
El dret: per què i per a què?

PID_00247803

David Martínez Zorrilla

Temps mínim de dedicació recomanat: 2 hores



David Martínez Zorrilla

Índex

1. Per què el dret. Les raons que fonamenten l'existència de sistemes jurídics.....	5
1.1. Els problemes de la interacció social i el paper de les normes	5
1.2. Hart i el «contingut mínim del dret natural»	10
2. Per a què, el dret? Les funcions bàsiques del dret: control social, seguretat jurídica, legitimació del poder i justícia.....	15
2.1. El control social	15
2.1.1. Les tècniques de control social	17
2.2. La seguretat jurídica	18
2.3. La legitimació del poder polític	22
2.4. La justícia	23
Resum.....	26

1. Per què el dret. Les raons que fonamenten l'existència de sistemes jurídics

1.1. Els problemes de la interacció social i el paper de les normes

El dret no és ni de bon tros un fenomen recent en les nostres societats, malgrat que l'últim segle, i especialment les últimes dècades, hagi assolit uns nivells de complexitat altíssims. Ben al contrari, més aviat sembla que sigui una constant en la història de la humanitat. Els antics romans (grans mestres del dret) tenien la dita *ubi societas, ibi ius*, que es pot traduir com «allà on hi ha una societat, existeix el dret». Dels textos escrits més antics que s'han trobat en expedicions arqueològiques a l'Orient Mitjà, la gran majoria són de naturalesa jurídica: codis legals o tractats entre regnes. Els textos legals més antics coneguts són les tauletes d'Ebla, a Síria (cap al 2400 a. de C.), mentre que el codi legal complet més antic conegut és el d'Ur-Nammu, a Sumèria (cap al 2050 a. de C.). I, amb tota probabilitat, en èpoques anteriors ja devien existir preceptes legals expressats i transmesos oralment. Tot això és un indicatiu que el dret, o bé és un instrument necessari, o bé, fins i tot si no ho fos, és com a mínim un instrument prou important o útil per a la vida en societat perquè totes les societats conegudes se n'hagin servit.

Però quines podrien ser les raons o motius pels quals resultaria necessari, o almenys útil, tenir un sistema legal? Si es tracta d'un fenomen tan habitual, sembla raonable pensar que les raons estan relacionades amb algunes de les característiques bàsiques dels éssers humans i de les comunitats en les quals s'integren. El filòsof grec Aristòtil (384 a. de C. – 322 a. de C.) solia referir-se a l'ésser humà com a «animal racional» i «animal social». Amb això va destacar dues característiques fonamentals: la racionalitat i la vida social organitzada. La racionalitat és entesa alhora com la capacitat de plantejar-se objectius, finalitats o propòsits (elecció) i com la de determinar els mitjans o instruments adequats o més eficaços per a assolir-los (deliberació), mentre que el caràcter «social» de l'ésser humà posa l'èmfasi en la necessitat, o almenys en la conveniència, de la interacció, la coordinació i la cooperació entre els individus i l'organització en grups per a satisfer les necessitats bàsiques (com aliment i protecció) i per a aconseguir objectius que difícilment serien assolibles únicament amb els mitjans i les capacitats a l'abast d'un mateix. La idea d'un Robinson Crusoe, capaç (encara que amb grans esforços i sacrificis) de procurar-se la subsistència pels seus propis mitjans, és, doncs, una excepció i no pas la regla.

Es podria dir, per tant, que els éssers humans estem «condemnat», encara que sigui metafòricament, a la interacció i a la vida en societat. Però malgrat els evidents avantatges de la vida en comunitat, la interacció social també és font de problemes i dificultats. Una de les més evidents és que és una font

de **conflictes** potencials. En la mesura en què som racionals i ens plantejem objectius i propòsits diversos (i força sovint incompatibles), i que per a això normalment necessitem accedir a tot tipus de recursos (que per definició són limitats) i necessitem la col·laboració d'altres per a assolir-los, és relativament habitual que sorgeixin els conflictes. El conflicte és, en conseqüència, una situació habitual i un estat gairebé «natural» de l'ésser humà. Però encara que els conflictes siguin pràcticament ineludibles, el que sí que està al nostre abast és la manera de gestionar-los, i és en aquest punt en què, com es veurà, la idea del dret adquireix rellevància, com a mecanisme per a evitar, o si més no limitar, el recurs a la violència, i així reduir el risc d'autodestrucció i afavorir la mateixa subsistència dels individus i els grups en els quals s'integren.

Però, a més, el conflicte no és l'únic context d'interacció social en el qual el dret pot resultar útil. De vegades també sorgeixen problemes o dificultats derivades de la interacció que no tenen a veure necessàriament amb un conflicte o una incompatibilitat en les finalitats que persegueixen les persones involucrades, sinó que es plantegen fins i tot quan els objectius perseguits són compatibles o fins i tot coincidents. Són els denominats **problemes de coordinació**. Alguns senzills exemples poden il·lustrar aquestes situacions:

1) Imaginem que dues persones estan parlant per telèfon, però que es talla la comunicació. Els dos interlocutors estan interessats a continuar mantenint la conversa (coincidència en els propòsits). Per a fer-ho, cadascun d'ells té dues alternatives (mitjans): o bé truca a l'altre interlocutor, o bé s'espera que sigui l'altre qui li truqui. Ara bé, si tots dos prenen la mateixa decisió (els dos es truquen alhora o els dos s'esperen), la comunicació no es reprendrà i es frustrarà la finalitat perseguida. Per a evitar-ho, seria convenient establir algun criteri, ja sigui que en cas de tall torni a trucar qui va fer la primera trucada, o bé que ho faci el destinatari d'aquesta.

2) Un grup d'amics vol anar al cinema. Tots els membres del grup coincideixen que el seu objectiu principal és anar-hi tots junts i veure la mateixa pel·lícula. Malgrat aquesta coincidència, encara s'han de coordinar per acordar aspectes com a quin cinema anar, quina pel·lícula veure i a quina sessió, perquè en cas contrari no aconseguiran el seu objectiu. Per a això, poden establir criteris com la decisió per majoria, o fer-ho a la sort.

3) A una escala més gran, es podria dir que el propòsit principal de tots els conductors és conduir els seus vehicles i arribar a les seves destinacions de la manera més eficient i segura possible, però perquè això sigui possible i que la circulació no sigui un caos extremament perillós, són necessàries certes pautes bàsiques, com ara determinar per quin costat de la via cal circular o qui té la prioritat de pas quan es creuen diversos vehicles.

En tots aquests casos de problemes de coordinació, l'aspecte més important no és quina és la solució o la pauta «correcta» (si circular pel costat esquerre o dret de la via, o qui ha de trucar quan es talla una comunicació telefònica), sinó que totes les persones involucrades segueixin les mateixes pautes o criteris.

En alguns casos, no obstant això, els problemes de coordinació poden ser molt seriosos, i provocar conflictes importants. Per això, encara que se sol dir que els problemes d'interacció social acostumen a ser de dos tipus (conflictes i problemes de coordinació), això no s'ha d'entendre com que es tracta de dues ca-

tegies totalment separades i independents, ja que força sovint un problema de coordinació pot ser la font d'un conflicte (pensem per exemple en el cas que hi hagi un desacord entre el grup d'amics sobre quina pel·lícula veure o on i quan fer-ho). Un exemple extrem de problema de coordinació i que sovint implica un conflicte és el que en l'àmbit de la *teoria de jocs* es coneix com el **dilema del presoner**.

