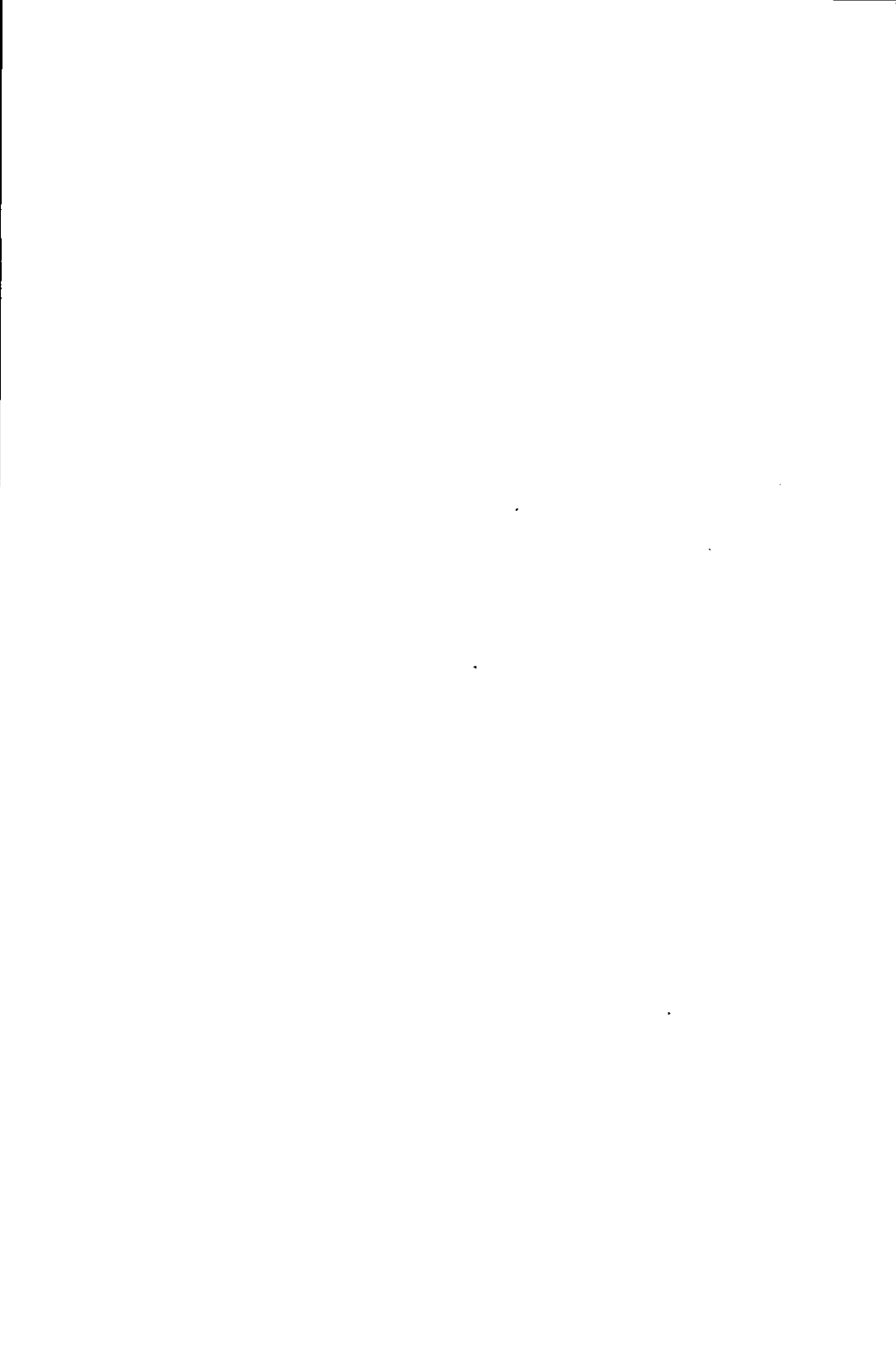


ESTUDIS



PROBLEMES DE LA DIDÀCTICA DEL LLENGUATGE JURÍDIC*

Xavier ARBÓS

Departament de Dret Constitucional i Ciència Política de la Universitat de Barcelona

[Exemple del pagès i els juristes de Montpeller]

«Reconta's d'un pagès, qui passava per les escoles dels juristes de Montpeller e viu tans jóvens en l'escola així ordenats en llurs bancs e ab llurs llibres davant, sí pensà que la casa aquella fos esgleia, e que los dits jóvens oïssen missa; e agenollà's a la porta de l'escola e començà aquí pregar Déu.

»E dix la un d'aquells jóvens:

»—Llevau d'aquí, senyor, que no hi ha esgleia ací.

»Dix lo pagès:

»—E doncs, ¿què feu vosaltres ací, tants?

»Respòs lo jove:

»—Nos oïm ací Dret tots, car si a Déu plau serem juristes.

»E el pagès, qui oí que tots havien a ésser juristes, començà's a senyar e cridà altes veus:

»—Oh las! Oh las, mesquí. Tota la terra és perduda. Car si un sol jurista qui està entre nòs ha tots nòs desfets, segueix-se que vosaltres, qui tant s'ou, tot lo món destruïreu.»

(Francesc Eiximenis. *Del Dotzè del Crestià*, cap. CCCLXXXIV, Dins l'antologia d'Eiximenis *Contes i faules*, Barcelona: Barcino, 1925, pàgs. 78-79)

Vull agrair molt sincerament la invitació a participar en aquestes Jornades, que em dóna l'oportunitat de compartir amb vostès algunes re-

* Conferència pronunciada a les IX Jornades sobre l'expressió escrita en els diferents nivells escolars. Barcelona, 15 i 16 de novembre de 1991.

flexions relatives a l'ensenyament del dret. Vull confessar també, però, que lamento haver donat a aquesta xerrada el títol que figura al tríptic que vostès han rebut. Això de «La interpretació i l'argumentació amb referència a una norma» pot fer pensar en l'exposició d'un especialista en llenguatge jurídic, cosa que no sóc. De fet, per no ser, no sóc ni un entès en el llenguatge ni algú que tingui altres coneixements didàctics que els que pot donar l'experiència. La meua és la d'ensenyar des de fa alguns anys dret constitucional als primers cursos de la facultat de dret, i cada curs es renova la mateixa dificultat: fer comprendre als estudiants un tipus de llenguatge per al qual no tenen gaire preparació.¹ Probablement tots, vostès i jo, coneixem aquest tipus de problema, però em sembla que el cas del llenguatge jurídic és una mica especial. Per començar, és un llenguatge tècnic, particularment abstrús. I, sobretot, fa referència a qüestions de les quals els estudiants rarament han sentit a parlar abans. Un alumne que llegeixi els diaris pot seguir la informació econòmica —el vocabulari li resultarà sovint poc comprensible, però cada dia els mitjans de comunicació tracten d'explicar els problemes econòmics. De problemes estrictament jurídics, en sent a parlar molt rarament, fins que no posa els peus a la facultat de dret. Allà la nostra primera feina com a professors és la d'explicar que el llenguatge del dret no fa referència al que és bo o dolent, o al que és oportú o inoportú des del punt de vista polític; intentem fer comprendre que el llenguatge del dret es refereix a les normes, al que s'hi adapta o les contradiu. Molts estudiants creuen que és el mateix *illegal* que *injust*, i la nostra feina ens costa marcar les diferències entre el dret com a tècnica de regulació social i la justícia com a valor. Potser és això el que ha provocat que els juristes fóssim considerats cíncics i amorals per deformació professional.² Quan els recordem que els clients

1. Dos llibres introductoris que sempre es recomanen són Angel LATORRE: *Introducción al derecho*, Barcelona, Ariel, 1988, i Luis Díez-PICAZO: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983. Pel que fa els problemes generals del llenguatge jurídic, vegeu Juan Ramón CAPELLA: Ariel, 1968, especialment el capítol I «El lenguaje legal», pàg. 27-41. També té interès el llibre de William TWINING i David MIERS: *How To Do Things With Rules*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1991.

