectiva entre els homes, són exemples d'aquest plantejament d'una possible societat sense dret.

Són realistes les hipòtesis marxistes o anarquistes? L'anarquisme com a concepció política ha quedat reduït a un record romàntic, ja ningú sosté una cosa així. Per part seua, el marxisme, va ser completament escombrat després de la caiguda del mur de Berlín i el final de l'URSS. Llavors, cal considerar de debò la hipòtesi d'una societat sense dret?

### 4-Societats sense dret?

Si ens fixem en el cas dels indis xeienes, que van ser un poble de caçadors i recol·lectors en el qual no existien pròpiament les classes socials i en què va haver-hi un sistema de propietat molt limitat, en què els béns materials podien ser d'ús privat, però era obligatori compartir-los amb els altres, ¿ens podem preguntar si va existir realment un dret d'aquesta comunitat?

Certament, tenien normes, però totes les seues normes (per exemple, l'homicidi era un pecat que afectava a tota la tribu) tenien un caràcter religiós, alguna cosa que no ocorre en els sistemes jurídics occidentals que es basen en la separació entre el dret i la religió. També tenien autoritats (consell de la tribu) per a aplicar les normes, però diferien dels cossos legislatius, executius i judicials dels nostres sistemes jurídics. Llavors, té sentit parlar de dret en aquestes circumstàncies? L'existència de normes i sancions no és suficient per a considerar que hi ha dret.

En el cas dels xeienes (en existir òrgans de naturalesa més o menys policial o judicial), tindria sentit parlar d'un cert dret "rudimentari o primitiu", però què ocorreria, per exemple en el cas de societats en les quals no han existit ni legisladors, ni jutges, ni cap mena d'autoritat permanent? Podríem parlar llavors d'un ordre jurídic?

És el cas dels esquimals, un dels pobles considerats més primitius. Entre ells no hi havia, indiquen els antropòlegs, cap mena d'autoritat de caràcter permanent (en cada grup hi havia un cap, però era un *primus inter pares*), sense que existira un procediment d'elecció. Això, tanmateix, no evitava que hi haguera disputes i conflictes (amb freqüència motivats per l'escassetat d'aliment o de caràcter sexual), la qual cosa ens porta altra vegada a la necessitat de plantejar la pregunta: pot existir una societat sense un ordre pròpiament jurídic? Podria qualificar-se aquesta societat de justa?

Per a dir que una societat disposa d'un ordre jurídic, de dret, són necessaris uns requisits significatius:

- l'existència de normes de conducta
- l'existència d'òrgans i institucions públiques (legislatives o administratives) amb poder per a establir o modificar les normes.
- l'existència d'institucions (judicials) amb poder per a aplicar les normes i resoldre els conflictes.
- l'existència d'unes institucions (polícia) amb poder per a fer complir les anteriors decisions.

##### 5- El dret, el conflicte i la justícia

Bé, hem començat constatant la ubiqüitat i omnipresència del dret en les nostres societats (per exemple, l'existència de comitès de ciutadans que s'organitzen a Catalunya per a retirar llaços grocs i altres elements de propaganda secessionista, el govern que explica un decret llei que pensa portar al Consell de Ministres i d'ací a tramitar-se com a llei, un informe d'ACNUR que revela que la ruta migratòria cap a Espanya és aquella en què més persones han deixat la vida, el rebuig a un segon referèndum sobre el Brexit, etc.), és notòria aquesta omnipresència del dret com més "avançada" és una societat, si bé això no garanteix que la societat siga més justa...

Seguint aquesta idea, molts autors parlen que la juridicitat és una cosa graduable, que existeix una espècie d'escala de la juridicitat en les societats, que han anat evolucionant amb relació a quatre elements: (Schwartz-Miller, 1964):

- Mecanismes de mediació de disputes (mitjançant la participació d'un tercer que no representa els interessos de cap de les parts).
- Tribunals: la decisió del tercer vincula absolutament les parts.
- Policia: implica l'ús de la força armada per a fer complir les normes.

- Juristes i advocats: persones que participen regularment en la resolució de disputes, proposant eixides als conflictes.

A partir d'ací es pot establir una certa classificació de les societats pel seu grau de juridicitat, des del grau 0 (manquen de tots els elements), a 1, 2, 3 i 4 (si posseeixen algun, pocs o tots els elements esmentats).

En conclusió, la juridicitat apareix perquè existeix el conflicte i la necessitat de resoldre'l, garantint l'estabilitat del grup social. En la mesura que les societats es tornen més complexes requereixen mecanismes i institucions també més complexos per a la resolució dels seus conflictes.

És ací on apareix el dret com a mitjà de superació del conflicte. No necessàriament ha de portar-nos a una visió pessimista d'aquest, com si fora un mal necessari i inevitable.

Cal reflexionar filosòficament sobre el "sentit del dret", sobre la seua contribució a l'existència de l'ésser humà i la seua funció en la consecució de la justícia i la pau, no sols com un instrument repressiu.

Com hem comentat, l'existència del dret no assegura una ordenació justa de la societat, però de moment no hi ha alternatives al dret per a assegurar la pau, la seguretat i la no discriminació, i així i tot... Probablement, no cal buscar una altra alternativa al dret, sinó més aviat un dret alternatiu al que coneixem.

Per què el dret i els juristes generem tanta desconfiança en la societat seria la reflexió a la qual hauria de portar-nos aquesta qüestió que ara planteja amb relació al trinomi dret, conflicte i justícia.

## 6- El dret com a fenomen jurídic

Ja havíem establert al començament que el dret apareix com un fenomen multidimensional. Hi concorren una dimensió social, una dimensió normativa i una dimensió axiològica. La majoria d'estudiosos del dret sosté aquesta visió tridimensional del fenomen jurídic, i afirma que el dret és al mateix temps fet social, norma i valor.

En el dret apareixen indissociablement unides aquestes tres facetes (social, normativa i axiològica), però cap no explica per si sola la totalitat del sentit i significat del fenomen jurídic. Per a tenir una visió completa del dret haurem de tenir sempre en compte aquests tres aspectes que, a més, es relacionen i impliquen entre si de manera necessària.

### a) La dimensió normativa del dret

Sens dubte, la referència més immediata del dret és la normativa, fins al punt que moltes persones identifiquen el dret amb un conjunt de normes. La norma, certament, és un element paradigmàtic del dret: tot dret es materialitza en la normativitat, però no tota normativitat pot considerar-se dret: hi ha altres ordres normatius que no són jurídics (la moral o els usos socials, per exemple).



Una norma és un enunciat lingüístic, expressió d'un «haver de ser», que ens indica les conductes considerades com a obligatòries, prohibides o permeses (aquestes qualificacions jurídiques són conegudes com els tres 'operadors deòntics'). Dit d'una altra manera, mitjançant les normes el dret tracta d'ordenar les conductes dels grups socials imposant determinades obligacions i reconeixent determinats drets, facultats o llibertats als individus.

Estudiarem més detingudament aquesta dimensió del dret quan abordem l'estudi de la teoria de la norma i la teoria de l'ordenament jurídic. A l'estudi de la norma i l'ordenament jurídic se'l denomina anàlisi estructural del dret. D'aquesta tasca s'ocupa sobretot la teoria general del dret.

#### b) La dimensió social del dret

Com hem vist, la natural sociabilitat i intersubjectivitat de l'ésser humà expliquen el dret com a fenomen social, com a instrument per a ordenar, organitzar i estructurar la societat. El fenomen jurídic ha estat i és present en totes les societats i tots els grups humans des que adquireixen un grau mínim d'organització i estructura. Aquesta estructura i organització s'ha realitzat sempre en la història a partir de normes, més o menys sofisticades, però que responen al que avui entenem com a dret.

La dimensió social del dret permet fer una doble constatació. D'una banda, el dret apareix vinculat sempre a un determinat context històric i social (és una obra humana, un producte històric), en conseqüència, les normes naixen sempre en funció de les peculiars circumstàncies socials, culturals, demogràfiques, econòmiques, científiques, etc., per les quals travessa la societat. D'altra banda, es produeix contemporàniament la situació inversa: el dret sempre provoca en la societat un impacte notable, posa en marxa una sèrie d'efectes a conseqüència de les seues prescripcions que impulsen la transformació i evolució d'aquestes societats.

A l'estudi de les funcions socials que produeix el dret se'l denomina anàlisi funcional del dret, del qual s'ocupa la sociologia del dret.

#### c) La dimensió axiològica del dret

A més de ser un sistema normatiu i un fenomen social, el dret és també l'instrument a través del qual es realitza la justícia (en la seua manifestació fonamental com a igualtat i llibertat) i es garanteixen altres valors fonamentals (seguretat, certesa, ordre...). En efecte, no cal concebre el dret sense referència a un sistema de valors. El dret expressa, d'una manera o altra, les concepcions de justícia vigents en la societat. Sempre hi ha una zona d'intersecció entre el dret i la moral. No existeix el dret 'asèptic'. Tota norma jurídica 'pren partit' i assumeix una determinada opció moral: determina una conducta com a correcta o incorrecta (atesos els valors que imperen en la societat) i, en funció d'aquest judici moral, la permet o la prohibeix (o fins i tot la prescriu com a obligatòria).

La dimensió axiològica del dret remet al fonament del dret; això és, al seu sentit, fins i justificació. I, en conseqüència, suscita una de les qüestions més debatudes en el pensament jurídic: el problema del dret just i de l'obediència al dret. A l'estudi de tot això es dedica fonamentalment la filosofia del dret.

#### d) La dimensió històrica o temporal del dret

Com ha assenyalat PÉREZ LUÑO, les tres dimensions bàsiques de l'experiència jurídica podrien ser completades per una quarta dimensió, sense la qual la imatge del dret resultaria inacabada. Parla així aquest autor d'una experiència jurídica integrada per tres dimensions bàsiques (norma, societat i valor) més una dimensió històrica que permet temporalitzar les altres tres, contextualitzant-les en el temps. Des d'una perspectiva purament teòrica i metodològica, és possible una concepció "sincrònica" del tridimensionalisme jurídic; però la imatge real i concreta del dret és 'diacrònica' (es configura en una seqüència històrica successiva); per tant, exigeix una configuració tetradimensional.

En efecte, tant les normes formalitzades com dret positiu, les conductes de la societat que determinen aquestes normes i alhora són determinades per elles, i els valors que inspiren o a l'assoliment dels quals s'orienten aquestes conductes i normes, es verifiquen sempre en un context històricament determinat.

Seguint la dimensió axiològica, cal aclarir dos dels conceptes més rellevants en l'àmbit jurídic: legalitat i legitimitat.

La legalitat es refereix als comportaments que són concordes amb les normes jurídiques que estan vigents en un Estat. Així, el principi de legalitat és el principi que regeix en els estats de dret en virtut del qual els poders de l'estat estan sotmesos a la llei. Hi ha, a més, en els estats constitucionals el principi de constitucionalitat, que fa que la mateixa llei haja de sotmetre's al control constitucional per a garantir els seus principis, valors i drets que s'hi reconeixen. L'encarregat de dur a terme aquest control és el Tribunal Constitucional.

Ara bé, parlem de legitimitat per a referir-nos a la justificació de l'obediència al dret. És a dir, per a habilitar a qui ha d'exercir el poder (legislatiu i judicial). En aquest sentit parlem de legitimitat democràtica, en tant que acceptem que els nostres representants polítics tenen capacitat per a legislar i governar i, conseqüentment, estem disposats a obeir les normes que emanen del legislador.

És evident i clara l'estreta relació que existeix entre un concepte i l'altre. En els estats democràtics, la legitimitat va unida al respecte per la legalitat. No obstant això, en els règims autoritaris, la legalitat és imposada arbitràriament pel poder sense comptar amb el ciutadà. D'aquí ve que les lleis, encara que s'hagen aprovat per determinats procediments, es consideren il·legítimes.

També es pot parlar de legitimitat formal (les normes s'han produït conformement als procediments establits) i legitimitat material (quan el contingut de la norma és conforme a un plantejament ètic o ideològic amb el sistema de valors consagrat en la Constitució). Per contra, quan la norma no s'adequa a aquest sistema de valors, es parla de norma il·legítima.

Finalment, no s'ha de confondre legitimitat amb justícia (encara que normalment solen coincidir). La legitimitat apel·la a la coherència de les normes amb els valors

institucionalitzats (constitucionals), mentre que la justícia apel·la a la congruència de les normes amb un sistema de valors morals que poden ser més o menys compartits i que poden estar o no institucionalitzats (per exemple, l'avortament: el Tribunal Constitucional (d'ara en avant, TC) l'ha declarat constitucional en determinats suposats, i per això caldria declarar legítima tal regulació; tanmateix, una part significativa de la nostra societat la considera "injusta" perquè atempta contra la vida)

#### 7. Sobre les categories jurídiques fonamentals: validesa, eficàcia i justícia

Més avant veurem que les normes són, en gran part, enunciats prescriptius, és a dir, enunciats que expressen el que ha de ser i no el que és. L'expressió del que és, és a dir, la informació sobre la realitat ens l'ofereixen els enunciats descriptius. Dels enunciats prescriptius, com les normes, es poden predicar tres característiques bàsiques: el seu grau de validesa o invalidesa; el seu grau d'eficàcia o ineficàcia i el seu grau de justícia o injustícia.

Validesa, eficàcia i justícia constitueixen, doncs, les categories o paràmetres fonamentals que usem per a analitzar les normes.

- La validesa d'una norma fa referència a la seua existència com a tal dins d'un determinat ordenament jurídic o sistema normatiu. És el criteri que ens permet comprovar si una norma jurídica pertany o no a l'ordenament; si és o no dret positiu (si està vigent, si té força obligatòria). La validesa és un concepte relatiu, és a dir, no es pot entendre sinó amb referència a un ordenament jurídic determinat. Així, tots els ordenaments jurídics contenen en el seu si els criteris específics que han de satisfer les normes per a formar-ne part. Per consegüent, una mateixa norma pot ser vàlida (existir, pertànyer) dins d'un sistema normatiu i no ser-ho en un altre. Igual que una mateixa norma pot ser vàlida en sistemes normatius diferents.

En general, els criteris de validesa que han de complir les normes per a pertànyer a un ordenament jurídic solen ser els següents:

- a) Haver sigut produïda per l'òrgan competent.
- b) Haver seguit en la seua producció el procediment prescrit.
- c) No haver sigut derogada per una norma posterior (de rang igual o superior).
- d) No contradir les altres normes de rang superior a ella.

No obstant l'anterior, hi ha normes jurídiques susceptibles d'aplicació (i fins i tot efectivament aplicades dins d'un sistema jurídic) malgrat no reunir tots els requisits de validesa. Aquest és el cas de les normes que compleixen els criteris formals de validesa (competència, procediment i no derogació explícita), però el contingut de les quals és incompatible amb altres normes de rang superior. El supòsit més clar és el de les lleis inconstitucionals mentre la inconstitucionalitat i consegüent invalidesa no siga declarada per l'òrgan competent per a això (en el nostre ordenament, el TC).

- L'eficàcia és una categoria de tipus sociològic i té, almenys, una doble significació. D'una banda, fa referència al grau de compliment de les normes per part dels seus destinataris. Així doncs, les normes seran eficaces en la mesura en què els seus destinataris adequen efectivament el seu comportament al model de conducta que s'hi estableix. En cas d'incompliment les normes preveuen, normalment, una sanció que haurà de ser aplicada pels jutges. De manera que l'eficàcia també fa referència al grau d'aplicació de la norma per part dels tribunals (a l'efectiva imposició de la sanció per incompliment).

L'eficàcia adquireix sentit quan tenim en compte que els destinataris de les normes són persones dotades de llibertat. Això significa que les normes jurídiques no són com les lleis de la naturalesa, que en condicions normals es compleixen de manera inexorable, sinó que poden ser desobeïdes o incomplides.

En un segon sentit, l'eficàcia al·ludeix a l'adequació entre la conducta estipulada per la norma i els fins perseguits per aquesta. Un clar exemple d'inadequació entre totes dues coses es va produir en la famosa "lei seca" dels Estats Units en els anys vint del segle passat. En lloc d'aconseguir la disminució de l'alcoholisme entre la població, va generar la proliferació del mercat negre, de les màfies i del crim, sense rebaixar gens ni mica el consum. Així doncs, quan no hi ha adequació entre la prescripció normativa i la finalitat perseguida, la norma és ineficaç.

- La categoria justícia (que una norma pugui ser qualificada de justa o injusta) suposa la confrontació de la norma amb el conjunt de valors que constitueix el fonament del sistema jurídic al qual pertany. La seua justícia o injustícia dependrà de la mesura en què la norma els assumeix i els realitza. Encara que la justícia no és l'únic dels valors que el dret pretén realitzar, és sens dubte l'exponent per antonomàsia dels seus fins, fins al punt que, com hem vist, en el llenguatge quotidià se sol constatar la identificació entre el dret i la justícia. D'altra banda, com també hem apuntat, cada ordenament jurídic és expressió d'una determinada idea o concepció sobre la justícia.

A la llum d'aquestes tres categories les normes jurídiques podrien qualificar-se d'acord amb el següent quadre de possibilitats:

- Normes vàlides, ineficaces i injustes
- Normes vàlides, ineficaces i justes
- Normes vàlides, eficaces i injustes
- Normes vàlides, eficaces i justes
- Normes invàlides, ineficaces i injustes
- Normes invàlides, ineficaces i justes
- Normes invàlides, eficaces i injustes
- Normes invàlides, eficaces i justes

No obstant això, aquest quadre conceptual, en el qual cada categoria adquireix rellevància amb independència de les altres, resulta merament teòric si considerem l'ordenament jurídic en conjunt. En efecte, manca de sentit concebre un ordenament jurídic vàlid que siga desobeït pels seus destinataris, ja que no compliria la funció d'organitzar la societat

i, lògicament, abans o després, serà substituït per un altre que es complisca (que siga eficaç). És a dir, no és fàcil deslligar en el dret la validesa de l'eficàcia. D'igual manera, tampoc resulta coherent separar la validesa i l'eficàcia de la justícia, ja que si el dret tendeix a la realització dels valors vigents en la societat que el produeix, només en la mesura que realitze aquests valors serà obeït pels seus destinataris.

Per a sintetitzar el que hem explicat i visualitzar fàcilment la correspondència entre les categories jurídiques de validesa, eficàcia i justícia, les dimensions del dret i les disciplines jurídiques que les analitzen, pot resultar-nos molt útil el quadre següent:

<i>Dimensions bàsiques</i>	<i>jurídiques</i>	<i>Categories definitòries</i>	<i>Disciplines d'estudi</i>
Societat (enfocament social)		Eficàcia	Sociologia jurídica
Norma (enfocament normatiu)		Validesa (legalitat)	Ciència, dogmàtica o teoria general del dret
Valor (enfocament valoratiu)		Justícia (legimitat)	Dret natural /filosofia del dret
Història		Diacronia	Història filosòfica del dret

Per a acabar aquest primer tema d'introducció a la teoria del dret, cal estudiar una sèrie de conceptes fonamentals amb els quals haureu de familiaritzar-vos. Ara es tracta només d'introduir el significat bàsic dels conceptes per a estar en condicions de comprendre més avant el desenvolupament de cada tema.

- Conceptes fonamentals per a l'estudi de la teoria del dret:

**Fenomen jurídic:** amb aquesta expressió es pretén mostrar que en el dret hi ha alguna cosa més que normes. Som davant una realitat complexa i polifacètica, constituïda per diverses dimensions: la normativa, la social i l'axiològica, de manera que el dret presenta una visió tridimensional, i és alhora norma, fet social i valor moral. Les tres dimensions es relacionen i impliquen de manera necessària.

**Norma:** és un concepte general que es refereix a enunciats directius que pretenen

determinar la conducta de les persones. Les normes s'expressen mitjançant enunciats prescriptius (expressen una cosa que *ha de ser*) i enunciats descriptius (expressen que alguna cosa *és*). Hi ha normes que contenen tots dos tipus d'enunciats, i al seu torn normes amb diferents formes o maneres d'expressar-se; així, per exemple, les lleis són un tipus de norma escrita, els costums un tipus de norma no escrita o els reglaments un tipus de norma administrativa.

**Regla:** En l'àmbit anglosaxó, equivalen a normes jurídiques (*rules*), normes que indiquen què s'ha de fer i què no en un context determinat. En l'àmbit anglosaxó, el concepte regla s'oposa al de principis. En el nostre àmbit se sol usar el terme regla per a referir-nos a les normes que regulen, per exemple, els jocs, la gramàtica, etc. (equivaldria a *norms, standards* en terminologia anglosaxona).

**Principis jurídics:** Es parla de principis jurídics en un doble sentit: com a directrius que fixen els objectius de caràcter social, econòmic o polític (p. ex. els que apareixen en el capítol II del títol I de la CE: "Dels principis rectors de la política social i econòmica"), i en sentit més estricte, com a exigències fonamentals de caràcter moral que serveixen de marc de referència a tota la legislació d'un estat i que estableixen drets (p. ex., principi d'igualtat, principi de legalitat, d'irretroactivitat, etc.). A R. DWORKING correspon la distinció entre principis i regles, un dels temes clàssics en la teoria del dret.

**Ordenament jurídic:** és el conjunt de normes jurídiques que estan vigents en un estat (ex. l'ordenament jurídic espanyol). La norma de major rang en l'ordenament jurídic és la Constitució, i en funció del seu rang ocupen una jerarquia o l'altra respecte a la norma suprema. Així hi ha normes de diferent rang, com les lleis orgàniques, les lleis ordinàries, els decrets llei i els decrets legislatius.

**Dret positiu:** fa referència al conjunt de normes jurídiques que estan vigents en un estat. Dir que una norma és vigent significa que és obligat el seu compliment, que podrà ser exigít pels òrgans coactius de l'estat. Amb l'expressió "positivar" s'assenyala que un determinat comportament s'ha convertit en norma jurídica (s'ha positivat), és a dir, ha passat a formar part de l'ordenament jurídic positiu.

**Normes primàries i normes secundàries:** La classificació pertany a H. HART, un altre dels teòrics del dret més importants del segle XX. Les normes primàries són les que regulen directament la conducta dels individus, de manera que estableixen el que està permès, el que està prohibit o el que és obligatori. Les normes secundàries són normes de tipus organitzatiu, estableixen els procediments per a crear, modificar o derogar les normes primàries, i també determinen l'estructura de l'estat, els òrgans, institucions, etc.

**Operadors deòntics:** Es refereix a la qualificació que una norma dona a una conducta quan la considera obligatòria, prohibida o permesa. Fa referència al que s'ha dit sobre les normes primàries, que ordenen conductes, prohibeixen o permeten (reconeixen drets).

**Estat de dret:** És un model d'estat (forma d'organització política) en el qual els poders són independents (legislatiu, executiu i judicial) i estan sotmesos a l'imperi de la llei. Que un estat tinga lleis no significa que siga un estat de dret. En estats com la Xina, Cuba o Corea del Nord hi ha lleis, però no hi ha un estat de dret, perquè no hi ha separació de poders (sovint l'executiu i el legislatiu es confonen, i els membres del judicial són

nomenats pel mateix govern, que no està sotmès a cap llei que controle els seus actes o la manera de governar).

**Estat constitucional:** És un model d'estat de dret en el qual hi ha una constitució, amb força de llei, que consagra drets fonamentals així com l'estructura fonamental de l'estat.

**Dret subjectiu** (amb minúscula): Es refereix a la capacitat, facultat o poder de què disposa un individu per a fer o no fer alguna cosa o obligar a un altre a fer o no fer alguna cosa.

**Drets fonamentals:** Són els que protegeixen els béns essencials de les persones, que són recollits expressament en les constitucions i garantits mitjançant determinats mecanismes jurídics. En la Constitució espanyola són els recollits en la Secció 1a del capítol 2n del títol I (art. 14 a 29, més l'art. 30.2 CE). Les proteccions que se'ls atorguen són el procediment preferent i sumari i el recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional.

**Legalitat i legitimitat:** Parlem de legalitat per a referir-nos als comportaments que són concordes amb les normes jurídiques vigents en un país. Així, es denomina "principi de legalitat" al que regeix en els estats de dret en virtut del qual tots els poders estan sotmesos a la llei. A major èmfasi, el "principi de constitucionalitat" implica una major subjecció, consistent en el fet que la llei ha de sotmetre's també al control constitucional per a assegurar que respecta els principis, valors i drets constitucionals. En canvi, parlem de "principi de legitimitat" per a referir-nos a la justificació de l'obediència al dret, obediència a qui ha d'exercir el poder (legislatiu o executiu) i per què hem d'obeir les normes. En aquest sentit, es parla de legitimitat democràtica en tant que acceptem que els nostres representants polítics (democràticament elegits) tenen capacitat de legislar i governar, i per aquesta raó estem disposats a obeir les normes que emanen d'ells.

**Formalisme jurídic:** Correspon amb la concepció de l'ordenament jurídic com un sistema de normes complet i coherent, és a dir, els autors que considerem formalistes consideren que per a tots els casos i conflictes hi ha una norma prevista capaç de solucionar tal conflicte, i no existeix contradicció entre aquestes normes. En aquest sentit, el valor suprem de l'ordenament jurídic és la seguretat jurídica, és a dir, l'absoluta previsibilitat de les decisions judicials. KELSEN, el jurista més influent del segle XX, és el màxim representant del formalisme jurídic.

**Realisme jurídic:** Els autors denominats realistes conceben el dret de manera antitètica de com ho fan els formalistes. D'origen anglosaxó, aquest corrent té els seus màxims exponents en els jutges de la Cort Suprema estatunidenca Oliver HOLMES i Roscoe POUND (realisme jurídic americà). Per a aquest corrent, l'essencial no són les normes sinó la interpretació i aplicació que en fan els jutges.

Hi ha una variant, l'escandinava, representada per Alf ROSS, que posa l'accent en les emocions psicològiques que desperten unes certes conductes en les persones i que els impulsen a executar-les o no.

**Raonament deductiu i inductiu:** El raonament deductiu consisteix a obtenir coneixement (extraure conclusions) d'unes premisses preexistents que, generalment, es consideren certes. La deducció sol expressar-se amb la forma d'un sil·logisme (tots els

homes són mortals; Sòcrates és un home; per tant, Sòcrates és mortal). El raonament inductiu consisteix a tractar d'establir una llei o principi general a partir de l'observació de diversos casos o supòsits particulars. Sol ser el mètode que usen les ciències experimentals (el teuladí pon, la gavina pon ous, l'oroneta pon ous, tots els ocells que hi ha ponen ous... de manera que és una llei de la naturalesa que els ocells són ovípars).

**Raonament argumentatiu:** És un procediment que consisteix a donar raons a favor d'una determinada tesi que es tracta de sostenir o, per contra, refutar. Resulta un procés molt complex que exigeix nombrosos arguments que es concreten de diverses formes. La diferència amb els raonaments deductiu i inductiu previs és que en l'argumentació les raons no imposen necessàriament la conclusió, perquè sempre cal aportar raons en sentit contrari. En definitiva, l'argumentació es mou en el terreny del raonable, no en l'àmbit del necessari. El dret té, per a molts autors, una dimensió fonamentalment argumentativa, i per això en la segona part del segle XX es van desenvolupar moltes de les denominades teories de l'argumentació jurídica.



## TEMA 2. DRET I ALTRES ORDRES NORMATIUS

1. El dret i els usos socials
2. El dret i la moral
3. El problema de l'obediència al dret

### 1. El dret i els usos socials

Com hem vist en el punt anterior, el dret apareix com una regla exterior que regula la conducta humana, és el que denominàvem dimensió normativa del dret.

És clar que la conducta dels individus es mou sempre en un marc normatiu, si bé no totes les normes són jurídiques. N'hi ha també de caràcter moral, social, religiós, polític, etc. Així doncs, dret, moral, política o religió són realitats normatives peculiars i diferents. I com tots podem entendre, a mesura que ens retrotraiem en el temps i arribem a societats primitives les fronteres entre aquestes diferents realitats es dilueixen, perquè efectivament en els pobles antics hi havia un patrimoni compartit de creences i tradicions que combinaven el caràcter màgic, religiós, moral, polític i jurídic de tot el que els envoltava com a societat. Passat el temps, i en l'època contemporània, les ciències socials han contribuït en gran part a una progressiva distinció d'unes normes i les altres, abans difuses. En definitiva: l'evolució històrica ha anat provocant una major diferenciació entre els diversos ordres normatius.

Pel que ens afecta en la matèria que abordem, són els ordres socials de la moral, els usos socials i la política els ordres normatius que ara ens interessin. De moment, examinarem les relacions entre dret i "usos socials" i entre dret i moral fonamentalment. En el següent punt del tema, analitzarem les relacions entre dret i política quan abordem la noció d'estat de dret, que sens dubte heu estudiat des de diferents perspectives al llarg del grau.

Respecte als usos socials podem dir que són les normes més elementals que regulen el comportament dels éssers humans, i s'hi troben les que coneixem com a "regles d'urbanitat, de cortesia o d'educació", les normes del "tracte social" segons alguns autors, o en termes més generals els denominats com us he indicat, "usos socials", i que afecten qüestions tan quotidianes com la forma de vestir, la de comportar-nos o expressar-nos. Dins d'aquestes n'hi ha de més laxes (o no normatives indiquen alguns autors), la inobservança dels quals no provoca una reacció adversa per part dels altres (seria el cas dels horaris dels menjars en cada família) i unes altres de major "vinculació o obligatorietat social" la inobservança de la qual sí que provoca la reacció hostil per part d'altres persones (seria el cas, i ja només en determinats grups socials, de l'observança del dol quan mor algú pròxim).

Aquestes normes de cortesia o urbanitat comparteixen moltes característiques tant amb el dret com amb la moral, s'assemblen, però per descomptat hi ha trets que les distingeixen completament de la resta.

Si analitzem les semblances entre els usos socials i el dret podem esmentar:

1. El contingut: la matèria que tots dos regulen sovint coincideix. Així, la prohibició de

robar seria un ús social convertit després en norma jurídica. O el cas de la institució social de la beneficència a la qual va donar origen l'ús social de l'almoïna.

2. L'estructura formal de tots dos coincideix: en tots dos casos són imperatius hipotètics que regulen les conductes.

3. L'heteronomia o origen exterior del seu destinatari. En aquest cas ocorre, per a distingir les unes de les altres, que en el cas de les normes jurídiques es pot conèixer exactament la font i el procediment d'elaboració, cosa que no passa amb els usos socials, l'origen dels quals és difuminat quant a on, a través de qui o com es van originar.

4. L'exterioritat quant al seu compliment: cap dels dos exigeix l'acceptació íntima de la prescripció que imposa (això els diferencia a tots dos de la moral, en els quals l'acceptació íntima resulta imprescindible).

5. La sanció: en ambdues l'incompliment suposa una reacció hostil cap a l'infractor. En el cas dels usos socials és inconcreta i pot ser molt variada en intensitat: va des del mínim menyspreu o descrèdit social fins a la marginació o fins i tot l'expulsió del grup.

Per contra, si analitzem les diferències entre dret i usos socials:

1. Si bé la sanció hem dit que és una nota comuna, resulta que en els usos socials no està institucionalitzada com en el dret, en què hi ha uns òrgans creats a aquest efecte (policia, jutges i tribunals) per a imposar les sancions (pecuniàries o de presó). Per tant, una diferència seria la no institucionalització de la sanció.

2. Hi ha grau més elevat de vaguetat i ambigüïtat en els usos socials enfront d'una certesa més gran en les normes jurídiques.

3. La justiciabilitat: es refereix al fet que quan hi ha una discrepància amb relació a una conducta prescrita per una norma jurídica l'aplicació pot ser dirimida per un tercer imparcial, el jutge. No ocorre res de semblant en el cas dels usos socials.

4. La pertinença (o no) a un ordenament jurídic. Per tant, el criteri de validesa jurídica ens permet diferenciar també els usos socials de les normes jurídiques.

Bé, hem analitzat les relacions entre els usos socials i el dret, per allò de semblant i diferent que presenten tots dos ordres normatius, però sens dubte les que més ens interessaven des d'en punt de vista de la filosofia del dret són les relacions entre dret i moral.

## 1- El dret i la moral

Les relacions entre el dret i la moral han sigut sempre un tema d'importància cabdal en la teoria del dret i en la filosofia del dret. Som davant una qüestió complexa, i la resposta afecta altres qüestions derivades, com poden ser la mateixa concepció del dret, la seua aplicació i interpretació, els conceptes de legalitat i legitimitat, o les qüestions relatives a la desobediència al dret, que també veurem succintament.

Dret i moral regulen la part més excel·lent del comportament humà i comparteixen conceptes fonamentals, com el deure, l'obligació, la responsabilitat, la culpabilitat, etc. De manera que entre tots dos es produeixen dependències recíproques: d'una banda, tota moral social pretén el suport del dret per a aconseguir eficàcia, i alhora el contingut del dret recull en menor o major mesura els pressupòsits de la moral social vigent. Això és així, resulta lògic, per la naturalesa estructuralment moral de la persona humana, tots tenim un conjunt d'eleccions i formes d'actuar, la qual cosa ens defineix com a éssers humans, i el dret es contagia d'aquesta naturalesa estructuralment moral pel fet de ser una creació humana que pretén regular amb justícia les relacions de convivència.

ELÍAS DÍAZ indica sobre aquest tema: “el dret apareix sempre com a realització d'una certa idea de justícia, l'una o l'altra, la que siga, com a materialització d'un cert sistema de valors”. Ací radica l'enllaç entre un ordre normatiu i l'altre, que resulta inseparable, com tindrem ocasió de comprovar en la part final de l'assignatura, segons els temes que anirem abordant, en què la perspectiva moral en un sentit o un altre ens portarà a una posició o la contrària.

A) Models de relació entre el dret i la moral.

El primer que ens plantegem llavors és quins tipus de relació hi poden haver entre dret i moral. Doncs bé, podem situar-nos en tres relacions:

1. Model de confusió entre dret i moral. D'acord amb aquest plantejament, el dret seria una part de la moral i es trobaria en relació de subordinació total respecte a ella. Així, les normes jurídiques són el fidel reflex i expressió directa d'un determinat sistema moral. Es produeix una equiparació entre moralitat i legalitat, i allò que es considera immoral es converteix també en il·legal. Aquest model és el que se segueix en els règims fonamentalistes i integristes, polítics o religiosos, i també en els estats confessionals, on hi ha una religió oficial.

2. Model de total separació entre dret i moral. El màxim exponent en aquest sentit seria Kelsen, que en el seu intent d'elaborar una concepció pura del dret lliure de tot condicionament ideològic, proclama la independència absoluta entre dret i moral, de manera que per a identificar el que és jurídic s'ha de partir d'una exclusió total de qualsevol judici moral valoratiu. Això esdevé en el que més avant abordarem com a concepció positivista del dret, i és el model seguit pels estats laïcistes, en els quals es proscriu tota manifestació pública de la religió o de qualsevol altra forma de fonamentació moral de les normes.

3. Model que planteja la necessitat de diferenciar dret i moral. Entre ambdues hi ha diferències i connexions que cal aclarir, aquest és el punt de partida dels que defensen aquest plantejament. Aquest model va ser l'adoptat pel pensament occidental il·lustrat, s. XVIII, reivindicatiu de la tolerància i la llibertat de consciència (per la necessitat de posar fi a les guerres de religió que assolaven Europa en els segles precedents, del s. XVI al XVIII). La il·lustració promogué una societat plural i plantejà una delimitació clara de les fronteres entre la moral i el dret. És el model vigent en les democràcies actuals, configurades, en el polític i en el jurídic, com a estats constitucionals.

B) Quin seria llavors aquesta separació/distinció entre dret i moral?

En un primer moment històric, va ser l'escola racionalista de dret natural en el s. XVIII qui va insistir en la necessitat de diferenciar, fins i tot separar, les òrbites del jurídic i el moral, preocupada com estava fonamentalment per la defensa de la llibertat religiosa. Fou després Kant qui en l'obra *Metafísica dels costums*, de 1797, elaborà criteris específics per a distingir tots dos ordres. Per a explicar aquests criteris, seguiré a continuació el treball del professor Elías Díaz en *Sociologia i filosofia del dret*.