En la teoria econòmica de l'últim segle, un àmbit que ha experimentat un desenvolupament molt important ha estat el de la «teoria de la decisió racional» o *rational choice*. Dins d'aquesta ocupa un lloc destacat l'anomenada «teoria de jocs», en la qual destaquen les aportacions d'autors com John von Neumann (1903-1957), Oskar Morgenstern (1902-1977) o John Nash (1928-2015). Aquesta disciplina examina el comportament racional dels agents involucrats en contextos d'interdependència estratègica, és a dir, quan hi ha diversos agents involucrats, cadascun d'ells perseguint les seves pròpies finalitats i propòsits, i les decisions de cadascun els afecten no solament a ells mateixos sinó que també afecten les possibilitats dels altres d'aconseguir els seus objectius (això és, les meves decisions afecten les possibilitats que els altres assoleixin els seus objectius, i les decisions dels altres afecten les meves possibilitats d'assolir els meus objectius).

En les seves recerques, els teòrics de la teoria de jocs es van adonar que en determinats contextos, si tots els involucrats prenen la decisió més racional per a ells (això és, la que afavoreix més els seus interessos), al final s'arriba a una situació d'equilibri ineficient, és a dir, a una situació que és dolenta per a tots, o almenys no tan bona per a tots com ho podria haver estat si haguessin escollit altres opcions que no eren les més racionals per al jugador. Dit d'una altra manera, si cada jugador actua racionalment, intentant maximitzar els seus objectius o interessos i evitant en la mesura que sigui possible les conseqüències negatives, s'arribarà a un resultat final que no és l'òptim per a cap dels jugadors. Per a il·lustrar-ho, se sol utilitzar un exemple en el qual hi ha dos presos que han de prendre una decisió, i és per això que aquesta mena de situacions se solen conèixer com a casos de «dilema del presoner».

Encara que n'hi ha variacions, l'exemple clàssic sol ser com el següent. Dues persones són detingudes com a sospitoses d'haver comès un determinat delicte, però com que la policia no sap amb certesa qui és realment el culpable, els separa sense possibilitat de comunicar-se entre ells, i els planteja a tots dos, per separat, la mateixa alternativa:

«Si confesses que has comès el delicte i el teu còmplice no ho fa, tu quedaràs lliure i el teu còmplice serà condemnat a deu anys de presó, però si el teu còmplice també confessa, tots dos sereu condemnats a cinc anys. Si decideixes no confessar, però el teu còmplice sí que confessa, ell quedarà lliure i tu seràs condemnat a deu anys de presó. Finalment, si cap dels dos decideix confessar, tots dos sereu condemnats a un any de presó».

Si partim de la base que el propòsit de tots dos presoners és quedar lliures o almenys obtenir la pena més baixa possible, i pressuposant que són agents racionals, necessàriament els dos acabaran confessant i tots dos seran castigats amb cinc anys de presó, malgrat que existeix una alternativa millor per a tots dos (que cap dels dos confessi). Per a arribar a aquesta conclusió, examinarem breument la situació i les conseqüències de les diverses opcions. Suposem que som el presoner A. No sabem què farà el presoner B, i, de totes maneres, tampoc no tenim cap control sobre això. Per tant, hem d'examinar les conseqüèn-

cies de la nostra decisió tant sota la hipòtesi que l'altre confessa, com sota la hipòtesi que no confessa. I si ho fem, veurem que el resultat és sempre el millor (o menys dolent) quan confessem: si l'altre presoner confessa, ens convé confessar (perquè així serem condemnats a cinc anys en lloc de deu), mentre que si l'altre presoner no confessa, també ens convé confessar (quedem lliures en lloc d'anar un any a presó). L'opció de no confessar sempre dona pitjor resultat: si l'altre confessa, serem condemnats a deu anys en lloc de cinc, mentre que si no ho fa, serem condemnats a un any en lloc de quedar lliures. Com que, per hipòtesi, tots dos agents són racionals, tots dos arribaran a la mateixa conclusió i tots dos confessaran. La possibilitat, millor per a tots dos, que ningú confessi, és massa feble i inestable, ja que l'incentiu per a traïr l'altre (o la por a ser traït) és massa forta: evitar deu anys de presó.

L'exemple del dilema del presoner pot semblar massa artificial i exagerat, però en realitat les situacions que tenen la mateixa estructura (en què el racional és arribar a un equilibri ineficient) són més habituals del que pot semblar a primera vista. Uns exemples molt simples ho poden il·lustrar:

1) En una situació, força habitual, d'un pis compartit, podem pressuposar que tothom té interès que el pis estigui raonablement net, però alhora tothom pretén contribuir com menys millor a la neteja. Cada persona es planteja, per tant, dues alternatives: netejar o no netejar. Si s'analitza la situació des d'un punt de vista estrictament racional i autointeressat, el resultat final serà que no netejarà ningú, perquè independentment del que fan els altres, el racional serà no fer-ho: si els altres netegen, podré aprofitar-me de gaudir d'un pis més net sense esforç, i si els altres tampoc no netegen, encara que el pis estigui brut almenys em lliuraré de l'esforç i evitaré que s'aprofitin de mi. Però si tots fan el mateix raonament, al final ningú no netejarà i el resultat serà dolent per a tots.

2) En un treball en grup per a una assignatura, la qualificació és global i idèntica per a tots els membres del grup. Cada membre del grup ha de considerar si s'esforça o no en l'elaboració del treball per a obtenir una bona nota. Si un dels membres decideix esforçar-se i els altres no ho fan, aquests últims s'aprofitaran del treball de l'estudiant aplicat i obtindran injustament una qualificació millor que la que els correspondria conforme al seu esforç, que de tota manera serà probablement pitjor que si tots s'esforcessin. I anàlogament, l'estudiant aplicat, a més de ser «explotat» pels qui no col·laboren, no aconseguirà una qualificació d'acord amb l'esforç dedicat. Si s'analitza la situació racionalment, cada membre del grup arribarà a la conclusió que no convé esforçar-se: si els altres s'esforcen, se'n podran beneficiar sense assumir els costos, i si tampoc no s'esforcen, no hauran fet un sacrifici inútil. El resultat, com és previsible, serà dolent per a tots.

3) Suposem per un moment que no hi ha conseqüències legals adverses pel fet de no pagar impostos. En aquest context, si ens plantejem si paguem impostos o no, el racional seria en tot cas no pagar-ne: si els altres en paguen, me'n beneficiaré (en forma de serveis públics, infraestructures, etc.) sense haver-hi contribuït, i si els altres no paguen, encara que no podré gaudir dels serveis i prestacions públics per falta d'ingressos, almenys no faré el pressépagant la meua part, que encara que a mi em representa un sacrifici important, en el còmput global amb prou feines té impacte. Si tots fan el mateix raonament, no pagarà ningú i el resultat serà pitjor per a tots.

El problemàtic de les situacions del dilema del presoner és que no tenen solució, i l'única manera de resoldre-les o superar-les és introduint canvis en l'esquema d'incentius que trenquin precisament aquesta situació d'equilibri ineficient, en què el racional és no cooperar. Per a això, cal aconseguir que el

racional, des del punt de vista de l'interès individual de cada jugador, sigui cooperar. I és en aquest punt en què les normes, i amb això el dret, poden ser instruments útils, ja que permeten canviar l'esquema d'incentius.

Per exemple, el cas dels impostos és molt clar. Si s'estableix un mecanisme d'inspeccions i sancions pel qual en el cas de no pagar el que correspon s'aplica una sanció més onerosa que la quantitat que correspondria pagar per l'impost, i a més hi ha una alta probabilitat de rebre aquesta sanció, l'opció de no pagar resultarà més costosa i menys atractiva, i per tant el racional serà pagar l'impost. En els altres exemples anteriors també es poden establir mecanismes que canviïn el sistema d'incentius per a trencar el dilema del presoner i fer que el racional sigui col·laborar: en el cas del treball en grup, pot fixar-se algun sistema per a identificar què ha fet cadascun dels membres i que això tingui repercussió en la qualificació de cada membre; i en l'exemple del pis compartit, per a incentivar que tothom contribueixi a la neteja poden establir-se conseqüències negatives per al cas de no fer-ho, com ara privar de l'accés a certs serveis comuns o obligar a fer altres tasques addicionals.