2. Una caricatura molt aconseguida és la del personatge de Busiris, dins l'obra de Jean GIRAUDOUX: *La guerra de Troia no esclatarà*. Allà s'hi pronuncia una frase molt contundent respecte al dret, que posa irònicament de manifest la seva manca de capacitat per descriure la realitat. L'original és d'un francès tan polit que no m'atreveixo a traduir-lo: «*Mon cher Busiris, nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité.*» (*La guerre de Troie n'aura pas lieu*, acte II, escena V). Sembla que ho tingui present Ramón GÓMEZ DE LA SERNA quan diu: «*Recuerdo aquella sesión de la Academia de Jurisprudencia*

no van als despatxos per solucionar problemes morals, hem d'afegir tot seguit que els juristes *també* tenim la nostra pròpia consciència ètica, com qualsevol ciutadà.³

Sempre hi ha hagut autors que han transmès la desconfiança i el menyspreu que alguns sectors de la societat han sentit envers els professionals del dret, potser perquè, com altres professionals, han estat al servei de qui podia pagar-los. No manquen autors que han reconegut, almenys, que els juristes eren indispensables. Diu Erasme de Rotterdam en el seu *Elogi de la follia* que les ciències més apreciades de totes són les que més s'acosten al sentit comú; és a dir, segons precisa, a la follia. I l'humanista fa que la Follia, que parla en primera persona, deixi el nostre gremi en bon lloc, poc després dels metges:

«Després d'ells, i potser abans i tot, vénen els juristes. De llur professió —jo no em pronuncio pas— els filòsofs generalment se'n riuen, perquè la consideren pròpia d'ases. Això no obstant, és l'arbitri d'aquests ases el que conclou tots els afers, els importants i els trivials. Els seus latifundis van creixent, mentre que el teòleg, després d'haver examinat tots els registres de la divinitat, mastega llobins i fa una guerra sens treva a xinxes i polls.»⁴

Tot i amb tot, el fet que siguin considerats necessaris no converteix els juristes en personatges estimats. Seria absurd que intentés rebatre aquí aquest recel irracional, però deixin que els doni una mostra de l'antiguitat d'aquest menyspreu. És de l'obra de l'autor llatí Apuleu *Les metamorfosis*, que també es va conèixer amb el títol de *L'ase d'or*, i que, després de

en que lei yo mismo la carta disculpándome de no asistir al acto por enfermedad»; citat per José Ortega Spottorno a *Claves de razón práctica*, núm. 10, 1991, p. 71.

3. Algun autor ha insistit en la utilitat de la *Biblia* pel que fa l'orientació de la pràctica del juristes, prenent la figura de Job com a referència. Vegeu J. A. SMITH: «Job and the Anguish of the Legal Profession: an Example of the Relationship of Literature, Law and Justice», *Rutgers Law Review*, vol. 32, núm. 4, 1979, p. 661-675. Cal tenir-ho present, perquè, segons la tradició cristiana popular, només hi ha un advocat que ha pogut entrar en el Cel: Sant Iu; vegeu el que explica Joan AMADES: *Costumari català. El curs de l'any*, Barcelona, Salvat/Edicions 62, 1983, 5 vol., vol. III, p. 643-645, corresponents al dia 19 de maig.

4. ERASME DE ROTTERDAM: *Elogi de la follia*, Barcelona, Edicions 62, 1984. El text original fou escrit el 1509, i la traducció del text que cito, corresponent al capítol XXXIII, és de Jaume Medina (p. 63). Per ser justos, no podem amagar la crítica que fa als estudiosos del dret al capítol LI (p. 93), que queda resumida per la frase amb la qual comença: «Entre la gent docta, els jurisconsults reivindiquen el primer lloc: ningú no és tan pretensios com ells.»

relatar el judici de Paris s'adreça de forma no gens amistosa als professionals del dret per recriminar-los l'eventual escàndol que poguessin sentir davant la irregularitat de la decisió final. Empro una traducció al castellà:

«¿De qué os escandalizáis, cabezas huecas, mejor dicho, borregos del foro, o más exactamente, buitres togados, de que ahora los jueces trafiquen con sus pronunciamientos, si desde el principio de los tiempos las influencias degradaron ya los controvertidos juicios entre los dioses y los hombres, cuando el juez campesino designado por decisión del mismo Júpiter ya se dejó comprar por el precio de las bajas pasiones, desbaratando además su propia estirpe?»⁵

Deixo aquí aquesta mena de referències, encara que seria molt més entretingut tractar de la imatge dels juristes i del dret en la literatura. Lamentablement jo no sóc capaç de fer-ho amb una mínima solvència, i em temo que l'objectiu de la nostra trobada és un altre. En aquesta conferència procuraré presentar els aspectes més problemàtics de la didàctica del llenguatge jurídic, i espero que en un diàleg posterior vostès em puguin donar pistes per formular-los millor. Dividiré l'exposició en dos apartats. En primer lloc, i de manera introductòria, em referiré a l'especificitat del llenguatge jurídic en relació amb altres llenguatges. En segon lloc, tractaré de les normes pròpies del llenguatge jurídic,⁶ o, per ser una mica més exacte, de les pautes d'interpretació i de les pautes d'argumentació.

1. L'ESPECIFICITAT DEL LLENGUATGE JURÍDIC

El llenguatge jurídic té uns orígens que poden confondre's amb els de la retòrica, i hi ha autors que assenyalen la *Retòrica* d'Aristòtil com

5. Llibre X, 33. He tret la traducció d'APULEYO: *Las metamorfosis o El asno de oro*, Madrid, Cátedra, 1988, p. 268. La cura de l'edició i la versió castellana és de José María Royo, que a la introducció indica que el text fou escrit l'any 170 dC, i que Apuleu havia treballat com a advocat. Pel meu gust és una traducció molt més viva que la que en català ens ofereix Marçal Olivari en APULEU: *Les metamorfosis*, Barcelona, Fundació Bernat Metge, 2 vol., 1929 i 1931, vol. II, p. 130. Com se sap, Paris va atorgar el premi de bellesa a Afrodita, que li havia promès que, si l'hi concedia, faria que es casés amb la més bella de les dones. Aquesta va ser Helena de Troia, i el que va passar després és de sobres conegut.

6. En aquest camp la bibliografia és molt extensa; a títol d'orientació poden veure's les obres següents: Antonio HERNÁNDEZ GIL: *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988 (volum cinquè de les seves *Obras completas*); Robert ALEX: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, i Victoria ITURRALDE SESMA: *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Madrid, Tecnos, 1989.

una de les obres cabdals del món clàssic en què la retòrica s'identifica amb el raonament jurídic. També és cert que no tot en l'origen de la retòrica és exemplar, en la mesura que s'associa a la pràctica sofística com a simple tècnica argumentativa que ignora criteris de justícia i de veritat. Aquí hi ha un punt que cal subratllar, perquè, com veurem, el llenguatge jurídic dels nostres dies té com a objectiu la persuasió basada en preceptes i no en doctrines morals. Però en tot cas, cal admetre que la tradició ofereix un exemple d'ús de la retòrica especialment inquietant per als professors de dret. La invenció de la retòrica se situa al segle v aC; el pare en fou un ciutadà de Siracusa anomenat Córax, i qui la portà a Grècia fou el seu deixeble Tísies. Córax es veié en la necessitat de cobrar els honoraris que Tísies no pagava, i portà el problema als tribunals. Els arguments de Córax i Tísies es resumeixen així:

Córax: Si guanyes el plet, m'has de pagar, perquè quedarà demostrada l'eficàcia de les meves lliçons. Si el perds, el tribunal et farà pagar, de manera que sigui com sigui m'has de pagar.

Tísies: No pagaré. Si perdo el plet, això provarà que el teu ensenyament no val res. Si guanyo, el tribunal m'alliberarà del deure de pagar.

Sembla que el tribunal no arribà mai a dictar sentència.⁷ Cal dir, de tota manera, que l'exemple resulta anacrònic. Córax i Tísies parlen de deures que no es fonamenten en cap precepte, i ho fan davant d'un tribunal que sembla que només pugui decidir a partir dels discursos de les parts. Avui, qui estudia dret i qui té una professió relacionada amb el dret pot aprendre moltes coses de la retòrica, però treballa sobretot amb textos.

En el món contemporani gairebé ningú no discuteix el predomini del dret positiu, escrit als textos legals. Potser va haver-hi un temps en què la redacció de les lleis era modèlica; tothom sap que Stendhal, en una carta a Balzac, confessava que mentre escrivia *La Cartoixa de Parma* llegia un parell de pàgines del Codi civil «per tal d'agafar el to».⁸ S'ha de dir

7. Vegeu, dins James J. MURPHY (dir. d'ed.): *Sinopsis històrica de la retòrica clàssica*, Madrid, Gredos, 1988, Forbes I. HILL: «La Retòrica de Aristóteles», p. 34-116 (especialment pp. 61 i ss.); pel que fa al conflicte entre Córax i Tísies, James J. MURPHY: «Orígenes y primer desarrollo de la retórica», pp. 9-33 (pp. 14-16). Amb el nom de *córax* es coneix també una tècnica argumentativa; veure Ch. PERELMAN i L. OLBRECHTS-TYTECA: *Tratado de argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989, pp. 695-698 (traducció de la cinquena edició en llengua francesa).