### 1. La interioritat de la moral i l'exterioritat del dret

Kant situa la moral en l'àmbit de les accions i deures interns, i el dret en els correlatius externs. Per això podem dir que al dret li interessa solament la correcció externa de les accions i es compleix correctament amb l'obediència externa a la norma de què es tracte, sense necessitat de cap adhesió interna; en el cas de la moral és al contrari.

Però en la realitat no hi ha una separació tan clara entre accions internes i externes ni podem dir que al dret li interessa només la correcció externa de les accions i que la moral es desentenga de les conseqüències d'aquestes. I això és així perquè tot acte extern comporta part de reflexió o acceptació en el pensament o la consciència de l'ésser humà, i, d'altra banda, la moral no es desentén de les conseqüències o resultats de les accions dutes a terme. Això s'explica molt bé en el cas del dret penal, que distingeix entre l'homicidi culpós i el dolós, és a dir no té el mateix retret jurídic el qui causa una mort de manera intencional que el qui causa una mort de manera no intencional, encara que totes dues morts siguin provocades. Per descomptat, la reprovació moral no és tampoc la mateixa en un cas o en l'altre. Per tant, l'única cosa que escaparia al dret, que seria aliè a l'ordre normatiu jurídic, serien els actes que no s'arriben a exterioritzar, i queda només en l'àmbit de la consciència o el pensament (que en aquest cas seria d'interès per a l'ordre normatiu moral: el simple pensament pot ser sancionat moralment).

### 2. Finalitat i perspectives diferents

Diguem que el dret contempla el comportament humà des del punt de vista de la seua importància i transcendència social, mentre que la moral ho fa segons el seu significat, el seu valor i la seua dimensió individual. Per aquest motiu, també s'afirma que el dret busca finalitats temporals (el benestar, la justícia, la seguretat) i la moral finalitats relacionades amb la perfecció personal.

No obstant això, alguns autors també discrepen d'aquesta idea que només al dret interessin les finalitats socials i a la moral els individuals, perquè hi ha nombrosos exemples en els quals la moral persegueix també finalitats socials i temporals de l'home. És el cas de les religions que promouen una determinada moral social.

En definitiva, el que interessa és establir els límits del dret (no tant els de la moral, que no és la nostra comesa), és a dir, evidenciar matèries en les quals el dret no pot ni deuen entrar perquè pertanyen a l'àmbit de la consciència personal, de la moral individual.

Això és el que va ocórrer amb la polèmica suscitada en relació amb els continguts morals de l'assignatura Educació per a la Ciutadania.

### 3. Heteronomia del dret i autonomia de la moral

Es diu que la moral és autònoma perquè no és producte d'una voluntat externa al subjecte, sinó del fur intern d'aquest, que fa seua la norma i s'hi vincula en consciència (el que Kant denominava l'imperatiu categòric de la consciència). En canvi, es diu que el dret és heterònom perquè les normes jurídiques procedeixen d'una voluntat exterior al subjecte, que, ja ho hem dit, és aliè al destinatari, i que hom li imposa sense cap mena de vinculació interna.

Com tot, aquesta afirmació no està exempta d'objeccions, i s'ha de matisar, perquè, si bé la moral afecta de manera individual i autònoma, és cert que el conjunt de la moral seguida pel conjunt d'individus dona lloc a la moral social. I en sentit contrari, també el dret pot entendre's amb la nota d'autonomia en les nostres societats actuals en què els mecanismes de participació ciutadana recullen en bona part les conviccions morals dels individus. És l'ideal al qual tendeixen els sistemes polítics moderns, i la denominada democràcia real o deliberativa (l'exemple més recent el tenim en el Moviment 15-M).

Però en termes generals quedem-nos amb la nota d'heteronomia de les normes jurídiques en el sentit que us he comentat: no necessiten l'acceptació dels seus destinataris.

### 4. La imperativitat i atributivitat del dret

La moral es limita a imposar deures i obligacions; en canvi, el dret no solament imposa deures sinó que també atribueix drets subjectius correlatius als deures, de manera que l'obligació per a un és dret per a un altre. En això consisteix la nota de reciprocitat que es refereix del dret: les relacions interpersonal es configuren sota la conjunció de drets i deures recíprocs.

### 5. Dret i coacció

Per a E. Fernández el criteri diferenciador bàsic entre moral i dret és la coacció, la possibilitat que aquest pot exercir sobre el subjecte per a obligar-lo al compliment de la norma. Per als positivistes aquesta és la seua principal distinció.

No obstant això, podem dir que també les normes morals preveuen la coacció per a aconseguir el seu compliment, si bé és cert que la coactivitat es mesura en aquest terreny en l'àmbit de la "pressió social" i no més enllà.

D'altra banda, considerar la coacció com a element definatori únic del dret porta a plantejar-se greus qüestions com ara: Totes aquelles normes que un estat pot imposar per la força són dret? Pot subsistir un ordre coactiu que resulta majorment injust pels individus? Només la força llavors pot sostenir un sistema jurídic?

### C. Connexions entre dret i moral

Després d'analitzar les diferències ara podem analitzar les connexions, que fonamentalment es refereixen al contingut:

— El contingut de normes jurídiques i morals coincideix sovint (la prohibició de matar constitueix el contingut d'una norma moral i també jurídica).

— Resulta fonamental la influència de la moral en el contingut del dret. Els valors i normes morals vigents en una societat en un moment donat queden plasmats en el dret inevitablement. El dret és l'expressió en menor o major mesura de la moral social predominant.

— Hi ha referències explícites de les normes jurídiques a la moral (en el Codi Penal i en el Codi Civil principalment, "la moral i els bons costums"). Un exemple més són les activitats tradicionals de beneficència que constitueixen el contingut propi de drets i deures prestacionals i assistencials (en els àmbits educatiu, sanitari i social) de l'anomenat estat social.

Per a concloure aquest punt, n'hi ha prou de dir que cal distingir dret i moral, però no es poden desconèixer les connexions que hi ha entre ells. Com tindrem ocasió de veure, la tradicional polèmica entre jusnaturalisme i positivisme jurídic, al qual ens referirem constantment al llarg de l'estudi de l'assignatura, se centra en gran manera en aquest tema de la connexió entre dret i moral, i aquestes raons es posen de manifest clarament en un altre tema que abordarem, les raons tant per a obeir com per a desobeir el dret.

### 3. El problema de l'obediència al dret

L'obediència al dret sorgeix com a problema en els mateixos orígens de la història del pensament jurídic, i es planteja si aquesta desobediència és només jurídica o també moral i política. L'actualitat del tema és més forta que mai, per la incorporació de continguts substantius i morals tant a les mateixes normes jurídiques com al procés de raonament jurídic en si, a través, fonamentalment, de les constitucions democràtiques actuals.

Com hem comentat en un altre moment, succeeix en les actuals societats democràtiques que els ciutadans participen cada vegada més en l'elaboració de les normes (recordeu el tema de la participació ciutadana, la democràcia real o deliberativa), i en aquest model actual amb un gran component democràtic i l'assumpció del valor justícia com a valor superior de tot el sistema, s'observa un auge dels fenòmens de desobediència al dret.

La raó d'això resideix que el dret, a més de reconèixer i garantir drets, imposa també obligacions i deures, alguns dels quals suposen la realització de prestacions personals que afecten directament els valors morals que radiquen en la consciència dels individus.

Segur que recordeu els supòsits més coneguts en el nostre ordenament: en el seu moment la negativa a la prestació del servei militar obligatori i les negatives dels professionals de la medicina a practicar avortaments en els supòsits despenalitzats en la reforma de 1983. Aquest últim supòsit s'ha accentuat amb la reforma de la interrupció voluntària de l'embaràs no causal dins de les catorze setmanes primeres, i això ha

aguditzat la polèmica dins del sector sanitari i gran part de la societat (tot i reconèixer el dret a l'objecció de consciència en l'art. 14).

En els actuals estats constitucionals s'assenyalen tres raons de tipus moral que justifiquen l'obediència al dret:

1. Els continguts de justícia del dret. El dret positiu es presumeix just, i això ha de moure a un compliment espontani.
2. La idea que el dret recull els continguts bàsics de la moral social vigent (base de la justificació moral de l'obediència al dret).
3. La legitimitat democràtica del poder polític que justifica la voluntat d'obeir les lleis.
4. Hi ha altres raons que esmenten els autors, com ara la coacció, la necessitat d'una convivència pacífica, la seguretat, l'interès particular, i el comú, el temor a les conseqüències desagradables (penes i sancions imposades a conseqüència de l'incompliment).

Ara bé, si la majoria d'autors convenen en l'existència d'aquestes raons per a l'obediència, n'hi ha uns altres, principalment González Vicen, que afirma el contrari: "si bé no hi ha fonament ètic per a l'obediència al dret, sí que hi ha un fonament ètic absolut per a la seua desobediència".

Altres al·ludeixen a l'imperatiu categòric de Kant per a justificar l'obediència al dret, perquè se suposa prou just (Eusebio Fernández), però el mateix argument serveix a uns altres (Muguerza) per a defensar el contrari, la desobediència si no conté tal justícia la norma.

Com en quasi totes les qüestions, hi ha opinions en diferents sentits, i com quasi sempre en dret moltes opinions intermèdies que tenen en compte la complexitat de tots els elements que valoren. Pel que fa a l'obediència al dret que ara analitzem, Elías Díaz conclou que sí que pot haver-hi en determinats supòsits un fonament ètic per a desobeir al dret, però també pot haver-hi un fonament ètic "el mateix —i el mateix— per a obeir-lo".

Llavors, la qüestió és: quan pot un precepte jurídicament obligatori considerar-se injust? Qui està legitimat per a formular aquest judici?

Hi ha dues formes de desobediència: l'objecció de consciència i la desobediència civil. Conceptualment, són difícils de distingir, perquè en tots dos casos es produeix l'incompliment d'una norma, i tant l'un com l'altre accepten la validesa de l'ordenament jurídic en conjunt (a diferència de la rebel·lió o revolució, els defensors de la qual s'oposen al sistema íntegrament), i també la no-violència seria una característica comuna a totes dues formes de desobediència.

No obstant això, presenten diferències. "La desobediència civil és una situació de fet que afecta el dret; l'objecció de consciència, amb tot el que aquesta implica, és un dret, una immunitat que els particulars poden esgrimir enfront d'obligacions jurídiques determinades" (J. Rodríguez, *La desobediència civil i l'objecció de consciència*)

L'objecció de consciència: no pretén la modificació o derogació de la norma, la rebutja en tant que l'afecta personalment i li imposa una prestació contrària a la seua consciència, però respecta la legalitat i legitimitat de la norma. La seua única pretensió és no ser castigat per l'incompliment; vol simplement ser eximit del deure jurídic que la norma li imposa sense que això implique cap conseqüència, i es duu a terme de manera pacífica.

Per tant, la no-violència i la dimensió estrictament personal i moral, sense oblidar que es tracta d'un dret subjectiu, són les característiques fonamentals de l'objecció de consciència.

L'objecció de consciència va ser consagrada com a dret fonamental en l'art. 16 CE (llibertat ideològica i de culte), i així va ser establert en la STC 53/85. Això significa que podria invocar-se en qualsevol moment, davant qualsevol norma i per qualsevol subjecte sense necessitat de procediment o legislació que ho preveja. No obstant això, la doctrina constitucional ha sigut contradictòria en la matèria, de manera que amb posterioritat, la STC 121/87 va matisar establint que fora de l'objecció de consciència de l'art. 30.2 CE (relativa al servei militar) cada supòsit hauria de ser previst per la llei.

Fins a anys recents els exemples l'objecció de consciència es limitaven a l'avortament i al servei militar. En l'actualitat, s'han obert molts altres fronts, i s'ha estès a l'àmbit de l'educació (objecció a Educació per a la ciutadania), de la bioètica (intervenció en determinades pràctiques genètiques, diagnòstics prenatals, etc.), de la judicatura (celebrar matrimonis del mateix sexe) o de la llibertat religiosa (guerra del crucifix o el vel a l'escola, etc.).

La desobediència civil: consisteix en l'incompliment d'una o diverses normes jurídiques sense violència i amb l'objectiu d'aconseguir la modificació d'aquesta norma o d'unes altres, perquè es consideren injustes o immorals. La desobediència civil té una finalitat política, i per això ha de ser sempre pública i manifesta. Els motius que convergeixen a vegades no són només morals, també polítics o jurídics.

És important assenyalar que el desobedient civil accepta les conseqüències jurídiques previstes en l'ordenament per al cas d'incompliment, accepta la sanció o la pena, i això és el tret més destacat d'aquesta figura. La pretensió és moure l'opinió pública i la dels poders públics perquè abracen la seua causa, perquè considera injusta la norma que denuncia i pretén que es derogue.

Tots coneixem prototips de desobediència civil en la història, que s'han convertit en defensors de la justícia i la llibertat: Sòcrates, Thomas More, Gandhi o Luther King.

En el cas de les dictadures, la desobediència civil troba una clara justificació, és més, el que resultaria difícil és justificar l'obediència a un sistema autoritari. No obstant això, en els sistemes democràtics és més difícil aquesta justificació. Amb tot, no es pot descartar completament, perquè sempre hi ha la possibilitat que sorgisquen situacions de vulneració de principis, valors superiors o drets fonamentals consagrats en les



constitucions. I a pesar que els mateixos sistemes constitucionals prevegen la seua depuració, poden donar-se aquestes situacions injustes de manera més o menys subtil.

Sens dubte és una qüestió interessantíssima la que planteja la desobediència en l'àmbit jurídic i més en la filosofia del dret.

### TEMA 3. LES NORMES JURÍDIQUES

1. Prescripcions i normes
2. Estructura i classes de les normes jurídiques
  - a) Von Wright: tipologia i classificació de les normes jurídiques
  - b) Kelsen: suposat de fet i conseqüència jurídica
3. Normes primàries i normes secundàries. Tipologies de Hart i de Bobbio

Si en el primer tema al·ludíem a les tres dimensions fonamentals del Dret, la normativa, la social i l'axiològica, ens toca ara abordar la primera d'aquestes dimensions: la dimensió normativa. Estudiarem en aquesta part les normes i l'ordenament jurídic. En efecte, analitzarem les normes en la seua estructura, els seus tipus i les seues classes, les diferents classificacions que s'han plantejat i veurem com es relacionen entre elles per a conformar un sistema i com funciona aquest sistema.

#### 1. Prescripcions i normes

Sabem que el Dret està compost per normes jurídiques i hem establert la peculiaritat d'aquestes normes sobre unes altres que també regulen la conducta dels individus. Hem de respondre ara a la pregunta: què és una norma? En el primer tema deixem apuntat que la norma és un enunciat lingüístic, expressió d'un 'haver de ser' que ens indica quines són les conductes considerades obligatòries, prohibides o permeses. Per tant, les normes són, en primer lloc, enunciats lingüístics; és a dir, que les normes, com tot el que és humà, s'expressen a través del llenguatge. Però hi ha diferents tipus de llenguatge (el llenguatge escrit, oral, simbòlic, etc.) i aquest pot fer moltes funcions. Analitzar breument les funcions del llenguatge ens ajudarà a saber quin tipus d'enunciat lingüístic són les normes jurídiques.

El llenguatge no s'usa sempre amb la mateixa finalitat. Amb el llenguatge es pot comunicar i expressar coses molt diferents i perseguir molt diferents objectius. Els autors solen coincidir a assenyalar les següents funcions del llenguatge:

a) **Funció descriptiva.** Fem ús del llenguatge amb finalitat descriptiva quan hi pretenem descriure una determinada realitat o subministrem informació sobre alguna cosa o situació. Això ho fem a través d'enunciats o proposicions descriptives o informatives, de les quals es pot predicar la veritat o la falsedat. Les proposicions descriptives o informatives seran vertaderes quan el seu contingut coincidisca amb la realitat que pretenen descriure o sobre la que pretenen proporcionar informació. Per contra, seran falses quan el contingut no coincidisca amb aquesta realitat que pretenen descriure.

b) **Funció expressiva o emotiva.** El llenguatge expressiu o emotiu serveix per a comunicar emocions, sentiments o estats d'ànim en l'interlocutor, o bé per a provocar-los en aquest. Se sol vincular a aquesta funció del llenguatge l'estil poètic. Els enunciats emotius o expressius no es poden analitzar d'acord amb els criteris de veritat i falsedat, ja que expressen estats o emocions subjectives.

c) **Funció performativa, executiva o operativa.** Usem el llenguatge amb finalitat performativa quan a través d'aquest fem o produïm alguna cosa, quan modifiquem la realitat, quan en pronunciar determinades paraules executem, al mateix temps, l'acció a

la qual es refereixen aquestes paraules. Aquest ús del llenguatge és molt important en l'àmbit del Dret. L'exemple més repetit per la doctrina, potser perquè és el que resulta més clar i fàcil d'entendre, és l'acte de celebració del matrimoni. En efecte, al mateix temps que els contraents empen les paraules amb les quals manifesten el consentiment, naix el matrimoni. Amb això modifiquen la realitat, ja que abans de pronunciar aquestes paraules prescrites pel Dret no existia el matrimoni, els contraents eren solters, tenien un estat civil diferent. Després de pronunciar aquestes paraules, existeix el matrimoni, els nuvis es converteixen en esposos. Sobre la funció performativa del llenguatge és important destacar que, al mateix temps que es pronuncien les paraules prescrites, cal que es donen a més una sèrie de condicions perquè es produïska una modificació de la realitat. La simple emissió d'aquestes paraules en un context diferent i sense les condicions fixades no produiria el mateix resultat.

4. Funció interrogativa. Usem el llenguatge amb finalitat interrogativa quan a través d'aquest busquem obtenir informació sobre realitat.

5. Funció prescriptiva o directiva. S'utilitza el llenguatge amb finalitat prescriptiva o directiva quan a través d'aquest es pretén influir en les conductes dels interlocutors, es persegueix que aquests es comporten d'una determinada manera, fent o deixant de fer alguna cosa. Per a això el llenguatge recorre a les proposicions prescriptives, que són aquelles que expressen la voluntat de qui les emet. Lògicament, cal comptar que els destinataris de les proposicions prescriptives són éssers humans i, per tant, lliures de dur a terme o no el comportament que es pretén d'ells, però això no afecta el caràcter prescriptiu de la proposició. D'altra banda, de les proposicions prescriptives no es pot dir que siguin vertaderes o falses, ja que no pretenen subministrar-nos informació sobre la realitat. En podem dir que són justes o injustes segons el seu contingut, adequades o inadequades segons la seua conveniència, eficaces o ineficaces segons el seu compliment, o legítimes o il·legítimes segons l'autoritat de qui procedeixen.

Si tornem ara a la nostra primera aproximació al concepte de norma, podem comprovar que, des del punt de vista de les funcions del llenguatge, les normes jurídiques són proposicions prescriptives o directives, ja que expressen la voluntat d'un determinat subjecte perquè uns altres duguen a terme una determinada conducta. Però, com s'ha posat en relleu, les directives poden presentar una intensitat molt diferent, intensitat que va des del simple suggeriment, o la recomanació o el consell, passant pel prec, fins a l'ordre, el mandat o la imposició. En tots els casos es pretén un comportament de l'interlocutor, però amb matisos molt diferents. A les normes hom les inclou entre les proposicions prescriptives més fortes i hom les sol denominar "prescripcions". Però no totes les prescripcions són normes (no ho són les que es basen en la força física, com l'ordre de l'assaltant a la seua víctima) ni totes les normes són prescripcions (per exemple, els permisos, que és dubtós que puguin ser considerats com a prescripcions, però són clarament un tipus de normes).

## 2. Estructura i classes de normes

En el camí que transitem per a arribar a comprendre què és i quina estructura té una norma jurídica, hem recorregut a les dues anàlisis més reconegudes en l'àmbit de la teoria del Dret: són les que han dut a terme von Wright i Hans Kelsen. Ho desenvolupem a continuació.

## A) Von WRIGHT: tipologia i classificació de les normes

Entre els molts significats que admet el terme “norma”, von Wright distingeix entre lleis, regles, prescripcions, directrius o normes tècniques, normes morals i normes ideals. Vegem-les una a una.

**Lleis.** La llei seria una primera accepció de norma. Von Wright distingeix entre lleis de la naturalesa i lleis de l'estat, que són les que es coneixen com a Dret. Segons aquest autor, les lleis de la naturalesa serien aquells enunciats que descriuen regularitats que l'home creu haver descobert en el curs de la naturalesa. Però aquests enunciats, aquestes lleis, no disposen el que esdevé en la naturalesa, de manera que si es descobriren discrepàncies entre el que realment ocorre en la naturalesa i el que la llei de la naturalesa descriu, és aquesta última la que evidentment caldria modificar. Per tant, les lleis de la naturalesa poden avaluar-se conformement a criteris de veritat i falsedat, no són prescriptives, sinó descriptives. No ocorre el mateix amb les anomenades per von Wright lleis de l'estat. Aquestes són prescriptives, això és, tenen per objecte no descriure, sinó regular, regir, disposar com han de ser les conductes dels individus. Així doncs, és el caràcter prescriptiu el que diferencia tots dos tipus de lleis, i com que les lleis de la naturalesa no són prescriptives, no poden ser considerades com a normes.

**Regles.** Són aquelles normes que defineixen o determinen una determinada activitat. Von WRIGHT posa com a exemple les regles d'un joc o les regles de la gramàtica. Les regles, d'una banda, estableixen com ha de dur-se a terme una determinada activitat, però també serveixen per a identificar l'activitat que elles mateixes regulen.

**Prescripcions.** Són aquelles normes mitjançant les quals un determinat subjecte, anomenat autoritat normativa, manifesta la seua voluntat que altres subjectes, anomenats destinataris, executen un determinat comportament. Per a aconseguir aquest objectiu les prescripcions són promulgades, és a dir donades a conèixer per algun mitjà, i són a més acompanyades de l'amenaça d'un càstig per al cas d'incompliment.

**Costums.** Expressen conductes dutes a terme de manera regular, en determinades circumstàncies, per un determinat grup social al llarg del temps.

**Directrius o normes tècniques.** Són aquelles normes que estableixen els passos o mitjans que cal seguir per a aconseguir un fi determinat. L'exemple més clar són les instruccions de maneig de qualsevol aparell o electrodomèstic. Aquestes normes se solen formular de manera condicional: Si voleu obtenir tal cosa, feu tal altra cosa.

**Normes morals.** Von Wright distingeix les normes morals segons que se'n faça una interpretació teològica o teleològica. Des de la primera perspectiva, les normes morals serien mandats de Déu als homes i, per tant, prescripcions. Però des d'una perspectiva teleològica, són normes tècniques que indiquen els mitjans per a assolir un fi.

**Normes ideals.** Són aquelles normes que indiquen els models de comportament que han de practicar-se per a aconseguir realitzar el prototip d'un determinat concepte, com per exemple, el d'un bon home, un bon pare, un bon professor, etc.

Analitzats els diferents significats que von Wright atribueix al terme 'norma', no resulta

difícil deduir que les normes jurídiques, amb caràcter general, es poden identificar amb les prescripcions. Per això l'autor continua amb l'estudi sobre els elements integrants de les prescripcions, d'acord amb el qual es poden distingir els diversos tipus de normes.

Von Wright assenyala vuit elements de les prescripcions: caràcter, contingut, condició d'aplicació, autoritat, subjecte, ocasió, promulgació i sanció. Vegem cada un d'aquests elements.

1. Caràcter. Segons el seu caràcter les normes poden ser d'obligació, de prohibició i permissives o facultatives. És a dir, el caràcter d'una norma indica que una determinada acció ha de ser feta, pot ser feta o no pot ser feta.

Per tant, segons el caràcter les normes jurídiques poden ser obligacions, prohibicions i permisos o facultats:

- Obligacions: són aquelles normes que estableixen alguna cosa que ha de ser feta.
- Prohibicions: són aquelles normes que estableixen alguna cosa que no pot ser feta.
- Permisos: són aquelles normes que indiquen alguna cosa que pot ser feta.

Obligació, prohibició i permís, són els operadors deontics a través dels quals s'expressen les normes, i les relacions hi estan regulades per les lleis de la lògica deontica. Així per exemple, si alguna cosa està prohibida, significa que no està permesa; si alguna cosa està permesa, significa que no està prohibida, que es pot fer; si alguna cosa és obligatòria, significa que ha de fer-se necessàriament, no es pot ometre.

2. Contingut. El contingut de les normes fa referència a les accions o activitats que aquestes consideren permeses, obligatòries o prohibides. Des d'aquesta perspectiva, entre les normes jurídiques podem distingir normes abstractes i normes concretes. Són normes abstractes aquelles que es refereixen no a una acció determinada i específica sinó a classes o categories d'accions, com per exemple, els contractes (compravenda, lloguer, depòsit, etc.) els delictes (homicidi, assassinat, furt, robatori, etc.) els impostos (impost de societats, impost sobre la renda, etc.). Per part seua, les normes concretes es refereixen a accions concretes i específiques, com per exemple, la part dispositiva d'una sentència.

3. Condició d'aplicació. Amb aquesta expressió von Wright fa referència a aquella circumstància o circumstàncies que han de concórrer perquè es pugui dur a terme el contingut de les normes. La condició d'aplicació ens permet distingir entre normes categòriques i normes hipotètiques.

Normes categòriques són aquelles que no exigeixen la concurrència de cap circumstància perquè es duga a terme el seu contingut; la condició d'aplicació ve indicada en el contingut mateix de la norma, de manera que la norma s'identifica amb el contingut. Per exemple, normes com "obriu la finestra" o "alça't", no exigeixen més condició d'aplicació que aquelles que s'infereixen del seu propi contingut: és a dir, que la finestra estiga tancada, o que algú estiga assegut.

Normes hipotètiques són aquelles que exigeixen una condició addicional a la que s'infereix del contingut perquè puguin dur-se a terme. No s'identifiquen, doncs, amb el

contingut. Per exemple, “si plou, no eixiu de casa”. En aquest cas, al costat de la condició que el destinatari de la norma estiga dins de casa, s'exigeix a més la condició que ploïa.

Segon la condició d'aplicació, podem dir que les normes jurídiques són normes hipotètiques, ja que el supòsit de fet a realitzar perquè tinga lloc la conseqüència jurídica és precisament la condició de la seua aplicació.

En les normes jurídiques el supòsit de fet pot consistir en un fet jurídic o en un acte jurídic:

— Fet jurídic: és aquell esdeveniment natural, independent de la voluntat humana, al qual el Dret atribueix conseqüències jurídiques. Per exemple, el Dret atribueix la conseqüència jurídica de l'adquisició de la condició de ‘major d'edat’ a totes les persones pel fet d'arribar a divuit anys.

— Acte jurídic: és, per contra, aquell comportament o acció humana, és a dir que es produeix amb intervenció de la voluntat d'un subjecte, al qual el Dret atribueix conseqüències jurídiques (per exemple, tenir un fill). Al seu torn, els actes jurídics poden ser lícits o il·lícits:

a) actes jurídics lícits: són els actes deguts o obligats (aquells que el subjecte està obligat a fer) o també els actes lliures o permesos (aquells que el subjecte pot triar fer o no).

b) actes jurídics il·lícits: són aquelles conductes que violen alguna norma jurídica. Cal distingir entre actes il·lícits civils i actes il·lícits penals. La conseqüència jurídica dels actes jurídics il·lícits és una sanció.

4. Autoritat. Von Wright anomena autoritat al subjecte que emet o produeix la norma. L'autor classifica les normes depenent d'aquest element. Així, distingeix entre normes autònomes i heterònomes.

— Normes heterònomes són aquelles en les quals el subjecte que dicta la norma i el destinatari d'aquesta són persones diferents. Per a Von Wright les prescripcions són heterònomes, i en aquest sentit les normes jurídiques són normes heterònomes. Poden distingir-se diversos tipus de normes atesa l'autoritat de la qual procedeixen: les lleis, en sentit estricte, són normes que procedeixen del poder legislatiu; els decrets llei, procedeixen del poder executiu amb la ratificació posterior del poder legislatiu; els decrets legislatius són normes que procedeixen del poder executiu, però que necessiten una delegació prèvia del parlament per a poder produir-se, etc.

— Normes autònomes són aquelles en les quals no es pot distingir entre l'autoritat emissora i el subjecte destinatari. Això pot significar dues coses: que som davant normes que no són emeses per cap autoritat (usos no normatius); o bé davant normes que el subjecte destinatari es dicta a si mateix (normes morals o costums personals com l'hora d'alçar-se).

5. Subjecte normatiu. Són els destinataris de les normes, aquells subjectes als quals va dirigida l'obligació, prohibició o permissió a què es refereix la norma. En funció del subjecte normatiu les normes jurídiques poden ser generals o particulars o individuals.

— Les normes generals són aquelles que es dirigeixen a tots els subjectes d'una classe o

a tots els subjectes que es poden incloure en una mateixa categoria (com pot ser: nacional, estranger, comprador, venedor, arrendatari, etc.).

— Les normes particulars són aquelles dirigides a subjectes concrets i específics.

Les normes legals solen ser generals. Els casos típics de normes particulars són les sentències, els negocis jurídics, o els actes administratius.

6. Ocasíó: L'ocasió fa referència a les coordenades espai-temps en les quals ha de complir-se el contingut de la norma. Podem analitzar diferències entre ocasió espacial i temporal.

— L'ocasió espacial ens permet distingir normes que estan vigents dins de tot el territori d'un Estat i normes que només estan vigents en una part del territori estatal, com pot ser un municipi o una comunitat autònoma en el cas de l'Estat espanyol.

— L'ocasió temporal fa referència al temps durant el qual les normes estan vigents; és a dir, el temps durant el qual s'apliquen i poden produir efectes. Amb caràcter general, podem dir que les normes comencen a produir efectes una vegada entren en vigor; i ho fan de manera indefinida fins que són derogades per altres normes legals. Però hi ha també les normes temporals o transitòries, que són aquelles normes promulgades per a un determinat termini de temps o per a una determinada situació, la vigència de la qual cessa en complir-se aquest termini o en desaparèixer aquesta situació per a la qual van ser previstes.

7. Promulgació: La promulgació de la norma fa referència a l'expressió o formulació de la norma en un llenguatge a fi que els seus destinataris puguin conèixer-la. Atès aquest criteri les normes jurídiques poden ser escrites o consuetudinàries. La promulgació de les normes escrites exigeix una sèrie de formalitats previstes en cada ordenament.

8. Sanció: En principi, la sanció és l'amenaça d'un càstig per l'incompliment de la norma. Alguns autors consideren que la presència de la sanció és un element imprescindible per a l'existència de les normes, mentre que altres posen en relleu l'existència de normes jurídiques que no porten aparellada una sanció. En tot cas, per a von Wright aquest és un dels elements constitutius de les normes.

Podem distingir el concepte de sanció en sentit estricte i en sentit ampli. En sentit estricte, la sanció suposa exclusivament la conseqüència o conseqüències desagradables que la norma preveu per al cas d'incompliment. En sentit ampli, la sanció inclouria no sols les conseqüències desagradables previstes per al cas d'incompliment, sinó també les agradables previstes per al cas de compliment de la norma. En el primer supòsit seríem davant sancions negatives; en el segon, al costat de les sancions negatives, parlariem també de sancions positives.

B) Kelsen: supòsit de fet i conseqüència jurídica.

Un dels autors més estudiats i criticats del segle XX ha sigut sens dubte Hans Kelsen. El professor austríac desenvolupa la seua concepció del Dret, de l'ordenament jurídic i de la norma, fonamentalment en les seues obres "Teoria pura del Dret" i "Teoria general del

Dret i de l'Estat". Ara bé, més que el concepte i estructura de les normes elaborat per Kelsen, són les crítiques a què que aquests han sigut sotmesos posteriorment per la doctrina el que il·lustra més bé el procés de comprensió de les normes jurídiques.

Kelsen concep el Dret com un ordre coactiu del comportament humà, i les normes que el componen les concep com a mandats. L'existència d'una norma significa que un determinat comportament ha de ser fet, que els individus han de comportar-se d'una determinada manera. Per a això, la norma se serveix de la sanció. Així que el que caracteritza definitivament les normes jurídiques, segons Kelsen, és la presència de la sanció. D'aquí ve que normes jurídiques només són aquelles que prescriuen sancions; i per aquesta raó totes les normes jurídiques posseeixen la mateixa estructura: una condició d'aplicació o supòsit de fet i una conseqüència jurídica: la sanció. De tot això es dedueix que la funció punitiva o repressiva és la funció bàsica del Dret.

Per a Kelsen, les normes jurídiques es caracteritzen per ser enunciats lingüístics que contenen sancions. Entén que en cada norma la condició d'aplicació s'identifica amb un fet il·lícit vinculat a una sanció. El que vincula el fet il·lícit amb la sanció és una relació d'imputació o atribució. Explica aquest autor que la relació entre un determinat il·lícit i la sanció es dona perquè així ho ha decidit una voluntat determinada, voluntat que podria haver decidit castigar-lo amb una sanció diferent o fins i tot no castigar-lo. És a dir, el nexa que uneix il·lícit i sanció (supòsit de fet i conseqüència jurídica) és una relació d'imputació o atribució i no una relació de causalitat necessària com la que regeix en el cas de les lleis de la naturalesa (vinculació entre condició i conseqüència).

Per a Kelsen, no hi ha una altra estructura bàsica de les normes. Però la veritat és que en tots els ordenaments jurídics hi ha normes que no responen a aquesta estructura. En efecte, trobem normes en què no apareix l'element de sanció: quina explicació dona Kelsen a això? Senzillament, entén que aquestes normes no són normes independents ni completes, sinó que estan lligades a altres normes. És a dir, les vertaderes normes jurídiques (les que imposen una sanció) les denomina normes primàries o genuïnes, mentre que aquelles són simplement normes secundàries, dependents i derivades respecte a aquestes últimes.

La concepció i l'estructura de la norma tal com la planteja Kelsen només podria predicar-se, en rigor, de les normes penals i sembla que és aquest el model de norma en el qual pensava. Però, malgrat tot, no aconsegueix donar una explicació adequada sobre una mena de normes, molt importants en els ordenaments, que no porten aparellada una sanció i que no responen a aquesta estructura: les normes que confereixen potestats, que concedeixen permisos, normes que faculden per a executar determinats comportaments.

Les tesis de Kelsen han sigut objecte de nombroses crítiques posteriors per part de la doctrina, entre elles destaca la crítica de Hart, l'obra fonamental de la qual, *El concepte de Dret*, en molts aspectes pot entendre's com una crítica a les tesis de KELSEN.

### 3. Normes primàries i normes secundàries. Tipologies de Hart i de Bobbio

La crítica de Herbert Hart a la concepció kelseniana del Dret i de la norma, ha tingut una enorme repercussió i influència en el pensament jurídic modern. Parteix de dos pressupòsits: d'una banda, es resisteix a considerar que les normes que confereixen potestats i atorguen permisos, tan importants en l'ordenament jurídic, siguin considerades



com a fragments d'altres normes o normes dependents d'altres normes. I, en segon lloc, considera que la principal funció del Dret no és la funció sancionadora, ni tan sols tractant-se del Dret penal.

La principal funció del Dret és establir pautes per a regular les conductes dels membres d'una societat; i solament quan aquesta funció fracassa (quan són transgredides les normes) entra en joc la dimensió sancionadora. En la seua gran obra *El concepte de Dret*, HART ho concep com la unió de dos tipus de normes diferents que es relacionen entre si: normes primàries i normes secundàries. Però el sentit de les normes primàries i secundàries és completament diferent del de l'obra de Kelsen.

Normes primàries o bàsiques són les que fan referència a les accions que els individus han o no han de fer; són aquelles que prescriuen les conductes que s'han de fer o ometre. En definitiva, prescriuen si un determinat comportament està permès, està prohibit o és obligatori.