Amb tot l'apuntat fins ara, podria afirmar-se que les normes resulten instruments útils o adequats per a afrontar els problemes d'interacció social, ja que amb l'establiment de pautes de conducta obligatòries, juntament amb el corresponent conjunt de mesures per a intentar garantir-ne el compliment, és possible modificar l'estructura d'incentius, de tal manera que s'evitin o es mitiguin aquests problemes.

Recordem que un dels principals riscos associats a situacions de conflicte és que es recorri a la violència com a mètode per a «resoldre'ls». Gràcies a l'establiment de normes (que tinguin el suport de mesures que en garanteixin el compliment, com per exemple un sistema de sancions) és possible fer que el recurs a la violència sigui més costós, i per tant menys atractiu (i menys racional). Si, per exemple, jo desitjo posseir algun objecte o recurs que està en possessió d'una altra persona, i no hi ha cap norma que posi límits al meu comportament, puc estar temptat d'arrabassar-li-ho per la força, si considero que tinc prou capacitat física per a fer-ho. Però si sé que en cas de robatori és molt probable que recaigui sobre mi una sanció que no solament em privarà de l'objecte o el bé que he arrabassat, sinó que a més m'imposarà una càrrega addicional (una multa, presó, etc.), automàticament l'opció de robar serà més costosa i menys atractiva. Per tant, gràcies a les normes es pot contribuir a la limitació de la violència mitjançant la modificació de l'estructura d'incentius.

D'altra banda, les normes també resulten molt útils a l'hora de facilitar la coordinació i superar les dificultats derivades de la falta d'aquesta, en establir una sèrie de pautes comunes que hauran de seguir totes les persones interessades.

Per exemple, els contractes no són en essència sinó promeses mútues, és a dir, acords pels quals cadascuna de les parts es compromet a fer alguna cosa per a l'altra, en interès de totes dues. Imaginem, per exemple, un acord pel qual una persona es compromet a lliurar un telèfon mòbil a una altra a canvi d'un preu (quantitat de diners). Aquest acord és en interès de totes dues parts, perquè la que es compromet a lliurar el telèfon valora més els diners que ha rebut a canvi de l'aparell que l'aparell mateix, mentre que l'altra part valora més el telèfon que la quantitat de diners que n'ha lliurat a canvi. Però fins i tot estant d'acord en les finalitats, encara són necessaris certs criteris o pautes que estableixin, per exemple, quines són les condicions o requisits que ha de reunir un acord per a ser

vinculant (si s'exigeix certa forma per a l'acord, o una edat mínima, etc.), les condicions o circumstàncies en les quals aquest s'ha de complir i perquè, arribat el cas, es pugui comptar amb el suport del poder públic (jutges) per a exigir per la força el compliment en cas que una de les parts no compleixi la seva obligació o no ho faci correctament. Per això, les normes no solament faciliten la coordinació sinó que a més modifiquen l'estructura d'incentius per a penalitzar o fer menys atractiva l'opció de «trair» o voler aprofitar-se il·legítimament dels que sí que col·laboren (pensem també, per exemple, en les multes de trànsit per no complir les normes de circulació o en les sancions per no pagar els impostos).

No obstant això, encara que hàgim arribat a la conclusió que l'establiment de pautes o normes que guien la conducta és útil, adequat, racional, aconsellable, etc., a l'hora d'afrontar els problemes d'interacció social, algú podria dir legítimament que és una raó massa feble (o almenys no prou forta) per a explicar que el dret hagi estat una constant en totes les societats humanes, i això seria així com a mínim per dues raons: a) la primera, perquè com a màxim hauríem explicat la utilitat, o fins i tot la necessitat, de tenir normes, però no necessàriament *normes jurídiques* o *legals*, ja que existeixen altres tipus de normes o pautes de conducta (socials, ètiques o morals, religioses...) que també guien el comportament i que potser també podrien complir aquestes funcions; b) i la segona, perquè no n'hi ha prou que alguna cosa sigui útil o aconsellable perquè sigui adoptada de manera generalitzada. Per exemple, probablement tots tenim interès a tenir un bon nivell de salut i benestar físic, i per a tenir-lo és molt recomanable fer esport i abstenir-se de fumar i consumir alcohol, però sembla força obvi que aquest motiu no és suficient perquè de manera generalitzada totes o gairebé totes les persones es comportin d'aquesta manera. Semblaria, doncs, si tenim en compte que totes les societats conegudes han tingut un sistema de normes que podria qualificar-se d'alguna manera com a «dret», que aquest ha de relacionar-se d'una manera estreta o intensa amb certes característiques bàsiques dels éssers humans i de les comunitats en les quals s'integra. D'entre els intents de donar una resposta a aquesta qüestió, ens centrarem breument en la proposta de Herbert L. A. Hart.

1.2. Hart i el «contingut mínim del dret natural»

Herbert L. A. Hart (1907-1992) va ser un dels teòrics del dret més rellevants del segle XX, i continua essent una referència ineludible en la teoria i la filosofia del dret actuals. En la seva principal obra, *The Concept of Law* (1961), l'autor dedica unes pàgines (concretament l'apartat 2 del capítol IX) a explicar la seva proposta de quines serien les raons que justificarien l'existència del dret de manera generalitzada en les societats humanes, i també el contingut mínim imprescindible que tindria qualsevol sistema jurídic, per simple i bàsic que fos, que denomina «contingut mínim del dret natural».

És important destacar que el que es proposa Hart és examinar les *raons* que *justifiquen* o que fan que sigui racional disposar d'un conjunt de normes jurídiques, i no tracta d'explicar cap connexió *causal* entre els éssers humans i l'existència de normes. És a dir, no sosté que l'existència del dret sigui una cosa necessària o ineludible com una llei de la naturalesa, per la qual cosa no nega necessàriament la possibilitat que pugués arribar a existir una societat humana

Contingut mínim del dret natural

Alguns autors, com Josep Maria Vilajosana, posen de manifest que aquesta denominació utilitzada per Hart pot generar confusió, ja que sembla que vinculi l'autor amb posicions jurnaturalistes, quan es tracta de fet d'un dels principals defensors del juspositivisme o positivisme jurídic. No entrarem ara en aquestes qüestions sobre la connexió conceptual entre el dret i la moral i l'existència del dret natural, a les quals ens referirem breument en el mòdul 7 («Dret i justícia»).

sense dret. El que afirma és més aviat que, tenint en compte certs objectius bàsics i certes característiques comunes dels éssers humans, és *racional* o està *justificada* l'existència del dret amb (almenys) cert contingut mínim, per ser l'instrument més adequat per a això.

La idea principal de l'autor anglès, dita resumidament, és que tenint en compte la importància que té per a nosaltres l'objectiu de la supervivència, i considerant certes característiques bàsiques comunes a tots els éssers humans, el dret és, si no necessari, sí almenys l'instrument més útil creat fins avui per a intentar garantir la supervivència i aconseguir certs objectius humans bàsics.

Referència bibliogràfica

J. J. Moreso i J. M. Vilajosana (1994). *Introducción a la teoría del derecho* (cap. 1). Madrid: Marcial Pons.

El punt de partida, doncs, és la constatació de quelcom molt bàsic: que els éssers humans, si més no en termes generals, tenen interès a continuar vivint. Encara que l'interès per la supervivència no es manifesti en tots els individus i en tots els casos o circumstàncies, sí que pot sostenir-se que els casos en què es desitja o es persegueix la pròpia mort són minoritaris, i que en termes generals les societats humanes no són un «club de suïcides». La gran majoria de les persones comparteixen aquest interès bàsic a continuar vivint, que és fonamental en el sentit que qualsevol altre interès o finalitat que tinguem requereix aquesta condició prèvia.