8. «En composant La Chartreuse, pour prendre le ton je lisais chaque matin 2 ou 3 pages du code civil», STENDHAL: *Correspondance*, vol. III, 1835-1842, París, Gallimard, 1968, edició a cura d'Henri Martineau i V. del Litto, p. 401.

que aquella era una època en què la legislació s'ocupava de molt poques coses, i ara, en canvi, no hi ha cap aspecte de la vida en què no intervingui alguna norma jurídica: des de la composició dels bolquers fins a l'ordenació dels cementiris. La qualitat estètica dels textos legals és avui un somni, i tot just fa pocs anys que s'ha desvetllat al nostre país l'interès per la tècnica legislativa.⁹ L'esforç de fer comprensible la regulació de matèries com ara la seguretat en la indústria requereix un domini de l'idioma per al qual em temo que no preparen les facultats de dret. Potser algú de vostès ja ha passat per l'experiència d'intentar redactar un reglament, o n'ha fet preparar un als seus alumnes; intueixo que estaran d'acord amb mi que la tasca és complicada, per més senzilla que sigui l'activitat que es vulgui regular. Descriure una assemblea de curs i donar notícia dels seus acords és sempre més fàcil que crear de bell nou les normes que han de regir les reunions. I és que el dret entra dins el camp propi del raonament pràctic, destinat a presentar i justificar prescripcions.¹⁰

No és l'únic raonament pràctic que coneixem; tothom està familiaritzat amb el raonament pràctic ètico-moral, que gira a l'entorn del concepte de bé. El que és característic del llenguatge jurídic és que gira a l'entorn de preceptes. Uns preceptes que es troben en textos elaborats segons els requeriments d'altres preceptes i que, si són infringits, poden comportar la intervenció coactiva de les autoritats públiques. Fins i tot en el dret constitucional és possible imaginar un criteri per distingir externament el raonament jurídic del polític: el primer fa referència al text de preceptes constitucionals citats expressament, i el segon fa referència a criteris

9. Vegeu el treball del GRETIL (Grup d'Estudis de Tècnica Legislativa): *La forma de les lleis*, Barcelona, Bosch, 1986. També Fernando SAINZ MORENO i Juan Carlos da SILVA OCHOA (coord.): *La calidad de las leyes*, Vitòria, Eusko Legebiltzarra/Parlamento Vasco, 1989. Igualment, de diversos autors: *Manual de estilo del lenguaje administrativo*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1990, i Jesús PRIETO DE PEDRO: *Lenguas, lenguaje y derecho*, Madrid, UNED/Civitas, 1991, pp. 103-192.

10. Sobre el dret com a discurs pràctic, vegeu R. ALEXY, *op. cit.*, pp. 51 i ss.; també Carlos Santiago NINO: *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 63 i ss. Sobre les diferències i connexions amb la lògica, vegeu Georges KALINOWSKY: *Introduction à la logique juridique*, París, Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence, 1965, especialment pp. 140 i ss., i Rafael HERNÁNDEZ MARÍN: *Teoría general del derecho i de la ciencia jurídica*, Barcelona, PPU, 1989, pp. 372 i ss. Vegeu també Giuseppe TARELLO: «I ragionamenti dei giuristi tra teoria logica e teoria dell'argomentazione», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 26, núm. 1, 1972, pp. 394-437, de qui faig meua la reflexió següent (p. 434): «Sarebbe opportuno, quando si vuole accreditare l'uso di un argomento, indicare delle motivazioni più convincenti che non quella che si tratta di un argomento "logico": in fin dei conti la magia dei nomi è un procedimento invecchiato.»

ètics o d'oportunitat.¹¹ La feina específica del jurista és la determinació dels preceptes aplicables a una situació de fet, i el llenguatge jurídic té com a objecte persuadir el seu destinatari que les conseqüències que el jurista deriva dels preceptes hi són fonamentades. Per això, en un raonament jurídic hem de poder trobar la invocació d'un precepte,¹² la interpretació que se'n fa i la justificació que es tracta d'un precepte aplicable. Així es permet, si més no, el control de la qualitat jurídica del raonament: els juristes i el públic esperen que el sentit que s'atribueix al text hi guardi la màxima coherència i que el text en el sentit interpretat sigui aplicable a la situació de fet. Interpretació i argumentació semblen doncs dues dimensions indispensables del llenguatge jurídic. Certament, la distinció entre interpretació i argumentació és artificiosa: la interpretació també és argumentació en favor d'un determinat significat del text, i el llenguatge jurídic és tot argumentació. Però el llenguatge jurídic té aquesta clàusula d'estil: l'ofec de la subjectivitat per intentar presentar el significat «objectiu» dels preceptes. Als únics efectes de l'explicació, doncs, poden presentar-se de forma diferenciada el que són les pautes de la interpretació jurídica i les argumentacions més habituals. El llenguatge jurídic té com a destinació la persuasió d'un auditori que vol notar l'esforç de subordinar valors, opinions i prejudicis a la literalitat del precepte.¹³ I, com va dir Uberto Scapelli l'any 1968, és a dir, fa segles, el problema central de l'educació del jurista és el de l'aprenentatge de l'ús pragmàtic del raonament jurídic.¹⁴

Em permeto fer un suggeriment si els interessa proposar un text als alumnes perquè hi detectin un possible exemple d'aquests tipus de raonament, més basat en preceptes que en criteris morals o ètics. A *Una historia del mundo en diez capítulos y medio*, de Julian BARNES, hi ha un relat molt

11. Vegeu Ignacio de OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 289. També Alessandro PIZZORUSSO i Vincenzo VARANO (dirs. d'ed.): *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milà, Giuffrè, 1985, 2 vol.

12. Només a manca d'un precepte textual podrem emprar altres normes jurídiques, com són el costum i els principis generals del dret, en els termes de l'article 1 del Codi civil. Sobre els principis generals de dret tornaré més endavant.

13. Sobre els criteris d'acceptabilitat del raonament jurídic, vegeu dins Paolo COMMANDUCCI i Riccardo GUASTINI (dirs. d'ed.): *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, Torí, G. Giappichelli, 1987, la síntesi de Guastini en el paràgraf titulat «Sull'accettabilità di conclusioni giuridiche», pp. 205-210. També Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO: *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, especialment pp. 22-23.

14. Uberto SCARPELLI: «L'educazione del giurista», *Rivista di diritto processuale*, 1968, núm. 1, pp. 1-33 (p. 12).

divertit¹⁵ en què l'autor ens vol presentar els documents d'un procés que situa al sud de França durant l'edat mitjana. Es tracta de decidir si els corcs d'una església han de ser excomunicats, perquè, en rosegant les potes del setial del bisbe, li han provocat una caiguda que l'ha deixat idiota; a més, posen en perill les bigues de l'edifici. Qui assumeix la defensa dels insectes és un jurista professional (Bartholomé Chassenée), i no hi ha cap referència del nom ni de la professió de qui defensa la postura dels habitants del poble on hi ha l'església. Poden demanar als seus alumnes de secundària que comparin els raonaments del Chassenée amb l'anònim defensor dels vilatans interessats a castigar les bestioles. Potser s'adonaran de la diferència entre ambdós.

2. LA INTERPRETACIÓ JURÍDICA I L'ARGUMENTACIÓ

2.1. *La interpretació com a atribució de sentit*

Aquest aspecte del llenguatge jurídic fa que l'hermenèutica sigui una activitat indefugible per a tot professional del dret. Durant un temps, alguns juristes podien pensar que el coneixement del dret podia equiparar-se al d'una ciència formal,¹⁶ com ara la lògica o la matemàtica. Així, essent invariable el text dels preceptes, el seu sentit podia ser determinat per l'aplicació d'un mètode segur, que donés sempre la mateixa resposta fossin quins fossin l'interpretat i el temps i el lloc en què aquest s'enfrontés al text.¹⁷ Però el dret no és una ciència exacta. Si calgués algun exemple, pot citar-se una notícia publicada fa uns mesos. En un problema de

15. Julian BARNES: *Una historia del mundo en diez capítulos y medio*, Barcelona, Anagrama, 1990. Em refereixo al capítol tercer, titulat «Las guerras de religión», pp. 77-97.