Les normes secundàries o de segon grau es refereixen a les primàries, són efectivament secundàries respecte a elles; per tant, no tenen com a objecte directe la regulació de la conducta dels individus. Especifiquen la manera en què les normes primàries poden ser verificades, introduïdes, modificades o eliminades de l'ordenament jurídic, i també determinen quan s'ha produït la seua violació.

Entre les normes secundàries, HART distingeix tres tipus: normes de reconeixement, normes de canvi i normes d'adjudicació o aplicació.

a) Normes secundàries de reconeixement: són aquelles que estableixen quines normes formen part d'un determinat sistema jurídic. La seua funció és establir els criteris últims de validesa que permeten certificar la pertinença d'una norma a un ordenament jurídic.

b) Normes secundàries de canvi: són les normes que regulen la producció de normes i els procediments a través dels quals es duu a terme la producció, modificació i derogació de les normes. És a dir, les normes de canvi faculden a determinades persones per a crear noves normes primàries i per a canviar-les o derogar-les; i estableixen els procediments per a això. Normes de canvi són les que es refereixen al poder legislatiu i als procediments d'elaboració, modificació o derogació de les lleis.

c) Normes secundàries d'adjudicació o aplicació: són aquelles que atribueixen competències a unes certes persones per a establir si en determinades circumstàncies s'ha produït o no una violació de les normes primàries, així com el procediment que cal seguir per a comprovar si s'ha produït o no tal violació. Les normes d'adjudicació són les que atribueixen les potestats jurisdiccionals.

També ha sigut notable l'aportació del conegut iusfilòsof italià Norberto Bobbio a la teoria de la norma jurídica a partir de la seua reelaboració de les tesis de Hart. Si aquest concep l'ordenament jurídic com la unió de normes primàries i secundàries, Bobbio assumeix aquesta distinció bàsica i l'aplica a una concepció de l'ordenament configurat com a sistema normatiu complex.

En la seua caracterització general, Bobbio distingeix entre sistemes normatius simples,

complexos i semicomplexos. Els sistemes normatius simples serien aquells que contenen únicament normes primàries o de conducta i el que denomina norma o normes d'identificació del sistema (que vindrien a coincidir amb les normes de reconeixement de Hart). Els sistemes normatius semicomplexos són aquells que comprenen, a més de les normes de conducta i la norma o normes per a la identificació del sistema, alguna norma de segon grau: bé les normes sobre la sanció, o bé les normes sobre la producció de normes. Finalment, els sistemes complexos són aquells que comprenen tots dos tipus de normes de segon grau.

En definitiva, Bobbio planteja la següent tipologia normativa:

*a)* Normes per a la identificació del sistema: són les que estableixen el criteri o els criteris sobre la base dels quals es pot dir quines normes pertanyen al sistema. Aquestes normes d'identificació del sistema es corresponen amb la norma de reconeixement proposada per Hart.

*b)* Normes sobre la sanció: són aquelles que regulen la resposta de l'ordenament jurídic davant la violació de les normes primàries. Duen a terme la institucionalització de la sanció. La seua funció és la conservació del sistema i es correspondrien amb les normes d'adjudicació proposades per Hart.

*c)* Normes sobre la producció: són aquelles que estableixen els mecanismes per a la modificació de les normes de primer grau. El seu objecte és la transformació del sistema, impedit la rigidesa de les normes de primer grau. Es corresponen amb les normes de canvi proposades per Hart.

En funció del tipus de normes de segon grau que continguen Bobbio distingeix diferents classes de sistemes normatius, com ara:

*a)* Simples: normes de conducta (primàries) i normes d'identificació del sistema.

*b)* Sistemes normatius semicomplexos (que conté normes de conducta, d'identificació i alguna de segon grau).

*c)* Sistemes complexos (aquells que comprenen normes de conducta i els tres tipus de normes de segon grau).

## TEMA 5. L'ORDENAMENT JURÍDIC

1. Noció d'ordenament jurídic
2. La unitat de l'ordenament jurídic. Propostes teòriques
3. La plenitud de l'ordenament jurídic. Les llacunes i la seua integració
4. La coherència de l'ordenament jurídic. Les antinòmies i la seua resolució

### 1. La noció d'ordenament jurídic

L'existència en el dret no sols de normes primàries (de conducta) sinó també de normes secundàries o normes d'organització (en el sentit de Hart) fa que el dret no es configure com un simple agregat de normes juxtaposades, col·locades unes al costat de les altres, sinó com un conjunt organitzat de normes, això és, com un ordenament jurídic.

Els primers a cridar l'atenció sobre la realitat de l'ordenament jurídic van ser els partidaris de la teoria del dret com a institució (Hauriou és l'iniciador d'aquest corrent a França i Santi Romano a Itàlia). Santi Romano va publicar en 1917 una obra titulada *L'ordenament jurídic* que constitueix un text clàssic sobre el tema. La teoria institucional es va presentar com a oposada a la teoria normativa. En efecte, els partidaris de la concepció institucional del dret van titllar d'inadequada i insuficient la concepció del dret com a norma o sistema de normes, adduint que el dret no sols està integrat per normes, sinó per altres elements encara més essencials i característics com són els institucionals i els d'organització.

Així, per a Hauriou constitueix un error centrar la concepció del dret en la regla jurídica oblidant que el vertader element objectiu del sistema jurídic és la institució. Segons ell, les institucions són les que fan les regles de dret i no tals regles les que fan les institucions, de manera que aquestes són el centre i la font de la juridicitat. Per a ell, una institució és un grup social que té una idea, una finalitat comuna: la d'una obra o empresa que ha de realitzar-se en comú i durar en el temps. Per a la realització de tal idea s'organitza un poder que la dota d'òrgans. I entre els membres del grup social interessat en la realització de la idea tenen lloc manifestacions comunitàries dirigides pels òrgans del poder i regulades per procediments.

Santi Romano també concep l'ordenament jurídic com a institució, però la seua concepció es diferencia de la de Hauriou que no creu que la institució siga font del dret i que aquest siga un efecte o un producte de la institució, sinó que per a ell existeix una perfecta unitat i identitat entre el concepte d'institució i el d'ordenament jurídic.

D'acord amb la concepció del dret com a ordenament jurídic o com a institució, els elements essencials del dret són:

- 1r) La societat —en el doble sentit que l'existència del dret pressuposa l'existència de la societat i que en tota societat es manifesta el fenomen jurídic.
- 2n) L'ordre social.
- 3r) L'organització.

En efecte, l'ordre social que el dret estableix, si bé no exclou l'existència de normes, és, abans que norma, organització, estructura, situació de la mateixa societat en la qual el dret es manifesta i a la qual constitueix com a unitat. En suma, l'ordenament jurídic s'identifica amb la institució entenent per tal un ens o cos social organitzat (Santi Romano). L'ordenament jurídic és, doncs, l'organització social, el cos social organitzat, el sistema social organitzat. Entre les manifestacions de l'ordenament jurídic hi ha també la d'emanar normes, però l'organització és anterior a les normes.

D'altra banda, la concepció institucional del dret implica la defensa del pluralisme jurídic, que suposa negar el monopoli estatal de la producció jurídica i afirmar la capacitat dels grups socials no estatals per a generar el seu propi dret (Gierke i Gurvitch). Si bé, els institucionalistes entenen que només els grups socials organitzats són institucions i generen, per tant, el seu propi dret.

També els autors que es mouen dins d'una concepció normativa del dret han concebut el dret com a ordenament jurídic, però no el conceben com a institució sinó com a conjunt estructurat de normes (com un sistema). En efecte, dins de la concepció normativa del dret es va produir una evolució interna, que troba en Kelsen el seu punt d'arrancada, però deguda sobretot a les aportacions de Hart i Bobbio, gràcies a la qual s'ha passat de la consideració aïllada de les normes a la teoria de l'ordenament jurídic. Per a aquests autors, la dimensió normativa del dret no pot limitar-se a una consideració aïllada de l'estructura de les normes, sinó que cal integrar la teoria de la norma jurídica en una teoria de l'ordenament jurídic constituïda sobre el concepte de sistema normatiu.

La noció de sistema revist una gran complexitat, fins al punt de donar lloc a una disciplina específica: la teoria dels sistemes. No podem detenir-nos ara a examinar-la en profunditat, n'hi ha prou d'al·ludir al fet que, en la teoria de l'ordenament jurídic, la noció de sistema s'usa en el seu sentit logicoformal.

La primera condició per a parlar d'un sistema suposa establir els criteris que permeten establir la pertinença a aquest. Així doncs, la concepció de l'ordenament jurídic com a sistema implica l'exigència de disposar de criteris per a la identificació de les normes que pertanyen a aquest ordenament. Som davant la denominada unitat de l'ordenament jurídic.

La segona condició bàsica consisteix a establir les regles perquè pugui operar-se dins del sistema. En l'àmbit de l'ordenament jurídic, això es denomina plenitud (les normes sempre donen la solució a tots els casos que puguin presentar-se).

La tercera condició necessària per a poder parlar de sistema consisteix en el fet que no hi haja contradicció entre les regles amb les quals s'opera. En l'àmbit de l'ordenament jurídic, això es denomina coherència (no hi ha contradicció entre les normes).

En conseqüència, la caracterització de l'ordenament jurídic com un sistema exigeix estructurar-lo d'acord amb aquestes tres categories ideals de racionalitat: unitat, plenitud i coherència, i abordar, en conseqüència, els problemes que planteja predicar aquests criteris de l'ordenament.

Entre els autors abans esmentats, Kelsen articula la seua aportació entorn del problema de la unitat de l'ordenament jurídic (l'estudiarem en el seu moment). Hart, com ja hem

vist, caracteritza l'ordenament jurídic a partir de la unió de regles primàries i secundàries. Ha sigut Bobbio qui més ha desenvolupat una teoria específica de l'ordenament jurídic. En la seua elaboració, "solament es pot parlar de dret quan existisca un complex de normes que formen un ordenament... el dret no és norma, sinó conjunt coordinat de normes... una norma jurídica no està mai sola, sinó lligada a altres normes amb les quals forma un sistema normatiu".

Com ja vam veure en el tema anterior, Bobbio considera que l'ordenament jurídic pot ser caracteritzat com un sistema normatiu complex, entenent per tal el que comprèn, a més de normes primàries i d'una norma o normes per a la identificació del sistema, els dos tipus de normes de segon grau: sobre la sanció i sobre la producció de normes.

Bobbio afirma que la seua tesi de l'ordenament jurídic com a sistema normatiu complex "pot ser considerada com una transcripció en termes normatius de la teoria del dret com a institució". I ho argumenta de la següent manera: Les normes a les quals es referia Santi Romano per a mostrar la insuficiència de la definició del dret com a norma o conjunt de normes eren les normes de conducta. Bobbio està d'acord que un ordenament jurídic no pot reduir-se a un conjunt de normes, si per normes s'entén només les normes de conducta. Però entén que el que Santi Romano considerava com a elements d'organització (que per a aquest no eren normes), sí que constitueixen en realitat normes (les normes de segon grau), encara que siguen diferents de les normes de conducta.

D'altra banda, resulta interessant l'intent de conciliació entre la concepció normativa i la concepció institucional del dret dut a terme per Lombardi, que defineix l'ordenament jurídic com a "sistema de normes... que organitza un cos social". D'aquesta manera, Lombardi, a diferència de Santi Romano, no identifica el dret amb el cos social, sinó que el concep, a la manera de Kelsen i de Bobbio, com a conjunt de normes. Però afegeix que, si bé el dret no és el grup social, es caracteritza també per organitzar un grup social. De manera que el fi o el resultat d'organitzar un cos social és una característica essencial de la juridicitat d'un sistema normatiu. En definitiva, per a Lombardi l'ordenament jurídic és conjunt o sistema de normes quant a la seua estructura, i és organització d'un cos social quant a la seua funció. Aquesta concepció implica per part de Lombardi l'acceptació de les tesis del pluralisme jurídic en la línia dels defensors de la teoria institucional del dret.

Finalment, convé recordar que, encara que l'ordenament jurídic constituïska un sistema normatiu, això no significa que estiga integrat només per normes. Com ja hem vist, en l'ordenament jurídic hi ha, a més de normes, enunciats que no són normes, principalment les definicions i els principis; dins d'aquests últims s'inclouen els enunciats programàtics i els principis en sentit estricte que són exigències morals o de justícia positivitzades.

## 2. La 'unitat' de l'ordenament jurídic. Propostes teòriques

Quan podem considerar que un determinat grup de normes forma un tot unitari, diferent d'un altre? El problema de la unitat de l'ordenament jurídic és el de la seua identificació i els seus límits. Es tracta de trobar el criteri que unifique tots els seus elements i que determine quan una norma pertany a aquesta unitat que denominem ordenament (i quan no).

Habitualment, com ja hem vist, per a determinar si una norma pertany o no a un

ordenament jurídic solem acudir al criteri de validesa. Però els criteris que componen la noció de validesa que hem exposat no són suficients per si mateixos per a explicar la unitat de l'ordenament jurídic, ja que no serveixen per a explicar l'existència i pertinença al sistema de la norma suprema d'aquest; és a dir, d'aquella que estableix precisament els criteris de pertinença de les restants normes. Hi ha nombroses propostes teòriques que han afrontat el problema i tracten d'identificar el factor o element que, en última instància, dota d'unitat el sistema jurídic. A continuació examinarem les més rellevants d'entre elles. Ens referim a la teoria de la norma fonamental de Kelsen, al criteri de la regla de reconeixement de Hart i al criteri del reconeixement pels òrgans d'aplicació proposada per Raz i Ross.

#### A) La proposta de Kelsen: la norma fonamental

Kelsen distingeix entre sistemes estàtics i sistemes dinàmics com dos models possibles i amb diferent criteri per a dotar d'unitat els sistemes normatius. En un sistema estàtic, la unitat té un caràcter lògic. Les normes més particulars es 'dedueixen' de les normes més generals, són aplicacions o explicacions de les normes de grau superior (les més generals). Les normes estan lligades les unes a les altres i constitueixen, per tant, una unitat sobre la base del seu contingut. Serien sistemes d'aquest tipus els sistemes deductius de "dret natural" i, en general, els sistemes ètics.

En canvi, en un sistema dinàmic, les normes formen part de l'ordenament no en virtut del seu contingut, sinó en virtut de la seua manera de producció. D'acord amb aquest criteri, una norma és vàlida (pertany a l'ordenament normatiu de què es tracte) si ha sigut produïda conforme al que es disposa per la norma de grau superior que estableix la manera de producció d'aquella i, a més, si ha sigut creada per l'òrgan competent per a fer-ho; és a dir, per l'òrgan autoritzat per a això per la norma de grau superior. En conseqüència, les normes de grau inferior estan lligades a les de grau superior (i hi formen una unitat) no pels seus continguts, sinó per la seua manera de producció.

Així doncs, Kelsen concep l'ordenament jurídic com un sistema dinàmic, en el qual la unitat entre els seus elements s'aconsegueix a través del principi de jerarquia normativa o construcció en graus de l'ordenament jurídic. D'acord amb aquest principi, les lleis, per exemple, formen una unitat amb la Constitució no tant pel seu contingut (pel que diuen), sinó per haver sigut produïdes de conformitat amb les normes constitucionals sobre producció de les lleis.

Per a Kelsen, doncs, una norma és vàlida si és conforme amb la norma de grau superior en la virtut del qual és creada; això és, si ha sigut dictada per l'òrgan competent per a crear-la segons la norma superior, conformement al procediment establert en la norma superior (en el cas que s'establisca) i respectant els límits de contingut imposats per la norma de grau superior (en el cas que s'imposen). L'ordenament jurídic es presenta així com una construcció jeràrquica (o construcció en graus) en la qual cada norma obté la seua validesa d'una norma de grau superior i al seu torn atorga validesa a les normes de grau inferior. Així, per exemple, una sentència és vàlida si ha sigut dictada de conformitat amb les lleis; això és, per un jutge competent per a dictar-la, després d'un procés regular desenvolupat amb observança de les lleis de procediment, etc. Al seu torn, les lleis són vàlides si han sigut establides per l'òrgan competent que la Constitució estableix.

Però la construcció en graus de l'ordenament arriba al seu vèrtex en la Constitució, i en llavors s'obri un interrogant: de quina norma superior obté la seua validesa la Constitució si aquesta és la norma superior? Doncs bé, segons Kelsen per a fonamentar la validesa d'una Constitució que siga punt d'arrancada d'un sistema jurídic, recorre a la seua cèlebre 'norma fonamental' (*Grundnorm* o *Basic norm*), la qual no es funda sobre cap altra norma i que atorga validesa a aquesta primera Constitució (i a través d'ella la de tot l'ordenament) i que li confereix unitat. Aquesta norma fonamental es limita a un sol enunciat: cal obrar de conformitat amb la Constitució. Òbviament, aquesta norma fonamental no és una norma real o històricament existent, no és una norma produïda per una autoritat, sinó una norma pressuposada. És una norma necessària per a acceptar com a vàlid tot l'ordenament jurídic. En aquest sentit, es tracta d'una norma "hipotètica".

Per part seua, la norma fonamental no rep la seua validesa de cap altra norma: és una norma que es pressuposa com l'última i més elevada. No obstant això, Kelsen deixa entreveure que la norma fonamental es recolza en un fet: el fet que l'ordenament jurídic (que rep d'ella la seua validesa) siga eficaç; és a dir, que siga efectivament observat pel grup social. Kelsen al·ludeix a això quan aborda el problema de com distingir entre un estat i el seu dret i una banda de lladres i el seu règim de força. La diferència, quan existeix una norma fonamental pressuposada, radica —per a Kelsen— que l'ordre normatiu tinga una eficàcia duradora. Aquest plantejament ha provocat que s'acuse Kelsen de fer dependre la validesa global de l'ordenament jurídic de la seua eficàcia global.

La tesi de Kelsen sobre la norma fonamental com a criteri del qual rep la validesa l'ordenament jurídic en conjunt i que li confereix unitat, ha sigut objecte de nombroses crítiques per la seua foscor i el seu caràcter artificiosos i per no servir realment per a les funcions que suposadament se li assignen.

#### B) La proposta de Hart: el criteri de la regla de reconeixement

Hart ha intentat explicar la unitat de l'ordenament jurídic superant els problemes que planteja la tesi de Kelsen. Per a aquest famós professor d'Oxford, una norma pertany a un ordenament determinat quan compleix els requisits establits per a allò que denomina 'regla de reconeixement'.

Enfront de la 'norma fonamental' kelseniana, la 'regla de reconeixement' presenta l'avantatge de no ser una simple hipòtesi jurídica, una norma pressuposada, sinó que es tracta d'una norma real, una norma positiva, una norma que existeix. En efecte, Hart planteja la regla de reconeixement com una pràctica vinculant per part dels òrgans d'aplicació del dret (jutges i tribunals considerats en conjunt), que consisteix a acceptar com a vàlides (i, per tant, aplicar-les en les seues sentències) només les normes que complisquen els criteris establits en la regla de reconeixement. En altres paraules, la validesa de les normes prové del reconeixement que els jutges en fan quan decideixen aplicar només les que compleixen els criteris de la regla de reconeixement.

El criteri de la regla de reconeixement com a principi d'unitat de l'ordenament jurídic tampoc està exempt de problemes. Potser el que més s'ha destacat és el de la circularitat que es produeix entre la regla de reconeixement i les regles d'adjudicació. Aquest es planteja en els següents termes: l'existència de la regla de reconeixement consisteix en el fet que els jutges i tribunals en conjunt accepten com a vinculants i usen uns mateixos

critèris de validesa jurídica. Però, d'acord amb Hart, per a saber qui són els jutges i tribunals del sistema hem d'acudir a les regles d'adjudicació que són les que confereixen la potestat jurisdiccional. Però, al seu torn, per a determinar si tals regles d'adjudicació són vàlides (pertanyen al sistema) cal acudir als criteris de validesa establits en la regla de reconeixement (això és, als criteris de validesa acceptats com a vinculants i usats concordantment pels jutges i tribunals en el seu conjunt). Un peix que es mossega la cua.

Com trencar aquesta circularitat? La doctrina ha fet diverses propostes sobre aquest tema, entre elles la que suggereix identificar els òrgans d'aplicació del dret no mitjançant les regles d'adjudicació, l'existència de les quals depèn de la conformitat d'aquestes amb els criteris de validesa que estableix la regla de reconeixement, sinó sobre la base del criteri del reconeixement social. Segons aquest últim criteri, serien jutges aquells que són reconeguts socialment com els titulars dels deures i potestats jurisdiccionals.

### C) Raz i Ross: el criteri del reconeixement pels òrgans d'aplicació

Les dificultats que plantegen les propostes de Kelsen i Hart, que busquen l'element unificador de l'ordenament jurídic en una certa norma suprema, han portat altres autors com Alf Ross i Joseph Raz a proposar un criteri diferent però pròxim al de Hart: el del reconeixement pels òrgans que apliquen el dret (els jutges en sentit ampli). D'acord amb aquesta postura, formen part d'un mateix sistema jurídic totes les normes acceptades com a vàlides pels seus tribunals. Tampoc aquesta postura està exempta de problemes. Fonamentalment, el fet que són les normes del sistema les que determinen els qui són els jutges i tribunals i els confereixen les seues competències i facultats, amb la qual cosa es corre el risc de caure novament en un cercle viciós com ocorria amb la regla de reconeixement de Hart.

### 3. La 'plenitud' de l'ordenament jurídic. Les llacunes i la seua integració

Per plenitud d'un ordenament jurídic s'entén la propietat en virtut de la qual tot supòsit que es presente pot ser resolt acudint a una norma del sistema. Dit d'una altra manera, l'ordenament té una norma per a regular tots els supòsits possibles. Atès que la falta d'una norma específica per a regular un cas se sol dir "llacuna" (aquestes són les llacunes pròpiament dites), plenitud significa en sentit estricte, absència de llacunes. Així doncs, la plenitud d'un ordenament jurídic garanteix que tota la realitat, jurídicament rellevant, està contemplada per les normes que el componen.

Històricament, sembla consolidar-se en la tradició romanista medieval, quan el dret romà es consagra com el *Corpus iuris* per excel·lència, on es troben totes les regles amb les quals l'interpret estaria en condicions de resoldre qualsevol cas que se li poguera plantejar. La complicada tècnica posteriorment desenvolupada pels comentaristes i tractadistes (*Digesto*) no era una altra cosa que una glossa i una indagació en el dret romà, considerat com una font inesgotable de saviesa jurídica, on n'hi havia prou d'excavar una mica per a trobar la resposta buscada.

En el dret modern, la plenitud canvia d'orientació i es planteja com un dogma íntimament lligat a la concepció estatalista i positivista del dret. L'estatalisme redueix el dret al dret positiu de l'estat, entén que no hi ha més dret que les normes emanades per l'estat i que



la seua màxima expressió és la llei, font a través de la qual l'estat manifesta la seua voluntat. Una concepció tal del dret exigeix, òbviament, l'afirmació de plenitud de l'ordenament, ja que si admetera l'existència de llacunes (supòsits sense regulació), no tindria més remei que acudir per a resoldre-les a fonts de dret diferents de la llei (costum, equitat), i això posaria fi al monopoli estatal de la creació del dret.

D'altra banda, el dogma de la plenitud juga també un paper important de cara a buscar la certesa i la seguretat jurídica. En efecte, la conseqüència pràctica es tradueix en l'obligació imposada als jutges de resoldre qualsevol cas que se'ls presente acudint sempre a una norma de l'ordenament jurídic. Lògicament, aquesta obligació seria d'impossible compliment si no es pressuposara la seua plenitud; això és, l'existència d'una norma per a regular cada cas. En aquesta línia, Bobbio concep la plenitud com a condició necessària per als ordenaments en els quals existeixen dues regles: 1) el jutge ha de jutjar totes les controvèrsies que se li presenten; 2) ha de jutjar-les atenint-se a les normes del sistema. Quan falta una d'aquestes dues regles, la plenitud deixa de ser un pressupòsit de l'ordenament, ja que el jutge, o bé podria no jutjar (*senar liquet*), o bé podria fer-ho acudint a normes alienes al sistema.

El prototip dels ordenaments fundats sobre el dogma de la plenitud és el Codi Civil francès que, des de 1804, proclama en el seu famós article 4: "El jutge que refusara jutjar sota pretext de silenci, de foscor o insuficiència de la llei, podrà ser processat com a culpable de denegació de justícia". Aquesta previsió ha sigut recollida posteriorment en altres ordenaments continentals. En l'ordenament espanyol, la norma és establida per l'art. 1.7 del Codi Civil: "Els jutges i tribunals tenen l'obligació inexcusable de resoldre en tot cas els assumptes que coneguen, atenint-se al sistema de fonts establert".

El substrat ideològic que va impulsar la codificació en el segle XIX reposa sobre aquest dogma: la convicció que és possible crear un dret de validesa universal i intemporal i, a més, respectuós amb les exigències de senzillesa i unitat. La seua necessitat es va fer sentir especialment a França, sumida en una constel·lació d'ordenaments civils, penals o processals, i això va donar lloc al *Code*.

Però la veritat és que la idea de plenitud resulta merament teòrica i no es correspon de cap manera amb la realitat jurídica. Malgrat tot, hi ha hagut qui va pretendre justificar-ho recorrent a diversos artificis intel·lectuals. Les dues aportacions més rellevants són les dutes a terme per Bergbohm i Zitelmann.

1. Karl Bergbohm va plantejar la teoria de l' 'espai jurídic buit'. D'acord amb aquesta tesi, el que no està expressament regulat per l'ordenament és jurídicament irrellevant; de manera que en lloc de parlar de sectors sense regulació jurídica (llacunes), caldria parlar de límits o fronteres de l'ordenament jurídic. El que està més enllà no interessa al dret és 'ajurídic'.

2. La proposta de Zitelmann (seguida per Donati i Kelsen amb algunes variants i diferents noms) es basa en una idea fonamental: tots els ordenaments jurídics, a més de les normes expressament contingudes en aquests, tenen una norma pressuposada, també anomenada 'norma de tancament del sistema'. El contingut d'aquesta norma és el següent: tot el que no està expressament prohibit cal considerar-ho jurídicament lícit o permès. Zitelmann parla d'una "norma fonamental, general i negativa". Kelsen parla d'una "regla negativa" i Donati d'una "norma general excloent".

#### a) Les llacunes

Tots aquests intents teòrics de justificar la plenitud no passen de ser interessants exercicis intel·lectuals i acadèmics. La realitat és que els ordenaments estatals estan molt lluny de ser plens; per contra, en tots hi ha supòsits (i fins i tot sectors) mancats de regulació jurídica. Com ja hem dit, a aquests casos no expressament prevists per cap norma se'ls denomina llacunes.

Hi ha una rica i àmplia bibliografia en relació amb l'estudi dels diferents tipus de llacunes i als procediments per a resoldre-les ('satisfer-les', en la terminologia jurídica). Tractarem amb profunditat la qüestió, més avant, en el tema 6, en abordar la interpretació del dret. Ens cenyim ara a una breu síntesi per a avançar alguns conceptes fonamentals. A l'hora de classificar-les, sol al·ludir-se bàsicament a dos tipus de llacunes:

1. Llacunes pròpiament dites, que fan referència als supòsits no expressament prevists per cap norma del sistema i aquells sectors de la realitat sense regulació dins de l'ordenament.
2. Llacunes axiològiques o falses llacunes. En aquests casos, no som davant una situació no regulada per l'ordenament jurídic, sinó davant una inadequació de les normes que regulen un determinat supòsit amb les conviccions de justícia vigents en la societat. En altres paraules, quan la regulació d'un determinat supòsit es considera injusta.

Es parla també de llacunes de la llei i llacunes de l'ordenament jurídic. Les primeres farien referència a l'existència de casos concrets que no estan regulats per cap norma específica de l'ordenament, però poden trobar una solució acudint a altres mecanismes prevists pel mateix sistema (integració).

Les llacunes de l'ordenament pressuposen l'existència d'algun cas no previst per cap norma i que tampoc pot resoldre's acudint als mecanismes prevists pel mateix ordenament. Els moderns sistemes de dret admeten l'existència de llacunes de llei (entenen que sempre poden satisfer-se acudint al mateix ordenament), però no admeten l'existència de llacunes de l'ordenament, ja que això obligaria a recórrer a normes extrasistèmiques i això, com hem vist, trencaria el dogma de la plenitud i atemptaria contra el monopoli exclusiu de l'estat en la creació del dret.

#### b) La integració de les llacunes

Alguns teòrics, com hem apuntat, han establert una relació entre el dogma de la plenitud i els mecanismes previstos pel mateix ordenament per a satisfer les llacunes. En efecte, ja que l'ordenament obliga el jutge a resoldre sempre acudint a una norma del sistema, en el cas que no existisca norma expressa que preveja el cas concret, el mateix ordenament ofereix al jutge el mecanisme per a poder resoldre en aquests supòsits (li diu on i com ha de buscar la solució). Aquesta operació que el jutge ha d'executar es denomina 'integració'.

Des de Carnellutti, és clàssic distingir dos mètodes per a completar els buits jurídics: heterointegració i autointegració. El primer consisteix en el recurs a ordenaments diferents del que es pretén omplir o a fonts diverses de la dominant. Seríem davant el

recurs al dret natural, a ordenaments precedents en el temps i a ordenaments estrangers contemporanis. Per exemple, l'art. 7 del Codi Civil austríac de 1812, imposava al jutge en cas de llacunes acudir als "principis del dret natural". L'art. 3 del Codi civil italià de 1865, inspirat en l'austríac, remet als "principis generals del dret" per a aquest fi. En el dret autonòmic espanyol aquesta remissió es produeix en el cas de la Llei 1 *in fine* de la compilació de dret civil foral de Navarra. També podria donar-se que la reexpedició es fera a ordenaments vigents contemporanis (inclòs el dret eclesiàstic o canònic).

La integració de les llacunes també pot solucionar-se recorrent a fonts no dominants: el costum, el poder creador del jutge (dret judicial) i la doctrina (dret científic). El recurs al costum, com a font subsidiària de la llei, sol ser recollida expressament en els ordenaments i ha de reunir una sèrie de condicions. En el dret espanyol es recull en l'art. 1.3 del Codi Civil: "El costum només regirà a falta de llei aplicable, sempre que no siga contrària a la moral ni a l'ordre públic i que resulte provada. Els usos jurídics que no siguen merament interpretatius d'una declaració de voluntat, tindran la consideració de costum". La jurisprudència ha avaluat aquesta disposició, invalidant els costums *contra legem* i exigint l'*opinio iuris*, com a prova de la seua existència.

La creació judicial de dret en l'àmbit europeu del *civil law*, oficialment no està reconeguda, excepte la restringida possibilitat de decidir una sentència, atenint-se a l'equitat, tal com es preveu, per exemple, en l'art. 3.2 del nostre CC: "L'equitat ha de ponderar-se en l'aplicació de les normes, si bé les resolucions dels tribunals només hi poden descansar de manera exclusiva quan la llei expressament ho permeti". No obstant això, és ben conegut el cas de l'art. 1 del Codi Civil suís, que faculta el jutge, a falta de llei o de costum, a decidir el cas com si fora el legislador. Però, en la pràctica, no s'ha usat quasi mai aquesta facultat, cosa que demostra la inclinació de la nostra tradició jurídica als mètodes d'autointegració i una certa desconfiança cap a la creació judicial del dret, considerat una font d'incertesa i de desordre. En el nostre dret, l'art. 1.6 del Codi Civil, tan sols atribueix un caràcter "complementari de l'ordenament jurídic a la doctrina que de manera reiterada establisca el Tribunal Suprem".

En relació amb el denominat dret científic, en els ordenaments continentals no s'ha reconegut cap mena d'efecte vinculant a les opinions dels juristes, que poden servir d'orientació al jutge, però manquen de tota força decisòria.

Parlem d'autointegració quan el jutge ha de recórrer al mateix ordenament per a completar-lo (sobretot, a la font dominant que és a la llei). Els procediments d'autointegració són fonamentalment dues: l'analogia i el recurs als principis generals del dret.

a) L'analogia jurídica o *analogia legis* és el procediment pel qual la solució que la llei preveu per a un cas concret s'aplica a un altre cas no regulat per cap llei, però que té una gran semblança amb el cas regulat. L'analogia jurídica està expressament prevista per l'article 4.1 del Codi Civil, segons el qual: "És procedent l'aplicació analògica de les normes quan aquestes no prevegen un supòsit específic, però en regulen un altre de semblant entre els quals s'aprecie identitat de raó".

Per tant, quan som davant dos supòsits de fet diferents, un regulat per l'ordenament i l'altre no, si entre ells hi ha una semblança essencial (el que el Codi Civil anomena "identitat de raó"), llavors el jutge necessàriament ha d'integrar la llacuna aplicant la

conseqüència jurídica prevista pel supòsit regulat al supòsit de fet no previst. El mateix art. 4 del Codi preveu tres excepcions: normes penals, normes excepcionals i normes temporals, per la mateixa naturalesa especial d'aquests tipus normatius.

b) El recurs als principis generals del dret o *analogia iuris* és l'altre procediment per a l'autointegració de les llacunes. Els principis generals del dret tenen un estatus teòric complex. Poden ser expressos (prevists en la Constitució o en la legislació ordinària) i tàcits (en aquest cas solen extraure's de les normes del mateix ordenament jurídic mitjançant diversos processos d'abstracció). En parlarem més avant. Quan s'usen com a mecanisme integrador, funcionen en un sentit inductiu: no es parteix d'una única norma, com en el cas de l'*analogia legis*, sinó d'un conjunt de normes de les quals s'indueix un principi general que és el que s'aplica per a resoldre el cas no regulat expressament per l'ordenament.

#### 4. La 'coherència' de l'ordenament jurídic. Les antinòmies la seua resolució

La tercera nota que caracteritza l'ordenament jurídic és la coherència. Suposa l'absència de normes que siguin incompatibles entre si; això és, l'absència de continguts contradictoris entre dues o més normes del sistema. Els conflictes d'aquesta índole entre normes del mateix sistema es denominen 'antinòmies'.

L'ideal de coherència també obeeix, com en el cas de la idea de plenitud, a la preocupació per la certesa i la seguretat jurídica, per tractar d'evitar la incertesa i l'arbitrarietat regulant de maneres diferents el mateix supòsit de fet.

En efecte, hi ha una antinòmia o conflicte de normes quan, per a un mateix supòsit, dues normes diferents preveuen solucions diferents i incompatibles entre si. Perquè siguem davant una antinòmia s'han de donar, doncs, aquestes condicions: que les normes en qüestió prevegen solucions lògicament incompatibles; que totes dues solucions es referisquen al mateix cas; i que aquestes normes incompatibles pertanguen al mateix ordenament.

En general, podem afirmar que hi ha incompatibilitat entre una obligació i una prohibició referides al mateix comportament; entre una obligació i un permís negatiu amb el mateix objecte; i entre una prohibició i un permís positiu amb el mateix objecte.

Perquè la regulació de dues normes incompatibles coincidisca sobre el mateix cas és necessari que els camps d'aplicació d'ambdues coincidisquen en tot o en part. Per a això cal tenir en compte l'àmbit temporal, espacial, personal o material. Segons el grau de coincidència dels seus camps d'aplicació, Alf Ross ha distingit tres tipus d'antinòmies, o si seguim la seua terminologia, tres tipus d' 'inconsistències':

1) Inconsistència total-total, també anomenada incompatibilitat absoluta o inconsistència total. En aquest cas, els camps d'aplicació de les normes incompatibles coincideixen totalment, de manera que no és possible aplicar una sense que entre en conflicte amb l'altra. La inconsistència total-total es pot representar gràficament amb dos cercles iguals que se superposen.

2) Inconsistència total-parcial o inconsistència entre la regla particular i general.

En aquest cas, l'àmbit d'aplicació d'una de les normes (la particular) està totalment inclòs en el de l'altra (la general), però aquesta segona preveu altres casos addicionals. La primera norma no pot aplicar-se en cap cas sense entrar en conflicte amb la segona, però la segona té un camp addicional d'aplicació que no entra en conflicte amb la primera. Es pot representar gràficament com dos cercles concèntrics.