Però aquesta finalitat, encara que sigui general, compartida i fonamental, no basta per si sola per a justificar l'existència d'un sistema de normes jurídiques, tret que partim de la base de certes característiques bàsiques que compartim tots els éssers humans. Si els humans fóssim d'una altra manera, o si en el futur som capaços (per exemple, mitjançant avenços científics o tecnològics) de modificar o eliminar algunes d'aquestes característiques, és possible que el dret deixés de ser un instrument útil o necessari. Quines són, doncs, aquestes característiques bàsiques comunes? Hart n'enumera les cinc següents:

1) **Vulnerabilitat.** És força evident que els éssers humans (tots) som vulnerables davant dels atacs físics, que poden posar fi a la nostra vida o lesionar greument la nostra integritat física. No existeix (almenys fins avui) cap ésser humà indestructible, per la qual cosa tots tenim interès a preservar-nos dels atacs violents. Atès el nostre interès per la supervivència, aquesta vulnerabilitat constitueix un fonament per a establir normes de conducta que limitin l'ús de la violència (com la prohibició de matar, per posar l'exemple més evident). Com apunta Hart, si no podem trobar un fonament per a les normes que impedeixen matar i lesionar, quines altres normes podrien tenir-lo? Quines raons hi hauria per a tenir normes *de qualsevol altre tipus*?

2) **Igualtat aproximada.** Si bé hi poden haver diferències significatives entre persones quant a les seves característiques físiques (força) i intel·lectuals, aquestes no deixen de ser relatives, o, en tot cas, no són prou importants, en

el sentit que ningú és prou fort o prou intel·ligent per a sotmetre per la força o mitjançant l'astúcia totes les altres persones, almenys durant una mica més que un breu període de temps. Com afirma gràficament Hart, seguint Hobbes, fins els més forts i poderosos dormen, i els febles poden unir-se i aprofitar aquests moments de vulnerabilitat per a atacar el fort. Per tant, ningú per fort que sigui pot confiar exclusivament en els seus propis mitjans per a sotmetre de manera estable o continuada la resta, i és interès de tothom (no solament dels febles) establir límits a l'ús de la força. Per tant, aquesta característica també serviria de fonament per a justificar l'existència de normes que limiten i castiguen el recurs a la violència. Hipotèticament, si fos possible que existís algú tan superior a la resta que es pogués imposar de manera estable als altres sense risc per a si mateix, no tindria motius egoistes per a recórrer a les normes que limiten l'ús de la violència.

3) Altruisme limitat. Servint-se d'una metàfora bíblica, Hart afirma que els éssers humans no som ni àngels ni dimonis. Amb això posa de manifest que ni actuem exclusivament per motivacions egoistes i buscant el benefici propi en tots els casos, sense tenir mai en compte els interessos o necessitats d'altres persones, ni tampoc no som éssers angelicals o heroics que anteposem sempre el benestar i els interessos aliens als propis, sense que ens importin les conseqüències. Amb totes les diferències individuals que hi pugui haver, la veritat és que tots ens situem en un punt intermedi, i només sota aquesta premissa té sentit establir normes de conducta. Si fóssim una mena de dimonis egoistes, no tindria sentit posar normes, perquè no les seguiríem mai (ni tan sols la que prohibeix matar) quan no fer-ho ens resultés d'alguna manera beneficiós; és a dir, el nostre comportament no estaria mai motivat per les normes, sinó exclusivament pel nostre propi interès egoista. I en una societat d'àngels tampoc no té sentit establir normes que limitin el recurs a la violència, perquè ningú mai no se sentiria temptat a recórrer-hi (tot i així, i malgrat que Hart no hi fa referència, encara serien útils les normes per a resoldre problemes de coordinació).

4) Recursos limitats. Fins i tot per a la satisfacció de les necessitats i objectius més bàsics, com continuar vivint, els éssers humans necessitem una sèrie de recursos, com aliment, aigua, recer o protecció contra els elements. Malauradament, aquests recursos són limitats i en molts casos la seva obtenció requereix esforç i treball, i, ben sovint, la col·laboració de diferents persones (per exemple, conrear els camps i construir eines per a poder fer-ho, a fi d'obtenir aliments). Aquest caràcter limitat fa convenient establir una sèrie de normes per a regular l'accés als recursos, o, com afirma Hart, per a establir alguna forma de propietat (que no necessàriament ha de ser la propietat privada). Els drets de propietat es poden entendre com les pautes o criteris que regulen l'accés i distribució als recursos (qui i en quina mesura hi pot accedir). Però, a més, com que en molts casos l'obtenció de recursos requereix la cooperació (per exemple, l'agricultor necessita certes eines per a poder conrear la terra i obtenir aliments, mentre que el ferrer que fabrica les eines necessita els aliments obtinguts per l'agricultor), són necessàries certes normes bàsiques que regulin

els aspectes fonamentals de les relacions contractuals, és a dir, de les normes que generen obligacions o compromisos per a assegurar la cooperació, com ara quines condicions formals i substantives ha de reunir un acord perquè sigui vinculant entre les parts i pugui assegurar-se'n el compliment, si és necessari acudint a una institució pública (com un tribunal) que garanteixi aquest compliment, fins i tot coactivament.

5) Comprensió i força de voluntat limitades. Fins ara, Hart ha posat de manifest algunes raons per a justificar l'existència de normes que limitin l'ús de la violència i que regulin algun tipus de propietat i les relacions contractuals. Els avantatges de disposar d'aquest tipus de normes semblen bastant evidents, i la majoria de persones així ho veuran sense gaire dificultat. Això no obstant, hi ha el problema que en general tenim més dificultats per a comprendre o per a tenir adequadament en compte els beneficis o interessos a llarg termini que no pas els que són a curt termini. Per exemple, no és estrany sucumbir a la temptació del plaer que significa consumir cert tipus d'aliments tot i saber que a la llarga o a la no tan llarga seran perjudicials per a la nostra salut, o a la de comprar l'última novetat que ha sortit al mercat encara que realment no la necessitem i faríem millor d'estalviar per a afrontar possibles necessitats futures. Una cosa semblant pot passar en relació amb les normes: fins i tot essent conscients, després d'haver-hi reflexionat, que és convenient seguir les normes en benefici de tots (també en el nostre propi), seria fàcil caure en la temptació de no fer-ho si amb això obtenim algun benefici immediat, encara que això sigui perjudicial a llarg termini o a una escala més gran. En el cas d'un contracte de compravenda, per exemple, el venedor podria tenir la temptació de no lliurar l'objecte de la venda si prèviament ja ha rebut els diners del comprador, o viceversa, malgrat que això danyaria la mateixa institució contractual, ja que disminuiria la confiança de la gent que els contractes es compliran, cosa que posaria en perill la cooperació. Per tal d'evitar els efectes adversos de la temptació del «benefici immediat», Hart assenyala la necessitat de donar suport a les normes amb un sistema de sancions que en desincentivi l'incompliment (és a dir, canviar l'esquema d'incentius, tal com hem vist a l'apartat anterior). Perquè això funcioni adequadament és necessari tenir un sistema institucional que, d'una banda, tingui la capacitat de determinar quan s'ha incomplert una norma (per exemple, un sistema judicial), i que, de l'altra, pugui recórrer a la coacció pública per a assegurar el compliment de les normes i l'aplicació de les sancions.

En síntesi, doncs, la tesi de Hart és que l'objectiu fonamental de la supervivència, juntament amb certes característiques bàsiques dels éssers humans (vulnerabilitat, igualtat aproximada, altruisme limitat, recursos limitats i comprensió i voluntat limitades), fa racionalment justificat tenir un sistema de normes jurídiques que com a mínim serveixi per a limitar la violència i regular les bases de la propietat i els contractes, i tot això amb el suport d'un sistema institucionalitzat de sancions.