16. Vegeu sobre aquesta qüestió José Luis VILLAR PALÁS: *La interpretación y los apotegmas lógico-jurídicos*, Madrid, Tecnos, 1975, especialment pp. 14-17. Amb relació a les ciències naturals, vegeu Vittorio VILLA: *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Milà, Giuffrè, 1984. Un estudi clàssic sobre la interpretació jurídica és el d'Emilio BETTI: *Interpretazione della legge e degli atti giuridichi*, Milà, Giuffrè, 1949.

17. El que es coneix com a «jurisprudència dels conceptes» del segle XIX s'acostava a aquest punt de vista. Rudolf von Jhering fou un dels fundadors del corrent, però més tard va passar a posicions menys formalistes, i va escriure unes pàgines plenes d'humor en què ironitzava sobre el suposat automatisme científic de la interpretació. Se'n hi presenta un jurista que viatja en somnis al cel dels conceptes jurídics, on li són mostrades una «premsa hidràulico-dialèctica» per a la interpretació i una «broca dialèctica» per arribar al fons de les qüestions difícils. Rudolf von JHERING: *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 215-264; la descripció de les eines es troba a la p. 225.

desnonament que afectava dues-centes cinquanta-sis famílies, cadascuna va presentar una demanda a un dels cinquanta-dos jutjats de primera instància de Madrid. Com és lògic, van utilitzar un formulari proporcionat per l'advocat que portava tots els casos, en què l'única cosa que variava en cada demanda eren les dades que identificaven cada habitatge. L'argumentació jurídica era exactament igual, però el diari informava que, mentre vint-i-vuit demandes eren pendents de resolució, quaranta-set havien estat acceptades i cent vuitanta-una havien rebut veredictes negatius.¹⁸ La interpretació té més d'acte de voluntat que no pas de descobriment o coneixement d'una veritat objectiva.¹⁹

És clar que això no significa que un mateix text pugui ser interpretat de qualsevol manera, que la interpretació sigui un acte completament arbitrari com defensen alguns,²⁰ més o menys influïts per les postures de Jacques Derrida.²¹ Quan he d'explicar aquest tema als alumnes sempre començo per referir-me a un diàleg entre Alcía i Humpty Dumpty molt conegut. Podem recordar les darreres frases:

«—Quan jo faig servir una paraula, la paraula significa exactament el que jo decideixo que signifiqui; ni més ni menys —va dir Humpty Dumpty amb un to mofeta.

—La qüestió és si tu pots fer que les paraules signifiquin coses tan diferents —digué Alcía.

18. «Una demanda tratada por jueces distintos, fallada 47 veces a favor y 181 en contra», *El País*, 13 de maig de 1991, p. 32.

19. Vegeu Hans KELSEN: *Teoria pura del dret*, Barcelona, Edicions 62/Diputació de Barcelona, 1988, 2 vol., vol. II, pp. 205-207.

20. Vegeu les dues posicions que representen Owen M. FISS «Objectivity and Interpretation», *Stanford Law Review*, vol. 34, 1982, pp. 739-763, i Paul BREST: «Interpretation and Interest», *ibid.*, pp. 765-773. Em semblen assenyades les reflexions d'Umberto ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milà, Bompiani, 1990 (p. 14): «Dire che un testo é potenzialmente senza fine non significa que ogni atto di interpretazione possa avere un lieto fine. Persino il decostruzionista piú radicale accetta l'idea che ci siano interpretazioni che sono clamorosamente inaccettabili. Questo significa che il testo interpretato impone delle restrizioni ai suoi interpreti. I limiti dell'interpretazione coincidono con i diritti del testo (il che non vuol dire che coincidano con i diritti del suo autore).» El subratllat és d'Umberto Eco, i el comentari em sembla adient tenint en compte que, com veurem més endavant, la interpretació jurídica dóna preferència a la *voluntas legis* (és a dir, al text literal mateix), per damunt de la *voluntas legislatoris*.

21. Sobre aquesta qüestió, vegeu J. M. BALKIN: «Deconstructive Practice and Legal Theory», *The Yale Law Journal*, vol. 96, núm. 4, 1987, pp. 743-786. També Richard A. POSNER: *Law and Literature. A Misunderstood Relation*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1988 (especialment pp. 209-268). Amb relació a Derrida, vegeu U. ECO, *op. cit.*, pp. 26-28.

—La qüestió és qui mana, i això és tot —va contestar Humpty Dumpty.»²²

Sempre hi ha algun Humpty Dumpty a la classe, i he d'esforçar-me per explicar que el poder sobre les paraules és sempre compartit per qui parla i pel seu auditori. Si algú vol sortir-se massa de les convencions semàntiques, el llenguatge esdevé una eina inútil. El problema és que no hi ha cap garantia que no apareguin jutges que comparteixin el nihilisme hermenèutic de Humpty Dumpty.²³ És per això que en l'etapa formativa dels juristes, els professors ens aprofitem que «manem» temporalment sobre el llenguatge jurídic que els estudiants comencen a aprendre, i intentem que facin pròpia la idea que tota interpretació ha de ser explícita. Dit d'una altra manera, cal persuadir que el precepte que s'invoca és d'aplicació al problema que es vol resoldre. Els recordem que en dret no n'hi ha prou de tenir la raó, sinó que cal, a més, que ens la donin, i que això en principi només és possible quan s'utilitzen pautes d'interpretació i arguments acceptables pels juristes. És més difícil, jo crec, quan el text que s'interpreta és un text constitucional, amb preceptes de contingut poc clar o de caràcter polític molt marcat, que fan de la interpretació constitucional un tipus particular d'hermenèutica jurídica.²⁴ De tota manera, jo no en-

22. Vaig treure la idea d'Uberto SCARPELLI: «Il metodo giuridico», *Rivista di diritto processuale*, 1971, núm. 4, pp. 553-574 (pp. 566-571), a qui procuro seguir en els seus raonaments. El diàleg entre Alcía i Humpty Dumpty es troba a Lewis CARROL: *Through the Looking Glass and What Alice Found There*, Harmondsworth, Penguin, 1985 (p. 110). M'he pres la llibertat de traduir-lo, i vull advertir que el text diu «*The question is... which is to be master*», que, a més d'*amo*, pot significar *mestre*. Depèn dels mestres el significat de les paraules? Vostès poden contestar millor que jo.

23. La preocupació per la possibilitat que la voluntat del jutge es posi per damunt de la llei ja la descriu, l'any 1625, Francis BACON: *The Essays or counsels, civil and moral*, Nova York, Mount Vernon, S.A., en el capítol titulat «Of Judicature», pp. 210-215. N'hi ha una versió catalana de Josep Carner —publicada amb el títol d'*Assaigs*, Barcelona, Curial, 1976, pp. 209-213—, que tradueix les paraules inicials del capítol així: «Els jutges haurien de recordar-se que llur ofici és *ius dicere* i no pas *ius dare*: interpretar la llei, no pas fer-la, o dar-la.» (p. 209). El punt de vista de MONTESQUIEU és més conegut: un jutge ha de ser «la boca que pronuncia les paraules de la llei», com diu al capítol 6 del llibre XI de *De l'esperit des lois*, del qual també hi ha una versió catalana a càrrec de Josep NEGRE I RIGOL: *De l'esperit de les lleis*, Barcelona, Edicions 62/Diputació de Barcelona, 1983, 2 vol., vol. I, p. 193.

24. Vegeu Ignacio de OTTO: «La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional», dins, de diversos autors, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, 3 vol., vol. III, pp. 1.939-1.951; Francisco RUBIO LORENTE: «Problemas de la interpretación constitucional», *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 3-4, 1988, pp. 35-46, i Luis PRIETO SANCHÍS: «Notas

traré en aquest camp especialitzat, i les consideracions que faré seran de caràcter general.

2.2. *Interpretació de fets i interpretació de normes*

Un cop descartades les visions mecànica i arbitrària de la interpretació intentem posar en situació els estudiants, per tal que vegin quina és la importància de la interpretació en l'activitat dels juristes.²⁵ Posar-los en situació comporta evocar una situació de fet, i un exemple senzill pot ser el d'un accident de trànsit. Dels fets, al jurista, li interessen aquells que poden tenir transcendència per al dret: quan dos cotxes topen en una cruïlla, el color de la pintura de les carrosseries no té en principi importància, però sí que en té, i molta, el color dels llums del semàfor. Als advocats de les companyies d'assegurances els interessa saber qui circulava amb el permís del llum verd i qui ho feia malgrat la prohibició del vermell (art. 174.b del Codi de circulació). D'una situació de fet, el jurista ha de determinar-ne els aspectes rellevants des del punt de vista del dret. Ha de decidir si es dóna en aquell cas alguna circumstància que sigui el supòsit de fet previst per algun precepte. Això l'obligarà a considerar si la lletra del precepte és aplicable al supòsit: a interpretar-lo, en una paraula.