3) Inconsistència parcial-parcial. Som davant una incompatibilitat parcial entre dues normes quan cada una té un camp d'aplicació que entra en conflicte amb l'altra, però al seu torn també cada una té un camp d'aplicació addicional en el qual no hi ha conflictes. La seua representació gràfica serien dos cercles assecants.

Òbviament, també el dogma de la coherència està lluny de ser una realitat jurídica. En major o menor mesura, els ordenaments acaben introduint, entre el seu extens patrimoni, normes antinòmiques. Igual que en el cas de la plenitud, és el jutge qui acaba exercint de guardià de la coherència usant mecanismes per a superar les antinòmies. Tres són els criteris elaborats per la tradició jurídica i que els jutges han acceptat i aplicat des d'antic per a la resolució d'antinòmies: el criteri jeràrquic, el cronològic i el d'especialitat:

1. El criteri jeràrquic fa referència a una anàlisi comparativa entre el rang de les normes que entren en conflicte. D'acord amb aquest criteri, la norma de rang superior preval sempre sobre la norma de rang inferior. Aquest principi és inclòs expressament en l'ordenament jurídic espanyol en l'article 9.3 de la Constitució, i reconegut explícitament en totes aquelles normes que estableixen la jerarquia normativa, com els articles 1.1, 2, 3 i 4 i 2.2 del Codi Civil.

2. El criteri cronològic es refereix a una anàlisi comparativa del temps en què totes dues normes incompatibles van començar a ser vigents. D'acord amb aquest criteri, la norma posterior deroga a la norma anterior. L'ordenament jurídic espanyol també recull expressament aquest principi en l'article 2.2 del Codi Civil en dir: "les lleis només es deroguen per altres posteriors. La derogació tindrà l'abast que expressament es dispose i s'estendrà sempre a tot allò que en la llei nova, sobre la mateixa matèria, siga incompatible amb l'anterior...".

3. El criteri d'especialitat planteja l'anàlisi comparativa de les normes incompatibles en relació amb el seu àmbit d'aplicació material i/o personal. D'acord amb aquest criteri, en cas de conflicte la norma especial preval sobre la norma general. Es considera norma especial la que té una menor extensió quant al seu àmbit d'aplicació.

A pesar que els tres criteris fan referència a fets objectius fàcilment verificables, és possible que puguen entrar en conflicte entre ells. Això succeiria si, en el conflicte entre dues normes, aplicant un criteri resulta aplicable la primera norma i aplicant un altre criteri resulta aplicable la segona.

La solució als conflictes entre criteris ha de substanciar-se en cada cas concret segons les seues particulars circumstàncies. És possible, per exemple, que per a solucionar una determinada antinòmia entren en conflicte el criteri jeràrquic i el cronològic, cosa que succeeix quan hi ha conflicte entre una norma de rang superior anterior i una norma de rang inferior però posterior. Si recorrem al criteri jeràrquic la norma que preval és la primera, però si recorrem al criteri cronològic, és la segona norma la que ha de prevaldre.

Sosté Bobbio que en aquest cas ha de prevaldre el criteri jeràrquic. No obstant això, segons aquest autor, en cas de conflicte entre el criteri jeràrquic i el d'especialitat (cosa que succeeix quan una norma superior-general és incompatible amb una norma inferior-especial), així com en els casos de conflicte entre el criteri cronològic i el d'especialitat (cosa que succeeix quan una norma anterior-especial és incompatible amb una norma posterior-general), la solució dependrà en tots dos casos en la valoració que faça el jutge sobre la norma especial. Si la norma especial respon a una exigència d'equitat, serà el criteri d'especialitat el que prevalga, però si suposa un atemptat contra el principi d'igualtat establint privilegis injustos, són els criteris jeràrquic i cronològic els que el jutge ha de fer prevaldre. És a dir, la solució en aquests casos depèn de la valoració del jutge.

També caldrà recórrer a la valoració dels jutges en els supòsits en què no puga aplicar-se cap dels tres criteris esmentats, cosa que succeeix quan el conflicte es dona entre normes del mateix rang jeràrquic, contemporànies i amb un mateix camp d'aplicació material i temporal. En aquests casos, en la valoració el jutge pot recórrer als principis generals del dret, a la ponderació dels interessos tutelats per les normes en conflicte, o al criteri de la preferència de les lleis favorables sobre les restrictives, entre altres.

### 3. L'ESTAT DE DRET

1. La construcció de l'estat de dret: estat liberal de dret i estat social de dret.
2. L'estat constitucional de dret. L'estat nacional i les entitats supranacionals.
3. Principi de legalitat i principi de constitucionalitat: el nou paper del jutge.

#### 1. La construcció de l'estat de dret: l'estat legislatiu de dret

L'estat de dret més que una categoria és una ideologia jurídica, ja que no és consubstancial al concepte d'estat ser "de dret". Parlem d'estat de dret quan aquest representa el model de govern *sub leges i per leges*. En altres paraules, quan el poder actua conforme a dret, és a dir, està sotmès a normes jurídiques preconstituïdes: el govern de la llei enfront del govern dels homes. En aquest model s'obeeix "no a la persona en virtut del seu dret propi, sinó a la regla estatuïda, la qual estableix al mateix temps a qui i en quina mesura s'ha d'obeir". L'estat de dret respon a la qüestió sobre la legitimitat del poder i permet distingir entre el poder legítim i el poder fàctic.

Històricament, la concepció de l'estat de dret a Europa sorgeix de la Revolució Francesa, l'objectiu de la qual va ser construir un nou model d'organització política i social fundat sobre la llibertat i la igualtat de tots els homes, enquadrant-los en la categoria de ciutadans, i acabant d'aquesta manera amb el denominat *Ancienne Régime* basat en la superioritat i privilegis de la monarquia, la noblesa i el clergat. Aquest programa es va dur a terme mitjançant la consagració d'un catàleg de drets i llibertats en la universalment famosa Declaració de drets de l'home i del ciutadà de 1789, posteriorment convertida en preàmbul de la primera Constitució republicana de 1793. Com a garantia d'aquests drets, s'establia una organització específica per a l'Estat: separació dels tres poders (legislatiu, executiu, judicial) i submissió tots ells al dret.

Ara bé, una sèrie de motius polítics (entre els quals va jugar un paper important la persistència de monarquies) unit a la ideologia "legalista" que concebia la llei com a norma essencialment justa, van impedir que a Europa la Constitució es concebrà com a norma jurídica vinculant i que la separació de poders fora un principi eficaç per a limitar el potencial abús de qualsevol d'ells. En efecte, la submissió del poder a dret (l'estat de dret) es va construir sobre una concepció unitària de la sobirania, entesa com a poder per a legislar. Des d'aquesta concepció, la més alta expressió de la sobirania és la llei i, per això, la llei quedava al marge de qualsevol límit o control. Però, a més, la llei que entronitza l'estat de dret és una norma caracteritzada per la

generalitat (universalitat dels subjectes) i l'abstracció (universalitat dels supòsits), dos trets formals que garantirien màximament la seua justícia (ningú està per damunt de la llei i la llei és igual per a tots). Aquest pressupòsit indiscutible que tota llei és justa pel mer fet de ser-ho, exigia, per tant, l'absolut sotmetiment a ella.

Com a conseqüència, el model d'estat de dret nascut de la Revolució Francesa es configura bàsicament com un estat legislatiu de dret, en el qual més enllà del principi de legalitat (govern per lleis) el que regeix és el denominat imperi de la llei (prevalença de la llei sobre qualsevol altre poder). Aquesta preponderància del legislatiu va produir un clar i evident desequilibri en el principi de separació de poders, establert precisament com un sistema de frens i contrapesos recíprocs perquè cap prevalguera sobre els altres. En aquest primer model d'estat de dret el legislador es converteix en omnipotent perquè s'arroga tota la legitimitat de la sobirania, d'aquí ve que els altres poders hagen de sotmetre's, senzillament, als seus dictats. Amb aquest plantejament, les constitucions van acabar sent cartes merament polítiques i els proclamats "drets constitucionals" només tindrien eficàcia jurídica en la mesura en què la llei els reconeguera i amb l'abast que la llei els donara, però no van suposar en absolut un límit al poder legislatiu. En definitiva, l'estat de dret es va desenvolupar a Europa com a estat legislatiu de dret, i això es va traduir en la submissió de l'executiu (l'administració de l'estat) i del jutge al dictat del legislatiu, a la llei expressió de la voluntat general que, com a norma general i abstracta, va ser considerada essencialment justa.

La subjecció de l'administració pública a la llei en aquest model va molt més enllà del principi de legalitat i s'estableix, com diem, en termes de subordinació: l'administració només pot actuar amb una prèvia habilitació legislativa, cosa que significa que per a ella regeix el principi contrari al del ciutadà: tot el que no està permès està prohibit. Aquesta submissió s'aconseguirà plenament amb l'establiment d'un control judicial sobre els actes administratius (la jurisdicció contenciosa administrativa), autèntica fita enfront de les prerrogatives de l'executiu conservades com l'últim reducte de l'absolutisme monàrquic.

La vinculació del jutge a la llei també es contempla en termes de subordinació: enfront del legislador, que posseeix una legitimitat política o "d'origen", els jutges tan sols tenen una legitimitat "tècnica" o "d'ofici"; és a dir, que la seua actuació serà acceptable en la mesura en què pugui veure's com una exacta aplicació de la llei. El recurs de cassació, inicialment concebut per a evitar el perill de manipulació judicial de la llei a través de la seua interpretació, constitueix una prova clara d'aquest esforç per garantir la primacia del legislatiu sobre el judicial.

Estretament connectada amb la vinculació del jutge a la llei, aquest model postula la independència judicial, principi amb el qual es pretén garantir que els jutges puguin actuar lliures de tota ingerència, particularment d'altres poders de l'estat, sotmetent-se únicament a la llei. Per això la independència judicial consisteix sobretot en la



llibertat interpretativa dels jutges: la interpretació de la llei no pot estar influïda per instàncies externes al mateix jutgador. Però, a més, perquè el jutge siga veritablement independent solen establir-se una sèrie de garanties. Es tracta de garanties orgàniques de la independència: un estatut especial, el govern del poder judicial separat de la política, sistemes de recusació i inhibició de jutges, retribucions adequades, prohibició de militància política i sindical, mesures per a evitar la volta immediata dels polítics-jutges a la funció judicial, etc.

En realitat, la independència del jutge i la seua vinculació a la llei són l'anvers i el revers d'una mateixa moneda: perquè si la vinculació a la llei requereix que els jutges siguen independents, més gran serà la seua independència com més exacta siga la seua aplicació de la llei. D'aquí ve que la presència de tots dos principis (vinculació a la llei i independència judicial) significa que en l'exercici de la funció de jutjar no intervenen raons extrajurídiques (polítiques, ideològiques, etc.) com a fonament de les seues decisions.

Vinculació a la llei i independència judicial configuren, doncs, la base teòrica del model de jutge que li és propi a l'estat de dret. Es tracta d'un jutge neutral, sense ideologia, asèptic i apolític. És "la boca que pronuncia les paraules de la llei", segons la cèlebre formulació de Montesquieu. Un jutge sense sentiments i sense passions l'objectiu fonamental del qual és garantir la legalitat. D'altra banda, la vinculació del jutge a la llei, a part de ser una exigència de legitimitat de la seua funció, garanteix uns certs valors irrenunciables: la certesa o previsibilitat de les decisions judicials, la igualtat en l'aplicació de la llei i la uniformitat jurisprudencial.

## 2. L'estat constitucional de dret

Encara que la idea d'estat constitucional continua sent una qüestió oberta i debatuda entre els teòrics del dret i de la ciència política, d'una manera genèrica caldria denominar constitucionals a aquells models d'estat en els quals al costat de la llei existeix una Constitució democràtica amb autèntic caràcter normatiu, que estableix límits jurídics al poder per a garantir les llibertats i els drets dels ciutadans. En altres paraules, en aquest model d'estat la constitució (i la carta de drets que incorpora) no és un mer document polític o un conjunt de directrius programàtiques dirigides al legislador, sinó una autèntica norma jurídica amb eficàcia directa dins de l'ordenament.

A més, ja que la constitució procedeix d'un poder amb legitimitat "qualificada" (el poder constituent), es tracta de la norma "més alta" del sistema jurídic. Això significa que també la llei ordinària queda sotmesa a les regles, principis i drets establits en la constitució, que es converteixen així en la seua condició de validesa. En efecte, a conseqüència de la "fonamentalitat" dels seus continguts i de l'especial legitimitat del seu artífex, l'estat constitucional estableix no sols la supremacia política de la constitució, sinó, sobretot, la seua supremacia jurídica sota la forma d'una espècie de

supralegalitat. En aquest sentit, l'estat constitucional és un pas més en la idea d'estat de dret; o millor, la seua culminació: si l'estat legislatiu de dret havia suposat la submissió de l'administració i del jutge al dret (en particular a la llei), en l'estat constitucional de dret també el legislador és sotmès a dret, en aquest cas a la constitució. Així doncs, l'estat constitucional de dret incorpora, al costat del principi de legalitat, el principi de constitucionalitat.

Històricament, l'estat constitucional de dret és la forma política que es va consolidar en el constitucionalisme nord-americà a partir de la seua declaració d'independència en 1776. A diferència del constitucionalisme europeu –desenvolupat a partir de l'“imperi de la llei” i de constitucions merament polítiques–, els Estats Units van assumir des de la seua fundació el valor normatiu de la constitució, avui encara vigent després de dos-cents cinquanta anys d'existència. Aquest principi va tardar molt a incorporar-se a les constitucions europees: va haver d'esperar fins a mitjan segle XX.

Va ser la necessitat de posar límits al poder (fins i tot teocràticament exercit) i de garantir de manera inviolable els drets fonamentals el que va conduir a la construcció de l'Estat constitucional en el continent europeu, sovint lligada a la ruptura amb règims polítics de tall autoritari i al desig de refundar l'organització política sobre un nou marc de legitimitat després de la Segona Guerra Mundial.

Així, es va plasmar en la nova Constitució italiana (1947) i en l'alemanya, denominada Llei fonamental de Bonn (1949). L'experiència feixista i nazi van demostrar que, en nom d'una legalitat vigent i democràticament aprovada, podien perpetrar-se els crims més execrables. Per a evitar aquesta macabra paradoxa, es van confeccionar catàlegs (constitucionals) de drets que es van situar per damunt de qualsevol contingència política. Aquest mateix afany de refundació política i ruptura amb un passat autoritari va ser també present en els posteriors processos constituents de Grècia (1975), Portugal (1976) i Espanya (1978). L'onada constituent s'estén en els anys vuitanta del passat segle a molts països d'Amèrica Llatina en un intent (també) per reconstruir la seua organització política després d'experiències de dictadures militars o guerres civils. Més recentment, aquest procés s'ha produït en els antics països socialistes. Podríem dir, fins i tot, que el paradigma de l'Estat constitucional, en tant que suposa l'establiment de límits al poder, tendeix a implantar-se fins i tot en l'àmbit internacional mitjançant la ratificació de documents normatius supranacionals (Carta de Nacions Unides de 1945 o Declaració Universal de Drets Humans de 1948) i la creació de tribunals internacionals de justícia cridats a garantir-ne l'eficàcia.

Un dels trets que millor defineixen l'estat constitucional de dret és l'orientació de l'estat a la protecció dels drets al marge (o fins i tot per damunt) de la llei: l'eficàcia dels drets es produeix no en la mesura i en els termes marcats per la llei, sinó en la mesura i en els termes establits en la constitució. Ara bé, el reconeixement constitucional de drets s'efectua, en general, en termes amplis i imprecisos, i per això

són freqüents els dubtes sobre el seu abast i contingut en aquells supòsits en què poden desplegar la seua acció protectora. Qui ha de decidir aquest abast o contingut? Es tracta d'una qüestió polèmica. El principi democràtic semblaria assenyalar el legislador com a destinatari d'aquest fonamental paper; però el caràcter supralegal (supramajoritari) dels drets (no sotmesos a la contingència política) ha conduït a fer que siguin els jutges (constitucionals o ordinaris) els qui, en la seua tasca fonamental de fer valdre la constitució, exercisquen aquesta funció. Per això, el caràcter normatiu de la constitució, més enllà de la simple possibilitat d'enjudiciament normatiu de la llei, comporta canvis molt profunds en la manera de concebre el dret i les mateixes institucions jurídiques. En particular, comporta canvis profunds en la manera de concebre les relacions entre legislació i jurisdicció: el principi de legalitat en relació amb el jutge, que tradicionalment s'havia interpretat com a vinculació del jutge a dret però sobretot a la llei, ha passat a entendre's com a vinculació del jutge als drets i principis constitucionals abans que a la llei, la qual cosa resulta molt polèmic des del punt de vista del principi democràtic i ha catapultat el jutge a una posició clau dins del sistema com a suprem garant dels drets dels ciutadans per damunt, fins i tot, de la llei.

### 3. Principi de legalitat i principi de constitucionalitat: el nou paper del jutge

Com hem dit, el model d'estat legislatiu de dret s'afirmava a si mateix a través del "principi de legalitat". Aquest principi, en general, expressa la idea que la llei és l'acte normatiu suprem, enfront del qual no és oposable cap altre acte o dret més fort, tinga la forma i el fonament que tinga (ni el poder d'excepció del rei en virtut de la "raó d'estat", ni la impossible abstenció dels jutges, ni la resistència dels particulars). La "primacia de la llei" va derrotar definitivament la tradició jurídica de l'absolutisme. El "principi de legalitat" va suposar en l'estat de dret, la reducció del dret a la llei i, per tant, l'exclusió (o, almenys, la submissió a ella) de totes les altres fonts del dret (en particular el costum).

La supremacia de la llei (imperi de la llei), com hem vist, trenca *de facto* l'equilibri entre els poders de l'estat. La funció legislativa de creació del dret preval sobre les altres dues funcions, i per això es propicia el predomini d'una concepció formal-legalista del dret, a conseqüència de la qual es produeix una exaltació de l'activitat codificadora (l'exponent més important de la qual és el Codi Civil Napoleònic de 1804) i una reducció de l'activitat jurisdiccional a mera aplicació mecànica de la llei (el jutge és la boca de la llei). El terme "subsumpció" (encaixar el fet en el supòsit previst per la norma) resumeix tota l'activitat judicial: "al servei de la llei".

La llei per excel·lència en el context de l'estat legislatiu és el codi. Ací estan reunides i exaltades totes les característiques de la llei: la voluntat positiva del legislador, imposada en tot el territori de l'estat, enunciada segons la raó (raó de la burgesia liberal assumida com a punt de partida); amb disposicions sistematitzades i estructurades segons els principis de la lògica formal i assentades sobre els

pressupòsits dogmàtics de la unitat (exclusió de qualsevol altra font de dret), la plenitud (tots els casos possibles poden resoldre's acudint a les normes del codi o als mecanismes previstos pel mateix codi, com l'analogia) i la coherència (absència de contradiccions o antinòmies en les seues disposicions).

En l'estat constitucional el centre i pilar fonamental de l'estat de dret, ja no és la llei sinó la constitució, que passa a jugar el paper d'una "superlleï". A partir d'aquest pressupòsit, es consagra el principi de constitucionalitat, en virtut del qual les disposicions constitucionals tenen força normativa real i són directament aplicables pels jutges sense necessitat que intervinga cap llei que les desenvolupe. Però, a més, el principi de constitucionalitat comporta un límit infranquejable a l'omnipotència del poder legislatiu: els principis, valors i drets consagrats per la constitució estan per damunt de la sobirania legislativa (són intocables), perquè són el fonament de la comunitat política. Això significa que la llei no sols no pot contravenir-los, sinó que ha d'orientar-se a garantir-los i desenvolupar-los. Es tracta, doncs, de principis, valors i drets que estan per damunt del joc polític de majories i que exigeixen del sistema constitucional uns mecanismes de control per a garantir que cap llei o actuació administrativa els pugui vulnerar. Heus ací el paper crucial del jutge en el model d'estat constitucional.

El jutge, en efecte, continua estant vinculat a la llei (principi de legalitat) però primàriament, sobretot, està vinculat a la constitució (principi de constitucionalitat). Aquesta doble vinculació del jutge significa que només està obligat a aplicar lleis constitucionals, de manera que està obligat a realitzar un judici previ de constitucionalitat de tota llei que haja d'aplicar. Si entén que la llei és constitucional (perquè hom pot fer-ne una interpretació conforme a la constitució), llavors ha d'aplicar-la. Però si la llei no resulta constitucional (perquè no és possible fer-ne una interpretació constitucionalment adequada), llavors no hi està vinculat i no ha d'aplicar-la. En aquest segon supòsit, en els sistemes denominats de *judicial review* (judici directe de constitucionalitat per part del jutge ordinari), com és el cas anglosaxó, els jutges poden "desplaçar" la llei i resoldre el cas aplicant directament la constitució. En els sistemes de control concentrat (existència de tribunals constitucionals), els jutges no poden desplaçar la llei sinó que estan obligats a plantejar la "qüestió" al tribunal constitucional, que és l'únic òrgan cridat a pronunciar-se sobre la constitucionalitat de la llei.

En tots dos casos, el paper del jutge es rellança en relació amb la llei: en el primer (*judicial review*) perquè es reconeix directament la facultat del jutge per a no aplicar les lleis que considera inconstitucionals; en el segon (control concentrat), perquè, malgrat no tenir aquesta facultat, és possible que el jutge pugui "esquivar" la llei sota l'argument que està fent una interpretació de la llei conforme a la constitució; és a dir, és possible que el jutge aplique la constitució (o la comprensió que en té) en detriment de la llei.

D'altra banda, les constitucions consagren una gran quantitat de drets i principis que són el reflex de les concepcions morals de la societat. Són, per dir-ho així, moral positivada o, com també s'ha dit, dret natural positivat. A més, aquests principis i valors constitucionals ni tan sols reflecteixen una concepció uniforme de la justícia. Són principis i valors tendencialment contrastants, i per això l'eventual presència de diversos d'ells en un cas concret (cosa, d'altra banda, molt freqüent) deixa el jutge sense guia per a l'acció: s'obri un ample marge per a la discrecionalitat judicial, perquè és el jutge qui ha de sospesar els principis constitucionals en joc i decidir raonadament (és a dir, discrecionalment) quin d'ells ha de prevaldre en aquest cas concret. En suma, la necessàriament oberta interpretació de les normes constitucionals, impregnades de valors de justícia, així com la presència en la majoria dels casos de valors i principis constitucionals contrastants entre si, sembla que condueix inevitablement al fet que en la resolució del cas concret acaben triomfant les opcions valoratives del jutge sobre les del legislador, cosa que contribueix a reafirmar el paper d'aquell en detriment del d'aquest.

Els trets propis de l'estat constitucional de dret, i en particular el nou paper que el jutge assumeix ara, es connecten amb una cultura jurídica, la "cultura dels drets enfront del poder", que s'ha denominat garantisme. El garantisme, base de la filosofia liberal que arranca de la Il·lustració jurídica, es projecta en primer lloc sobre l'àmbit penal i expressa la necessitat de minimitzar la violència exercida pel poder punitiu de l'estat (el "terrible poder" del qual parlava Montesquieu): les garanties penals i processals són precisament els instruments plantejats per a controlar els mecanismes repressius del poder. Les garanties penals (des de la taxativitat i materialitat en la descripció dels fets punibles i l'exigència de lesivitat i culpabilitat, fins a la utilitat i humanitat dels càstigs) afecten la configuració legal del delictes i tendeixen a reduir l'esfera del que el poder legislatiu pot sancionar (l'esfera dels delictes) i la duresa de les penes. Les garanties processals (la contradictorietat, la paritat entre acusació i defensa, la separació entre acusació i jutge, la presumpció d'innocència, la càrrega acusatòria de la prova, l'oralitat i la publicitat, així com les orgàniques de la independència interna i externa de la magistratura i el principi del jutge natural), afecten la comprovació judicial del fet punible i van encaminades a reduir al màxim (i si no hi ha altre remei, anul·lar) els marges d'arbitri del jutge.

El garantisme, a més de servir de base a una filosofia política (legitimació externa), constitueix també la base d'una teoria jurídica crítica (legitimació interna). Dins d'aquesta teoria jurídica, es planteja un model particular de jutge i de jurista. L'actuació judicial, en principi, ha de ser regida pel principi de legalitat (el poder judicial és, en certa manera, nul), de manera que la llei ha de reduir al mínim les facultats dispositives o discrecionals del jutge. No obstant això, el mateix garantisme acaba conferint al jutge un enorme poder discrecional. En l'estat constitucional, la constitució incorpora, d'una banda, els instruments de producció normativa que condicionen la legitimitat formal de les lleis i actes de poder (òrgans amb competència normativa i procediments de producció legislativa); i, d'altra banda, els

elements (drets, valors i principis) que han d'informar tota la legislació i que condicionen la seua legitimitat material o substancial. D'ací es deriva que, en la teoria garantista, la presumpció de legitimitat que ha d'atorgar-se als actes de poder no siga absoluta sinó relativa (el poder tendeix a cometre abusos). I això justifica la necessitat d'una instància crítica que contínuament vetle perquè els criteris de legitimitat substancial siguen plenament respectats en cada acte de poder. Els únics que poden exercir aquesta funció des d'un punt de vista institucional són els jutges, tant constitucionals com ordinaris, en l'acompliment de la seua funció jurisdiccional. Això significa que el jutge es converteix en el garant últim de tot el sistema de valors, principis i drets, i ocupa una posició central en aquest model d'estat constitucional.

En resum, la lògica del principi de legalitat (submissió del jutge a la llei) tradicionalment sostinguda pel positivisme europeu, d'acord amb la teoria garantista es transmuta en el principi de constitucionalitat (vinculació del jutge als valors, principis i drets consagrats en la constitució, més enllà de la llei).

## TEMA 6

### EL PROCÉS DE CREACIÓ DEL DRET

1. Fonts del dret
2. El sistema de fonts en l'ordenament espanyol
3. La Constitució i les Fonts de l'Ordenament

#### 1. Fonts del dret. El sistema de fonts en l'ordenament espanyol

Com ja hem vist, la idea del dret com a ordenament jurídic pressuposa que les normes s'organitzen com un conjunt coordinat. Aquesta coordinació es manifesta, d'una banda, en forma d'estructura jerarquizada; és a dir, com una espècie de piràmide normativa en la qual les normes superiors donen validesa a les inferiors i en la qual cada sector del dret té una estructura pròpia, completa i coherent. D'altra banda, l'ordenament jurídic és un sistema dinàmic; és a dir, que conté mecanismes per a la creació i modificació de les seues normes. Des d'aquests dos pressupòsits cobra especial importància la noció de "fonts del dret", és a dir, aquells instruments a través dels quals es genera el dret i els seus diferents nivells o rangs normatius. Això és el que tractarem en aquest epígraf, amb particular referència a l'ordenament jurídic espanyol.

Quan parlem de "fonts del dret" al·ludim genèricament als procediments o mecanismes de producció de normes que existeixen en tot ordenament jurídic. Tècnicament, són "aquells actes dels quals el mateix ordenament fa dependre la creació, modificació o extinció de les normes jurídiques" (Bobbio). Hi ha, doncs, uns mecanismes en l'ordenament jurídic (que són també normes) la funció de les quals consisteix a regular com es produeixen les normes jurídiques. És a dir, en l'ordenament jurídic a més de l'existència de normes que regulen el comportament de les persones hi ha un altre tipus de normes que regulen la manera en què s'han de produir les normes. En conseqüència, la noció de fonts del dret fa referència a l'origen o procedència de les normes jurídiques i als mecanismes i procediments establits per a la creació i modificació d'aquestes normes.

De manera genèrica podem classificar les fonts del dret en formals (quan atenem la manera amb què s'exterioritzen les normes jurídiques: lleis, decrets, ordenances, costums...) i materials (quan ens fixem en els processos socials que promouen la creació de normes jurídiques: processos constituents, majories parlamentàries, partits polítics, iniciatives populars, moviments ciutadans...). El procediment formal de creació de normes pressuposa teòricament l'acceptació material de les persones que participen en els processos socials de creació del dret. No obstant això, en els actuals sistemes jurídics prevalen els aspectes formals de les fonts del dret sobre els materials.

Un aspecte important de les fonts del dret, com apuntem, és que les normes jurídiques tenen rangs diferents segons la seua importància en l'ordenament. Són estructurades jeràrquicament de manera que hi ha normes superiors i inferiors. Alguns autors, inspirats en la teoria pura del dret formulada per Kelsen, han descrit l'ordenament jurídic com una piràmide normativa, col·locant en la cúspide la Constitució (la norma suprema que

dissenya tot l'estat i font primària del dret); després, les lleis en sentit tècnic (normes que regulen els aspectes essencials de cada àmbit jurídic); en un pla inferior, la multitud de normes reglamentàries (disposicions pròpies de les administracions públiques), i, finalment, els actes que impliquen una execució de les normes superiors: actes administratius i sentències.

En estar estructurades jeràrquicament, les normes de rang superior especifiquen els límits als quals han de subjectar-se les normes de rang inferior (límits interns o materials referits al contingut i els límits externs o formals referits al procediment que cal seguir per a la seua creació o transformació). Quan un òrgan superior atribueix un poder normatiu a un òrgan inferior, no li l'atribueix amb caràcter il·limitat sinó que estableix també els límits dins dels quals pot ser exercit aquest poder normatiu. A mesura que es baixa en la piràmide jeràrquica, el poder normatiu està cada vegada més limitat materialment i formalment.

Aquest plantejament general sobre les fonts del dret i l'ordenació jeràrquica de les normes pot aplicar-se perfectament a l'ordenament jurídic espanyol. Com tot ordenament que s'ha anat gestant en el temps té les seues peculiaritats. Amb caràcter general, els dos punts de referència ineludibles són la Constitució espanyola de 1978 i l'art. 1 del Codi Civil. No obstant això, convé tenir bé present que la promulgació de la Constitució va ser una fita transcendental en la configuració de l'ordenament espanyol, que fins a aquell moment estava determinat pel títol preliminar del Codi Civil —ja reformat en profunditat en 1974— i que a partir de 1978 va quedar relegat a un paper subsidiari enfront de la Constitució. Els problemes implicats per aquesta superposició en el temps de dues normes de diferent rang no han sigut pocs. Però vegem molt succintament els pressupòsits bàsics del nostre sistema de fonts tal com s'han consolidat des de la jurisdicció.

L'article 1.1 del Codi Civil regula expressament les fonts del dret en el seu sentit formal. D'acord amb el seu tenor literal, "les fonts del dret espanyol són la llei, el costum i els principis generals del dret". A aquesta proclamació formal cal afegir l'obligació que tenen jutges i magistrats de jutjar i fer executar el que és jutjat d'acord amb aquest sistema de normes, segons el que disposa l'art. 1.7 del mateix Codi Civil: els jutges i tribunals tenen el deure inexcusable de resoldre en tot cas els assumptes que coneguen, atenint-se al sistema de fonts establert. Aquest "deure inexcusable" suposa que no es pot prendre cap decisió jurídica al marge d'aquest sistema de fonts, és a dir, sense que estiguen fonamentades primàriament en la llei, en defecte d'això en el costum i, a falta d'ambdues, en els principis generals del dret.

Heus ací una altra peculiaritat del nostre sistema: l'art. 1 del CC no sols estableix les fonts del dret espanyol, sinó també una estricta jerarquia entre elles: així es dedueix dels apartats 3 i 4 d'aquest article. La llei és, doncs, la font primera i fonamental del dret; així succeeix en tots els ordenaments pertanyents al que coneixem com a dret continental (com sabem, en dret anglosaxó la font primària i bàsica no és la llei sinó la jurisprudència: són les decisions judicials les que creen dret). Des d'una perspectiva tecnicoformal, entenem per llei aquell text o enunciat en el qual s'especifica una norma jurídica (emprant el terme en un sentit molt ampli). En un sentit més propi, sota la noció de llei contemplem el conjunt de normes jurídiques aprovades pel Parlament (les Corts) seguint el procediment establert a aquest efecte. De manera anàloga, en aquesta definició s'inclouen no sols les lleis aprovades en Corts, sinó també tota la sèrie de normes que emanen del Consell de



Ministres (decrets llei, reglaments) i dels òrgans superiors de l'administració en la seua diversa configuració.

En un segon pla, l'art. 1.1 al·ludeix al costum. Es tracta d'una font secundària o subordinada l'aplicació de la qual es redueix a casos i àmbits molt concrets. El seu caràcter subordinat i supletori és expressament establert en l'art. 1.3 CC: "El costum només regirà a falta de llei aplicable, sempre que no siga contrària a la moral o a l'ordre públic i que resulte provada". Aquesta limitació ha provocat que en l'actualitat tinga escassa o nul·la rellevància atesa l'absoluta primàcia de la llei (fins i tot en matèries consuetudinàries, d'acord amb l'art. 2.2 del CC). El costum va tenir la seua importància en el dret històric i en els ordenaments jurídics primitius. El seu origen es remunta a les pràctiques i comportaments de caràcter negocial que s'estenen i consoliden en el si d'una comunitat; s'exigeix per a atorgar-los el caràcter de "jurídiques" reiteració, generalitzada i uniforme, i el reconeixement i l'acceptació de la seua normativitat o obligatorietat per part de la comunitat en la qual aquesta pràctica s'executa. El costum jurídic es verifica, doncs, per la constant i uniforme repetició d'un determinat comportament realitzat amb la consciència de la seua obligatorietat. Per això mateix, no es pot identificar el costum amb el mer ús social, encara que hi ha moltes similituds.

Finalment, en l'últim escaló de les fonts del dret espanyol, l'art.1.1 CC esmenta els "principis generals del dret". Tal com estableix l'art. 1.4. CC, tenen un caràcter doble: supletori i informador: "Els principis generals del dret s'aplicaran a falta de llei o costum, sense perjudici del seu caràcter informador de l'ordenament jurídic". La dificultat per a identificar i definir què són aquests principis generals del dret, que només s'apliquen a falta de llei i costum (i que no apareixien en els precedents legislatius anteriors) ha portat a fer-ne lectures d'allò més variades: des de la jusnaturalista fins a la positivista. Mentre es van entendre tan sols com a màximes o aforismes clàssics, acceptats sobretot en l'àmbit del dret privat (*prior in tempore, potior in iure, melior est conditio possidenti...*), la seua incidència real en la vida jurídica va ser, més aviat, escassa. Solien ser citats per a reforçar un criteri o una opinió, per a donar-li una major força de persuasió. No obstant això, el tema dels principis ha adquirit una importància fonamental arran de la implantació de l'estat constitucional, com hem vist. En aquest nou context jurídic, els principis constitucionals han passat a jugar un paper decisiu en la seua condició de superioritat sobre la llei i com a fonament bàsic de la jurisprudència constitucional i ordinària.

L'entrada en vigor de la Constitució no va modificar aquest sistema de fonts en sentit formal, però sí que en va alterar substancialment alguns aspectes rellevants. En efecte, l'estructura de l'art. 1.1 CC queda vigent: la llei continua sent la font principal del nostre ordenament jurídic; i en defecte d'això, el costum; i a falta de tots dos, els principis generals del dret; però s'ha produït un canvi decisiu: la constitucionalització del nostre ordenament jurídic, això és, que per primera vegada en la nostra història una Constitució recull i estructura tot el sistema jurídic. I això té conseqüències transcendents. En primer lloc, la Constitució s'ha convertit en la font primària del dret: una espècie de superlleis que ocupa la cúspide de la piràmide normativa per damunt de la llei ordinària (art. 9.1 CE) i, en segon lloc, la Constitució regula els principis bàsics de l'ordenament jurídic (art. 9.3 CE). Així doncs, l'ordenament jurídic és emparat per l'eficàcia directa de la Constitució que és ara la *norma normarum*, la norma suprema de tot l'ordenament. És una norma jurídica que no pot ser vulnerada per les altres lleis, aspecte totalment nou i característica essencial del nostre model actual d'estat constitucional.