2. Per a què, el dret? Les funcions bàsiques del dret: control social, seguretat jurídica, legitimació del poder i justícia

En analitzar les raons per les quals les societats humanes tenen sistemes jurídics, en certa manera ja estem responnent també, si més no en part, a la pregunta de quines són les funcions, objectius o finalitats que el dret té o pretén tenir en la societat: ens serveix per a donar resposta a problemes d'interacció social per mitjà de la limitació de la violència i de la facilitació de la coordinació i la cooperació. Però els sistemes jurídics són estructures molt complexes que serveixen (o que poden servir) per a molts altres objectius. Tradicionalment la sociologia jurídica ha destacat, entre altres, les funcions següents: el **control social**, la **seguretat jurídica**, la **legitimació del poder polític** i la consecució de cert nivell de **justícia**.

Abans d'entrar a comentar cadascuna d'aquestes funcions principals, convé tenir en compte, si volem evitar confusions, que és possible fer tant una *interpretació descriptiva* de tals funcions, com una *interpretació valorativa* o prescriptiva, i que convé tenir present en quin context ens movem (descriptiu o valoratiu), perquè les conseqüències o la plausibilitat de les nostres afirmacions poden ser molt diferents en un o altre cas. Quan es fa referència a les funcions del dret enteses com a tesis o afirmacions *descriptives* (per exemple, afirmant que els sistemes jurídics fan una funció de control social), el que s'està dient és que, de fet, les coses són d'una determinada manera (en el nostre exemple, que *de fet* tots els sistemes jurídics exerceixen aquesta funció), i que com a afirmació descriptiva que és, pot ser veritable o falsa. Però de vegades, i no sempre explícitament, el que se sosté és una afirmació *valorativa*, sobre el que seria *bo* o *desitjable* (en aquest cas, que seria *desitjable* que els sistemes jurídics exercissin una funció de control social, la qual cosa és compatible amb l'afirmació que, *de fet*, no tots els sistemes jurídics compleixen aquesta funció). Les tesis valoratives o prescriptives no són *per se* ni veritables ni falses, perquè no descriuen cap realitat, sinó que proposen un model o ideal a seguir. En tot cas, han de ser valorades d'acord amb altres criteris, com la seva raonabilitat, justícia, possibilitat d'assolir-se, etc.

2.1. El control social

Com s'acaba d'apuntar, és habitual en la sociologia jurídica afirmar que els sistemes jurídics exerceixen una funció de control social. La primera dificultat, però, és que no hi ha un concepte o interpretació unívoca del que s'entén per «control social». Així, és possible parlar com a mínim de dues concepcions, o almenys de dues dimensions, diferents: una concepció *integradora* del control social, i una concepció *reguladora*.

a) Entesa com a funció *integradora*, es fa referència al fet que el dret contribueix a reduir els conflictes dins de la societat, en promoure més cohesió entre els seus membres i generar un sentiment d'integració i solidaritat, ja que gràcies al dret els ciutadans es veuen a si mateixos com formant part d'una mateixa comunitat i com a iguals (en la mesura que estan sotmesos o subjectes a les mateixes normes). En un context en el qual els individus se sentin «desvinculats» i vegin el dret i les institucions com una cosa aliena, és més probable que no se sentin motivats a complir les normes o que intentin evitar-les quan això sigui possible.

Si aquesta afirmació s'interpreta com una tesi descriptiva, el que s'està dient és que, de fet, tot sistema jurídic, pel mer fet d'existir, contribueix a la integració social. Encara que en molts casos sembla que és així, una afirmació generalitzada d'aquest tipus sembla ser exagerada, perquè probablement hi ha exemples de societats poc cohesionades i molt conflictives malgrat que estan subjectes a un mateix sistema jurídic, i amb tota probabilitat en la integració i la cohesió social, hi intervenen molts altres factors a més del dret (per exemple, els nivells generals de benestar o la percepció que tingui la mateixa població sobre la justícia o injustícia de les actuacions dels poders públics o de la distribució de la riquesa). Si, en canvi, s'entén com una tesi valorativa, el que s'està dient és que el dret *hauria de* contribuir que hi hagués menys conflictivitat i més integració i cohesió social. Probablement ningú no estaria en contra d'aquesta afirmació, però cal tenir en compte que un sistema jurídic no aconsegueix necessàriament aquest objectiu pel mer fet d'existir.

b) Entesa com a funció *reguladora*, que el dret exerceix una funció de control social significa simplement que serveix per a guiar el comportament dels destinataris (tant dels individus com dels poders públics), incentivant o desincentivant conductes mitjançant normes, sancions o altres mesures. En una interpretació descriptiva, aquesta afirmació sembla evidentment certa sempre que el sistema jurídic sigui mínimament eficaç (ja que precisament el sistema és *eficaç* si aconsegueix efectivament dirigir la conducta; és a dir, que es compleixin les normes). Es tracta, per tant, gairebé d'una tautologia (encara que no ho és en sentit estricte, perquè hi ha la possibilitat que el sistema sigui totalment ineficaç). Però encara que sigui veritable en un sentit gairebé trivial, el que no ho és en absolut és que es tracta també d'una afirmació *gradual*: són possibles diferents nivells o graus de compliment o eficàcia de les normes jurídiques, o, dit d'una altra manera, els membres i institucions d'una societat poden estar més o menys motivats pel que estableix el dret a l'hora de decidir els seus comportaments.

En el cas d'una interpretació valorativa, tenint en compte que tots els sistemes jurídics mínimament eficaços compleixen aquesta dimensió reguladora, s'entendria com que l'objectiu és que es compleixi la funció de control social *en el màxim grau possible*, tant en el sentit d'aconseguir la màxima eficàcia possible, com en el sentit que el dret ha de tenir un paper predominant en el control de les conductes i regular tants àmbits com sigui possible en detriment

d'altres mecanismes de control social (per exemple, la moral). Aquesta és una qüestió sobre la qual es debat en l'àmbit de la filosofia política i les teories de la justícia, ja que hi ha concepcions més favorables a l'intervencionisme estatal en diferents àmbits (per exemple, l'economia o la família) i altres de més partidàries de limitar el paper de l'estat i del dret per a deixar certs àmbits al marge de la regulació jurídica i donar més protagonisme a l'autonomia individual i altres tipus de normes com les socials, les morals o les religioses.

2.1.1. Les tècniques de control social

Com sabem, el dret és un instrument per a guiar el comportament, que intenta desincentivar les conductes que es consideren indesitjables o incentivar les que es consideren desitjables. Però el sistema jurídic no sempre actua de la mateixa manera o amb la mateixa tècnica a l'hora d'intentar dirigir la conducta. D'una banda, tal com s'acaba d'assenyalar, és possible guiar la conducta tant incentivant el que es considera positiu com desincentivant el que es considera negatiu. I, d'altra banda, el dret pot entrar en acció tant abans que es produeixi la conducta que es vol incentivar o desincentivar com després. Seguint la proposta de l'insigne jurista italià Norberto Bobbio, de la unió de tots dos criteris sorgeix una classificació de quatre combinacions possibles, a les quals podem referir-nos com les diferents *tècniques de control social*:

a) Promoció: consisteix a incentivar la conducta desitjada abans que aquesta es produeixi. Alguns exemples poden ser les subvencions per a adquirir vehicles menys contaminants, les ajudes a projectes de recerca científica o les beques per a cursar estudis. En tots aquests casos, l'incentiu és ofert abans que es doni el comportament que es desitja incentivar (que hi hagi més vehicles poc contaminants, promoure la recerca i el progrés científic o facilitar la formació de persones amb pocs ingressos i a qui altrament els seria molt difícil o impossible formar-se).