2.3. *Directrius per a la interpretació jurídica*

En l'activitat hermenèutica, el jurista de la tradició europea continental utilitza directrius²⁶ derivades del saber jurídic tradicional del segle XIX, que inspiren la normativa del Codi civil. Abans d'entrar-hi, voldria assenyalar que no a tot arreu s'accepta pacíficament que els juristes emprin criteris d'interpretació diferents dels que fan servir els crítics litera-

sobre la interpretació constitucional», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991, pp. 175-198. També María Luisa BALAGUER CALLEJÓN: *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*, Madrid, Civitas, 1990.

25. Pot veure's R. CARRÉ DE MARLBURG: «Reflexions très simples sur l'objet de la science juridique», dins, de diversos autors: *Recueil d'études sur les sources du droit en honneur de François Gény*, París, Sirey, 1934, 3 vol., vol. I, pp. 192-203. En realitat, la interpretació jurídica és una activitat molt més complexa del que jo suggereixo en aquest exemple; vegeu L. Díez-PICAZO, *op. cit.*, capítols XI a XIV.

26. Sobre les directrius hermenèutiques, vegeu François OST i Michel van der KERCHOVE: *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Brussel·les, Bruylant, 1989, pp. 20-21.

ris. Al cap i a la fi, també interpreten textos, i hi ha una polèmica oberta als Estats Units sobre aquesta qüestió.²⁷ Em permeto apuntar que aquí les circumstàncies són diferents, i que en la nostra cultura la similitud entre interpretació jurídica i crítica literària té molta menys base. Als Estats Units, la interpretació jurisdiccional tracta d'escatir la voluntat del legislador (*legislative intent*) per ser-hi fidel,²⁸ i ja veurem com aquest no és l'element fonamental per als juristes espanyols.

Segurament, els estudiosos del dret, els crítics i els simples lectors són lliures d'interpretar els textos segons els sembli més adient. Però els juristes han de saber que quan la interpretació ha de produir efectes jurídics, com els produeix la interpretació d'un jutge,²⁹ estan sotmesos a la norma jurídica que formula el Codi civil en el seu article 3.1. Recordem el que diu:

«Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la reali-

27. Els interessats en aquest tema trobaran material en dues revistes: *Yale Journal of Law and Humanities*, iniciada el 1988, i *Cardozo Studies in Law and Literature*, que va començar a publicar-se el 1989. Benjamin Cardozo va ser un dels primers juristes nord-americans que va tractar de les relacions entre dret i literatura; va publicar un article amb el títol «Law and Literature», a la *Yale Review* de juliol de 1925. L'article es pot trobar dins Benjamin CARDOZO: *Selected Writings*, Nova York, Fallon Publications, 1947 (pp. 339-356). Vegeu també Kenneth S. ABRAHAM: «Interpretation and Literary Theory: Some Common Concerns of an Unlikely Pair», dins Sanford LEVINSON i Steven MAILLOUX (dirs. d'el.): *Interpreting Law and Literature. An Hermeneutic Reader*, Evanston, IL: Northwestern University Press, 1988, pp. 115-129. També R. A. POSNER, *op. cit.* i James Boyd WHITE: *Justice as Translation. An Essay in Cultural and Segal Criticism*, Chicago i Londres, The University of Chicago Press, 1990.

28. Unes mostres com a exemple, la primera del Tribunal Suprem i les altres dues d'un tribunal d'apel·lacions federal: «*As in all cases of statutory construction, our task is to interpret the words of the statute in the light of the purposes Congress sought to serve.*», *Norfolk Redevelopment and Housing Authority v. Chesapeake and Potomac Co. of Virginia*, 446 U.S. 30 (1983), p. 37; «*The intention of the lawmaker is the law, and must govern where it may be deduced from the language employed. With this in mind let us examine into the legislative and judicial history of the statute.*», *Piper v. Willcuts*, 64 F2d. 813 (1933), p. 814; «*The sole object of construction is to determine the legislative intent.*», *Lambur v. Yates*, 148 F2d. 137 (1945), p. 139. Vegeu Richard I. NÚÑEZ: «The Nature of Legislative Intent and the Use of Legislative Documents as Extrinsic Aids to Statutory Interpretation: A Reexamination», *California Western Law Review*, vol. 9, núm. 1, pp. 128-135.

29. Una perspectiva sociològica d'aquest problema pot veure's a Talcott PARSONS: «The Law and Social Control», dins William M. EVAN (dir. d'ed.): *Law and Sociology*, Glencoe, Free Press, 1962, pp. 56-72, especialment pp. 62-63.

dad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.»³⁰

Amb matisos a què tot seguit em referiré, no costa gens veure aquí l'empremta de Savigny, jurista alemany que al segle passat va indicar als juristes quins havien de ser els elements que havien de prendre en consideració a l'hora de determinar el sentit d'un precepte. Aquest són:

a) L'element gramatical o literal, que té en compte els mots a la frase en què es troben.

b) L'element lògic, que pren en consideració les relacions que s'estableixen entre el precepte que es vol interpretar i el conjunt de la llei en què es troba el precepte. Es pressuposa que entre el primer i la segona ha d'haver-hi un cert nexce lògic.

c) L'element històric, que remet a les circumstàncies d'elaboració del text de la llei, tant els seus antecedents com el context social i cultural.

d) L'element sistemàtic, que es relaciona amb el lògic. Si aquest intentava relacionar el precepte amb la llei en què es trobava, l'element sistemàtic se centra en la connexió entre el precepte i el conjunt de l'ordenament jurídic vigent en el moment d'interpretar-lo.³¹

30. Vegeu Federico de CASTRO Y BRAVO: «Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley», *Anuario de Derecho civil*, vol. 30, 1977, pp. 809-858. També Luis Díez-PICAZO i Antonio GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 178 i ss., que molt assenyadament recorden que cal interpretar les normes d'interpretació (p. 179). Vull fer una puntualització, amb la qual sé que no estaran d'acord alguns col·legues que ensenyen dret civil. No traslladaré aquí els seus arguments, que em semblen molt respectables, però crec que el Tribunal Constitucional no està sotmès a aquestes directrius d'interpretació. La seva llei orgànica, de 1979, és posterior a la redacció del precepte del Codi civil que cito en el text, i diu en el seu article 1.1: «El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica.»

31. Per presentar-los he seguit l'explicació que apareix José Luis LACRUZ BERDEJO i altres: *Elementos de Derecho civil, I. Parte General del Derecho civil*, vol. I «Introducción», Barcelona, Bosch, 1988, pp. 264-265. Aquesta explicació no segueix l'original de Savigny, almenys segons la versió castellana que he pogut consultar, que és F. C. SAVIGNY: *Sistema de Derecho romano actual*, Madrid, F. Góngora y Cía., 1878, vol. I, p. 150; per exemple, en parlar de l'element gramatical es refereix al pensament del legislador. En tot cas, reflecteix com s'ha entès Savigny i com s'expliquen els elements d'interpretació als alumnes. Una crítica a aquestes pautes d'interpretació la fan F. OSR i M. van der KERCHOVE, *op. cit.*, pp. 38-40. Un comentari interessant sobre la importància de l'element històric el fa Hans Georg GADAMER: *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca, Sígueme, 1984, pp. 396-414.

Alguns col·legues prefereixen presentar als alumnes com a «mètodes» d'interpretació els quatre «elements». Jo prefereixo parlar d'elements, per dues raons. La primera és la fidelitat al que Savigny va proposar, i la segona és la meua reticència personal a utilitzar amb els estudiants la paraula «mètode» en l'explicació de les pautes d'interpretació. No m'agradaria que es pensessin que l'ús d'un mètode garanteix el mateix resultat a tot aquell que el fa servir, com el mètode per transformar l'aigua en vapor produeix les mateixes conseqüències per a qualsevol que vulgui utilitzar-lo. Com es veu, es tracta d'una reticència merament didàctica sense cap pretensió de profunditat epistemològica.³² També és veritat, crec, que no és el mateix proposar un *modus operandi* (un mètode) que indicar els elements (en plural) a què cal referir qualsevol *modus operandi*. Però, a banda d'aquesta qüestió potser menor, sembla senzill veure com la pauta d'interpretació del Codi civil acull els elements esmentats:

a) L'element gramatical o literal trasllueix quan el Codi civil indica que les normes s'han d'interpretar «*según el sentido propio de sus palabras*».

b) Els elements lògic i sistemàtic poden percebre's rera la indicació que les normes s'han d'interpretar «*en relación con el contexto*».

c) L'element històric és tingut en consideració quan el Codi civil diu «*los antecedentes históricos y legislativos*».