La Constitució introdueix també, al costat del concepte tradicional de llei, uns nous tipus de lleis. En efecte, les lleis ordinàries eren l'única categoria existent en el sistema preconstitucional susceptible de ser aprovada per l'òrgan legislatiu. Ara és completada amb tres categories més: les lleis orgàniques, els decrets llei i els decrets legislatius, cada un amb les seues respectives peculiaritats formals i materials (arts. 81, 82 i 86 CE). També resulta fonamental la introducció d'una nova organització territorial de l'Estat, amb el títol VIII, que configura l'"estat autònic". A conseqüència d'aquesta nova configuració les comunitats autònomes posseeixen un Estatut d'Autonomia (la configuració formal del qual és la de llei orgànica), que funciona com una espècie de constitució a petita escala, en la qual s'estructuren els òrgans de govern autònic i es regulen les seues competències: entre elles, la capacitat de promulgar lleis ordinàries d'àmbit autònic, en les matèries pròpies de la seua competència i dins del marc de l'Estatut d'Autonomia. Cal parlar, així, de lleis de les comunitats autònomes. Aquesta configuració autònica de l'estat ha propiciat l'aparició d'un nou principi informador de l'ordenament jurídic que complementa el ja tradicional de jerarquia normativa: es tracta del principi de competència, per mitjà del qual s'estableix una reserva per raó de la matèria a l'hora de determinar la instància legislativa (Corts Generals o parlaments autònics) competent per a regular un determinat àmbit (art. 148, 149 i 150 CE).

Aquesta anotació general, molt resumida, sobre les fonts del dret en l'ordenament espanyol ha de completar-se amb algunes precisions relatives a la jurisprudència. Com ja hem dit, el sistema dissenyat en el Codi Civil es fixa solament en el caràcter formal de les fonts del dret. No obstant això, quan ens fixem en la seua dimensió material caldria discutir si la jurisprudència (també la doctrina científica i les normes jurídiques negocials —contractes, convenis col·lectius—) és o no font del dret. La qüestió no està exempta de polèmica. La jurisprudència és l'opinió reiterada (la doctrina) que emana dels òrgans jurisdiccionals de major rang en interpretar i aplicar les normes. En el cas espanyol, l'art. 1.6 del CC la configura com "la doctrina que, de manera reiterada, estableix el Tribunal Suprem en interpretar i aplicar la llei, el costum i els principis generals del dret", i aclareix que la seua funció consisteix únicament a "complementar" a l'ordenament jurídic. D'acord amb aquesta prescripció, en sentit estricte, la jurisprudència no és font del dret a Espanya, tan sols ha de complementar l'ordenament amb la seua doctrina. Però el fet que els termes no siguem molt clars obliga a relativitzar aquesta opinió. En efecte, la funció principal de la doctrina del Tribunal Suprem (TS) consisteix a donar uniformitat a les interpretacions i a l'aplicació de la llei amb la finalitat de garantir la igualtat formal i la seguretat jurídica, i dotar així l'ordenament de la necessària certesa. Sobre la base d'aquesta funció i a l'existència de recursos extraordinaris (recurs de cassació) que poden presentar-se al·legant "infracció de les normes de l'ordenament jurídic o de la jurisprudència" podria concloure's que les sentències del TS tenen un clar valor normatiu, perquè els òrgans jurisdiccionals inferiors sempre jutjaran seguint la doctrina jurisprudencial davant el risc que les seues decisions siguem recorregudes per infracció de jurisprudència. D'altra banda, analitzant la naturalesa de les sentències, alguns autors defensen que la "part dispositiva" de les sentències, on es resol el litigi, opera com una norma particular que afecta i obliga directament les parts per al cas concret que s'ha dirimit. Té virtualitat per al litigi i s'esgota una vegada s'ha resolt i ha sigut executada la sentència.

Més interessant resulta el debat entorn de la validesa normativa de les sentències del Tribunal Constitucional. La jurisprudència del Tribunal Constitucional (TC) sí que té un

clar valor normatiu. El TC apareix en la Constitució i en la llei orgànica que el desenvolupa (LOTC) com un òrgan de naturalesa híbrida: d'una banda, és un òrgan constitucional (és a dir, polític) perquè el seu objectiu és interpretar la Constitució; d'altra banda, és un òrgan jurisdiccional, en la mesura que jutja i emet sentències amb valor de cosa jutjada. En compliment estricte de les seues funcions tal com estan dissenyades en l'estat constitucional, resulta que les seues decisions constitueixen una font del dret. En efecte, al costat de la funció genèrica d'interpretar i precisar el contingut dels preceptes i principis constitucionals, ha de resoldre també sobre l'adequació o no adequació d'una llei a la Constitució, i en aquest cas pot actuar com a legislador negatiu o, en alguns casos, com a legislador positiu. En el primer dels supòsits, la llei o els preceptes de la llei declarats inconstitucionals deixen de ser vàlids i, en conseqüència, no obliguen (deroga lleis o preceptes). En el segon cas, quan el TC emet una sentència interpretativa, assenyalant que una llei o determinats preceptes d'una llei només són constitucionals si s'interpreten en un determinat sentit, llavors substitueix de fet el legislador indicant quines són les interpretacions vàlides d'aquesta llei o d'aquests preceptes (decideix el contingut de la llei o del precepte).

Quant a la doctrina científica, resulta clar que no pertany al sistema de fonts. Amb aquest terme es fa referència al conjunt d'estudis efectuats pels professionals del dret sobre l'ordenament jurídic o sobre qüestions particulars que afecten la pràctica ordinària. Certament, tenen una autoritat o reputació, però la seua funció només pot ser la d'ajudar el legislador o a qui aplica el dret. Respecte a les normes de caràcter contractual, hi ha qui afirma que són font del dret per a aquells que voluntàriament han pactat i convingut que determinades clàusules regulen les seues relacions jurídiques. En són exemples: els negocis jurídics i contractes en general, testaments o convenis col·lectius. En tots aquests supòsits juga el principi de "l'autonomia de la voluntat", de manera que allò que s'ha convingut té força de llei entre les parts, com especifica l'art. 1.091 del CC.

## TEMA 7. LA INTERPRETACIÓ I APLICACIÓ DEL DRET

1. Processos d'interpretació del dret: la teoria clàssica i la seua crítica
2. Interpretació constitucional de les normes
3. L'analogia com procés interpretatiu
4. L'equitat en el dret

### 1. Processos d'interpretació del dret: la teoria clàssica i la seua crítica

Els juristes clàssics van distingir sempre i només dos moments diferenciats entorn del dret: el de creació i el d'aplicació. Per a aquesta concepció, el dret és un producte que ix completament acabat de les mans del legislador. Tot el que esdevé a partir d'aquest moment creatiu no és altra cosa que la seua mera —i quasi mecànica— aplicació. Només en alguns supòsits específics (quan hi ha una foscor en la llei o es constata una aparent imprevisió), cal recórrer a la tasca interpretativa que només pretén la reconstrucció de la llei dins dels límits i amb els criteris que aquesta mateixa ha fixat. La separació entre el moment creatiu i l'interpretatiu suposa també l'establiment d'una jerarquia entre tots dos: la producció normativa és la referència jurídica primària i decisiva (la legislació), mentre que l'aplicació i la interpretació són activitats subordinades. Per descomptat, les funcions assignades als juristes que treballen en una activitat i l'altra també tenen la mateixa jerarquia.

Aquest model tradicional és deutor d'una concepció formalista de la interpretació, producte de la dogmàtica jurídica del XIX, seguint el moviment codificador. El dret s'identifica, quasi exclusivament, amb el moment de creació, reduït al seu torn a la producció de normes jurídiques de caràcter general. Com ja hem dit, a causa del nou criteri de legitimitat emanat de la Revolució Francesa, l'autèntic poder és el legislatiu, perquè és la translació directa de la sobirania nacional. El dret, més que ordenament jurídic, és sobretot la llei. Amb això es tracta de mantenir el monopoli del nou ordre en mans del legislador (és a dir, la burgesia protagonista del canvi revolucionari). Per a aconseguir-ho, resultava imprescindible eliminar tota font de normativitat que no siga la llei; d'aquesta manera, la seguretat jurídica adquireix rang de valor primordial, «assegurant» amb això la certesa i plenitud del sistema jurídic.

La identificació entre dret i llei i l'exaltació del moment productiu de la llei com a màxima expressió de la sobirania, converteix el moment «aplicatiu» del dret en una activitat secundària, consistent en la translació mecànica del que preveu el text legal al cas concret que ha de ser jutjat. L'aplicació del dret no és més que el pas necessari de l'abstracte —la norma— al concret —els problemes reals—. Els jutges (els «aplicadors jurídics» per antonomàsia), només han de fer una tasca logicodeductiva entre el precepte i el supòsit fàctic. D'aquí ve que, per a aquesta concepció, com també va escriure Montesquieu —encara que això es recorda poques vegades— el poder judicial no siga tal poder. En l'aplicació del dret, doncs, no es produeix una «decisió» jurídica. L'única decisió jurídica existent és la que va adoptar el legislador en formular la norma.

Per a sostenir aquesta tesi, és imprescindible concebre el dret com un sistema, complet, autosuficient i exempt de contradiccions. És a dir, un sistema que fera possible,

mitjançant un senzill procediment lògic deductiu, trobar la solució prevista en la llei per a cada qüestió que es planteja. D'ací l'afirmació dels tres dogmes del dret convertit en ordenament: la unitat, la plenitud i la coherència. En altres paraules, aplicar el dret significa subsumir cada problema jurídic en la norma adequada. Així, la tasca judicial va ser denominada «subsumpció». No és estrany, doncs, que la interpretació jurídica fora concebuda com una tasca subsidiària i ocasional: només s'hi recorrerà en cas de foscor, contradicció aparent o absència de norma aplicable. Un axioma expressat magistralment en l'expressió tantes vegades citada: *in claris, non fit interpretatio*. Òbviament, la finalitat de la interpretació és purament cognoscitiva, declarativa: es tracta de trobar la resposta correcta que ja es troba en la norma (en l'ordenament jurídic vigent). Tota la teoria de la interpretació jurídica que la dogmàtica va heretar de Savigny, gira entorn d'aquests postulats.

D'acord amb el que hem denominat model tradicional, l'activitat interpretativa que duen a terme els jutges (o qualsevol altre «operador jurídic») abasta tres fases: (1) la reconstrucció dels fets; (2) la cerca i concreció de la norma jurídica aplicable a aquests fets, o bé la reconstrucció de la norma jurídica que ha d'invocar-se; (3) la formulació de la decisió.

Es tracta de formular un sil·logisme jurídic, les premisses major i menor del qual són les dues operacions abans esmentades, i la conclusió de les quals es fa mitjançant la submunió dels fets en el supòsit de fet previst per la norma i l'aplicació de la conseqüència jurídica prevista per aquesta. És en aquest procés de subsumpció quan pot caldre recórrer a la interpretació, o, més ben dit, als «criteris d'interpretació» fixats per la mateixa llei. La interpretació funciona com un procediment auxiliar, mitjançant el qual es tracta de reconstruir la norma adequada al cas, amb la fidelitat més gran possible a la «ment del legislador». Aquests criteris interpretatius (que van ser consagrats en tots els codis civils) són, bàsicament, els establits per Savigny, que els entenia com «quatre operacions diferents que han d'actuar conjuntament, si es vol aconseguir una correcta interpretació»: (a) gramatical, que permet trobar el significat literal del text normatiu; (b) lògica, que proporcionaria la denominada *ratio legis*: l'esperit o finalitat de la llei; (c) històrica, que atén els antecedents (immediats o remots) de la norma, a la tradició en la qual se situa; (d) sistemàtica, que contextualitza la norma en el sistema al qual pertany.

D'una manera menys sistemàtica, aquests criteris són recollits en l'art. 3.1 del Codi Civil espanyol: «Les normes s'interpretaran segons el sentit propi de les seues paraules, en relació amb el context, els antecedents històrics i legislatius i la realitat social del temps en què han de ser aplicades, atenent fonamentalment l'esperit i la finalitat d'aquelles», i així es reproduïxen de similar manera en tots els codis de tall napoleònic. Els tres models fonamentals de praxi interpretativa indicats en el nostre Codi són els següents: la interpretació literal (criteri gramatical), la interpretació històrica i la interpretació teleològica. El denominat «criteri sociològic» (atenció a la realitat social vigent, per a corregir els desajustaments temporals que puguen produir-se a causa de la permanència de les normes jurídiques en el temps) sol incloure's en la teorització del criteri literal i en la del criteri teleològic. La praxi interpretativa del dret consistiria, doncs, a determinar el sentit i significat precís d'un enunciat normatiu usant aquests criteris per a culminar aquesta tasca. D'aquí ve que puguem concebre la interpretació jurídica com el conjunt de tasques (procés) encaminades a precisar el sentit de les disposicions jurídiques.

Vegem-ne un exemple: en el Codi Civil espanyol resulta paradigmàtic el cas de l'art. 1.346, núm. 7: «Són béns privatis de cada cònjuge la roba i els objectes d'ús personal que no tinguen un valor extraordinari». Una lectura directa del precepte ens deixa el dubte de si els béns privatis inclouen qualsevol classe de roba o només la roba «que no tinga valor extraordinari». Què hauríem de fer, doncs, amb un abric de visó valorat en 200.000 euros?

### *Crítica al model tradicional*

El model tradicional ha mostrat nombroses deficiències teòriques i pràctiques, de manera molt especial, en el context de l'estat constitucional. La crítica al model tradicional parteix del pressupòsit fonamental establert per Gadamer: l'activitat del jutge (o de qualsevol jurista) no és una simple activitat mecànica, asèptica, neutral i purament deductiva; per contra, es tracta d'una decisió.

Certament, no és una decisió arbitrària sinó guiada pel raonament jurídic i vinculada al marc normatiu, però de la qual no es pot excloure l'hermenèutica.

En conseqüència, una concepció de la interpretació jurídica d'acord amb aquest pressupòsit s'ha de recolzar en dos pilars. En primer lloc, el reconeixement que la tasca del jutge no és cega ni mecànica: consisteix a formular decisions jurídiques; això és, en l'obtenció de solucions als problemes concrets, basades en el dret vigent. En segon lloc, cal revelar les dues grans fal·làcies de la concepció tradicional: d'una banda, la visió antropomòrfica del legislador (dels òrgans de producció normativa), com si aquest tinguera una espècie de «voluntat pròpia» que seria possible —obligat— reconstruir (això que s'ha anomenat «voluntat autèntica»); d'altra banda, que la interpretació consistís exclusivament a conèixer la voluntat autèntica del legislador per a establir així la solució correcta (l'«única i vertadera») que admet el cas jutjat.

Convé subratllar que les disposicions normatives, com tots els enunciats lingüístics, no tenen un significat únic, que puguem descobrir mitjançant un exercici purament cognoscitiu. La norma és, fonamentalment, producte de la interpretació. En realitat, fins que no es fa la tasca interpretativa, fins que no li atribuïm significat, no existeix pròpiament la norma. En altres paraules: no hi ha verdadera activitat de producció normativa sense el concurs de la interpretació. Com encertadament va apuntar Pérez Luño, «la norma jurídica no és el pressupòsit, sinó el resultat del procés interpretatiu».

D'altra banda, avui resulta difícil sostenir que els òrgans de producció normativa tenen alguna cosa semblant a una «voluntat unívoca» susceptible de ser descoberta. No té sentit distingir entre interpretació de les paraules de la llei i interpretació de la voluntat —presumiblement objectiva— del legislador. No existeix tal voluntat preexistent (més enllà del contingut lingüístic de la norma) que determine al jutge en la seua activitat d'interpretació. Per consegüent, tant la producció jurídica com la interpretació/aplicació de les normes, executada pels jutges són el resultat de decisions (jurídiques) que van més enllà del que pot establir-se sota els paràmetres de la lògica deductiva.

Més que distingir entre òrgans de producció normativa i òrgans d'aplicació, seria més encertat parlar d'òrgans primaris de producció jurídica i òrgans heterònoms de producció (aquells que estan més condicionats en la creació de dret), que serien els

jutges. És cert que l'ordenament jurídic (entès en el seu sentit més ampli) vincula el jutge en la seua decisió, però també és cert que aquesta decisió no respon únicament a tal vinculació. El jutge es veu en la necessitat de justificar-la i per a això ha d'aportar un fonament racional. La necessitat de justificar racionalment les decisions judicials remet a la necessitat d'aprofundir en les claus del raonament jurídic, qüestió de la qual s'han ocupat les teories de l'argumentació jurídica que abordarem més avant.

En definitiva, la concepció actual de la interpretació jurídica no casa amb un model mecànic, lògic deductiu, sinó més aviat amb una forma de raonament pràctic. La interpretació, en efecte, no es redueix a un acte purament declaratiu sobre el significat de les normes; va molt més enllà de les inferències logicoformals. S'imposa, doncs, una revisió profunda del concepte mateix d'interpretació que, a més de ser una activitat *noètica* (de comprensió, el resultat de la qual és l'atribució de significat), siga contemplada també com una activitat *dianoètica* (d'argumentació, de justificació de la decisió). En definitiva, el nou model interpretatiu, amb el qual hem d'operar en l'actualitat, suposa una profunda imbricació entre la tasca interpretativa del jutge i l'argumentació jurídica.

Ens trobaríem amb una interpretació-activitat noètica quan es produeix la captació del significat com un pensament intuïtiu, és a dir, una captació intel·lectual i immediata d'una realitat intel·ligible. Seríem davant una interpretació-activitat dianoètica quan requerim un pensament discursiu, una argumentació, per a captar el significat d'alguna cosa. Amb aquesta distinció, la tesi dels qui consideren que la interpretació és una activitat sempre existent (en tota situació comunicativa) podria conciliar-se amb la d'aquells que consideren que en els casos no dubtosos no s'ha d'interpretar (*in claris non fit interpretatio*). Es podria afirmar, en efecte, que en tots els casos cal executar una activitat interpretativa en el sentit noètic, encara que no en tots caldrà interpretar en el sentit dianoètic: únicament en aquells en què hi haja dubtes sobre el seu significat. Aquesta segona activitat interpretativa és la més rellevant en l'àmbit jurídic.

La interpretació com a activitat noètica seria la captació d'un significat (el que s'entén o s'ha entès); la interpretació com a resultat de l'activitat dianoètica, donaria lloc a un enunciat o proposició del tipus: «T (el text T) s'ha d'entendre com a S (té el significat S)». En altres paraules, la interpretació com a activitat dianoètica és la conclusió d'una tasca argumentativa. Quan aquesta activitat es projecta sobre l'àmbit jurídic, el resultat de la interpretació (entesa com a activitat dianoètica) es plasma en un enunciat del tipus: «P significa Q», on «P» representa una disposició jurídica i «Q» el significat que se li atribueix.

Podria servir-nos d'exemple el debat sorgit entorn del significat de l'art. 15 de la Constitució espanyola. Es podria sintetitzar de la manera següent:

- (1) «Tots tenen dret a la vida.»
- (2a) «Tots, en l'art. 15, significa tots els nascuts.»
- (2b) «Tots, en l'art. 15, significa tots els éssers humans, inclòs el *nasciturus*.»
- (3) «Tots els nascuts tenen dret a la vida.»

En aquest esquema, (1) representaria l'enunciat a interpretar; (2 a i b) serien els possibles significats del text; i (3) seria l'enunciat ja interpretat, tal com el va establir el

Tribunal Constitucional espanyol en la seua discutida STC 53/1985, com a resultat d'un procés argumentatiu pel qual calia entendre, en primer lloc, que «tots» feia referència a persones (perquè només les persones poden ser titulars de drets) i, en segon lloc, que la condició jurídica de persona (d'acord amb el que s'estableix en els art. 29 i 30 del Codi Civil) es refereix tan sols als nascuts. Aquesta interpretació reflectia importants llacunes argumentals (com el fet que l'art. 30 del Codi Civil també considera el *nasciturus* subjecte de drets i li n'atorga), però la importància de les repercussions polítiques de la decisió del Tribunal (constitucionalitat o no de la despenalització de l'avortament) va acabar pesant més que la puresa de l'estricta argumentació jurídica del cas. Com ja hem dit, totes les resolucions del jutge constitucional tenen una ineludible component política de la qual aquest ha de ser conscient, encara que no haurien de prevaldre mai (com en aquest cas) sobre les jurídiques.

D'altra banda, el resultat de l'activitat interpretativa en el dret dependrà bàsicament de la concepció hermenèutica que se sustente: la concepció subjectivista (cerca de la voluntat del legislador) o l'objectivista (cerca del sentit expressat en la norma). L'escola francesa de l'exegesi, amb gran auge en el segle XIX, va entendre que la interpretació subjectiva era l'única possible, ja que una norma podia definir-se com la forma escrita que adquiria la voluntat del legislador, únic actor legitimat per a regular conductes. En funció d'aquest pressupòsit es va generar la noció d'«interpretació autèntica». Interpretar, doncs, significaria indagar no en el text normatiu sinó en la voluntat del seu autor (no el que la norma diu sinó el que l'autor va voler dir). Com ja hem vist, aquesta posició resultava difícilment sostenible; d'una banda, perquè els òrgans legislatius (pactes, interessos i consensos amb freqüència precaris) estan lluny de constituir una espècie de «cos gloriós» al qual atribuir una voluntat concreta (la «*voluntas legislatoris*» és pura ficció).

D'altra banda, el temps passa i les condicions socials i maneres de vida canvien radicalment, però el dret té vocació de permanència i estabilitat, de manera que el que podria considerar-se la presumpta voluntat del legislador en el passat segurament manca de sentit en el present (posem per cas, acudir al concepte de matrimoni aplicat ara a persones del mateix sexe).

El dret modern ha consolidat, doncs, una dimensió objectivista de la interpretació, entenent que el criteri interpretatiu essencial radica en l'enunciat normatiu (la voluntat de la norma), l'existència i el decurs de la qual es fa autònom una vegada promulgada. No obstant això, com ja hem vist, encara hi ha un punt de connexió entre totes dues dimensions canalitzat a través de la denominada *ratio legis*, el punt de referència de la qual són els criteris de política social, econòmica o cultural que van determinar, en el seu moment, la promulgació d'una norma. Aquests criteris determinen la finalitat o l'objectiu perseguit per la norma, que il·lumina d'alguna manera la voluntat del legislador. En definitiva, les circumstàncies històriques passen i són de relativa importància, mentre que les paraules de la llei romanen i són l'element decisiu per a l'intendent.

## 2. Interpretació constitucional de les normes.

La qüestió interpretativa revesteix uns perfils particulars en el context de l'estat constitucional a causa de la doble vinculació del jutge al principi de legalitat i al principi de constitucionalitat. Com hem dit, a més de la indubtable dimensió política, el distintiu



fonamental d'aquest nou model d'estat radica en l'eficàcia normativa directa del text constitucional. Per això, en el model de l'estat legislatiu, en què el text constitucional no passa de ser un document polític i programàtic, manca de sentit plantejar una interpretació constitucional de les normes jurídiques. En aquest context, només pot tenir cabuda el model tradicional d'interpretació que acabem d'exposar.

El principi de constitucionalitat que regeix l'activitat judicial en el nostre actual context jurídic obliga a plantejar un nou model interpretatiu: la interpretació constitucional de les normes, que pressuposa una doble activitat: d'una banda, interpretar les mateixes normes constitucionals i, d'altra, interpretar les lleis ordinàries a la llum de la constitució. Totes dues activitats requereixen la presència d'un òrgan jurisdiccional específic destinat a garantir la puresa constitucional i a garantir la perfecta adequació entre legislació i constitució. Des d'aquest punt de vista, la interpretació constitucional adquireix una rellevància fonamental.

Podem fàcilment comprendre l'enorme transcendència (política, social i econòmica) que tenen les decisions interpretatives del Tribunal Constitucional sobre les mateixes disposicions constitucionals. Sobretot, perquè les seues resolucions en aquest camp s'erigeixen en una font privilegiada del dret, que ocupa el lloc preeminent per damunt de la llei, en el sistema tradicional de fonts establert pel Codi Civil.

D'altra banda, els textos constitucionals, malgrat tenir caràcter jurídic, posseeixen una textura molt més oberta i menys concreta que les disposicions d'altres sectors de l'ordenament. Les normes constitucionals són, en general, molt més abstractes, elàstiques i indeterminades que la resta de textos legals. D'aquí ve que els problemes interpretatius constitucionals siguin, més sovint que els que es plantegen als jutges ordinaris, casos difícils, i això provoca que la tasca interpretativa siga molt més complexa.

Finalment, convé recordar que la funció de l'interpret constitucional és substancialment diferent de la del jutge ordinari. El jutge ordinari ha de raonar i exposar la seua decisió remetent-se d'alguna manera al criteri del legislador plasmat en una norma jurídica, mentre que el jutge constitucional assumeix una responsabilitat qualitativament major: la seua decisió només es fonamenta en la solidesa de la seua argumentació, no hi ha per a ell cap referència en què es puga recolzar, perquè la seua decisió interpretativa sobre la constitució es convertirà en legislació (font de dret). Això determina que la metodologia interpretativa del jutge ordinari no puga ser directament traspassable al jutge constitucional, especialment en referència als paràmetres dogmàtics de la subsumpció, la mecànica de la qual resulta completament aliena a l'àmbit de la interpretació constitucional.

En definitiva, la noció genèrica d'interpretació constitucional comprèn primàriament la que denominem interpretació «de» la Constitució. Però la vinculació del jutge al principi de constitucionalitat l'obliga a interpretar tot l'ordenament jurídic d'acord amb el contingut d'aquesta. D'ací sorgeix la modalitat que denominem interpretació «des de» la Constitució. Vegem totes dues amb una mica més de detall.

#### a) Interpretació «de» la Constitució

Ací veiem un tipus de raonament argumentatiu que es projecta sobre el text

constitucional i que només pot ser executat pel jutge constitucional. En conseqüència, aquest no pot ni deure desvincular-se dels enunciatius lingüístics continguts en aquest text i ningú més que ell pot fer-ne una interpretació vinculant. Per això, la interpretació «de» la Constitució ha de buscar un equilibri que permeti aconseguir un doble objectiu: *a)* no sacrificar la seua dimensió normativa (entenent que per a això cal sostrair-se a les regles generals de la interpretació establides en textos jurídics de rang inferior com el Codi Civil); *b)* obrir-la a les condicions i circumstàncies que presenta la realitat social.

Per a això hem de partir, en primer lloc, que la interpretació constitucional és una activitat contextualitzada, oberta a les circumstàncies històriques de temps i lloc. D'ací ve la importància d'incardinar el text constitucional, d'establir la connexió entre el text normatiu i el problema concret que avui es planteja. D'altra banda, ja hem subratllat la importància de ponderar les conseqüències (polítiques, jurídiques, econòmiques, socials) de la decisió interpretativa, però sense que aquestes s'imposen mai com a criteri absolut i últim per a la resolució. Per això és imprescindible que hi haja prou justificació racional, exigible en tota activitat interpretativa (que no sols afecta la decisió, sinó també les premisses de les quals parteix l'argumentació), però que cobra especial rellevància en el cas del jutge constitucional, ja que, com hem assenyalat, el material normatiu sobre el qual actua no posseeix una formulació «acabada». L'exigència de justificar la decisió implica també l'exigència de mostrar obertament el procés argumentatiu. Perquè això es verifiqui hi han de concórrer tres condicions:

*a)* La primera, ja apuntada, consisteix en la justificació no sols de la sentència, sinó també de les premisses adoptades, ja que algunes d'aquestes no poden ser extretes clarament i directament del text legal i requereixen el recurs a elements metajurídics.

*b)* La segona consisteix en el fet que el jutge constitucional expose el procés d'argumentació d'una manera completa, clara i transparent. Que siga completa implica exposar totes les possibles solucions del cas en funció de les diverses posicions, amb els seus arguments a favor i en contra. Amb això es mostrarà que la decisió final descansa en l'argumentació més sòlida i acceptable des de paràmetres racionals. Claredat implica l'exposició oberta de tots els criteris que s'han tingut en compte per a fonamentar la decisió, justificant l'opció que la fonamenta. Finalment, la transparència s'ha d'entendre com la necessitat d'usar un llenguatge intel·ligible i capaç de persuadir.

*c)* La tercera condició consisteix en el respecte al precedent. No és procedent, en absolut, que la interpretació constitucional es convertisca en un espai on càpien solucions contradictòries. Fins i tot podria assenyalarse que la vocació d'estabilitat de la Constitució determina que el respecte al precedent siga una virtut més apreciable en la jurisprudència constitucional que en l'ordinària. El respecte al precedent és, doncs, més necessari com més gran és el marge de llibertat de què gaudeix el jutge en resoldre el cas. No es tracta de convertir el precedent en un dogma que haja de prevaldre per damunt de qualsevol altra consideració, però la seua observança representa una presumpció de rectitud i justícia, especialment en aquest àmbit.

D'altra banda, al costat dels pressupòsits anteriorment enumerats, hi ha determinats principis en els quals s'ha d'inspirar la interpretació «de» la Constitució: unitat i coherència constitucional, correcció funcional i eficàcia o efectivitat.

*a)* Segons el principi d'unitat, la Constitució ha d'interpretar-se com una totalitat, sense

considerar les seues disposicions a manera de parts aïllades. D'aquest principi es deriva el de coherència o, cosa que és el mateix, la impossibilitat que hi haja contradiccions o antinòmies entre les diferents disposicions constitucionals. En cas de conflictes, s'haurà d'acudir a la «ponderació de béns», graduant els interessos en litigi i resolent d'acord amb la major o menor rellevància constitucional que tinguen.

b) D'acord amb el principi de funcionalitat o de correcció funcional, el jutge constitucional està obligat a respectar el marc de distribució de funcions estatals consagrat en el mateix text constitucional. Aquest principi operaria en dos plans. D'una banda, el jutge constitucional ha de respectar l'esquema de competències dissenyat per la mateixa Constitució en tractar els conflictes que en tal sentit se li presenten. D'altra banda, el jutge constitucional ha de respectar les competències atribuïdes als poders de l'estat, sense limitar-les més enllà del que estableix la mateixa Constitució i sense suplantar-les.

c) El principi d'eficàcia o efectivitat suposaria dirigir l'activitat del jutge cap a aquelles solucions que optimitzen i maximitzen l'eficàcia de les normes constitucionals. En aquest sentit, tindria particular rellevància el principi «*in dubio pro libertate*», aplicat especialment a tots els aspectes relacionats amb drets fonamentals.

És important subratllar que, si bé creació i aplicació del dret no revesteixen una diferència conceptual ni metodològica, sí que revesteixen un tipus diferent de legitimitat funcional: la labor del legislador la legitima sobretot l'origen o la procedència del poder que s'exerceix (la sobirania del Parlament), la legitimitat del jutge, especialment la del jutge constitucional, la legitima la manera en què justifica les seues decisions, presentant-les com «la millor expressió de la raó pràctica».

### **b) Interpretació «des de» la Constitució**

Com a norma suprema, el sistema de valors que consagra la Constitució ha d'informar tot l'ordenament jurídic. Això suposa que la resta de l'ordenament jurídic ha de ser interpretat d'acord amb el que disposa la Constitució. Es tracta d'una prioritat jeràrquica que es tradueix, a més de les peculiaritats interpretatives ja vistes, en el fet que es converteix en el criteri hermenèutic guia sota el qual s'interpreten totes les branques de l'ordenament jurídic. Per això es parla d'una interpretació «des de» la Constitució.

Interpretar l'ordenament jurídic des de la Constitució genera una sèrie de conseqüències. La més immediata consisteix en el fet que tota norma que resulte incompatible amb el text constitucional, ha de ser declarada inconstitucional, i deixa de tenir vigència amb caràcter general. Abans de declarar la inconstitucionalitat d'una norma, el Tribunal ha d'esgotar totes les possibilitats per a interpretar la norma de manera concorde a la Constitució. Interpretar una norma conformement a la Constitució (d'acord amb la doctrina del TC alemany després acollida per la resta de TC) exigeix una doble presumpció. De caràcter subjectiu: el legislador ha fet la seua tasca dins dels límits constitucionals (*favor legislatoris*); i de caràcter objectiu: la llei s'ajusta als paràmetres constitucionals (*favor legis*):

a) Hi ha una presumpció de caràcter subjectiu a favor que el legislador democràtic compleix amb la seua comesa correctament, puix que la seua labor consisteix, precisament, a desenvolupar el text constitucional. Per això, el Tribunal Constitucional,

sense discutir aquesta primacia, ha de restringir al màxim la declaració d'inconstitucionalitat dels actes del legislatiu i evitar convertir-se en un «legislador no parlamentari», assumint i usurpant funcions que no li corresponen. D'altra banda, l'activitat interpretativa del Tribunal Constitucional, emparada pel deure de «conformació», no pot modificar o alterar de tal manera els textos legals que se li sotmeten, que acabe anul·lant-ne la finalitat o transformant-ne el sentit, cosa que només correspon a qui ostenta la legitimitat parlamentària.

b) També trobem una presumpció de caràcter objectiu a favor de l'adequació del contingut dels textos legals al que es disposa en la Constitució. Això suposa, entre altres conseqüències, que, davant qualsevol situació d'ambigüitat o pluralitat de significats del text legal, cal optar pel més d'acord amb la Constitució. En definitiva, la normativa constitucional actua com a paràmetre, com a context hermenèutic necessari i com a orientació general per a la interpretació de totes les normes que integren l'ordenament.

### 3. L'analogia com procés interpretatiu

L'expressió «llacunes» s'usa normalment en sentit metafòric per a fer referència als possibles buits o forats normatius. Prescindint del debat sobre la plenitud de l'ordenament, no pareix que hi haja grans dificultats per a identificar quan es produeixen aquestes llacunes en l'ordenament. S'entén, abans de res, com la inexistència d'una norma amb què es puga solucionar un cas determinat. Hi ha una extensa producció doctrinal sobre aquest tema, però en general sol acceptar-se que els ordenaments jurídics moderns accepten l'evidència que hi ha «llacunes de llei», és a dir, supòsits que no estan regulats expressament per cap norma; però no accepten la possibilitat que hi haja «llacunes de dret», és a dir, la impossibilitat de trobar en l'ordenament una solució al supòsit que es planteja, fins i tot sense estar expressament regulat. Aquest principi, que deriva del dogma de la «plenitud» de l'ordenament, fa que els sistemes jurídics prevegen mecanismes específics per a «satisfer» (resoldre) les llacunes de llei. El mecanisme per a satisfer llacunes es diu «integració» del dret.

Enfront de la constatació de l'existència de llacunes de la llei, tots els ordenaments contenen prescripcions que obliguen el jutge a prendre una decisió integradora del dret. Així ho disposa l'art. 1.7 del nostre CC: «Els jutges i tribunals tenen el deure inexcusable de resoldre en tot cas els assumptes que coneguen, atenint-se al sistema de fonts establert».

Des de Carnelutti, és clàssic distingir dos mètodes per a completar els buits jurídics: autointegració i heterointegració. El primer consisteix en el recurs a ordenaments diferents del que es pretén omplir o a fonts diverses de la dominant. Seríem davant el recurs al dret natural, a ordenaments precedents en el temps i a ordenaments estrangers contemporanis. Per exemple, l'art. 7 del Codi Civil austríac de 1812, imposava al jutge en cas de llacunes acudir als «principis del dret natural». L'art. 3 del Codi Civil italià de 1865, inspirat en l'austríac, remet als «principis generals del Dret» per a aquest fi. En el dret autonòmic espanyol aquesta remissió es produeix en el cas de la Llei 1 *in fine* de la compilació de dret civil foral de Navarra. També podria donar-se que la reexpedició es fera a ordenaments vigents contemporanis (inclòs el dret eclesiàstic o canònic).