b) Premi: consisteix a incentivar la conducta desitjada després que aquesta s'hagi produït. Alguns exemples són les bonificacions fiscals per fer aportacions a plans de pensions o per fer donacions a determinades ONG, les bonificacions en les quotes de la Seguretat Social per contractar treballadors de certs col·lectius desfavorits (com els aturats de llarga durada) o el descompte en les taxes de la següent matrícula per haver obtingut una qualificació de matrícula d'honor. En tots aquests casos, l'incentiu es materialitza després que s'hagi produït la conducta desitjada (promoure l'estalvi, ajudar col·lectius desfavorits o promoure l'excel·lència acadèmica).

c) Prevenció: consisteix a desincentivar la conducta indesitjada abans que aquesta arribi a produir-se. Un exemple seria el desplegament d'un dispositiu policial en un partit de futbol considerat d'alt risc per a evitar possibles altercats violents. Els actes violents encara no s'han produït, però el dret entra en acció preventivament. Altres exemples podrien ser les mesures cautelars

Referència bibliogràfica

N. Bobbio (1969). «Sulla funzione promozionale del Diritto». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (vol. XXII, núm. 4, pàg. 1313-1320).

com la presó preventiva o la fiança (encara no hi ha hagut condemna, però s'intenta evitar que hi hagi fugida o destrucció de proves) o la col·locació de radars a les carreteres per a evitar futurs excessos de velocitat.

d) Repressió: consisteix a desincentivar la conducta indesitjada després que aquesta s'hagi produït. El cas paradigmàtic és el de les sancions (com les penes de presó per la comissió de delictes o les multes de tot tipus per contravenir obligacions legals). Quan intervé el dret penal i s'imposa la pena a l'acusat, en certa manera ja és massa tard, perquè la conducta indesitjada (el delictes) ja s'ha produït.

Convé tenir clar, per a evitar confusions, que la classificació es basa en el moment en què intervé el dret, i no en com aquest influeix en la psicologia de l'individu quan pren les seves decisions.

Fixem-nos en el cas de la repressió: encara que el fet que jo sàpiga que un comportament és considerat pel dret com a delictes i que comporta una important pena de presó amb tota probabilitat influirà en la meua decisió de portar-lo o no a terme, el sistema jurídic només actuarà efectivament (imposant la pena) una vegada hagi tingut lloc aquest comportament, per la qual cosa es tracta d'una tècnica de repressió i no de prevenció. De manera similar, el fet que jo sàpiga que si obtinc una matrícula d'honor em beneficiaré d'una rebaixa en el preu de la matrícula del proper curs pot influir en la meua decisió d'esforçar-me al màxim per obtenir aquesta qualificació, però el benefici només s'aplicarà una vegada consumat el fet, per la qual cosa es tracta d'una tècnica de premi, no de promoció.

2.2. La seguretat jurídica

La paraula «seguretat» sol anar unida a la noció de *protecció*, és a dir, a la idea d'estar protegit davant d'adversitats o perjudicis de tot tipus, com per exemple els causats per agressions físiques, accidents, malalties o desastres naturals. En aquest sentit, la seguretat està directament relacionada amb la presa de mesures per a evitar danys o qualssevol altres conseqüències negatives. El dret té cert paper a l'hora d'oferir cert nivell de seguretat en aquest sentit. Com hem vist, un objectiu essencial de tot sistema jurídic és limitar la violència, la qual cosa atorga (en la mesura que hi hagi cert nivell d'eficàcia i compliment de les normes) cert grau de protecció davant de les agressions. El seu paper és, no obstant això, força més limitat i modest en comparació amb altres tipus de risc: pot incidir en certa mesura en l'evitació d'accidents (per exemple, imposant certes obligacions als conductors, com ara no superar una velocitat determinada; o obligant les empreses a adoptar mesures concretes per a intentar evitar accidents laborals), però no pot fer res o ben poc, per exemple, per evitar que la gent es posi malalta o per impedir desastres naturals (naturalment, el dret sí

que té un paper important a l'hora de *gestionar les conseqüències* de situacions com ara estar malalt o haver sofert danys per catàstrofes naturals, però no pot evitar que aquestes situacions es produeixin).

Però, d'altra banda, la paraula «seguretat» també es pot emprar en el sentit de *certesa*, com en les afirmacions «és segur que el quadrat de tres és igual a nou» o «estic segur que vaig deixar les claus damunt de la taula», o almenys d'alta probabilitat (com en «segurament arribaré d'aquí a una hora»). El concepte de seguretat *jurídica* està relacionat amb aquesta noció, i no amb la idea de protecció. Quan s'afegeix l'adjectiu «jurídica» ens estem referint a la possibilitat de preveure o determinar amb antelació les conseqüències jurídiques dels nostres comportaments.

Per tant, la **seguretat jurídica** consisteix en la **previsibilitat** de les conseqüències que el sistema jurídic estableix per a les nostres accions.

Aquest aspecte és molt important, perquè el coneixement de les conseqüències legals de les nostres accions és en molts casos un element fonamental per a la nostra presa de decisions. Per exemple, si sé que determinat comportament implica la imposició d'una sanció i jo la vull evitar, evitaré aquest comportament; o si pretenc exercir un dret i l'única manera d'aconseguir-ho és fent una determinada sol·licitud davant d'un òrgan concret, actuaré d'aquesta manera.

La previsibilitat és, no obstant això, una propietat gradual; això és, podem parlar de diferents graus o nivells de seguretat jurídica. El nivell de seguretat jurídica d'un sistema concret depèn fonamentalment de tres aspectes: a) la *claredat* de les disposicions legals; b) la *publicitat* d'aquestes; c) el *compliment* per part dels poders públics.

a) La possibilitat i el grau de precisió o certesa a l'hora de poder preveure les conseqüències legals dels nostres actes està estretament vinculada a la claredat del llenguatge emprat en les disposicions jurídiques. En la mesura que les lleis s'expressin en un llenguatge clar, precís i fàcilment comprensible, serà més senzill saber amb més exactitud a què ens exposem amb el nostre comportament. Si, en canvi, s'utilitza un llenguatge fosc, imprecís i de difícil comprensió i interpretació, podrem estar menys segurs de si actuem o no d'acord amb la llei, o del que aquesta ens exigeix.

No s'ha de confondre la foscor i la imprecisió amb la complexitat tècnica. El llenguatge jurídic és un llenguatge altament tecnificat en el qual moltes de les expressions tenen significats molt precisos i determinats, i això fa que sovint sigui de difícil comprensió per a algú sense la formació adequada. De vegades utilitza termes que no són d'ús corrent en el llenguatge col·loquial (per exemple «usucapió» o «emfiteusi») i en altres casos utilitza les paraules o expressions que encara que també són d'ús col·loquial, en el context jurídic tenen significats molt precisos i no sempre coincidents amb el llenguatge comú. Per exemple, en el llenguatge corrent és habitual utilitzar l'expressió «robar» indistintament en les tres situacions següents:

1) «Fa un parell de dies van entrar a casa meva forçant una finestra i em van robar els diners i les joies que hi guardava.»

2) «Vaig deixar un moment la meva cartera sobre el mostrador i algú me l'ha robat.»

3) «L'altre dia vaig prestar la meva col·lecció de monedes antigues a una altra persona i me les ha robat.»

Però, des del punt de vista legal, «robar» és un concepte molt més precís i només s'aplicaria al primer cas, ja que en els altres exemples ens trobem davant d'un furt i d'una apropiació indeguda, respectivament.

b) A fi de poder conèixer les conseqüències legals dels nostres actes, és imprescindible que puguem saber què estableix el dret. Si les lleis són secretes, els afectats per aquesta no podran saber com els afecta i per tant el seu comportament no podrà ser motivat pel que les lleis estableixen. Per això, hi ha d'haver la possibilitat de conèixer les normes jurídiques, i per aquesta raó tots els sistemes jurídics moderns estableixen l'obligació de publicar oficialment totes les disposicions legals aprovades com a requisit previ a la seva entrada en vigor. A més, sol establir-se un termini entre la publicació i l'entrada en vigor, denominat *vacatio legis*, i que per regla general, i tret que la mateixa disposició publicada estableixi una altra cosa, en el dret espanyol és de vint dies (art. 2.1 del Codi civil). Aquest termini té precisament per objecte facilitar el coneixement de la disposició publicada, i aquesta pot ampliar-lo o reduir-lo, però l'entrada en vigor no pot ser mai anterior a la data de publicació oficial.