I immediatament apareix la novetat del Codi civil: l'element sociològic, que és com els juristes anomenem el criteri hermenèutic de ponderar «*la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*» les normes. Això em fa pensar que no pot haver-hi una bona formació jurídica sense que durant la carrera els estudiants de dret tinguin algun contacte amb les ciències socials. No es tracta només d'informació pròpia d'una cultura general elemental, que per cert també manca escandalosament a vegades,³³ sinó de possibilitar l'aplicació correcta de les lleis. Per això cal te-

32. Sobre la possibilitat que el saber relatiu al dret pugui tenir un mètode científic, hi ha una nodridíssima bibliografia, i només faré dos suggeriments: Albert CALSAMIGLIA: *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1988, i Nancy LEVIT: «Listening to Tribal Legends: an Essay on Law and Scientific Method», *Fordham Law Review*, vol. 58, núm. 3, 1989, pp. 263-307.

33. He tingut alumnes que, a segon de carrera, creien que la primera Guerra Mundial era «la del 36». En un examen en què el cas pràctic plantejava un problema relatiu als sindicats, hi havia estudiants que no associaven les sigles CEOE amb cap organització. A una professora li van demanar què volien dir les sigles, i, quan va respondre «És la patronal», li van preguntar «Què és la patronal?» Hi ha moments en què un es planteja si el sistema educatiu serveix d'alguna cosa.

nir present que la realitat social no sempre es pot percebre per intuïció, i sempre cito als alumnes el mateix exemple.³⁴ Una sentència d'un jutjat de família del País Basc va rebaixar la pensió de separació a càrrec del marit, considerant que l'augment dels salaris havia estat molt inferior a l'augment del l'índex de preus al consum (IPC). Doncs bé, durant els anys a què la sentència es referia, el butlletí estadístic editat per les cambres de comerç del País Basc indicava que l'augment dels salaris havia estat lleugerament superior al de l'IPC.

A més de la introducció de la perspectiva sociològica, hi ha un altre element que convé subratllar, i és que la voluntat del legislador queda en segon pla quan les directrius d'interpretació indiquen que s'ha de considerar sobretot «el espíritu i finalidad» de les normes.³⁵ En aquest punt vull recordar la qüestió de si el text d'una llei pot intepretar-se com qualsevol altre text; a banda d'altres consideracions, em sembla que pel que he exposat fins ara pot donar-se una resposta matisada. En principi, tot text pot interpretar-se de qualsevol manera, però no tots els textos són iguals. Hi ha poesies, receptes, lleis..., textos a què la comunitat lingüística en què s'emmarquen atribueix funcions diferents. La interpretació jurídica és la interpretació de textos normatius, feta d'acord amb pautes hermenèutiques derivades del dret vigent i de la cultura jurídica. Per això tinc la impressió que el dret queda al marge d'algunes polèmiques que poden donar-se entre els estudiosos de la literatura; penso en la que pot separar tres grups segons que siguin partidaris de donar preferència a la *intentio auctoris*, a la *intentio operis* o a la *intentio lectoris*.³⁶ El text d'una llei pot interpretar-se de qualsevol manera, però no tota interpretació serà acceptable pels juristes, perquè tenen regles hermenèutiques pròpies.

2.4. L'argumentació

Hem vist la importància de la interpretació, i com el jurista ha de referir-se sempre als preceptes en els seus raonaments. Connecta un as-

34. Que trec d'Isidoro ÁLVAREZ SACRISTÁN: «La interpretación de la norma conforme a la realidad social», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 5, 1987, pp. 71-78 (p. 77). Un altre exemple d'aplicació de la norma segons la realitat social pot trobar-se a Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «El criterio de la realidad social en la interpretación de las normas jurídicas. Comentario a la Sentencia del 13 de abril de 1984», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 38, 1985, pp. 212-220.

35. És interessant la defensa que fa J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pp. 271 i ss. de la voluntat del legislador com a paràmetre hermenèutic.

36. Vegeu U. ECO, *op. cit.*

pecte de la realitat amb un precepte, i d'acord amb el sentit que atribueix al precepte n'explicita les conseqüències que s'han de seguir. Tot seria molt senzill si sempre fos així; en la realitat, el jurista es troba sovint davant de supòsits diferents. A vegades sembla haver-hi dos o més preceptes contradictoris que són d'aplicació al cas; altres cops no hi ha cap precepte directament aplicable al cas. Si renuncia a respondre, no actua com a jurista. La societat demana d'ell el punt de vista del dret, i si és jutge resta obligat pel que diu l'article 1.7 del Codi civil: «*Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.*» Per tal de resoldre aquestes dificultats, pot seguir les pautes que passo a descriure tot seguit.³⁷

2.4.1. Les antinòmies i la relació entre norma general i norma especial

Comencem per les antinòmies. És a dir, pel cas en què hi ha diversos preceptes que es refereixen al mateix supòsit de fet, però són contradictoris. Hi ha tres criteris per resoldre el problema, que molts han après per les màximes llatines que els identifiquen.

a) *Lex superior derogat legem inferiorem*

La norma superior preval sobre la inferior. El sistema normatiu s'organitza de forma jeràrquica, i no totes les normes tenen el mateix valor. La norma suprema, que cap altra norma no pot contradir, és la Constitució. La Constitució s'imposa a les normes produïdes pels legisladors, i en el nostre sistema hi ha un tribunal especial —el Tribunal Constitucional— encarregat de determinar si una llei és o no compatible amb la Constitució. El graó immediatament inferior l'ocupen les lleis: les normes que sorgeixen de l'òrgan al qual la Constitució atorga el poder legislatiu, i la seva composició és determinada pels ciutadans en les eleccions generals. Per sota de la Constitució i de les lleis se situa la categoria inferior de normes, conegudes amb el nom genèric de *reglaments*. Així, si la contradicció a què feia referència es planteja entre normes de rang diferent, el criteri

37. Aquestes qüestions són tractades sempre als manuals de dret civil; vegeu per exemple L. Díez-PICAZO i A. GULLÓN, *op. cit.*, pp. 190-197, i J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pp. 288-300. També FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN: *Fuentes del derecho. I, Principios del ordenamiento constitucional*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 141-175, i les monografies citades de R. ALEXY, V. ITURRALDE SESMA i J. L. VILLAR PALASÍ. El que explico al text s'hi inspira molt directament.

de solució és senzill: es descarta la de rang inferior i es fa prevaler la de rang superior.³⁸

b) *Lex posterior derogat legem priorem*

Quan la contradicció es produeix entre normes del mateix tipus i rang, la solució és senzilla si són de data diferent. El jurista descartarà la més antiga i prendrà com a referència la més recent. Dir que la llei nova deroga l'anterior equival a dir que la llei antiga deixa de tenir efectes, a partir del moment en què la llei nova estableix la nova regulació. Aquesta operació resulta inequívoca quan la norma posterior explicita quina norma anterior és substituïda per la llei nova. Però altres vegades aquesta informació n'és absent i es parla de derogació tàcita. Els supòsits de la derogació tàcita no els determina la llei nova, sinó l'interpret. L'interpret ha de justificar que de l'anàlisi dels preceptes es desprèn que les seves regulacions són contradictòries i que, d'acord amb el principi que aquí es comenta, opta per aplicar la llei nova.

c) *Lex specialis derogat legem generalem*

D'acord amb aquest principi, la norma especial s'aplica amb preferència a la general. En la relació entre norma general i norma especial no hi ha contradicció, ni qui aplica la norma especial considera derogada la de caràcter general. Per tant, no pot considerar-se un cas d'antinòmia com els dos anteriors. S'acostuma a tractar amb els dos problemes precedents pel fet que el criteri s'adreça a situacions en què hi ha més d'un precepte potencialment aplicable. La dificultat rau en la determinació del caràcter general o especial de cada precepte, i l'interpret ha de justificar l'atribució d'aquest caràcter quan no siguin explícits al text normatiu.³⁹ Sortosament, el caràcter general de la norma pot venir explícitament indicat; així per exemple, en el Codi civil els articles 1.546 a 1.574 constitueixen les disposicions generals per als contractes d'arrendament de finques rús-

38. Un criteri complementari al de jerarquia és el de competència. Simplificat molt, podem dir que la norma suprema reserva determinades matèries a un cert tipus de normes, com ara normes del parlament estatal o normes dels parlaments autonòmics. Però com que, al final, la decisió respecte al tipus de norma aplicable a un supòsit de fet, relatiu a una determinada matèria, es basa en la supremacia de la Constitució, en aquesta exposició em sembla suficient deixar clar el principi de jerarquia. La qüestió és molt polèmica, i un bon plantejament pot trobar-se a V. ITURRALDE SESMA, *op. cit.*, pp. 105-118.