La integració de les llacunes també es pot solucionar recorrent a fonts no dominants: el costum, el poder creador del jutge (dret judicial) i la doctrina (dret científic). El recurs al

costum, com a font subsidiària de la llei, sol estar recollida expressament en els ordenaments i ha de reunir una sèrie de condicions. En el dret espanyol es recull en l'art. 1.3 del Codi Civil: «El costum només regirà a falta de llei aplicable, sempre que no siga contrària a la moral ni a l'ordre públic i que resulte provada. Els usos jurídics que no siguin merament interpretatius d'una declaració de voluntat, tindran la consideració de costum». La jurisprudència ha avaluat aquesta disposició, invalidant els costums *contra legem* i exigint l'*opinio iuris*, com a prova de la seua existència. La creació judicial de dret en l'àmbit europeu del *civil law*, oficialment no està reconeguda, excepte la restringida possibilitat de decidir segons l'equitat, tal com es preveu, per exemple, en l'art. 3.2 del nostre CC: «L'equitat ha de ponderar-se en l'aplicació de les normes, si bé les resolucions dels tribunals només hi podran descansar de manera exclusiva quan la llei expressament ho permeta». No obstant això, és ben conegut el cas de l'art. 1 del Codi Civil suís, que faculta el jutge, a falta de llei o de costum, a decidir el cas com si fora el legislador. Però, en la pràctica, quasi mai s'ha utilitzat aquesta facultat, i això demostra la inclinació de la nostra tradició jurídica als mètodes d'autointegració i una certa desconfiança cap a la creació judicial del dret, considerada font d'incertesa i de desordre. En el nostre dret, l'art. 1.6 del Codi Civil, tan sols atribueix un caràcter «complementari de l'ordenament jurídic a la doctrina que de manera reiterada establisca el Tribunal Suprem». En relació amb el denominat dret científic, en els ordenaments continentals no s'ha reconegut cap mena d'efecte vinculant a les opinions dels juristes, que poden servir d'orientació al jutge, però manquen de tota força decisòria. El mecanisme d'autointegració es val fonamentalment de dos recursos: l'analogia i els principis generals del dret.

L'article 4 del Codi Civil espanyol disposa textualment:

«1. És procedent l'aplicació analògica de les normes quan aquestes no prevegen un supòsit específic, però en regulen un altre de semblant entre els quals s'aprecie identitat de raó.

2. Les lleis penals, les excepcionals i les d'àmbit temporal no s'aplicaran a supòsits ni en moments diferents dels compresos expressament en elles.»

El recurs a aquest mecanisme d'integració és, doncs, limitat: regeix únicament en l'àmbit civil, i en resta exclòs totalment l'ús en matèria penal i en els altres supòsits especificats en el segon paràgraf.

Què és l'analogia? L'analogia significava originàriament proporció. Ja en el dret romà apareix la formulació sota la màxima «*Ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*». Quan avui dia es parla d'analogia al·ludim al que històricament es va denominar *analogia legis*; és a dir, el procediment mitjançant el qual es verifica l'extensió de la solució prevista per la llei per a un determinat cas a un altre no previst per la llei, quan entre ells s'aprecia una semblança rellevant i una raó de pes per a fer aquesta extensió. La clau es troba, doncs, en els conceptes de «semblança» i «identitat de raó» exigits pel text legal.

En relació amb la semblança, la presumible voluntat d'un legislador racional portaria necessàriament a concloure que situacions jurídiques semblants han de ser resoltes de manera semblant, perquè així ho exigeix la raó i la justícia. La semblança justificaria l'aplicació a un supòsit de fet del legalment previst per a un altre, d'acord amb una voluntat presumpta del legislador, que en cas contrari l'hauria regulat de manera

diversa. Però, per a procedir a l'aplicació analògica, no basta una similitud, ha de donar-se, a més, el que l'art. 4.1 del Codi Civil espanyol denomina «identitat de raó», és a dir, la concurrència d'un element rellevant que justifique que tots dos supòsits siguin tractats jurídicament de manera similar, és a dir, la raó d'un mateix tractament jurídic. Per raó suficient o rellevant hem d'entendre, en opinió de Bobbio, el que tradicionalment s'ha anomenat la *ratio legis*. De manera que per a poder aplicar l'analogia entre un supòsit i un altre, s'ha d'establir una mateixa *ratio legis*. Aquesta condició necessària es pot dir llei general de validesa del raonament per analogia. Bobbio posa l'exemple d'una llei que castiga el comerç de llibres obscens i es pregunta si seria aplicable al comerç de llibres policíacs o al de discos amb cançons obscenes. En el primer cas, la semblança entre llibres obscens i policíacs és evident, però no és rellevant per a castigar els editors d'una altra mena de llibres; en el segon cas, la semblança entre llibres obscens i discos que reproduïxen cançons obscenes, és menys visible, però és rellevant, ja que la qualitat comuna dels uns i els altres és precisament la raó de la prohibició.

Els límits de l'analogia no sols són imposats per l'existència o no d'una afinitat de fet i una identitat de raó entre els supòsits, sinó que també hi ha àmbits específics on no es pot usar aquest procediment. El Codi Civil espanyol especifica aquests espais immunes a l'analogia en l'art. 4.2: «Les lleis penals, les excepcionals i les d'àmbit temporal no s'aplicaran a supòsits ni en moments diferents dels compresos expressament en aquestes». Es tracta d'una doctrina general en aquest camp.

Hem d'entendre per lleis penals, excloses de l'aplicació analògica, aquelles que tipifiquen delictes o faltes imposant la corresponent pena. Aquesta prohibició té la seua causa en el principi de legalitat penal i en la vigència dels principis «*nulla poena sine lege*» i «*in dubio pro reo*». Però la Constitució espanyola, en l'art. 25.1, aporta arguments per a estendre criteris idèntics també a l'àmbit administratiu, quan s'estableix de manera categòrica que ningú puga ser condemnat ni sancionat per fets que no estigueren tipificats com a delictes, falta o infracció administrativa, en el moment de la seua comissió. De manera que en l'expressió de l'art. 4.2 hem d'incloure les normes administratives sancionadores. Fora de l'àmbit del dret penal o administratiu, la prohibició de l'aplicació analògica afectaria també a tota mena de normes punitives. En general, es podria dir que l'analogia està exclosa de tots els àmbits on estiguen vigents conjuntament els principis de legalitat i tipicitat.

També s'exclouen de l'aplicació analògica les lleis excepcionals. La causa es troba en el mateix concepte de norma excepcional. En efecte, la doctrina sol afirmar que la llei excepcional és una disposició contrària al «*tenorem rationis*», després resultaria impossible apreciar entre un supòsit no regulat i el cas previst per una llei que no respon, almenys jurídicament, als dictats de la raó. En altres paraules, podríem dir que les normes excepcionals no admeten, per definició, la possibilitat d'afectar supòsits diferents dels que s'hi preveuen expressament, que són els que motiven l'excepcionalitat de la mesura; de manera que tals normes no permeten ni la interpretació extensiva ni l'aplicació analògica a altres supòsits. Però, com és fàcil de suposar, la dificultat consisteix a determinar quan una norma és o no qualificable com a excepcional, sobretot, tenint en compte que els límits entre normes especials, excepcionals, restrictives, prohibitives, etc., són molt confusos.

La complexa estructura gramatical de l'art. 4.2 del Codi Civil ha sigut objecte de

nombroses referències doctrinals: «Les lleis penals, les excepcionals i les d'àmbit temporal no s'aplicaran a supòsits ni en moments diferents dels compresos expressament en aquestes». Gran part de la doctrina civilista considera que aquest enunciat normatiu conté dos períodes diferents; el primer afectaria l'analogia, i n'exclouria l'aplicació a les lleis penals i a les excepcionals: «... no s'aplicaran a supòsits... diferents dels compresos expressament en aquestes»; el segon període es referiria específicament a les lleis temporals, que «... no s'aplicaran... en moments diferents dels compresos expressament en aquestes». Aquest segon període no sembla correspondre directament a l'àmbit d'exclusió de l'analogia i, en aquest sentit, fruit d'una deficient tècnica legislativa, introdueix un element de confusió en relació amb l'aplicació de l'analogia a les lleis temporals. No es percep cap relació entre una garantia de vigència temporal i l'aplicació o no del procediment analògic sobre aquestes lleis. En definitiva, si ens atenim a la redacció literal de l'art. 4.2, hem d'afirmar que l'aplicació analògica de lleis estrictament temporals resulta perfectament vàlida, dins de l'àmbit de la seua vigència.

## 5. L'equitat en el dret

Normalment, els ordenaments jurídics solen establir entre els seus mecanismes d'autointegració del dret, juntament amb l'analogia, el recurs a l'equitat. En el cas de l'ordenament espanyol, està prevista en l'art. 3.2 del Codi Civil: «L'equitat ha de ponderar-se en l'aplicació de les normes, si bé les resolucions dels tribunals només hi poden descansar de manera exclusiva quan la llei expressament ho permeta».

L'equitat pot operar fonamentalment de dues maneres: o bé per a ponderar l'aplicació de les normes, en el procés d'adaptació del seu contingut general al cas concret; o bé com a fonament únic i exclusiu de la resolució judicial d'un conflicte o controvèrsia. Si bé les dues funcions que pot jugar l'equitat resulten clares, no ho és tant el concepte, perquè manca d'una definició legal específica. D'una banda, l'equitat no té un significat unívoc; d'una altra banda, se sol establir com un mecanisme extraordinari i molt restringit en el seu ús. Amb tot, ateses les funcions que exerceix, la noció d'equitat podria definir-se com un procediment especial per a la resolució de conflictes, basat en la potestat discrecional i ponderativa del jutge, que atén l'especificitat i peculiaritat del cas concret, i el fonament últim del qual, més enllà de les disposicions legals, és la idea de justícia que es desprèn dels valors i principis superiors de l'ordenament.

Segons el paper que complisca en la integració del dret, l'equitat pot tenir una funció interpretativa, quan es limita a adequar la generalitat de la norma al cas particular, o una funció creadora de dret, en cas que siga usada pel jutge, a falta de llei, com a instrument únic en la resolució d'un conflicte.

### *5.1. Equitat com a criteri de ponderació*

En cas d'exercir una funció interpretativa, parlem d'equitat quan l'intendent ha de precisar el significat precís de la norma i a més la manera més adequada en què aquesta s'ha d'aplicar al cas concret. En aquest cas, l'intendent fa una tasca ponderativa, en atenció a l'especificitat del cas que se li presenta. L'equitat suposa ací una valoració o avaluació del cas, en atenció a les seues peculiars circumstàncies, a l'hora d'adoptar una resolució judicial. Aquesta tasca ponderativa permet a l'intendent un cert marge en

l'aplicació de la norma, ja que d'entre les diferents possibles interpretacions cal triar la que es considere més apropiada o més ajustada al supòsit. Fins i tot permetria, si no hi ha altre remei que, en el dubte, s'optara per excloure el cas del supòsit de fet previst en la norma. Dins d'aquesta funció, caldria distingir els àmbits següents:

#### *A. Equitat com a poder moderador dels jutges*

En alguns ordenaments hi ha preceptes concrets que atorguen expressament als jutges unes certes facultats moderadores del rigor de la llei. Així succeeix, per exemple, amb l'art. 1.151 del CC espanyol, segons el qual, pactada pels contractants una pena convencional per al cas d'incompliment de contracte, els tribunals poden moderar-la equitativament en els casos d'incompliment parcial o irregular. En aquest cas, l'equitat opera com a factor corrector dirigit a obtenir una proporcionalitat desitjable en la sanció. En el mateix sentit, l'art. 1.103 CC, al·ludeix a l'equitat com a poder moderador de l'abast de la indemnització per incompliment negligent de les obligacions. En l'art. 10 de la llei de consumidors, també s'al·ludeix a l'equitat com a proporcionalitat, i hom considera nul·les o abusives les clàusules que perjudiquen de manera desproporcionada o «no equitativa» el consumidor.

#### *B. Equitat i conceptes jurídics indeterminats*

A vegades, l'equitat pot usar-se com a criteri integrador de determinats conceptes emprats per les lleis, especialment en l'àmbit del dret civil, i el significat del qual resulta indeterminat: causa justa, diligència deguda, etc. A títol d'exemple, l'art. 1.124 CC estableix la possibilitat de resolució del contracte, com a reacció a l'incompliment d'una de les parts; però els tribunals poden denegar la pretensió resolutòria si hi ha causa justificada que autoritza a assenyalar un nou termini. En aquest mateix sentit, l'art. 1901 CC, faculta al jutge perquè autoritza la retenció del cobrat indegudament, si concorre causa justa. Convé subratllar, no obstant això, que l'ús d'un concepte jurídic indeterminat no autoritza sempre el concurs de l'equitat; això només és possible quan la delimitació del concepte usat pel precepte queda a l'apreciació del jutge perquè això no li ve marcat pels usos socials o el precedent. Amb tot, en cas d'haver-hi una indicació sobre la manera en què s'ha d'entendre el concepte, l'equitat passaria a exercir el paper de facultat ponderadora i moderadora.

#### *5.2. Equitat com a arbitri interpretatiu*

La segona de les funcions atribuïdes a l'equitat, juntament amb la de ponderació prèvia (tant la referida a l'equitat com a poder moderador dels jutges com l'equitat i els conceptes jurídics indeterminats que hem vist en l'apartat anterior), és la de constituir un mecanisme creador del dret, és a dir, l'equitat com a criteri decisor. En efecte, hi ha supòsits en què acudir a l'equitat suposa un apartament lliure de les solucions previstes per les normes jurídiques del sistema, per a resoldre segons els criteris de justícia que el jutge entén pertinents en el cas. Com hem dit, aquesta possibilitat resulta excepcional i en els ordenaments moderns únicament s'admet quan així ho preveu expressament una disposició legal. D'altra banda, establir sense restriccions aquesta possibilitat, comprometria seriosament el principi de legalitat i la seguretat jurídica en els sistemes continentals, i ens duria a un sistema jurídic de tall anglosaxó (no oblidem que els nostres sistemes jurídics parteixen del dogma de la plenitud i tracten d'evitar la figura del jutge creador de dret —de tipus anglosaxó— en benefici de la del simple aplicador



del dret). Normalment, aquest tipus de previsions només solen recollir-se en lleis especials d'arbitratge.

## TEMA 8. EL DRET I LA JUSTÍCIA

1. La justícia com a fi del dret
2. Justícia i valors jurídics
3. Justícia formal i justícia material
4. Teories de la justícia

### 1. La justícia com a fi del dret

Encara que el tractarem amb més deteniment en el tercer apartat, la justícia és un valor que resulta implicat en tots els ordres de la praxi humana, és a dir, en tots els sistemes normatius que regulen els comportaments i les accions dels éssers humans: el dret, la moral, la política i també, en un cert sentit, l'economia; per això, tota reflexió sobre la justícia interessa tant l'ètica o filosofia moral com la filosofia política i la filosofia jurídica. Nosaltres els tractarem des d'aquest últim enfocament.

La justícia és, per dir-ho així, una qüestió vital, que afecta la vida quotidiana de l'home i que sorgeix del seu interior com una exigència a la qual es dota d'un contingut ampli i difús. En la percepció més primària, s'identifica amb una de les queixes més comunes de la gent corrent: «no hi ha dret»; expressió amb la qual, en realitat, pretenem indicar que alguna cosa «no és justa». D'aquí ve que, en la dimensió més elemental, qualsevol persona (per aliena que siga a l'àmbit jurídic) percep una estretíssima relació entre justícia i dret, i entén que el dret ha de realitzar la justícia. Per a la major part de la gent, parlar d'un bon dret seria el mateix que parlar d'un dret just: la valoració positiva sobre el dret se centra molt més en el contingut (la seua justícia) que en la perfecció tècnica dels seus requisits formals. Aquesta estreta relació es percep també al revés: per a reclamar justícia s'ha d'acudir als mecanismes que el dret estableix per a això; el contrari no seria qualificat mai de justícia sinó de venjança, extorsió o simple delictes. En el sentiment comú, si es vol fer justícia, s'ha d'acudir a les institucions encarregades d'aplicar el dret (els «tribunals de justícia»), perquè només en aquests es garanteix la imparcialitat, l'objectivitat, la neutralitat (la bena que tapa els ulls de la justícia i genera la confiança en el dret).

Encara que el dret apareix i es configura externament com un sistema normatiu d'organització social, s'ha concebut sempre —des dels inicis de la reflexió jurídica— com l'instrument a través del qual es realitza la justícia. Certament, hi ha molts elements de caràcter formal o tècnic en el dret que es poden entendre sense referència a la justícia. I també és evident que la justícia engloba múltiples aspectes que estan més enllà de la dimensió jurídica. Però la justícia, en tant que ideal de relació interpersonal i social, apareix tan estretament relacionada amb el dret que resulta molt difícil partionar-la del fenomen jurídic.

Aquesta relació entre el dret i la justícia és present en la mateixa etimologia de la paraula «dret», que com els seus equivalents en les altres llengües romàniques (*droit, derecho, diritto...*) prové del terme llatí *directum* (el recte). En tots aquests casos, així com en els termes no llatins com ara l'alemany *recht* o l'anglès *right*, subjau la idea de «línia recta»; és a dir, indica el que és «recte», el que és «correcte»; en definitiva, l'adequat, el just, per contraposició al «tort», l'equivocat, fal·laç, immoral o injust. La

mateixa connexió, però expressada encara amb més força, es dona en les llengües eslaves: en rus, per exemple, «dret» (pravo) i «veritat» (pravda).

També en l'etimologia de l'adjectiu «jurídic» hi ha una clara relació amb la justícia. Té el seu origen en la paraula llatina *ius* de la qual també procedeix la paraula justícia (*iustitia*) i, des del principi, el terme *ius* va establir una relació entre el tècnic i ètic en el dret. Basta acudir a les màximes del famós jurista romà Ulpia per a comprovar-ho: «El dret és l'art del bo i de l'equitatiu»; «la jurisprudència consisteix... en la ciència del just i de l'injust»; «la justícia és la voluntat constant i perpètua de donar a cadascú el seu dret».

El terme «justícia» es pot concebre, des d'un punt de vista subjectiu, com una virtut de la vida personal i, des d'un punt de vista objectiu, com una qualitat de les normes, les estructures i les institucions socials (Legaz). Però no hi ha una distinció categòrica entre tots dos sentits, precisament perquè la justícia es troba en la intersecció entre la vida personal i la vida social. Com ja van observar Aristòtil i Tomàs d'Aquino, la virtut de la justícia no es refereix primàriament a un mateix, com les altres virtuts, sinó a l'altre i per això s'orienta al social i institucional. Així doncs, el valor justícia tendeix a objectivar-se en el dret; d'aquí ve que en el dret es pugui trobar sempre «una certa justícia». En efecte, els elements que tradicionalment integren el concepte de justícia també formen part de l'estructura logicoreal del dret. Així succeeix amb l'alteritat (la referència a l'altre), la proporcionalitat o la igualtat.

Aquesta intrínseca relació entre justícia i dret resulta paradigmàtica quan constatem que tot ordenament jurídic el que pretén és realitzar una determinada concepció de la justícia: cerca la seua pròpia justificació. No obstant això, cap sistema jurídic pot encarnar plenament l'ideal de justícia, i d'aquí ve que la justícia romanga sempre com una instància crítica o valorativa respecte a qualsevol sistema de dret positiu. Encara que la justícia és la virtut fonamental de les institucions socials —igual que la veritat ho és dels sistemes de pensament (Rawls)—, el dret només satisfà els ideals de justícia d'una manera parcial; el dret sempre és imperfecte respecte a la justícia. Sempre hi ha una tensió entre el dret ideal i el dret real. Shakespeare ho va descriure magistralment en l'obra *El mercader de Venècia*. La «justícia jurídica» no és mai completa, entre altres raons perquè per a ser-ho el dret hauria de tenir en compte la totalitat de situacions i circumstàncies personals, però al jurídic només interessa l'aspecte extern i socialment rellevant de les accions humanes; s'ocupa de la seguretat i la certesa, exigències de l'ordre social (*iustum ut certum*), fins i tot a costa de no poder realitzar sempre els postulats que exigiria una concepció plena de justícia (*iustum ut verum*). El dret, en última instància, fa una funció de mediació entre l'ideal de justícia i les exigències de la vida humana en societat, però entre tots dos pols es dona sempre una certa tensió.

A propòsit d'aquesta tensió, sorgeix una de les qüestions més debatudes en la història del pensament jurídic i, de manera especial, en el segle XX: el dret injust continua sent dret? Hi ha dues posicions principals enfrontades en aquest debat: la concepció positivista extrema, per a la qual el dret existeix al marge dels valors que persegueix: «l'existència del dret és una cosa; el seu mèrit o demèrit una altra» (Austin); i la concepció jusnaturalista radical, segons la qual quan una norma no és justa no és dret (per tant, no obliga).

Enfront d'aquestes dues alternatives incompatibles entre si, s'obri pas una tercera via: la idea que les lleis injustes són jurídicament defectuoses (per tant, recurribles), i per això s'han d'establir mecanismes per al control material de la legislació en els ordenaments; però, com a vàlidament promulgades, sí que són dret (obliguen mentre no siguen derogades). Únicament quan un ordenament jurídic es pogués considerar extremadament injust deixaria de ser «jurídic» (decauria en la seua pretensió d'obligar i vincular conductes), encara que tinguera l'aparença formal de dret. És el que succeeix amb les dictadures o els règims autoritaris: hi ha normes coactives, perquè l'aparell repressiu de l'estat les imposa, però no hi ha dret ni estat de dret, perquè no es compleixen els mínims de justícia exigibles. Avui dia, com veurem en el tema següent, aquests mínims de justícia exigibles perquè un sistema jurídic pugua legitimar-se i denominar-se estat de dret s'identifiquen amb la garantia dels drets humans, proclamats en les declaracions i documents internacionals, especialment la Declaració Universal de Drets Humans de 1948.

En aquest sentit, la concepció pràcticament unànime fins al segle XIX va ser la de considerar que el dret tendeix cap a un únic fi primordial: la realització de la justícia. Aquest plantejament va patir una profunda alteració al llarg del segle XIX amb el triomf del positivisme jurídic que va passar a concebre el dret com un instrument de poder al servei dels més diversos fins, i no com una realitat que es legitima per la seua capacitat per a realitzar la justícia. El màxim exponent d'aquesta manera de pensar va ser Hans Kelsen, en la seua primera època, per a qui el dret és un pur instrument de l'estat amb el qual es pot perseguir qualsevol fi: «El dret no constitueix sinó un mitjà específic, un aparell coactiu que en si mateix considerat manca de tot valor ètic i polític, perquè el seu valor depèn del fi transcendent del dret».

Aquest canvi de paradigma va generar un altre debat profund, encara obert en la filosofia jurídica, entre els qui consideren que el dret no té més fins que els que en cada moment persegueix el poder estatal (única instància creadora de dret) i els qui afirmen que tal postura és insostenible i reduccionista perquè el dret és una mica més que l'ordenament jurídic d'un estat i ha de tendir cap a uns fins últims sense els quals no pot ser considerat pròpiament dret. Al conjunt d'aquests fins últims o metes ideals cap als quals ha de tendir el dret és el que genèricament anomenem justícia (Lumia). Avui dia hi ha un ampli consens a acceptar que el dret no es pot concebre sense una referència valorativa, és a dir, sense posar-lo en relació amb els fins bàsics de justícia als quals ha de tendir. No obstant això, aquest acord ja no és tan generalitzat quan es tracta d'establir el contingut bàsic de la justícia, com veurem a continuació.

## 2. Justícia i valors jurídics

La justícia com a fi del dret s'ha identificat, almenys des de Kant, amb la realització de dos valors fonamentals: la llibertat i la igualtat. La realització d'aquests dos valors constitueix el contingut bàsic del que, en el sentit clàssic, coneixem per dret natural i, per tant, el fi últim al qual ha de tendir tot dret positiu. En l'actualitat, la garantia d'aquests dos valors, com ja apuntem, constitueix el contingut bàsic de les principals declaracions internacionals de drets humans i de les parts dogmàtiques de les constitucions en què es reconeixen els drets fonamentals.

Però al costat de la justícia, entesa com a realització de la llibertat en la igualtat, el dret apareix intrínsecament vinculat amb un altre valor fonamental: la seguretat jurídica,

entesa com la previsibilitat sobre com serà jutjada pel dret qualsevol situació o conflicte. En efecte, resulta evident que el dret pretén dotar de seguretat les relacions socials i que els ciutadans busquen la protecció del dret per a relacionar-se amb garanties. D'aquí ve que la seguretat s'ha d'incloure necessàriament com un component indispensable de la justícia (entesa aquesta com a garantia de llibertat i igualtat), i resulta el pressupòsit previ perquè aquests dos valors puguin realitzar-se.

En definitiva, igualtat, llibertat i seguretat són els tres valors jurídics fonamentals que doten de contingut la justícia com a fi essencial del dret. Vegem breument com es relaciona la justícia amb cada un.

#### a) Justícia i igualtat

Si passem revista a la història del concepte justícia com a fi del dret constatarem que la majoria de les doctrines coincideixen a identificar-la primàriament amb la noció d'igualtat, matisada amb les d'harmonia, equitat i proporcionalitat, en els seus diferents sentits. La justícia, doncs, es va entendre des d'una doble perspectiva: com a simple igualtat aritmètica i com a proporcionalitat en el repartiment o distribució. Des de la jurisprudència romana hi va haver un consens generalitzat a definir la justícia amb la famosa màxima d'Ulpià: «donar a cadascú el seu». Aquesta màxima s'ha mantingut com l'expressió tradicional i més avaluada del terme. Però el consens sobre la relació entre justícia i igualtat acaba en aquesta definició. En efecte, el concepte de justícia en la cultura occidental sempre ha estat unit al d'igualtat, però rares vegades s'han entès tots dos de la mateixa manera.

La reflexió clàssica sobre la justícia com a igualtat va ser realitzada per Aristòtil que va aportar una coneguda distinció en tres nivells, en funció dels tres tipus de possibles de relacions humanes:

— Justícia commutativa: regula la relació entre els individus (*ordo partium ad partes*) i entén que ha de ser conforme a una estricta igualtat matemàtica (equiparació entre el que es dona i el que es rep). Segons aquesta, considerem just tractar els iguals com a iguals i els desiguals com a desiguals. El difícil, òbviament, és determinar quan es dona una semblança o una desigualtat rellevant i quan no. Per exemple, dues persones no poden rebre un tracte diferent únicament perquè pertanguen a races diferents: en aquest cas, la diferència no és rellevant jurídicament. Però, per contra, si dues persones cometen el mateix crim, mereixeran un tracte diferent si una està fora de seny i l'altra no.

— Justícia distributiva: regula el repartiment d'honors i de càrregues en la comunitat política (*ordo totius ad partes*) i ha de ser conforme a una igualtat concebuda com a distribució proporcional als mèrits o capacitats. En general, aquest tipus de justícia regula les relacions de la societat (els poders públics) amb els ciutadans i formula l'exigència que les càrregues, beneficis i honors siguin repartits proporcionalment als mèrits, serveis prestats i situacions socials dels ciutadans (p. ex., impostos, càrrecs públics, distribució de la renda nacional, etc.).

— Justícia legal: ordena els actes de tots els homes al bé comú o al bé de la comunitat política (*ordo partium ad totum*). És un tipus de justícia que es realitza quan tots els ciutadans compleixen les lleis i les autoritats dicten lleis que fomenten efectivament el

bé comú. Dins d'aquest concepte, sorgeix la noció d'equitat que fa referència a la justícia del cas concret. És l'esforç per acostar el dret a les circumstàncies personals del subjecte. Es tracta d'una realització més humana del dret que aconseguix un major acostament a l'ideal de justícia.

La clàssica reflexió aristotèlica sembla poc al concepte modern d'igualtat que sorgeix amb el Renaixement i la Il·lustració i que es modula amb la Revolució Francesa i els moviments socials del segle XIX. Al llarg d'aquest període es configura un concepte d'igualtat concebuda com a «igualtat de tracte». Aquesta nova reflexió incideix en el fet que tots els ciutadans han de ser tractats d'igual manera, però aquesta aspiració s'acaba llegint des d'una perspectiva exclusivament formal. En poques paraules, es tracta que tots siguin iguals davant la llei (no cal fer excepció de persones ni discriminar per raó de naixement, classe social, raça, sexe...), i que la llei siga igual per a tots (no hi ha lloc per al privilegi o l'excepció, ningú no està per damunt de la llei). Aquesta consideració de la justícia com a igualtat formal va suposar un extraordinari avanç en la reflexió jurídica, i així va ser recollida en tots els documents internacionals de drets humans i, per descomptat, plasmada en l'emblemàtic art. 14 de la Constitució espanyola.

La concepció de la justícia com a igualtat formal resulta necessari i indispensable, però també resulta limitat precisament pel seu caràcter formal; és a dir, perquè la generalitat i abstracció de la llei preveuen a un destinatari genèric, ideal, que difícilment reflecteix el subjecte real que ha de sotmetre's al dictat de la norma, amb totes les seues peculiaritats i circumstàncies que la norma ignora. Aquest «tots igual davant la llei», fins i tot sent pressupòsit indispensable de la justícia, fàcilment pot caure en injustícia d'acord amb la màxima *sumum ius summa iniuria*. Aquest és, sens dubte, un problema recurrent en la definició de la justícia com a igualtat: no és fàcil dur a terme d'una manera efectiva la igualtat de tracte si ens quedem exclusivament en l'aspecte formal.

Aquesta limitació de la justícia com a igualtat formal va generar a mitjan segle XX un corrent de pensament que va promoure la noció d'«igualtat real o material»; això és, una concepció de la igualtat que considera la situació real de les persones i entén que la igualtat de tracte no ha de mesurar-se només en el «punt de partida» (com fa la igualtat formal) sinó en el «punt d'arribada»; és a dir, facilitant a tothom estar en les mateixes condicions de participar en la vida social, mitjançant la reparació de les situacions d'inferioritat per part de l'actuació del poder públic (per exemple, possibilitar l'accés tots a l'ensenyament universitari donant beques als qui tinguen menys recursos econòmics). Som davant una idea d'igualtat com a diferència que en la seua evolució més radical ha donat lloc a figures molt controvertides com la «discriminació inversa»: una concepció de la igualtat que parteix de l'exigència de remeiar situacions històriques d'inferioritat o discriminació mitjançant la promoció de determinats grups o sectors, facilitant amb això el progressiu accés a una situació d'igualtat real en les societats modernes. Som en el cas de dones, discapacitats, minories racials o ètniques, etc. Aquest tipus d'igualtat s'ha anat materialitzant mitjançant la política de quotes en aquells àmbits socials en què les situacions descrites han sigut més patents: reserva de quotes per a discapacitats o dones en empreses o càrrecs públics, quotes per a minories en universitats, lleis de paritat en tribunals o llistes electorals, etc. Aquesta concepció de la «justícia com a igualtat real» s'ha consagrat expressament en l'art. 9.3 de la Constitució espanyola i ha donat lloc a nombroses intervencions legislatives en aquest sentit.

## b) Justícia i llibertat

Entre aquests dos conceptes, també hi ha hagut sempre una estreta relació. Resulta difícil qualificar de just un sistema jurídic que no respecte i que no garantisca la llibertat individual. Ara bé, el concepte de «llibertat» és summament problemàtic. Es tracta d'un terme equívoc en què caben molts significats (llibertat natural, civil, política, jurídica, pública, positiva i negativa, etc.) i al qual hom ha donat orientacions diferents en l'antiguitat i en la modernitat.

En una famosa obra, Benjamin Constant va establir la diferent concepció que sobre la llibertat sostenien els antics i els moderns. La que denomina «llibertat dels antics», que va ser sostinguda pel pensament grec i romà, es fonamenta sobre un sotmetiment de l'individu a la comunitat i es concep exclusivament en clau de ciutadania i participació activa en el poder col·lectiu. Va ser a partir del Renaixement i, especialment de la Il·lustració, quan adquireix carta de naturalesa una nova concepció, denominada per Constant «llibertat dels moderns», que s'edifica sobre el reconeixement prevalent de l'individu i de la seua dignitat per damunt de la comunitat i que es concep en clau d'autonomia individual i del gaudi de drets. Aquesta concepció està en la base de les primeres declaracions de drets humans (nord-americana i francesa) i és la que s'ha incorporat a totes les constitucions modernes.

En la filosofia d'Aristòtil, es troba aquest concepte de «llibertat dels antics» basada en la seua concepció de l'home com a ésser social per naturalesa (*zoon politikòn*) i la seua convicció que la vida de cada individu només adquireix plenitud quan es participa en la vida pública el fi últim de la qual és el bé comú. La seua reflexió identifica la idea de llibertat amb la de participació (lligada a la ciutadania). En efecte, la idea d'«home lliure» no preveia el significat individualista modern d'autonomia o independència (els drets), sinó que s'entén com a capacitat de «participació i decisió» en la vida de la polis. Només els homes lliures poden decidir les lleis de la ciutat i, per tant, el seu destí (aquest és el fonament de la democràcia); però la ciutat i les seues lleis (el bé comú) estan per damunt de qualsevol individu. Fora d'aquesta capacitat de participació en la vida pública com a expressió suprema de la «llibertat», mancaria de sentit plantejar reivindicacions individuals. Ser lliure significa ser ciutadà però no ser autònom. Sòcrates representa el paradigma d'aquesta concepció: en ser condemnat pels Arconts, s'estima més acatar una decisió injusta i morir prenent cicuta abans que incomplir una llei de la ciutat (la voluntat col·lectiva) i viure en el desterrament, aliè als destins de la polis. Aquest encertat concepte de «llibertat política» lligat a la ciutadania i a la participació porta necessàriament aparellat un profund error filosòfic: negar la igualtat entre els éssers humans legitimant l'esclavitud. Les seues afirmacions són inequívokes: «És convenient per a un ser esclau i per a un altre dominar, i és just, i un ha de ser regit i un altre regir segons la seua disposició natural i, per tant, també dominar» (Política, 1255 b). Resulta inexplicable que el geni d'Aristòtil afirmara la radical desigualtat dels homes, tant en la seua naturalesa, en diferenciar entre lliures i esclaus, com en l'organització social, en distingir entre ciutadans i bàrbars o estrangers.

El concepte modern de llibertat, entesa com a autonomia, es va forjant paral·lelament als canvis i transformacions polítics, culturals i socials que es produeixen a Europa a partir de la Revolució Francesa i que solem denominar la modernitat. Aquestes

transformacions que suposen un gir radical en el pensament en establir la prevalença de l'individu sobre la comunitat, es gesten sobre la irrupció de tres factors decisius:

L'individualisme. És l'eix religiós, filosòfic, polític i social del món modern: la idea de l'home com a «ésser aïllat». L'estructura social deixa de pivotar sobre l'existència d'un ordre objectiu, o sobre les institucions i organitzacions tradicionals (família, gremi, ciutat, etc.), i passa a girar al voltant de l'individu atomitzat, és a dir, prescindint dels llaços que el vinculen amb els altres. La individualitat s'edifica sobre la llibertat entesa com a autonomia, com a capacitat de decidir lliurement sobre la pròpia vida d'acord amb les conviccions pròpies. Aquesta idea d'autonomia en l'acció es complementa, doncs, amb la d'autonomia moral: la llibertat per a decidir autònomament el bo i el dolent al marge de l'autoritat de les institucions religioses. D'aquí ve que l'individualisme haja anat de bracet amb el secularisme i la reivindicació de la llibertat ideològica i religiosa.

La secularització. Les guerres de religió, que perdurarien més d'un segle a Europa des de mitjan XVI, van desacreditar la doctrina teològica universal i van impugnar la seua exclusivitat amb l'aparició d'altres doctrines, en particular la reforma protestant. Això va donar lloc, d'una banda, al reconeixement de la llibertat religiosa com a pressupòsit del nou ordre social i fonament, com ja apuntem, del concepte modern d'autonomia de l'individu; i, d'altra banda, a la doctrina del jusnaturalisme racionalista: intent de construir un dret universal «com si Déu no existira» (Grocio), segons el model i el mètode de la geometria o de la matemàtica.