Hi ha diferents mitjans de publicació oficial, que depenen de l'àmbit de vigència de les disposicions. Per al cas de disposicions que afecten tot l'Estat (per exemple, una llei aprovada per les Corts Generals –Congrés de Diputats i Senat– o un reial decret del Govern central), la publicació oficial és el *Butlletí Oficial de l'Estat* (BOE). També hi ha diaris oficials per a l'àmbit autonòmic; per exemple, en el cas de Catalunya, és el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, el DOGC. Si parlem de l'Administració local, la publicació es fa en el *Butlletí Oficial de la Província* (BOP). A més hi ha altres publicacions oficials sectorials, per exemple el *Butlletí Oficial del Registre Mercantil* (BORME).

També cal ser conscients de la diferència entre *conèixer* el dret i tenir la *possibilitat* de conèixer-lo. La publicació de les disposicions legals òbviament només garanteix això últim, però en sentit estricte només podem examinar adequadament les nostres opcions si coneixem el dret. El problema és que els sistemes jurídics actuals han assolit tal extensió i nivell de complexitat que a la pràctica és impossible conèixer-lo completament, fins i tot per als especialistes, que solen ser experts només en determinats àmbits o temàtiques específiques (de manera semblant, per exemple, als metges, que tenen tots una base de formació general però són especialistes en un determinat camp, com la cardiologia, la neurologia, la traumatologia, la nefrologia, etc.). A causa d'aquesta gran complexitat, no seria raonable fer dependre l'aplicació o la vigència del dret al coneixement que en tenen els destinataris, i per aquesta raó l'art. 6.1 del Codi civil estableix que «la ignorància de les lleis no excusa del seu compliment».

c) De poc serveix que les lleis siguin públiques, o fins i tot àmpliament conegudes, i redactades de manera clara i precisa, si els poders públics no s'hi atenen ni en garanteixen el compliment per la part dels destinataris. Encara que sobre el paper estiguin molt clares les conseqüències legals que tenen els nostres actes, això no ens servirà de res si no tenim certes garanties que l'estat aplicarà aquestes conseqüències i que els poders públics no actuaran arbitràriament, ja que en aquest cas no sabríem a què atènyer-nos (no tindríem elements per a decidir si complir o no la llei, perquè féssim el que féssim les conseqüències serien imprevisibles). És per això que un requisit fonamental per a poder parlar de seguretat jurídica és que les regles del joc siguin efectivament seguides, especialment pels qui tenen l'obligació de garantir-ne el compliment (els poders públics).

Una vegada definit el concepte de seguretat jurídica i explicats els principals aspectes que en determinen el grau o nivell, convé analitzar la plausibilitat de l'afirmació que els sistemes jurídics compleixen la funció de proporcionar seguretat jurídica.

Com sabem, les tesis sobre les funcions del dret es poden interpretar en un sentit descriptiu o valoratiu. Entesa com una afirmació descriptiva, el que es ve a dir és que, de fet, els sistemes jurídics proporcionen seguretat jurídica. Però cal tenir en compte que la seguretat jurídica és gradual, per la qual cosa aquesta afirmació es podria entendre com a mínim de dues maneres: a) com que tot sistema jurídic proporciona *algun* grau de seguretat jurídica, encara que sigui mínim; o b) com que tot sistema jurídic proporciona un nivell alt, o si més no suficient, de seguretat jurídica. Segurament en la primera interpretació l'afirmació és veritable, ja que tret que el sistema jurídic sigui enormement defectuós i ineficaz (en aquest cas fins i tot es podria dir que no existeix pròpiament un sistema jurídic en aquesta societat), proporcionarà algun nivell de previsibilitat, encara que sigui baix. En canvi, sembla molt més dubtós que l'afirmació sigui veritable segons la segona interpretació.

Per això, pot semblar més raonable entendre la seguretat jurídica com una tesi valorativa, és a dir, defensant que és positiu o desitjable que els sistemes jurídics proporcionin un nivell alt, o si més no suficient, de seguretat jurídica. Una afirmació d'aquest tipus sens dubte genera un ampli consens. Però el que és més dubtós és si també el generaria l'afirmació que els sistemes jurídics haurien de proporcionar *el màxim grau possible* de seguretat jurídica. Un nivell molt alt de seguretat jurídica sens dubte millora la previsibilitat de les conseqüències dels nostres actes i decisions, però també pot contribuir a un excés de rigidesa i falta de flexibilitat que pot tenir en certs casos efectes negatius pel que fa a la justícia o a la raonabilitat de les actuacions dels poders públics.

Dos exemples poden il·lustrar aquesta idea. En primer lloc, fins fa ben pocs anys, només era beneficiari de la pensió de viduitat de la Seguretat Social el cònjuge vidu, perquè així ho establia clarament la normativa sobre aquest tema. Això implicava que el supervivent d'una parella de fet no tenia dret a la pensió, en no existir l'acte formal del matrimoni, tot i que es tractés d'una relació duradora i que compartís les característiques normalment

associades al matrimoni (convivència estable, cura en comú dels fills, béns compartits, etc.). Sens dubte, la seguretat jurídica és més gran si ens atenim al que estableix la llei clarament i explícita (que de manera expressa exigia matrimoni), però és qüestionable que en tot cas sempre sigui preferible un grau més elevat de seguretat jurídica.

Un segon exemple, basat en un cas real similar a l'Argentina, seria el següent. La legislació sobre trasplantament d'òrgans a partir d'un donant viu exigeix que el donant sigui més gran de divuit anys per a poder donar el seu consentiment. Una pacient està molt malalta i necessita un trasplantament urgent per a salvar la seva vida, i l'únic donant compatible és el seu germà, que té disset anys i sis mesos i està disposat a donar. No pot esperar a complir els divuit anys perquè ja serà massa tard per a la seva germana. En aquesta situació, la seguretat jurídica és més gran si es compleix la literalitat de la norma, que estableix l'edat mínima de divuit anys –i disset anys i mig no són divuit–, per la qual cosa no pot donar vàlidament el seu consentiment. Aquí torna ser dubtós si donar prioritat a la seguretat jurídica és sempre positiu.

2.3. La legitimació del poder polític

Si bé una funció bàsica del dret és dirigir el comportament, difícilment podrà fer-ho amb efectivitat si no té una sèrie de recursos i procediments per a intentar assegurar el compliment de les normes, la qual cosa implica la possibilitat de fer ús de la coacció, encara que sigui com a últim recurs. Només així pot pretendre tenir autoritat efectiva sobre els destinataris i obligar-los, si és necessari, a complir forçosament les normes. Per tant, el dret està indissolublement lligat al poder i a l'ús de la força, encara que l'ideal sigui que, en aquesta última, hi recorri el mínim possible. Encara que sembli paradoxal, per a poder limitar de manera efectiva l'ús indiscriminat de la violència per les persones, el dret necessita poder recórrer-hi quan sigui necessari, servint-se d'estructures institucionalitzades com l'administració pública o els tribunals.