39. Aquí segueixo V. ITURRALDE SESMA, *op. cit.*, pp. 126 i ss.

tiques i urbanes, però les disposicions especials són els articles 1.575 a 1.579 si són finques rústiques, i els articles 1.580 a 1.582 si són finques urbanes.

2.4.2. Les llacunes

Fins aquí hem vist els problemes que es plantejaven quan el jurista havia de determinar el precepte adient a una situació de fet, havent-hi més d'una norma aparentment aplicable. Ara examinarem un cas diferent, el de les anomenades «llacunes». Una llacuna és un buit en un text legal, que es produeix quan no hi ha cap precepte directament aplicable a la situació de fet.⁴⁰ Vegem-ne un exemple. Suposem que una llei estableix que cap farmàcia no podrà instal·lar-se en un radi de dos-cents metres d'una altra que ja estigui oberta en les poblacions de més de cent mil habitants, i que una altra llei disposa que no s'instal·li cap farmàcia en un radi de tres-cents metres d'una altra que ja estigui oberta en les poblacions de menys de cinquanta mil. Quina és la distància mínima entre farmàcies en les ciutats de setanta-cinc mil habitants?

No sempre els problemes deriven d'una possible imprevisió dels autors de les normes; a vegades, la previsió és impossible. La legislació no sempre segueix l'evolució de la societat, i hem de comprendre que fenòmens com ara l'enginyeria genètica agafin per sorpresa el dret vigent.⁴¹ Tot i amb tot, ja coneixem la necessitat de trobar un precepte que s'acaba trobant. Si cap precepte no havia previst directament el problema que hem de resoldre, se'n busca algun d'aplicable a una situació de fet semblant. Aquí la tasca professional del jurista es desenvolupa a través de l'argumentació; ja no és possible ni creïble un mer sil·logisme, en què la situació de fet que el jurista pren en consideració s'encabeix en el supòsit de fet previst per la norma i que funciona com a premissa major.⁴² Per

40. Amb relació a les llacunes, cal veure també les reflexions de Jean CARBONNIER: *Flexible droit*, París, Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence, 1969, pp. 20-49, quan parla dels espais de *non-droit*; Carbonnier defineix el *non-droit* com «*absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation à être présent.*» (p. 20). L'exemple que segueix el trec de J. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 288.

41. A finals de l'any passat tingué lloc a París un congrés on varen discutir-se les implicacions de la venda d'òrgans del cos humà per a trasplantaments, i es posaren en relleu les implicacions ètiques de l'absència de regulacions jurídiques en aquest terreny; vegeu l'article del jurista italià Stefano RODOTÀ: «Corpi in vendita», *La Repubblica*, 2 de gener de 1991, p. 24.

42. Juan Antonio GARCÍA AMADO: «Del método jurídico a las teorías de la argumentación», *Anuario de filosofía del derecho*, 1986, pp. 151-182 (p. 162).

tant, ha de justificar la seva decisió, i ho sol fer amb algun dels arguments dels que habitualment s'ensenyen a les facultats de dret.

Es tracta d'argumentacions que no formen un catàleg tancat. Llevat de les excepcions que assenyali, pot dir-se que no tenen el caràcter preceptiu de les normes del Codi civil. Són models d'argumentació habituals, però se n'utilitzen d'altres, i molt especialment ho fan els òrgans jurisdiccionals que han d'interpretar les constitucions. Aquests òrgans tenen l'avantatge de partir d'una premissa indiscutida que redueix la possibilitat que es presentin antinòmies: la Constitució és la norma suprema des del punt de vista jeràrquic, i els problemes derivats de la contradicció entre qualsevol altra norma i la Constitució sempre s'han de resoldre a favor de la segona. També tenen un inconvenient, derivat de les característiques pròpies dels textos constitucionals. Les constitucions, i especialment les constitucions que són fruit del consens polític, tenen preceptes ambigus, acceptables pels seus autors potser en raó de la mateixa ambigüitat. A més, són textos de contingut ideològic bastant marcat, cosa que requereix un cert esforç argumental per justificar la seva aplicació de la manera més objectiva possible.⁴³

A banda de la particularitat dels arguments de la justícia constitucional, em referiré només a l'argumentació *a simili*, que és la que de manera més directa preveu el nostre ordenament.⁴⁴

2.4.2.1. Argumentació *a simili*

L'argumentació *a simili* es basa en l'analogia, i és acollida pel Codi civil en l'article 4.1, on diu:

43. Als Estats Units la jurisprudència constitucional és molt nodrida, perquè és el primer país on els jutges van començar a aplicar la Constitució; per aquesta raó tenen una gran influència els models d'argumentació allà on la jurisprudència constitucional és més recent; vegeu Christopher WOLFE: *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991 (traducció de l'edició original nord-americana de 1986), i Enrique ALONSO GARCÍA: *La interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984. Amb relació al cas espanyol, vegeu Francisco Javier EZQUIAGA SANTOS: *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, Herri-Ardulalitzaren Euskal Erakundea/Instituto Vasco de Administración Pública, 1987.

44. A més, el llenguatge jurídic emprava arguments d'altres tipus, que poden veure's a Ch. PERELMAN: *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, París, Dalloz, 1979, pp. 8-10 i 56-62. Hi ha una traducció espanyola de l'edició anterior en llengua francesa, de 1976: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979.

«Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.»

En aquest terreny podem observar la preferència per la *ratio legis*, i comprendre la posició subordinada que en la nostra cultura jurídica ocupa la voluntat dels autors de les lleis. En efecte, si els jutges estiguessin obligats a donar solució jurídica als problemes i es lliguessin únicament a la voluntat del legislador, quedarien paralitzats pel seu silenci. Però si els jutges parteixen del que la llei diu, sense preocupar-se pel que el legislador deixa de dir, llavors poden començar la seva argumentació reconeixent el silenci de la llei i determinant la raó de ser pròpia d'un precepte, per encabir-hi un supòsit de fet imprevisit per la seva literalitat.

Aquesta modalitat d'argumentació correspon al que la doctrina anomena «analogia *legis*», que aplica un precepte concret a un supòsit de fet concret no previst per l'anterior. Hi ha un altre tipus d'analogia de la qual també s'ha de parlar: l'«analogia *iuris*». Quan s'argumenta amb una analogia *iuris* també s'intenta cobrir el buit d'una llacuna normativa, però es fa servir més d'un precepte per induir-ne un principi. I és aquest principi el que fonamenta l'argumentació, en comptes de basar-la en un precepte com es fa en l'analogia *legis*. Un raonament basat en principis del dret és un expedient poc desitjable, perquè s'allunya del criteri de raonar a partir de preceptes que tothom pot llegir. És veritat que, com veurem immediatament, el jurista pot també argumentar amb referència a usos socials, però els usos també poden ser coneguts, i en tot cas la seva vigència s'ha de provar. Per això la invocació de principis és sempre un cert fracàs del jurista, perquè el dret només els admet de manera restrictiva. Crec que val la pena explicar aquest punt amb un cert detall, i, si m'ho permeten, m'estendré una mica.

L'article 1.1 del Codi civil diu que «*Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*». Amb això indica que els llocs on s'han de buscar les normes aplicables —les «fonts del dret»— són:

a) La «lleis», entesa com el conjunt de normes escrites, que s'estableixen de manera jeràrquica. La categoria suprema l'ocupa la Constitució. Les normes emanades dels òrgans legislatius —les lleis pròpiament dites—, que ocupen el rang immediatament inferior, només són vàlides si són compatibles amb la Constitució. Subordinats a la Constitució i a les lleis hi ha el que de manera genèrica hom anomena «reglaments».

b) Els costums; és a dir, aquelles pràctiques socials que la comunitat considera obligatòries, sempre que siguin compatibles amb la «lleï» a què em referia en el paràgraf anterior. Els costums així entesos només poden fonamentar una argumentació quan no hi hagi «lleï» aplicable. I, a més, cal que es demostrï l'existència del costum, com imposa l'article 1.2 del Codi civil.

c) Els principis generals del dret, que són el conjunt de regles que l'activitat dels juristes ha anat configurant al llarg dels segles,⁴⁵ per resoldre problemes que poden presentar-se sempre, malgrat l'evolució de les normes escrites i els canvis socials. La categoria de principis generals del dret és molt difícil de delimitar, perquè sempre se'n poden afegir i no hi ha directrius explícites per determinar quin és el principi més adient per a cada problema. A més, poden confondre's amb categories ètiques, però convé subratllar que els principis generals del dret només poden aplicar-se a manca de «lleï» o costum.