La burgesia. Aquest grup social amb interessos econòmics, polítics i socials propis, és el que actua i pressiona perquè el vell ordre social jerarquitzat, estamental i regit pel privilegi, siga reemplaçat per un ordre igualitari, lliure per al mercat i recolzat sobre la llibertat de cada individu. La llibertat pretesa per la burgesia està intrínsecament relacionada amb el mercat: capacitat per a comprar i vendre lliurement sense restriccions; llibertat que arriba fins i tot a la possibilitat de vendre's a un mateix. Heus ací l'origen del capitalisme, que considera la llibertat de comerç com el dret fonamental per excel·lència. Al mateix temps, la definició de l'home com a *homo oeconomicus*, acaba vinculant la llibertat-autonomia amb l'autosuficiència. En realitat, per al plantejament burgès només és lliure qui té prou per a no dependre de ningú (home, blanc i propietari). És el que va generar la negació de drets polítics (sufragi, representació, etc.) als qui eren dependents (dones, negres i treballadors). Aquest plantejament llibertari, defectuós i merament formal, només va beneficiar els qui estaven en posicions de poder, i per això acabaria generant les enormes desigualtats econòmiques i socials del XIX, que van propiciar les revolucions obreres i el posterior reconeixement de l'estat social.

La tesi de Constant sobre la doble concepció de la llibertat va ser reformulada per Isaiah Berlin en «Dos conceptes de llibertat», distingint entre una concepció «negativa» de la llibertat, entesa simplement com a absència de coerció, que exigeix que una porció de l'existència humana romanga immune a tota mena de control social (i que respon a la idea moderna de llibertat-autonomia), i una concepció «positiva» de la llibertat, que prové del desig de l'individu de governar-se a si mateix i implica la idea de realització i plenitud de la vertadera naturalesa humana. Aquesta segona concepció implica la capacitat del subjecte per a participar en la construcció de la comunitat política i l'exigència d'una sèrie de facultats per a això (drets polítics), encara que per a Berlin



aquesta noció pressuposa l'existència d'una noció objectiva del benestar per a l'home (bé comú) i això s'oposa a la concepció moderna de la llibertat. Desenvolupat aquest plantejament, s'ha parlat d'una «llibertat de» (absència d'ingerència i coerció de l'Estat en l'esfera privada de l'individu) i una «llibertat per a» (exigència de l'individu per a rebre determinades prestacions que obliguen l'estat a intervenir en la vida del subjecte). Òbviament, hi ha tensions entre aquestes diverses concepcions de la llibertat.

En el dret, s'ha consolidat un concepte de llibertat entès fonamentalment com a autonomia (capacitat d'autodeterminació del subjecte). De manera que un dels fins essencials del dret consisteix precisament a protegir i garantir un àmbit d'autonomia individual dins del qual cada subjecte pugui decidir lliurement com organitzar la seua vida. D'aquesta manera, la justícia s'identifica amb la capacitat de cada individu de decidir lliurement la seua pròpia vida, sense altre límit que la igual llibertat dels altres. En altres paraules, la justícia com a garantia de la llibertat es consagra en la titularitat dels drets fonamentals.

En el cas espanyol, són moltes les referències a la llibertat en la Constitució. Amb caràcter primari i bàsic, la llibertat apareix en l'art. 1.1 de la Constitució espanyola com el primer dels valors superiors de l'ordenament. De manera específica, el títol I (art. 10-53) recull una extensa regulació dels drets i llibertats fonamentals, i converteix el dret en el garant de la llibertat individual dels ciutadans.

Les diferents maneres d'entendre la idea de llibertat i la d'igualtat han donat lloc a nombrosos conflictes entre els seus defensors extrems: el liberalisme i el socialisme. No obstant això, igualtat i llibertat són les components essencials de la idea de justícia. Llibertat i igualtat són també valors correlatius. Teòricament, en un món en què tots són iguals tots són també lliures, perquè ningú resulta constret a fer res que un altre no hagi de fer. I, correlativament, en un món en el qual tots són lliures també tots són iguals, perquè la llibertat d'un acaba on comença la dels altres. En la pràctica, tanmateix, l'excessiva llibertat genera sovint desigualtat (avui patim les conseqüències d'una economia sense control abandonada a l'interès privat) i avançar en la igualtat exigeix necessàriament sacrificar una mica de llibertat. Si es posa l'accent en la llibertat, s'arriba a una concepció atomista de la vida social; si es posa l'accent en la igualtat, s'arriba a una concepció organicista de la vida social. Desenvolupats unilateralment, el principi de llibertat condueix a l'individualisme i el principi d'igualtat al col·lectivisme (Lumia).

### c) Justícia i seguretat

La relació entre justícia i seguretat no ha estat mai exempta de tensió. En opinió de molts, si el dret aspira a realitzar la justícia, necessàriament ha de passar per damunt de la seguretat jurídica en moltes ocasions (n'hi ha prou de pensar, per exemple, que els delictes prescriuen). I viceversa: si es pretén proporcionar primàriament seguretat, en moltes ocasions serà impossible la plena realització de la justícia (penseu, per exemple, en els casos d'inimputabilitat de delictes a menors d'edat).

Des d'aquesta perspectiva, la seguretat es converteix en un argument decisiu per a justificar la limitació de la llibertat (component essencial de la justícia) amb la finalitat de garantir l'ordre social. Però la prevalença de determinats aspectes de l'ordre social sobre les llibertats pot comprometre seriosament la realització de la justícia. Aquest és

el repte de la filosofia jurídica: mostrar com és possible conciliar la idea de justícia amb la de seguretat jurídica. Certament, la justícia apareix primàriament com la conjunció de llibertat i igualtat (als quals hem d'afegir la solidaritat en una concepció integral i coherent dels valors propis de l'estat social). Però la justícia necessita la seguretat (l'ordre social) com a condició *sine qua non* per a realitzar-se. Superar aquesta aparent antítesi implica entendre la presència de dos nivells en la noció de seguretat.

En un primer nivell, la seguretat apareix com a certesa, absència de dubte, previsibilitat en oposició a arbitrarietat. La principal funció del dret consisteix a proporcionar a la societat un ordre extern, l'«ordre públic», basat en la igualtat i llibertat formals: és el que denominem la «legalitat». La legalitat engendra seguretat (certesa en relació amb els drets i els deures). No es tracta d'una cosa que el dret «ha d'aconseguir» sinó d'una cosa que el dret, tal com és, necessàriament «realitza» en el seu funcionament normal. La legalitat (enfront de l'arbitrarietat) expressa, doncs, el nivell formal en què es manifesta primàriament la seguretat jurídica. El dret apareix així com un sistema de seguretat per a la societat garantit per l'existència d'un ordenament coactiu. Aquest primer nivell es completa amb altres principis derivats de la mateixa estructura d'aquest ordenament jurídic: jerarquia normativa, irretroactivitat de les normes, presumpció d'innocència, tipificació dels delictes i les penes... El que s'ha denominat «moral interna del dret» (Fuller, Hart).

Però la seguretat no es pot quedar només en el nivell de la certesa (absència de dubte), ja que aquesta certesa podria imposar-se també mitjançant lleis injustes. Cal que la legalitat es fonamenti i es realitzi sobre una legitimitat; és a dir, que positivitze una sèrie de valors socialment compartits en forma de drets i llibertats. La seguretat jurídica integra d'aquesta manera un contingut valoratiu de justícia (garantint drets i llibertats). Aquest és el pressupòsit, com hem vist, del que entenem com a estat de dret. Aquest segon nivell de la seguretat com a legitimitat obri la possibilitat de parlar de justificació de l'ordenament jurídic; és a dir, el seu reconeixement com a ordre que mereix ser obeït. La dimensió de la legitimitat genera una especial relació entre justícia i seguretat que permet configurar-les totes dues com els fins fonamentals del dret.

En definitiva, la justícia es manifesta a través de la seguretat jurídica, en un primer nivell (formal) des de la legalitat (previsibilitat de drets i deures); en un segon nivell (material), des de la legitimitat, en tant que el contingut de les normes concreten i expliciten els valors propis de la justícia (llibertat, igualtat i solidaritat) en forma de drets i llibertats fonamentals dels ciutadans.

### 3. Justícia formal i justícia material

Com hem vist, la idea de justícia reenvia sempre a la idea d'igualtat. I així ha sigut al llarg de la història de la filosofia. Ara bé, en totes les seues concepcions apareix com una regla formal, puix que tan sols s'enuncia un principi d'acció, un criteri que la defineix (la igualtat) però que no indica per si mateix com s'ha d'aplicar. Hi ha una contradicció entre la unanimitat general sobre la justícia com a igualtat i la total incapacitat per a trobar una regla d'aplicació. En efecte, el principi de «donar a cadascú el seu», no resol el problema del que ha de ser considerat com a «seu» de cadascú. Aquest és el dilema que afronta tota reflexió sobre la justícia: la dificultat de trobar un

criteri pràctic d'aplicació material de la igualtat. D'ací sorgeix la tensió entre justícia formal i justícia material.

La justícia com a igualtat de tracte (donar a cadascú el seu) constitueix la definició formal de la justícia. Però tots els intents per determinar materialment què és el que cal donar a cadascú han fracassat històricament. Chaim Perelman, en l'obra *De la justícia*, va sintetitzar sis criteris o regles materials de justícia que al llarg de la història de la filosofia han sigut usats per a dotar de contingut aquesta regla formal i per a estructurar la societat. Són els següents:

1. A cadascú el mateix. Interpretat com una concepció absoluta (aritmètica) de la igualtat (més pròpia de comunitats primitives que de societats estructurades en el sentit modern) segons la qual tots els individus formen una sola categoria sense cap distinció i han de ser tractats de la mateixa manera. No pot ser un criteri vàlid perquè no és possible concebre que en una categoria tan enorme no hi haja diferències substancials que meresquen ser considerades.

2. A cadascú segons el seu rang. Semblaria just segons aquest criteri que es pugui donar un tracte diferent en funció de la classe o categoria a la qual pertany cada individu, amb la condició que es tracte de la mateixa manera els qui formen part d'una mateixa classe. És una concepció de la igualtat pròpia de societats esclavistes o estamentals, en què es pressuposa ja la desigualtat social. Es tracta d'un concepte massa arcaic, inconcebible en l'actualitat.

3. A cadascú segons els seus mèrits. Els individus serien tractats en funció dels seus mèrits o capacitats. El mèrit i les capacitats serien el criteri que permet classificar els individus en categories i tractar-los desigualmente (proporcionalment). Es tracta d'un criteri que ha inspirat la formació de les societats capitalistes que es basen en la lliure competència. Sol objectar-se que aquests mèrits o capacitats estan condicionats per les desiguals oportunitats econòmiques, culturals i socials dels individus. Aquest criteri produeix noves desigualtats.

4. A cadascú segons les seues obres o el seu treball. Aquest criteri permet classificar els subjectes d'acord amb el treball que fan o el coneixement que posseeixen. S'usa per a determinar la retribució justa, el salari just dels treballadors, segons la duració del treball, el rendiment i les qualitats que té. És un criteri que sembla haver inspirat la configuració de l'estat social (i del «socialista» en clau marxista) en la fase de transició de l'antic al nou capitalisme. Sembla ser un criteri superior a l'anterior, però falla perquè no considera altres trets individuals com ara talent, aptituds, geni, condicions familiars, etc. El criteri acaba també produint més desigualtats.

5. A cadascú segons les seues necessitats. Permet classificar els subjectes segons les necessitats de cadascú o, més precisament, segons les seues necessitats «essencials» o «bàsiques». Però quines són aquestes necessitats? No hi ha una resposta definitiva ni per a la noció de necessitat, ni per a la idea d'essencial o bàsica, ni per a com satisfer-les. Es tracta d'un criteri de justícia inspirador de la societat comunista propugnada per Marx. Però no pot considerar-se tampoc un criteri universalment vàlid d'igualtat ateses les dificultats que comporta establir la situació de necessitat de cada individu i la possibilitat real de satisfer-la.

6. A cadascú el que la llei li atribueix. Es tracta d'una concepció jurídica de la justícia. En aquest cas, el criteri d'igualtat és determinat per la generalitat i abstracció de la llei. Però també suposa que el just és allò que la llei estableix com a tal i això no sempre és així. El problema d'aquest criteri radica, doncs, en el fet que no sempre el dret és just ni sempre garanteix un tracte igualitari, i per això tampoc no es pot considerar un criteri definitiu.

El resultat d'aquesta indagació de Perelman és que cap dels criteris materials proposats en la història del concepte de justícia és satisfactori. Arriba a parlar de les antinòmies de la justícia, perquè la seua aplicació efectiva suposa dividir els subjectes en categories sobre la base d'alguna característica essencial, quan la realitat és molt més complicada. Per això, mai no podem estar segurs que hem sigut justos, que s'han tingut en compte totes les circumstàncies rellevants que la justícia exigiria a l'hora de tractar un subjecte. No hi hauria manera, doncs, de conciliar la noció formal de justícia amb una regla pràctica d'aplicació que garantisca un tracte just i evite les desigualtats. Heus ací el dilema: trobar aquesta regla material que vertebré la noció de justícia.

#### 4-Teories de la justícia

Han sigut moltes i variades les teories sobre la justícia proposades en la història de la filosofia. Examinar-les totes amb profunditat excediria els límits propis d'aquestes anotacions. Per això, ens detindrem breument només en algunes de les aportacions més rellevants que s'han produït en els grans corrents de pensament. Convé fer una precisió metodològica: la justícia i l'ètica són dos camps estretament entrelaçats i, en bona part, les reflexions que es fan per a l'una valen per a l'altra. En efecte, si ens preguntem per qüestions típicament ètiques (com el concepte del bo o del correcte), la nostra resposta pot ser usada també per a definir el que és «just» perquè hi ha una profunda relació entre el bo i el just.

Però en la filosofia del dret interessa la noció de justícia en tant que proposa criteris per a organitzar la vida social; això és, com a part de l'ètica denominada ètica normativa que tracta de «formular i justificar judicis morals per a determinar quines accions o institucions són bones o dolentes per a la societat» (Nino). En aquest sentit, resulta més senzill la universalització dels judicis morals en l'ètica normativa que en la teoria ètica general, en la qual el debat entre cognoscitivistes (possibilitat d'un coneixement objectiu dels valors —Sheller o Hartman) i no cognoscitivistes (com l'«emotivisme ètic» de Hume) encara està lluny de tancar-se. Des d'aquesta perspectiva, analitzarem la tradició jusnaturalista, la tradició racionalista de base kantiana, la tradició utilitarista i la tradició hegelianomarxista. Finalment, abordarem algunes de les propostes més actuals, quasi totes de matriu kantiana.

##### a) Tradició jusnaturalista

Aquest corrent es remunta als primers textos filosòfics escrits a la Grècia clàssica i es basa en una concepció ètica cognoscitivistista. Les seues línies mestres poden trobar-se en autors com Homer, Plató i Aristòtil, després recollides i desenvolupades per Agustí d'Hipona i la patristica; en l'edat mitjana per Tomàs d'Aquino i l'escolàstica; en el Renaixement per l'Escola de Salamanca i l'Escola racionalista del dret natural (Grocio,

Puffendorf); en l'època moderna va ser readaptada per Hobbes, Locke i Rousseau; en la Il·lustració va ser Kant qui va aportar la seua contribució original i, fins a l'actualitat, ha sigut sostinguda per tants altres: Kauffman, Cotta, Spemann, Ballesteros, etc. Cada autor aporta els seus matisos i, en general, entre les seues propostes hi ha serioses diferències segons les èpoques i els contextos històrics, les metodologies i els problemes afrontats.

Per això resulta una tasca complicada trobar uns principis comuns a tots. En general, podrien ser els següents:

- 1) La idea de justícia es defineix d'acord amb uns postulats o principis que es poden deduir de la naturalesa humana i de la sociabilitat natural de l'home (constitueixen el contingut bàsic de dret natural). Aquests principis són de fàcil coneixement per la raó.
- 2) Es tracta de principis veritables en la mesura que responen a autèntica realitat de la naturalesa humana.
- 3) Són principis racionals, autoevidents i universals (perquè la naturalesa és comuna a tots els éssers humans), encara que han d'adequar-se a les diverses èpoques i contextos històrics.

Les crítiques a la concepció jusnaturalista de la justícia han sigut moltes i disperses. S'al·ludeix al caràcter problemàtic de la idea de «naturalesa» que és el concepte que sosté bona part de l'edifici (usat per a justificar tant la igualtat radical entre els homes com l'esclavitud o la dictadura); s'invoca la complexitat de conèixer la naturalesa i captar tota la realitat natural (d'acord amb el mètode els resultats són disperses); i s'argumenta amb la denominada «fal·làcia naturalista»; sostenint que dels «fets» no es poden extraure els «valors» (de l'«és» no es pot deduir un «ha de ser»). En última instància, es dubta que aquesta concepció haja aconseguit trobar i proposar uns principis de justícia immutables, universals, autoevidents i racionals. Avui particularment sembla estar en una greu crisi a causa del relativisme ètic que domina la filosofia.

No obstant això, el jusnaturalisme ha tingut i té un gran predicament, perquè ha defensat i justificat l'autonomia moral de l'individu enfront del poder; possibilita que pugui suscitar-se sempre una instància crítica enfront del dret positiu (que es pugui parlar de dret injust) i que es pugui concebre i invocar la idea d'un dret ideal, sostingut sobre principis universals (l'antropologia que hi ha en la seua base, fonamentada en la idea de «naturalesa» continua sent la més seriosa per a justificar la igual dignitat de tots els éssers humans i l'existència dels drets humans com a garantia d'aquesta dignitat). Després de la II Guerra Mundial, com a reacció al positivisme despietat del règim nazi, va ser la filosofia que va inspirar i va sostenir la redacció de la Declaració Universal de Drets Humans en 1948.

#### *b) Tradició racionalista de base kantiana*

Kant és considerat per molts un autor jusnaturalista i, certament, en el seu pensament es poden trobar moltes de les claus d'aquesta tradició. No obstant això, en va perfilar alguna amb tanta originalitat que mereix una referència a part. A més, ha tingut una projecció com cap altre filòsof (s'ha dit que després de Kant la filosofia moral no ha

sigut mai la mateixa, ni tan sols per als seus detractors). D'altra banda, en l'ètica actual és rar l'autor que no ha amprat alguna de les seues intuïcions.

L'ètica kantiana, que defineix conceptes com bo o just i els seus oposats, està estretament lligada a la noció de deure i, en particular, a l'imperatiu categòric. Les lleis o principis morals, segons Kant, es caracteritzen per ser autònoms —és a dir, derivats de la capacitat autolegisladora de cada ésser humà—, categòrics —s'imposen amb independència dels nostres desitjos— i universals —vàlids per a tots els éssers racionals. La consciència moral de l'ésser humà es distingeix per ser una consciència basada en el deure, perquè obeeix a aquests principis no sobre la base d'una inclinació o un altre tipus de motivació, sinó en virtut del deure mateix. La màxima expressió d'aquest deure i de la consciència moral és l'imperatiu categòric definit de la manera següent: «Obra de tal manera que tota màxima de la teua voluntat pugui ser elevada a llei universal». El correcte, el bo, el just és actuar d'acord amb aquesta màxima.

Ara bé, darrere de la seua formulació d'una ètica del deure hi ha una consideració molt típica de l'ésser humà: la de ser un «fi en si mateix». En efecte, l'imperatiu categòric plasma la idea de l'ésser humà com a voluntat universalment legisladora capaç de rebutjar tot allò que no complisca els requisits d'una legislació universal o que mediatitze la consideració de l'ésser humà com un fi. L'imperatiu categòric és l'expressió del principi d'universalitat de l'ètica kantiana, però també de la seua concepció de la dignitat de la persona humana i de l'autonomia i llibertat de la voluntat. Tot això configura una imatge de l'ésser humà que ha transcendit aquesta filosofia i que ha determinat en bona part la filosofia moral i política desenvolupada amb posterioritat. No obstant això, les idees de Kant també han rebut crítiques i impugnacions sòlides. Especialment, dirigides contra la idea de l'imperatiu categòric (es tracta d'una noció exclusivament formal en què caben tota mena de continguts: l'ideal de Kant, l'interès del lladre, la superioritat de la raça, etc.); contra l'afirmació que el principi d'universalitat és requisit suficient del discurs moral (no és l'únic requisit); i qüestionant la validesa de construir una ètica formal deduïda només de les intencions i propòsits de les persones.

### c) Tradició utilitarista

És l'altra gran tradició sobre la qual s'ha sostingut la moderna filosofia moral i política i, especialment, la teoria de la justícia. L'utilitarisme és un corrent de pensament que té Hume com a precursor, va ser desenvolupat per J. Bentham i J. S. Mill. Des de finals del XVIII, ha establert les bases del desenvolupament de la societat occidental en totes les seues manifestacions: jurídica, política, econòmica i social, fins a dates recents en les quals ha cedit la seua hegemonia al pensament constructivista de matriu kantiana.

Encara que presenta matisos molt diversos, el model més pur i clàssic de l'utilitarisme va ser el formulat per Bentham. Se sosté sobre dos pressupòsits bàsics:

a) El punt de partida de tota discussió moral (per a definir el que és bo o dolent) ha de ser empirista i psicologista (mai racionalista): «el bo en si és incognoscible, l'única cosa que interessa és el que pot ser bo per a algú: l'útil».

b) En conseqüència, la bondat o la maldat de les nostres accions (la moralitat) ha de mesurar-se pel grau de plaer o dolor que ens produeixen. Va ser Hume qui va establir la

felicitat com a fi perseguit per l'ésser humà i que aquesta s'havia d'entendre en clau de «benestar material» i regir-se pel principi bàsic de la naturalesa humana: el principi del plaer i del dolor. Aquesta ha de ser la guia de moralitat: el bo és allò que proporciona el màxim de plaer (benestar); el dolent és just el contrari (el que causa dolor o privació). A partir d'aquests dos pressupòsits, Bentham va enunciar el principi d'utilitat com a bàsic per a tota pràctica de govern i tota organització social: la consecució de la màxima felicitat (benestar) per al nombre més alt de persones. Aquest plantejament s'oposa completament al defensat per Kant i a les tesis centrals del jusnaturalisme (exclou l'existència del dret natural i del contracte social com a fonament de l'obediència al dret), avalant un model social propi del liberalisme clàssic defensat per la burgesia.

No és procedent explicar detingudament la teoria utilitarista, però una de les raons del seu èxit sembla residir en el fet que el principi d'utilitat ha sigut considerat com més realista (més «d'acord amb la realitat de l'home») que altres criteris morals de tall més intel·lectualista (i menys palpables); en efecte: sembla el més apropiat i imparcial davant una condició humana que resulta absolutament sensible al plaer i el dolor i tendeix al benestar material. D'altra banda, sembla també el més adequat per a organitzar la societat perquè parteix de sentiments i interessos que pretenen ser reals i possibilistes i aspiren a aconseguir béns tangibles per als individus.

No obstant això, l'utilitarisme presenta seriosos inconvenients i incongruències que els seus promotors no han aconseguit solucionar (encara que J. S. Mill ho va intentar un segle després de Bentham al·ludint a regles objectives i institucionals de conducta vàlides per a tots). La primera objecció radica en el fet que el principi d'utilitat justifica la prevalença dels interessos de la majoria sobre la minoria, i en última instància avala el sacrifici d'aquesta minoria en benefici d'un bé major. És a dir, la justícia utilitarista és conseqüencialista i, en certa manera (en casos extrems), acaba acceptant la màxima que el fi justifica els mitjans (la pena de mort). D'altra banda, l'utilitarisme només considera subjectes de dret els qui són capaços de sentir plaer i dolor, amb la qual cosa exclou els subjectes en què no es pot mesurar aquesta capacitat (per exemple, els embrions humans) o aquells que han perdut la seua capacitat de plaer (malalts crònics o terminals) perquè hom els considera inhàbils per al seu fi natural (la felicitat en clau de benestar).

Al mateix temps, i de manera sorprenent, els seus principals impulsors en l'actualitat (com Peter Singer) justifiquen la preferència d'invertir recursos a salvar primats superiors sans (goril·les, orangutans) que no humans malalts terminals o nounats amb deficiències greus físiques o psíquiques (projecte Gran Simi). Com es pot veure, l'utilitarisme xoca amb alguna de les nostres intuïcions morals més bàsiques, oblidant que resulta injustificable lesionar els drets i llibertats fonamentals, siga quin siga el fi últim que es pretenga (vegeu les tortures de Guantánamo «per a evitar atemptats»).

#### d) Tradició hegelianomarxista

Es tracta d'un corrent que s'origina en Hegel i es configura plenament amb Marx i els seus successors (encara que Hegel no tenia gens de marxista i Marx només tenia de hegeliana la metodologia). Amb aquesta denominació, s'aglutinen aquells autors que usen el materialisme marxista per a la seua anàlisi i que afirmen, per això, que conceptes com justícia, moral o bondat són pura metafísica i no estan vinculats a la realitat social.

Hegel va establir les bases del mètode dialèctic per a explicar el desenvolupament històric sobre la base de les pròpies i inherents contradiccions i negacions del present que així anticipa el futur. La progressió dialèctica de la història, culmina amb la hipostització de l'estat com la racionalitat feta realitat. Marx va transformar el pensament hegelianista des d'una perspectiva materialista intentant explicar l'origen i estructura de la societat.

Sense embuts, no va elaborar una teoria sobre el dret i l'estat, només va pretendre explicar la realitat social a partir de lleis econòmiques. En la seua concepció, l'estat i el dret són un instrument repressiu de la classe dominant, i la idea de justícia (drets humans), una creació de la societat burgesa. Amb aquest plantejament, al qual es van acollir el socialisme marxista i el comunisme per al seu model d'organització social i política, s'ha d'eliminar el concepte de llibertat propi del liberalisme i es defensa una curiosa idea d'igualtat real (realitzable en una utòpica societat sense classes) a la qual s'arribarà a través del pas intermedi de la dictadura del proletariat. Les contradiccions, apories i horrors d'aquesta tradició, que va assolir mig món i va generar una inexplicable fascinació en intel·lectuals i polítics de gran talla en occident, es desploma estrepitosament (en l'esfera intel·lectual i en l'esfera política) amb la caiguda del mur de Berlín el 9 de novembre de 1989.

#### d) Plantejaments actuals

Amb una connexió major o menor amb aquestes tradicions i línies de pensament, en l'actualitat hi ha un fructífer debat sobre la teoria de la justícia en les societats occidentals, sobretot arran de la publicació en 1971 del llibre *A Theory of Justice* del professor de Harvard John Rawls. Enfront de l'utilitarisme (punta de llança del liberalisme i de la societat del benestar) s'erigeix avui el procedimentalisme o constructivisme ètic que, des de bases kantianes, ha ressuscitat la vella figura del «contracte social» considerant que els principis de justícia que cal aplicar per a legitimar les estructures i les institucions han de provenir d'un consens ciutadà. La clau resideix en el procediment per a aconseguir aquest consens. Analitzarem succintament dos blocs de propostes: les elaborades en el context nord-americà (J. Rawls, R. Nozick i J. Buchanan) i les produïdes des del context europeu (J. Habermas i Karl Otto Apel).

La primera proposta alternativa a l'utilitarisme va ser elaborada per John Rawls, recolzant-se en el llegat intel·lectual de Locke, Spinoza, Rousseau i, sobretot, de Kant.

La teoria de la justícia de Rawls és una proposta molt més complexa del que podem relatar en aquest apartat. La seua aportació i influència en l'àmbit occidental continua sent notable en economia, política, dret i fins i tot en filosofia moral. Ens limitarem a descriure-la succintament. El seu fonament radica a concebre la justícia «com a equitat o com a imparcialitat» i es construeix a partir de dos principis. El primer principi, de caràcter formal (coherent amb la tradició liberal), es formula com a principi d'igualtat per a tots: «cada persona ha de tenir un dret igual al més ampli sistema de llibertats bàsiques compatible amb un sistema similar de llibertats per a tots». El segon principi, de caràcter material, es denomina principi de la diferència o principi d'igualtat d'oportunitats i cerca una distribució justa dels béns primaris tenint en compte els més desfavorits: «les desigualtats econòmiques i socials han de ser estructurades de manera que siguin per a a) major benefici dels més desfavorits, d'acord amb un principi



d'estalvi just, i b) de manera que les càrregues i les funcions siguin assequibles a tots, sota condicions d'igualtat d'oportunitats». Dins de la concepció de Rawls el primer principi és de rang jeràrquicament superior respecte al segon.

Tota la construcció teòrica de Rawls —els seus principis bàsics— es recolza en una ficció, una espècie d'hipotètic estat de naturalesa, que ell anomena la posició original, en què els subjectes participants han de decidir, sota determinades condicions, sobre els principis de justícia que regiran la seua societat. Per a evitar que aquesta decisió es veja influïda per les seues passions o els seus propis interessos particulars, se'ls sotmet al denominat vel de la ignorància, això és, a decidir sense saber el lloc que ocuparan en la societat, ni tenir en compte les seues habilitats i capacitats individuals, encara que puguen tenir un coneixement de tipus general. Aquest vel de la ignorància té profundes reminiscències kantianes i serveix per a garantir la imparcialitat de la decisió i formular per consens els principis de justícia pels quals s'han de regir. Com es pot veure, la teoria de la justícia de Rawls ha ressuscitat la vella categoria del contracte social entenent que la clau del just i de l'injust en una organització social es troba en la voluntat dels ciutadans, quan aquests segueixen unes certes regles procedimentals per a prendre les decisions.

Són moltes les crítiques que s'han abocat sobre la teoria de Rawls. Des dels qui veuen impossible una concordança entre el principi d'igual llibertat per a tots i el principi de diferència (rememorant així les tensions entre la justícia formal i la justícia material), i conceben aquesta teoria com un perill per a la societat del benestar. També hi ha els qui troben una tensió irresoluble entre els pressupòsits empiristes i els racionalistes de base kantiana. Uns altres critiquen la idea de posició original i mostren la impossibilitat que uns éssers sotmesos al vel de la ignorància siguin capaços de triar principis de justícia.

En el vessant liberal de Rawls, han sorgit un altre tipus de propostes molt més radicals (llibertàries) com la de Robert Nozick formulada en el llibre *Anarquia, estat i utopia*. Aquesta teoria ha servit de base als partits conservadors de tall anglosaxó. Nozick es basa en la teoria contractualista de Locke per a defensar un estat exclusivament vigilant i policia, no intervencionista, allunyat de les preocupacions socials, que denomina estat mínim, l'objectiu del qual és garantir únicament els drets naturals dels individus, és a dir, l'esfera de l'autonomia privada i el dret de la propietat. Proposa una forma d'organització social, que apareix gradualment des de l'estat de naturalesa, i en la qual els individus, segons la seua força i els seus béns, es van associant en agències de protecció amb la finalitat de garantir la seguretat individual. El conjunt d'aquestes formes privades d'associació és l'estat mínim, que només tindria les competències pròpies del vell estat liberal vuitcentista: sobretot garantir el lliure mercat (dret de propietat i lliure transferència de béns). Heus ací el fonament de la desregulació i de la privatització de tot servei públic.

Avui les seues propostes resulten suggeridores per a alguns, en una situació de crisi econòmica i fallida dels estats, avalant el desmantellament de l'estat del benestar. No obstant això, la proposta pateix seriosos problemes teòrics i pràctics. Especialment, perquè la seua construcció, això és, el procés des de l'estat de naturalesa fins a l'estat mínim, es produeix a partir d'una espècie de «mà invisible» que va guiant les actuacions dels individus. Es tracta d'un pur artifici que resulta completament fictici. D'altra banda, la no-intervenció de l'estat en l'àmbit econòmic i la desregulació de les finances han tingut com a resultat, en aquests últims anys, l'aparició dels vells fantasmes que van

liquidar l'estat liberal (crisi econòmica, violents conflictes socials, grans bosses de pobresa i col·lapse del sistema).

En l'àmbit europeu, han sigut Jürgen Habermas i Karl Otto Apel els qui han proposat una teoria ètica, de base kantiana, tendent a legitimar un consens social sobre determinats principis de justícia. No obstant això, els seus orígens, la teoria de Habermas s'acosta bastant al que defensa per Rawls. La denomina *teoria de l'acció comunicativa*, segons la qual les bases de l'ètica són bases consensuals en la mesura que és possible aconseguir un consens ètic en una comunitat a través del diàleg sobre determinats postulats morals que legitimen la societat. En aquesta teoria, un element important és el principi d'universalitat en el sentit kantianà, pel qual tots aquests postulats han de tenir una validesa universal, no poden basar-se en un consens merament circumstancial. Per a garantir la universalitat, imagina una situació ideal del diàleg en la qual, de manera paral·lela a la posició original de Rawls, els participants facen les seues aportacions sense obstacles personals i externs que ho dificulten. En realitat, aquesta situació no és un fet real o un element fàctic, ni tampoc una mera hipòtesi formal, pretén ser una predisposició al fet que quan dialoguem sempre tinguem present aquesta situació ideal per a poder efectuar les nostres comunicacions de tal manera que hom puga arribar a parlar d'un autèntic consens racional. Aquest consens garanteix una objectivitat de les normes i dels valors en la mesura en què els pressupòsits sobre els quals es basa pugen ser generalitzables.

## TEMA 9. ELS DRETS HUMANS COM A EXPRESSIÓ DE LA JUSTÍCIA

1. Els drets humans com a expressió de la justícia.
2. El concepte de drets humans
3. El fonament dels drets humans
4. Notes dels drets humans

### 1. Drets humans com a expressió de la justícia

A ningú li és aliena avui dia l'expressió «drets humans». S'han convertit en un signe que caracteritza la nostra època i la nostra cultura, en un patrimoni sagrat del llenguatge actual, en una espècie de «lloc comú» de tota reivindicació política, social o cultural; en una referència ineludible de totes les propostes i models actuals d'organització social; però també, no poques vegades, en un simple tòpic. No obstant això, avui dia hi ha un consens universal sobre que els drets humans expressen el contingut fonamental de la idea de justícia; és a dir, que constitueixen el mínim —o el màxim— de justícia indiscutible. D'aquí ve que en el seu reconeixement i la seua protecció residisca el criteri últim pel qual es mesura la legitimitat de qualsevol ordre polític, social, econòmic o jurídic.

Podem caracteritzar provisionalment els drets humans, com uns drets fonamentals i bàsics de l'ésser humà: fonamentals perquè es tracta d'un grup de drets d'especial importància, destinats a protegir els fonaments essencials de la condició humana: la pròpia «humanitat» de l'ésser humà; bàsics perquè estan destinats a satisfer les exigències bàsiques de l'ésser humà derivades de la seua dignitat: tant les referides a la llibertat i la igualtat, inherents a la seua condició de persona, com les relatives a la solidaritat, inherents a la seua condició de subjecte social. Amb els drets humans es tracta, doncs, de tutelar els béns essencials de tot ésser humà: quant a la possibilitat mateixa de la seua existència (protecció de la corporeïtat), al seu lliure i original desenvolupament (protecció de la llibertat) i a les exigències de la convivència social (protecció de la igualtat i la solidaritat). Totes aquestes exigències estan radicalment vinculades a l'elenc de les necessitats humanes més essencials.

Precisament per això, avui dia resulta indiscutible que els drets humans abasten el contingut substancial del que la nostra societat entén per justícia, ja que s'hi reflecteix l'expressió més unànimement acceptada de les exigències de llibertat, igualtat i solidaritat dels éssers humans. En altres paraules, avui dia es pot afirmar que el contingut de la justícia consisteix en el reconeixement, respecte i protecció dels drets humans, en tant que exigències fonamentals de l'ésser humà. D'altra banda, la rellevància que ha adquirit avui la noció de drets humans té molt a veure amb l'assoliment històric aconseguit el desembre de 1948 amb la proclamació de la Declaració Universal de Drets Humans (DUDH).

Si bé és cert que els drets humans s'han convertit en una font important de consens (consens generalitzat quant al seu reconeixement), també és veritat que el preu a pagar per aquest consens és una profunda imprecisió conceptual (molt diferents maneres d'entendre'ls i fonamentar-los). Tanmateix, les qüestions de concepte i de fonamentació

resulten indispensables per a poder determinar el contingut d'aquests drets o les maneres de resoldre possibles conflictes entre aquests drets. Per exemple: és una exigència de la igualtat el matrimoni homosexual?; és l'embrió humà un subjecte de drets humans?; es pot disposar de la pròpia vida?