Doncs bé, l'analogia *iuris* comporta que el jurista formuli un principi. Si es vol, és un acte de creació intel·lectual que podria ser considerat meritori en altres camps del llenguatge, com ara la narrativa o la poesia. No em sembla digne d'elogi en el dret, pel que té d'incontrolable en relació amb un text escrit o a una pràctica observable. És el darrer recurs.

Cal reconèixer que l'argumentació per analogia no té uns perfils gaire clars. És difícil distingir-la de la interpretació extensiva, que és aquella en què s'atribueix al precepte el més ampli de tots els sentits possibles. Villar Palasí⁴⁶ exposa un excel·lent exemple d'interpretació extensiva. Durant l'edat mitjana, a moltes ciutats europees es prohibia exportar el blat, però la interpretació de les normes que establien aquesta interdicció no era sempre la mateixa. Quan hi havia fam, s'entenia que no podia exportar-se ni blat ni cap producte que en contingués, com ara la farina. En canvi, la interpretació passava d'extensiva a restrictiva en períodes de prosperitat; aleshores el límit a l'exportació s'aplicava al blat en gra.

45. Vegeu Jaime M. MANS PUIGARNAU: *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979. Un exemple d'aquest tipus de principi és el que indica que en cas de dubte s'ha d'aplicar la llei que sigui més favorable al reu: *in dubio pro reo*.

46. J. L. VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, pp. 17-18. Una crítica a la distinció entre analogia i interpretació extensiva es troba a F. BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, pp. 169-173. Exemples d'analogia del tipus al qual em refereixo en el text poden trobar-se a J. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pp. 297-298.

2.4.2.2. Límits de l'argumentació *a simili*

L'argument per analogia té les limitacions que fixa l'article 4.2 del Codi civil:

«Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.»

S'acostuma a dir que aquest precepte prohibeix l'analogia en els casos esmentats, que intentaré explicar tot seguit. Però abans voldria subratllar que no és només l'argument *a simili* el que queda afectat pel precepte citat. Tota extensió de l'aplicació d'un precepte a un supòsit de fet no expressament previst és prohibida pel que fa a les lleis penals, excepcionals i d'àmbit temporal, sigui quin sigui l'argument que s'utilitzi per justificar-la.

Comencem per les lleis excepcionals i les d'àmbit temporal. Pel seu propi caràcter expressen un àmbit d'aplicació limitat: les primeres, respecte a un règim general del qual constitueixen una restricció; les d'àmbit temporal, respecte al temps, perquè exclouen la seva vigència més enllà del moment prefixat. En qualsevol dels casos, seria contradictòria amb aquest caràcter restrictiu exprés qualsevol extensió de la seva aplicació. Pel que fa a les lleis penals, la prohibició respon al criteri general de limitar per principi l'aplicació de les normes sancionadores únicament als supòsits de fet explícitament previstos. Així es restringeix la limitació de les autoritats que, com ara els jutges, poden imposar als ciutadans situacions no desitjades en què la llibertat queda limitada.

3. CONSIDERACIONS FINALS

El plantejament que he fet de l'ensenyament del dret té sens dubte molts punts febles, que espero que vostès m'ajudin a veure en el col·loqui. De tota manera, jo voldria avançar-ne algun. Tal com ho he presentat, veig l'ensenyament del dret com el d'un llenguatge, i, pel que he descrit, d'un llenguatge reflexiu. També podríem dir-ne «autoreferencial»,⁴⁷ per-

47. Els perills d'aquest enfocament els presenta Pietro BARCELLONA: «La trasformazione dei saperi e la crisi dell'università», *Democrazia e diritto*, núm. 3, 1991, pp. 3-21, especialment p. 16.

què l'objecte essencial del llenguatge jurídic és el dret mateix: parla de preceptes invocant-los, i pretén «fer-los parlar» interpretant-los. I aquest llenguatge particular, en la majoria de les assignatures de la carrera l'ensenyem per immersió: creiem que els alumnes poden aprendre'l si s'hi familiaritzen. Com és natural, això no garanteix que d'aquest llenguatge n'arribin a conèixer les regles, i confiïm en la tasca dels nostres col·legues de filosofia del dret. Si els estudiants no arriben a assimilar completament totes les regles del llenguatge jurídic, potser el problema no és en el fons tan greu. Al cap i a la fi, tot jurista pot descobrir, a posteriori les regles del seu propi llenguatge professional; imagino que la seva sorpresa serà similar a la del personatge de Molière que descobria que parlava en prosa. El problema més important és que, d'acord amb el plantejament que jo faig, la prosa del jurista pugui aïllar-se de la realitat perquè n'assumeixi la ignorància.

Qui vulgui tenir un coneixement especialitzat ha d'acceptar un cert grau d'ignorància de les matèries que queden fora del seu camp de dedicació. Això és trist, però és segurament inevitable.⁴⁸ Ara bé, el jurista d'avui ha de saber que la seva feina especialitzada comporta el coneixement de la realitat social del temps que viu. Les normes, recordem-ho, han d'interpretar-se segons la realitat del temps en què han de ser aplicades, que no és necessàriament la mateixa del temps en què el professional del dret les va conèixer. I per intentar conèixer la realitat social hi ha les ciències socials, que subministren els coneixements que permeten fonamentar les pures impressions intuïtives. Cal, doncs, que el jurista conegui la societat en què viu, i no només com a exigència cultural o cívica, sinó des d'un punt de vista exquísidament professional. A més, les ciències socials li haurien de permetre veure el dret en perspectiva. No sempre tots els professors de dret tenim temps i coneixements per explicar a fons perquè serveix el dret; amb prou feines som capaços d'explicar com és el dret en el nostre camp d'especialitat. I, malgrat això, l'aspecte funcional del dret té una importància pràctica indiscutible, a l'hora de preveure i avaluar els efectes concrets d'una determinada normativa. Per altra banda, una posició d'ètica professional seriosa hauria de partir de la comprensió de la funció global del dret en la societat. És clar que això supo-

48. Ho digué John AUSTIN: «The uses in the study of Jurisprudence», inclòs dins l'edició de *The province of jurisprudence determinated*, Nova York, Noonday Press, 1954, pp. 363-393 (p. 388); hi ha una traducció: *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984. Vegeu també Max WEBER: *El político y el científico*, Madrid: Alianza Editorial, 1972, pàg. 191; la citació correspon a la seva conferència *Wissenschaft als Beruf* (1919).

sa que ha d'haver-hi una ètica professional, cosa que no deixa de ser una opinió.

El dret té uns efectes que transcendeixen les conviccions individuals dels juristes. En la nostra societat el poder s'exerceix a partir i per mitjà del dret, i normalment dins els límits que el dret mateix fixa. Els juristes que ho tenen en compte es troben sotmesos a la temptació d'abandonar totalment la pràctica basada en l'especificitat del seu raonament, i enlluernats pel poder, la dirigeixen per motius de conveniència política, de govern o d'oposició. Si fan això, contribueixen a esborrar les fronteres entre dret i política; no és un mal en si mateix, si no arriba a trencar-se la submissió de la política al dret indispensable en tota societat democràtica. A l'altre extrem, potser desitjós d'evitar ser instrumentalitzat per la política, trobem el jurista «apolític». L'apoliticisme del jurista, però, no treu el caràcter polític del dret, i probablement el fa el més dòcil dels instruments del poder.⁴⁹ De tant dir els professors que el raonament jurídic és diferent del raonament polític potser provoquem que el jurista anul·li el ciutadà, i no és això el que volem. Volem que tot ciutadà pugui trobar en els juristes professionals competents, i que tot jurista sigui conscient de les repercussions socials de la seva professió. Ens correspon ensenyar dret, i també, en graus diversos segons les especialitzacions, explicar les seves funcions. Ara bé, si no podem renunciar a l'anàlisi crítica del que fem, tampoc no podem substituir la consciència cívica dels estudiants, ni dotar-los, si en manquen, d'un interès elemental pel món que els envolta i en el qual hauran d'exercir la seva professió. La didàctica del llenguatge jurídic ja va prou carregada de problemes, i em temo que no pot fer miracles.

49. Vegeu les reflexions finals de l'article de Josef ESSER: «La interpretación», *Anuario de filosofía del derecho*, 1986. 41-73.