## 2. El concepte de drets humans: Què significa «tenir un dret»?

Els drets humans són una classe particular de drets; és a dir alguna cosa que connecta amb els significats que aquesta expressió té en el dret privat o públic: capacitats, facultats, poders, etc. D'aquí ve que a l'hora de caracteritzar els drets humans hàgem de precisar què significa per a un subjecte «tenir un dret». Per a explicar això, en la teoria del dret s'han formulat dos tipus de teories: les denominades teories de la voluntat (el dret és la voluntat del subjecte jurídicament protegida) i les denominades teories del bé o de l'interès (el dret és l'instrument que protegeix el bé o l'interès bàsic d'un subjecte).

### a) Les teories de la voluntat

Cronològicament, són les primeres que es formulen, lligades a l'elaboració de la categoria tecnicojurídica del dret subjectiu, noció que presenta un marcat caràcter voluntarista (directa relació entre el dret i la voluntat del subjecte). El concepte de dret des d'aquesta perspectiva voluntarista és considerat com a domini, potestat, llibertat de triar, facultat de disposar. Parteix d'una imatge de l'home capaç de dominar-se a si mateix i a la naturalesa i capaç d'oposar-se als altres. Al subjecte se'l considera com un individu autosuficient.

La concepció voluntarista dels drets sorgeix amb el nominalisme medieval, concretament en l'obra del franciscà britànic Guillem d'Occam (1290-1349).

Passa després al jusnaturalisme racionalista amb Grotius (1583-1645), que considera el dret subjectiu com a manifestació de l'autonomia de la voluntat. Va ser Locke (1641-1699) qui va concebre els drets humans a imatge del dret de propietat; és a dir, són propietats que el subjecte posseeix i amb els quals pot comerciar igual que amb qualsevol altre bé (un pot vendre la seua llibertat, o la seua vida o qualsevol altra de les seues propietats). Locke afirma que els drets naturals de tot home són: la vida, la salut, la llibertat i la propietat. Per això afirma que l'home té la propietat de la seua vida, de la seua salut, de la seua llibertat i de les seues possessions.

Aquesta concepció voluntarista dels drets passa en el segle XIX a l'escola històrica del dret (Savigny) i a la Jurisprudència de conceptes (Puchta, Windscheid), amb els quals culmina l'elaboració tecnicojurídica de la categoria del dret subjectiu. El gran defensor de la teoria de la voluntat en el segle XX va ser H. L. A. Hart, un dels autors més representatius del positivisme anglosaxó. El contingut dels drets es materialitza en actes de voluntat: facultat de triar, d'optar. Es podria sintetitzar en el següent lema: «tinc autonomia, després tinc drets»; és a dir, els drets em serveixen per a poder edificar el meu propi projecte de vida amb independència d'uns altres.

Els drets humans poden conceptuar-se acudint a la noció de dret oferida per les teories de la voluntat? Actualment, va guanyant terreny com a concepció dominant dels drets humans en les societats occidentals. No obstant això, hi ha profundes incoherències si es tracta d'explicar amb aquestes teories la naturalesa dels drets humans.

La concepció voluntarista del dret subjectiu és vàlida per a defensar l'autonomia moral i la intimitat del subjecte; l'exclusió de coacció en la vida personal, familiar i espiritual: l'esfera privada, la *privacy*. En definitiva, per a defensar l'ésser humà com a subjecte moral a través de les llibertats personals. Però quan el voluntarisme identifica l'autonomia amb l'autarquia i l'autosuficiència i concep els drets com a pretensions il·limitades es produeix el següent:

a) Atempta contra la universalitat, ja que no reconeix titularitat de drets sinó als qui són individus autònoms, això és, als qui tenen capacitat d'emetre una voluntat, de tenir un projecte personal de vida. Amb això, s'exclou de la condició de subjecte de drets (o s'afebleix molt aquesta titularitat) aquells que no poden exercir-los per si mateixos, els subjectes que no són autònoms: els no nascuts, incapaços, minusvàlids psíquics, ancians, malalts terminals o en coma, futures generacions.

b) En la mesura en què la propietat apareix com l'arquetip dels drets es tendeix a concebre els drets humans com a disponibles. D'aquesta manera, en negar la seua condició d'irrenunciables, els drets es poden girar contra el seu propi titular (l'alienació del meu dret a la llibertat em pot convertir en un esclau). Sense entrar en altres consideracions, la disponibilitat dels drets posa fi a la protecció dels treballadors (cas dels immigrants), a la intimitat (televisió fem) o a la pròpia vida (eutànasia).

Tot això indica que les teories de la voluntat no són vàlides per a explicar la verdadera naturalesa dels drets humans com a exigències irrenunciables de la dignitat de l'ésser humà, ni el seu caràcter universal, ni la seua funció protectora d'aquests béns fonamentals. D'ací vela necessitat de trobar una altra concepció del dret que aconseguisca respectar aquests elements.

b) Les teories del bé o de l'interès

La denominada teoria de l'interès legítim va sorgir a Alemanya, en el segle XIX, de la ploma de R. von Jhering (+1892), per a qui un dret no és altra cosa que un «interès jurídicament protegit», i d'O. von Gierke (+1921). Posteriorment, ha sigut reformulada, entre altres, per N. McCormick, per a qui un dret és «un bé tutelat per l'ordenament jurídic».

L'encert més gran d'aquestes teories del bé jurídic protegit radica a destacar que per a posseir drets no cal voler-los (expressar una voluntat) ni tan sols fa falta ser conscient que un els vol. N'hi ha prou que existisca un interès objectiu, un bé, una necessitat que haja de ser protegida, una manca que haja de ser suplida, perquè el dret haja d'articular jurídicament la protecció i garantia d'aquest bé per al subjecte. La seua proposta podria sintetitzar-se en el lema següent: «tinc necessitats, després tinc drets»; és a dir, necessite determinats béns per a desenvolupar-me com a persona i tinc capacitat jurídica per a gaudir d'aquests béns, perquè llavors soc titular dels drets que els garanteixen.

El dret es concep, doncs, com a mitjà de satisfacció de les necessitats bàsiques, com a remei a les mancances. Aquesta concepció va estar en la base de la Declaració Universal de Drets Humans del 48.

Aquesta teoria presenta un nivell explicatiu molt major del que realment són els drets humans. D'entrada, s'evita la tradicional distinció (pròpia del dret privat i públic) entre capacitat jurídica (capacitat per a ser titular dels drets) i capacitat d'obrar (capacitat d'exercici dels mateixos) que només tenen els adults. Amb això, s'obri el camp perquè la titularitat dels drets es pugui estendre a tots els éssers humans, amb independència que siguin o no jurídicament capaços (no nascuts, ancians, malalts, fins i tot les futures generacions).

D'altra banda, se subratlla també la realitat interdependent de l'ésser humà, l'exercici dels drets del qual exigeix reciprocitat. Cap dret pot basar-se exclusivament en la voluntat, ni ser una pretensió incondicionada, és imprescindible respectar el nexa existencial amb els altres. Respecte a la dignitat i reciprocitat en el tracte amb l'altre és la clau dels drets. Es tracta també d'una concepció no il·limitada dels drets, tal com apareix en l'art. 29 de la Declaració Universal quan es refereix al respecte dels drets dels altres i als deures amb la comunitat, perquè només en aquesta pot la persona desenvolupar lliurement i plenament la seua personalitat. En el Conveni Europeu hi ha referències constants als límits dels drets, deguts al necessari respecte als drets dels altres i a la salvaguarda de determinats fins d'interès general (articles 8, 9, 10, 11 CEDH).

La teoria de l'interès, en subratllar la compenetració entre dret i deure i el caràcter inalienable dels drets, guarda major relació amb la manera de comprendre els drets en altres cultures, especialment Àfrica i Àsia, on l'economicisme i el voluntarisme són absents. Així, la Declaració Americana de Drets i Deures de l'Home, de 2 de maig de 1948, la Convenció Americana de Drets Humans, de 1969 i la Carta Africana sobre Drets Humans i dels Pobles, de 1981 (en vigor des de 1986), destaquen la importància de la responsabilitat i dels deures en relació amb la família, la societat, l'estat i la comunitat internacional.

c) El que aporta el qualificatiu «humà» a aquests drets

Quina especificitat tenen els drets humans respecte d'altres drets que no són drets humans? Quan parlem de drets humans, òbviament, no parlem del mateix tipus de dret que tenen els accionistes de les societats anònimes o els titulars d'un crèdit hipotecari. És el mateix llenguatge el que indica, d'alguna manera, el seu caràcter intrínsec i inherent a la condició d'ésser humà. En altres paraules, un dret humà és un instrument que protegeix béns intrínsecament lligats amb la dignitat de l'ésser humà. Això té dues conseqüències:

1) Que tot individu humà —tot membre de l'espècie humana— és persona; és a dir, és subjecte titular de drets. Això s'ha d'afirmar enfront dels qui defensen el denominat personisme (distinció entre simples «éssers humans», no titulars de drets, i «persones», que serien els subjectes de drets). En aquest sentit, a l'art. 6 de la Declaració Universal de Drets Humans estableix que «tot ésser humà té dret, a tot arreu, al reconeixement de la seua personalitat jurídica».

2) El bé jurídicament protegit pels drets humans és el mateix ésser humà, com a corporeïtat (vida i salut) i com a espiritualitat (llibertat i consciència), intrínsecament

units. Això és el que som els éssers humans: corporeïtat espiritualitzada, dotada de consciència i llibertat i, al revés: esperit, llibertat i consciència encarnats. Aquest bé jurídicament protegit en els drets humans no és el fet de tenir (una cosa extrínseca a l'ésser humà), sinó el nostre mateix ser, una cosa que és intrínseca a nosaltres mateixos. Per aquesta raó, des d'un punt de vista general, els drets humans són drets a ser i no solament drets a tenir uns béns o a gaudir d'uns serveis.

### 3. El fonament dels drets humans

Després de la Declaració Universal del 48, molts autors van entendre que no feia falta buscar un fonament als drets humans. El mateix J. Maritain deia que gent de països tan diversos va estar d'acord a aprovar aquesta Declaració, amb la condició que no se'ls preguntara el perquè. Per a N. Bobbio, a partir de llavors, el veritablement important radicava en l'efectivitat i garantia d'aquests drets, no a discutir-ne el fonament. Basta com a fonament el reconeixement internacional adquirit per aquesta Declaració.

Però excloure el problema del fonament no és tan rendible com sembla. Tot acord és fràgil si no està fundat sobre la raó. Un simple consens pot deixar de ser-ho i formar-se'n un altre en sentit contrari. No fonamentar el contingut suposaria una enorme reculada respecte als qui han argumentat racionalment per a establir quins eren i quin era el contingut dels drets humans. D'ací ve la importància de continuar aprofundint en el tema. De les diverses teories que hi ha hagut sobre aquest tema, la que aconsegueix fonamentar d'una manera més sòlida l'existència i l'especificitat dels drets humans, en coherència amb l'expressat en la Declaració universal del 1948, és la proposta pel jusnaturalisme.

El jusnaturalisme, com sabem, afirma que el contingut del dret no és discrecional, sinó que es recolza en la naturalesa de les coses. A partir d'ací, considera que el fonament dels drets humans es troba en la dignitat humana de tots i cada un dels éssers humans. Els seus postulats podem sintetitzar-los en tres punts:

a) Tots els éssers humans són dignes perquè són únics i irrepetibles

La definició més avaluada sobre la dignitat, com sabem, és l'oferta per Kant en la seua obra *Fonaments de la metafísica dels costums*: «L'ésser humà ha de ser tractat sempre com un fi i mai com un mitjà». El fonament de la dignitat radica, doncs, en el fet que tota persona té «dignitat» perquè és única i irrepetible i és, per tant, irremplaçable, mentre que les coses poden ser reemplaçades per unes altres, i per això tenen un «preu». Aquest caràcter únic significa que la persona no forma part d'una sèrie. És el que els clàssics deien subsistència (existir en si i per a si). Ho apreciem perfectament amb les persones que ens importen i que estimem: les sentim i considerem irremplaçables. El dret és l'instrument que ens exigeix contemplar a tots els éssers humans com a únics i insubstituïbles i, per tant, ens obliga a respectar-los. Ser persona implica ser capaç d'estimar (veure en tot altre un ésser únic) i de respectar a tot semblant (reconèixer a tot un altre com un igual). Per això, només l'amor i el dret plantegen un tracte adequat al que exigeix la dignitat de la persona.

El gregarisme (la massificació) que redueix la persona a un mer element d'un conjunt o una sèrie, i l'economicisme, segons el qual tot té un preu (és reductible a diners),

contribueixen a afeblir el respecte degut a l'ésser humà. Res atempta més contra la dignitat de la persona que valorar-lo en funció del col·lectiu o grup en què s'integra. La reducció de l'ésser humà a un número de sèrie és propi dels règims totalitaris i dels camps de concentració que són la seua conseqüència. És l'origen del racisme i de la xenofòbia. La primera exigència de la dignitat humana és la il·licitud de la seua instrumentalització, del seu ús com un mitjà i no com un fi en si mateix. La dignitat exigeix el reconeixement cap a tota persona d'un respecte absolut per la seua condició d'«algú» i no merament d'«alguna cosa». Aquest plantejament significa rebutjar tota violència contra l'ésser humà: tortura, pena de mort, guerra, avortament i tota classe de manipulació.

b) Els éssers humans són dignes en si més enllà del seu comportament. Els éssers humans són possibilitat, capacitat de projecte (com es manifesta de manera paradigmàtica en la pel·lícula *Gattaca*). Som molt més del que fem. Som, a més, el que podem ser (d'ací la profunda perversitat de missatges com «ets el que menges» o «ets el que escoltes»). Som humans per la nostra condició ontològica (pertanyem a l'espècie *Homo sapiens*), però la nostra humanitat és una cosa que es pot desenvolupar i aprofundir infinitament (cultura, ciència, art, llenguatge...).

D'aquí ve que tots siguem igualment humans encara que tinguem graus molt diferents de desenvolupament del nostre potencial humà. No hi ha éssers humans que siguin més «humans» que uns altres perquè siguin més intel·ligents, bells o àgils. *Homo homini par*, deia Joan Lluís Vives, que podria traduir-se amb paraules de Machado: «Ningú és més que ningú». I per això, en tant que éssers humans, ningú és més digne que un altre. Per això, és important distingir entre dignitat ontològica (dignitat per ser humà) i dignitat moral (dignitat en funció del que es fa, de les virtuts que es tenen). La dignitat humana de la qual participem tots és l'ontològica, aquella que està per damunt del comportament. Aquesta és la diferència entre el cristianisme (que va defensar des de l'inici la igual dignitat de tot ésser humà) i l'estoïcisme (que proclamava una dignitat basada en la virtut i una desigualtat essencial entre els homes). Aquest missatge significa afirmar que tot ésser humà és digne, independentment del seu comportament ètic.

c) Tot ésser humà és digne en la seua dimensió racional i corporal

Això es deu al fet que cadascun de nosaltres som indissociablement consciència i corporalitat; per tant, jo «soc» el meu cos (no sols és que jo «tinc» un cos) i la meua consciència, la meua racionalitat, es manifesta a través d'actes corporals. Això es tradueix en un deure moral i jurídic de respecte al propi cos i de respecte a aquelles persones la corporalitat de les quals està en formació (embrions i fetus humans) o s'ha afeblit substancialment (malalts, discapacitats i dependents) o a penes és capaç de realitzar les seues funcions orgàniques bàsiques (malalts terminals).

En l'àmbit de la corporalitat, continua pendent la urgent tasca d'erradicar la misèria en la qual viuen mil cinc-cents milions d'éssers humans en el món i aconseguir l'accés a condicions de vida digna per a tots. Cal recordar el principi bàsic del «destí universal dels béns» i imposar límits al mercat mitjançant el reconeixement dels béns *extra commercium*.



#### 4. Notes dels drets humans

Les notes (o trets) que tradicionalment han caracteritzat i identificat els drets humans són bàsicament tres: universalitat, inviolabilitat, inalienabilitat. Va ser molt més tard (Conferència de Viena de 1993) quan va prendre cos una quarta nota: la indivisibilitat o integritat dels drets.

##### a) Universalitat

La universalitat com a nota característica dels drets humans fa referència, primordialment, a la titularitat (universal) de tals drets: tots els éssers humans són igualment titulars de tots els drets humans. La vocació d'universalitat és un tret essencial i inherent a la idea de drets humans des dels seus orígens. En l'actualitat, no obstant això, hi ha una preocupant tendència a problematitzar i qüestionar aquesta nota essencial, fonamentalment des de dues perspectives: la realitat pluricultural del planeta (al costat del pretès etnocentrisme d'Occident) i la falta d'una garantia o cobertura universal per als drets.

Aquest qüestionament es recolza, almenys en part, en la confusió de dos plans diferents: el de la universalitat com a nota del concepte de drets humans i el de la universalitat com a qüestió de fet. El segon dels aspectes no admet discussió possible: és obvi que els drets humans no es troben avui garantits a escala planetària (universal) ni tampoc han sigut adequadament reconeguts i garantits en tots els períodes històrics. Ara bé, una cosa és constatar aquesta qüestió de fet i una altra cosa és deduir que la universalitat ja no és vàlida com a nota característica del concepte de drets humans. Tot i que els drets van ser, a l'origen, un simple text redactat en un paper i sense eficàcia real, no van deixar per això de nàixer des de la universalitat i per a la universalitat.

Convé, doncs, evitar un plantejament simplista de la universalitat. És necessari fer una interpretació concreta (no abstracta) de la universalitat. Què significa això? Doncs significa que la universalitat no s'ha d'entendre en el sentit que tots els drets humans corresponguen a tots els éssers humans en tot moment i en qualsevol circumstància, perquè això no és així en tots els casos. La universalitat com a nota del concepte de drets humans és una cosa abstracta, però no és una cosa genèrica: «tots per a tots i sense distinció». Entendre-ho així contribueix a devaluar-los i a dificultar-ne la realització efectiva per part dels seus titulars. Cal distingir i concretar.

Els drets humans, que podem denominar troncal o bàsics, sí que gaudeixen d'aquesta universalitat abstracta. Això és, la corporeïtat (vida i salut) i la llibertat (l'espiritualitat, la consciència). Així doncs, la defensa de tot ésser humà i de la seua dignitat, siga quina siga la seua condició cultural, geogràfica o política, exigeix que li siguen protegits els béns de la vida, la salut i la llibertat. Però hi ha una altra sèrie de drets la peculiaritat dels quals opera en funció de les diverses situacions vitals (per exemple, ser un xiquet; o ser minusvàlid; o ser refugiat, o immigrant; o simplement estar detingut). En aquests casos, la situació vital singularitza la universalitat, la converteix en un factor de concreció i no d'abstracció. Igual succeeix amb aquells drets que operen en funció dels diversos papers socials i institucionals de l'individu (per exemple, com a treballador, o com a mare o pare, o com a jubilat) o aquells drets que s'especifiquen en funció de la pertinença a una determinada cultura o religió, o per tenir una llengua.

Els drets dels detinguts no els tenen pròpiament els qui estan lliures. La major part dels drets socials (encara que no tots), són pròpiament drets dels treballadors que no afecten els qui no ho són. La llibertat d'educar als fills o de triar centre d'ensenyament és un dret dels pares. Si incorrem en una interpretació simplista de la universalitat, estariem oferint un argument per a negar a aquesta mena de drets (socials) el caràcter de drets humans, ja que la seua titularitat no abasta tots els éssers humans, sinó només els treballadors, els presos, els progenitors, els minusvàlids...

La universalitat s'ha d'entendre, doncs, en el sentit que els drets pertanyen a qualsevol ésser humà, sense cap excepció, i mentre es trobe en la situació vital específica que li concedeix la titularitat (mentre siga xiquet, minusvàlid, treballador, mare o pare, estiga detingut...); i també mentre reunisca les condicions exigibles per al seu exercici (quan tinga edat núbil per a casar-se, o la majoria d'edat per a exercir el sufragi...). En definitiva, la universalitat dels drets humans és, abans de res, una universalitat dels subjectes, no dels preceptes. Es tracta de reconèixer a tot ésser humà el dret a tenir drets; això és, la condició de subjecte de drets (el que el dret privat entén com a personalitat jurídica). Però la concreció dels seus drets serà determinada per la seua situació vital específica, per la seua posició social institucional, per la seua peculiaritat cultural, religiosa o lingüística, etc.

#### b) Inviolabilitat o caràcter absolut

El segon dels trets, tradicionalment atribuïts als drets humans, és la inviolabilitat o caràcter absolut. Els textos constitucionals d'alguns països al·ludeixen expressament a aquesta nota. Entre els més representatius hi ha l'article 1 de la Llei fonamental alemanya: «La dignitat de l'ésser humà és intangible. El poble alemany proclama, per tant, els drets de l'home, inviolables i inalienables, com a fonament de tota comunitat humana, de la pau i de la justícia en el món».

També la Constitució espanyola, en l'article 10.1, recull expressament aquesta nota característica: «La dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents, el lliure desenvolupament de la personalitat, el respecte a la llei i als drets dels altres són fonament de l'ordre polític i de la pau social».

La inviolabilitat (o el caràcter absolut) dels drets humans indica que els béns protegits per aquests drets no poden ser violats; és a dir, que exigeixen un respecte total i incondicionat per part de qualsevol subjecte i per part dels poders públics. Naturalment, si la nota s'interpreta en sentit absolut, això significaria descartar qualsevol excepció en aquesta garantia o respecte, cosa que portaria a una greu contradicció teòrica i jurídica, ja que pot donar-se, a vegades, una col·lisió entre béns fonamentals (per exemple, entre llibertat i vida) i cal establir una prelació o jerarquia entre ells perquè, en determinades circumstàncies, un cedisca en benefici d'un altre quan es considera més essencial, cosa que resultaria impossible si no hi haguera excepcions en el caràcter absolut. En conseqüència, cal precisar bé l'abast i significat de la inviolabilitat. Hem de partir de la constatació que cap dret humà és il·limitat. La jurisprudència dels diversos tribunals nacionals i supranacionals ha constatat tres tipus de límits en relació amb els drets humans:

1. Límits immanents. Els drets humans estarien limitats pel seu contingut propi, que mai

és il·limitat. En la jurisprudència espanyola, aquest límit es va evidenciar en una coneguda sentència del TC, 120/1990, de 27 de juny (relativa a la vaga de fam dels presos del GRAPO). S'hi estableix que el dret a la vida protegeix el bé de la vida, i d'aquí ve que el contingut del dret excloga una disposició il·limitada d'aquest bé fins al punt de destruir el mateix bé. En conclusió, el dret a la vida no inclou la possibilitat de posar fi a la pròpia vida (un suposat dret a la mort).

2. El contingut dels drets pot ser limitat per fins d'interès social protegits per l'ordenament jurídic: l'ordre públic, la seguretat, la salut, la moral social o pública, el benestar general, etc. Aquests límits són habitualment admesos en tots els estats democràtics. També els documents sobre drets humans de caràcter internacional (art. 29.2 *in fine* de la DUDH) o constitucional, preveuen aquesta limitació davant determinades circumstàncies (estats d'emergència, epidèmies, etc.). La Constitució espanyola i la jurisprudència del TC exigeixen dos requisits bàsics per a justificar tals limitacions: *a*) que la limitació siga necessària per a salvaguardar un altre bé jurídic de rang constitucional; *b*) no violar en cap cas el contingut essencial del dret al qual fa referència l'art. 53.1 de la CE.

El contingut essencial es converteix així en un element clau en la configuració dels drets humans. Prieto Sanchis ho ha definit com el «límit dels límits»; és a dir, un reducte infranquejable que mai no pot ser vulnerat, siga quina siga la circumstància. És el nucli irreductible de la inviolabilitat dels drets: el contingut mínim exigible perquè es pugui parlar de vertader respecte a la dignitat de l'ésser humà en el bé essencial de què es tracte. La STC 11/81, de 8 d'abril, ho ha definit com «la naturalesa jurídica del dret preexistent a la seua formalització legislativa».

3. També poden ser limitats pel concurs d'altres drets humans. Som davant el denominat conflicte de drets. Quan es produeix no hi ha solucions generals *a priori* (o en abstracte) per a resoldre la situació. No podem establir una jerarquia entre els drets humans. És imprescindible atendre les circumstàncies del cas concret i efectuar un judici ponderatiu, en virtut de la importància relativa de cada un dels drets en conflicte; és a dir, tenint en compte el pes i la incidència que tenen en el cas concret plantejat. I tot això ha de fer-se preservant sempre el contingut essencial d'aquests drets. Només hi ha una excepció al judici ponderatiu en el conflicte de drets: el dret a la vida preval sempre sobre els altres drets. Perquè en aquest tot és contingut essencial (no es pot estar més o menys viu). I també, perquè la vida és condició necessària per a l'existència de tots els altres drets (STC 53/1985, d'11 d'abril).

#### c) Inalienabilitat dels drets

Aquesta nota és expressament recollida en el preàmbul (par. 1) de la Declaració Universal de 1948 («... el reconeixement de la dignitat intrínseca i dels drets iguals i inalienables de tots els membres de la família humana»). Dels tres trets tradicionalment atribuïts als drets humans, la inalienabilitat és el més qüestionat actualment, pel fet que s'oposa al caràcter disponible dels drets que impedeix als seus titulars utilitzar-los a imatge del dret de propietat.

La inalienabilitat significa, en general, la impossibilitat de disposar (físicament o jurídicament, totalment o parcialment, temporalment o definitivament) dels drets humans per part del seu titular. Podrem qualificar, doncs, un dret d'inalienable quan el

seu titular no en pot disposar «jurídicament» (renunciar, vendre o donar) ni tampoc pot destruir totalment o parcialment el bé objecte del dret, impossibilitant el seu exercici. Si considerem inalienable, per exemple, el dret a la integritat física, el seu titular no en podria disposar jurídicament (vendre una part determinada del seu cos o una funció corporal), ni tampoc disposar-ne físicament (mutilar-se voluntàriament). D'acord amb aquests pressupòsits, caldria definir la inalienabilitat com aquella qualitat distintiva que impedeix al titular del dret realitzar sobre ell cap mena d'actes de disposició que faça impossible el seu futur i ple exercici i gaudi. D'altra banda, caldria qualificar de dret inalienable «aquell dret el titular del qual mai no el pot perdre, independentment del que faça». Ací entendríem per perdre «la renúncia per la qual el titular simplement abandona el seu dret». Drets inalienables són, doncs, aquells que no poden perdre's per cap mena de disposició: són intransmissibles, irrenunciables i imprescriptibles.

La nota de la inalienabilitat posa en relleu la necessitat de defensar els drets fins i tot enfront de la voluntat del subjecte titular d'aquests. Significa que «el mateix subjecte està obligat a respectar els seus propis drets» (els drets humans són, al mateix temps, obligacions). No hem de confondre inalienabilitat i inviolabilitat. La inviolabilitat és un límit que s'imposa a la conducta de tercers (diferents del titular del dret) per a no vulnerar els drets dels altres. La inalienabilitat és un límit imposat al mateix titular del dret, que és obligat a respectar els seus propis drets. La transcendència jurídica de la inalienabilitat consisteix, precisament, en el fet que l'acte de disposició del titular seria nul de ple dret i, per tant, mai no produiria els efectes jurídics desitjats (un no podria vendre mai la seua pròpia llibertat i signar un contracte d'esclavitud, com tampoc no podria vendre un ull o un renyó).

Els béns que són objecte de protecció per part dels drets humans gaudeixen d'una especialíssima rellevància perquè deriven de les exigències inherents a la dignitat de la persona humana, i d'aquí ve que hagen de ser respectats i protegits amb particular obstinació, fins i tot contra la voluntat del mateix subjecte titular. Per què? Perquè la dignitat de l'ésser humà no és opcional, és una cosa que li ve donada inexorablement: cap ésser humà pot renunciar a aquest atribut perquè forma part essencial de la condició humana. De la mateixa manera que no és opcional ser o no ser persona humana, tampoc és opcional tenir o no tenir dignitat. Es tracta d'una qualitat que un no es confereix a si mateix, sinó que està intrínsecament lligada a la naturalesa humana.

En definitiva, la dignitat de l'home és inalienable: ningú no pot renunciar ni desposseir-se'n, perquè ningú no pot pretendre no manifestar-se o no ser tractat d'acord amb la seua condició d'ésser humà. En conseqüència, tampoc ningú no pot renunciar o desposseir-se dels drets humans, que es funden en la dignitat humana, perquè la seua funció és precisament la de garantir que tot subjecte humà es manifeste i siga tractat sempre d'acord amb la seua dignitat de tal; d'aquí ve que els drets humans siguen inalienables i que la inalienabilitat siga una nota essencial que defineix als drets humans. Ningú no pot desposseir-se dels drets humans (renunciar-hi o alienar-los), perquè són la manifestació jurídica de la dignitat humana.

Afirmar que els drets humans són inalienables suscita una qüestió: és obligatori exercir-los sempre i en tot cas? En efecte, el dret a la integritat física és sempre exigible i ha de respectar-se sempre i en tot cas; d'aquí ve que mai i sota cap circumstància siga lícit sotmetre a ningú a cap mena de tortura (la tortura atempta sempre contra la dignitat de l'ésser humà, amb independència de les seues motivacions). No obstant això, no sembla

tan raonable exigir a qui gaudeix del dret a la intimitat que mai i sota cap circumstància pugui publicar els seus diaris íntims, en el cas que els haguera escrits; o que qui gaudeix del dret a la llibertat d'expressió tinga sempre i en tot cas l'obligació de parlar i exposar públicament les seues opinions. Per això cal distingir entre la titularitat dels drets i el seu exercici efectiu. No és el mateix renunciar a un dret que renunciar al seu exercici. Quan parlem d'inalienabilitat fem referència a la titularitat dels drets; és a dir, a la seua atribució a tot ésser humà com a exigència ineludible i irrenunciable de la seua dignitat, però això no significa que hagen de ser obligatòriament exercits sempre i en tot cas; en efecte, el titular d'un dret pot optar en un determinat moment per no exercir-lo, o per sacrificar-lo altruïstament. La inalienabilitat, doncs, no obliga el titular d'un dret a exercir-lo, però sí que el protegeix enfront de la impossibilitat d'exercir-lo o l'obligació imposada de sacrificar-lo. És a dir, cal renunciar voluntàriament i en un cas concret a l'exercici d'un dret, però no cal obligar-se, o ser obligat, per principi a renunciar a un bé objecte d'un dret, perquè això suposaria renunciar *de facto* a la seua titularitat i, com hem vist, les exigències de la dignitat humana ho impedeixen.

En definitiva i deixant a part l'existència dels denominats drets-deure (l'escolarització obligatòria constitueix l'exemple clàssic), el contingut dels drets inclou la facultat de ser exercits o no segons la voluntat del seu titular: la llibertat d'expressió inclou l'opció de romandre en silenci; el dret al vot inclou la possibilitat d'abstenir-se; la llibertat religiosa inclou l'opció de no practicar-ne cap; el dret a la intimitat inclou la possibilitat de publicar la meua correspondència privada. Però la voluntària i puntual renúncia a exercir-los és radicalment diferent de la renúncia a la titularitat del dret, i en aquest cas el subjecte podria ser obligat a callar quan vol parlar, podria ser obligat a abstenir-se quan vol votar, a no freqüentar un temple quan vol resar, o a publicar les seues cartes personals contra la seua voluntat.

Ara bé, la possible renúncia voluntària a l'exercici d'un dret està sotmesa a una condició imperativa, consubstancial a la mateixa noció d'inalienabilitat: la reversibilitat, és a dir, la possibilitat d'un futur exercici del dret. La reversibilitat es planteja de manera particular en aquells drets en els quals titularitat i exercici estan tan intrínsecament units que no és possible establir diferències entre l'un i l'altre. El cas paradigmàtic és el dret a la vida: no cal renunciar a l'exercici del dret a la vida sense renunciar a la seua titularitat; deixar de viure és deixar de ser titular del dret i ser titular del dret suposa necessàriament continuar vivint (exercici del dret). Hi ha, doncs, situacions en què el sacrifici d'un dret o l'abstenció d'exercir-lo per part de la seua titular resulta irreversible, és a dir, hipoteca el dret també per al futur (és per exemple el cas de l'eutanàsia voluntària); en aquests casos aquesta disposició equival a la pèrdua del dret i no podrà realitzar-se. Una cosa semblant podria succeir, per exemple, si algú pretenguera exercir el seu dret a la llibertat fins al punt de decidir vendre's com a esclau, és a dir, perdent la titularitat del seu dret a la llibertat. També es pot aplicar aquesta reflexió a la realització d'activitats de risc extrem per a la vida sense tenir la qualificació professional corresponent (toreros, bombers, etc.).

#### d) Indivisibilitat o integritat dels drets humans

La indivisibilitat no està entre les notes tradicionalment atribuïdes als drets humans. Va sorgir en l'àmbit de les Nacions Unides i ha sigut constantment invocada en els seus textos, encara que sense precisar-ne gaire el significat i l'abast. Podria dir-se que és la

posició oficial de l'ONU des de l'aprovació de la DUDH. La reflexió teòrica sobre la noció d'indivisibilitat l'ha duta a terme, de manera destacada, Meyer-Bisch.

1. La idea de la indivisibilitat subratlla la interdependència i la complementarietat dels diferents drets humans. No cal establir una separació radical entre les diverses categories de drets humans. L'ésser humà els necessita tots. Tots són indispensables per a la realització de l'ésser humà en el seu entorn social. No és possible establir una jerarquia entre drets civils i polítics i drets econòmics, socials i culturals, ni en benefici dels primers, ni en benefici dels segons. Seriem davant «dues prioritats diferents i paral·leles». Una categoria de drets mostraria «el camí econòmic i quantitatiu que cal seguir»; l'altra indicaria «el principi polític necessari per a progressar».

2. Els drets humans només conjuntament poden realitzar-se de manera adequada. Els diferents drets es trobarien en una situació de vasos comunicants. El descens en el nivell de qualsevol d'ells implica el descens de nivell de tots i viceversa. Per això no cal «racionar-los». No cal establir l'«apartheid... segons el grau de desenvolupament»: una actitud molt estesa en uns certs ambients econòmics i polítics de les societats del Nord, consistent a pensar que el nivell d'exigència en el respecte als drets humans no és el mateix per als països desenvolupats que per als restants. D'altra banda, en moltes ocasions els mateixos governs dels països del Sud recorren a aquest argument, encara que per raons diferents, òbviament.

Enfront d'això, se subratlla que «la indivisibilitat no és un objectiu reservat a les nacions que ja han adquirit un catàleg de drets variats; és una exigència immediata, condició necessària per a la realització de qualsevol dret 'troncal bàsic', com els drets a la protecció contra la fam, la tortura i la incultura». Es tracta de reconèixer la complexitat que comporta la satisfacció d'aquests drets tan prioritaris. Cal tenir en compte que l'efectiva realització de tals drets exigeix estratègies globals dirigides a satisfer no un dret aïlladament, sinó el conjunt dels drets. Posem el cas de la lluita contra la fam. Per a això, el desenvolupament apareix com a condició necessària. Però la satisfacció del dret al desenvolupament és complexa i està connectada amb molts altres drets. En efecte, avui dia se sap molt bé (una altra cosa és que s'actue en conseqüència) que els programes de desenvolupament només són eficaços si respecten la identitat cultural dels pobles, els drets de participació (en la seua elaboració i gestió) de les persones i els grups als quals van dirigits, els drets de les dones (com a agents del desenvolupament de cabdal importància), el medi ambient i un llarg etcètera.

D'altra banda, la indivisibilitat es manifesta tant en sentit positiu (els drets humans només poden realitzar-se de manera adequada conjuntament), com en sentit negatiu (indivisibilitat de les violacions dels drets humans: quan se'n viola un, els altres perden tot el sentit). Així ho prova, desgraciadament, que el mapa mundial de la misèria coincideix amb el de la violència i la repressió.