Això ens planteja un problema: si analitzem els actes d'aquestes institucions que impliquen l'ús de la força o coacció de manera purament objectiva, no trobem gaire diferències respecte d'altres usos de la violència que en principi consideràriem il·legítims. En essència, per a posar alguns exemples, una multa o sanció econòmica no és sinó una privació per la força de la nostra propietat, igual que un robatori; una pena de presó és una privació forçosa de la llibertat, igual que un segrest; els treballs comunitaris o forçosos són com una forma d'esclavitud; la pena de mort (en els sistemes jurídics en què encara s'aplica) consisteix a causar la mort d'una persona sense el consentiment d'aquesta, igual que un assassinat; i els càstigs físics que històricament existien en moltes societats i que encara avui persisteixen en alguns sistemes legals (com les fuetades) no són en essència més que formes de tortura o mutilació. Per això, podem considerar que no li falta certa raó al pirata de l'exemple exposat per Agustí d'Hipona al segle v (en *De Civitate Dei*, llibre IV, cap. IV), en el qual aquell és capturat per l'exèrcit d'Alexandre Magne i és acusat de lladre, acusació davant de la qual respon: «com que jo ho faig amb un petit vaixell em diuen lladre, i perquè tu ho fas amb grans exèrcits et diuen emperador».

Com que el poder polític està indissolublement lligat a l'ús de la força, si no existissin una sèrie de pautes i regles que regulin quan, com i en quina mesura se n'ha de fer ús, hi hauria un seriós risc que els seus actes fossin percebuts com

un mer exercici arbitrari i, per tant, il·legítim, de la violència. El dret, doncs, contribueix al fet que la violència institucionalitzada no sigui percebuda com un exercici arbitrari o despòtic del poder, ja que aquesta violència està subjecta a un conjunt de regles que (si més no en teoria) ens afecten a tots igual i que regulen els procediments que determinen qui pot exercir-la, en quins casos, de quina manera i en quina proporció, i estableixen així una sèrie de límits que constitueixen al seu torn garanties per als ciutadans.

En suma, el dret té un paper essencial en la percepció del poder polític com un ús legítim (o almenys tolerable) de la força i la coacció, i per això s'hi atribueix una funció de *legitimació* d'aquest poder. Ara bé, el fet que *sigui percebut* majoritàriament per la societat com a legítim no implica necessàriament que ho sigui. Per això, convé diferenciar entre els conceptes de *legimitat* i *legitimació*.

La **legimitat** és un concepte moral, que fa referència a la correcció o justícia en termes morals (amb pretensió d'objectivitat i universalitat) de les decisions, accions o normes del poder polític. Que un sistema juridicopolític sigui legítim dependrà que s'ajusti o no a les exigències establertes per una determinada teoria moral o de la justícia (amb pretensió de validesa objectiva i universal). La **legitimació**, en canvi, és un concepte sociològic o descriptiu, que es refereix al fet que la majoria dels membres d'una determinada comunitat consideren que les accions, decisions i normes del poder polític són legítimes o moralment correctes, o almenys no manifestament injustes.

Des del punt de vista del que estem analitzant, el concepte rellevant és el de legitimació, no el de legimitat. Resulta força evident que les normes o les decisions adoptades pel poder polític no són automàticament justes o moralment correctes pel mer fet que hagin estat dictades per certes autoritats seguint determinats procediments (és a dir, *d'acord amb el dret*), però el fet de seguir les normes i procediments legalment establerts sí que pot facilitar l'acceptació, o com a mínim la tolerància, dels ciutadans. A més, la legitimació del poder polític té un paper fonamental en la mateixa estabilitat del sistema. Al marge de la seva justícia o injustícia en termes objectius, difícilment un sistema juridicopolític aconseguirà mantenir-se durant gaire temps si és percebut majoritàriament com a il·legítim i ha de recórrer d'una manera constant i generalitzada a la violència per a intentar fer complir les seves normes. Per tant, l'estabilitat d'un sistema requereix que un ampli sector de la mateixa comunitat el percebi com a legítim o, si més no, acceptable.

2.4. La justícia

També se sol dir que una de les funcions bàsiques del dret és contribuir a crear una societat més justa, o que és un instrument per a promoure la justícia.

Les relacions entre el dret i la justícia seran tractades en el mòdul 7, de manera que per ara ens limitarem a oferir-ne unes quantes pinzellades. El primer que cal destacar és que el terme «justícia» es tracta aquí com un concepte de tipus moral, o pertanyent a l'àmbit moral. Aquesta puntualització és necessària perquè de vegades s'utilitza el terme «justícia» com un concepte de tipus jurídic, com a sinònim o equivalent de «lleï» o «dret». Això ocorre per exemple en parlar dels «tribunals de justícia», o en referir-nos genèricament al poder judicial com «la justícia». De vegades també es parla de «la solució justa» per a fer referència a la solució correcta d'acord amb la llei. Naturalment, la tasca dels òrgans judicials és aplicar la llei, això és, decidir els casos que se'ls plantegen d'acord amb el dret, i no tractar de trobar solucions «justes» d'acord amb paràmetres ètics o morals. Quan «justícia» s'usa en sentit legal, no té gaire sentit dir que una de les funcions del dret és «promoure la justícia» o que «les lleis han de ser justes», ja que «just» i «d'acord amb el dret» és el mateix i, en conseqüència, l'afirmació seria un pleonasme o una tautologia buida de contingut. Igualment, parlar de «lleï o dret injust» seria una contradicció en els seus propis termes.

Des d'una perspectiva moral, el primer que pot afirmar-se respecte de la justícia és que es tracta d'un dels conceptes més complexos i sobre els quals hi ha més debat i diferències entre els teòrics que han tractat aquesta qüestió (els filòsofs de la moral i de la política). No pot parlar-se pròpiament d'un concepte o definició unívoca de la justícia o del que és «just», sinó que el més apropiat seria dir que existeixen múltiples concepcions teòriques o *teories* de la justícia, amb diferències notables entre si, per tant, sovint amb propostes incompatibles sobre quin tipus de disseny institucional o legislació ha d'adoptar una comunitat perquè pugui considerar-se justa.

Un altre aspecte destacable és que, al marge dels debats i discrepàncies teòriques, és més apropiat referir-se a la justícia com *una família* de conceptes, més que com un concepte únic. Així, és possible parlar de justícia formal i justícia material, i, dins d'aquesta última, de justícia retributiva i justícia distributiva. I naturalment, dins de cada àmbit es donen gairebé tantes posicions o teories diferents com autors. No entrarem de moment en aquestes qüestions, que seran abordades més endavant.

A més, resulta útil traçar una distinció anàloga a la que s'ha establert entre legitimitat i legitimació, en el sentit que una cosa és que el sistema jurídic sigui moralment just o que promogui la justícia (des del punt de vista que s'ajusta a una teoria ètica amb pretensió d'objectivitat i validesa universal), i una altra de diferent és que els membres de la comunitat, com a qüestió de fet, considerin que el sistema legal i institucional en el qual estan immersos és prou just o acceptable (aquesta última és una qüestió sociològica, no ètica).

Tornant a la qüestió inicial, quan se sosté que una de les principals funcions del dret és promoure la justícia o contribuir a una societat més justa, el que s'està afirmant és que el dret serveix perquè la societat sigui més justa des del punt de vista moral. Però com és habitual, les afirmacions sobre les funcions del dret es poden interpretar des d'un punt de vista descriptiu o valoratiu.

Si s'interpreta com una tesi descriptiva, el que s'afirma és que, de fet, els sistemes jurídics contribueixen a promoure la justícia. Aquesta afirmació sembla força discutible, atès que al llarg de la història (i fins i tot avui) hi ha hagut nombrosos exemples de sistemes que instauraven, protegien o encoratjaven pràctiques que no semblen moralment acceptables, com ara l'esclavitud o la discriminació en les seves múltiples manifestacions (racial, de gènere, de minories...), o que no reconeixien ni protegien els drets més bàsics de l'ésser humà. És clar que també és possible interpretar aquesta afirmació en el sentit que els sistemes jurídics promouen *el que la majoria dels membres de la comunitat consideren just* (independentment que ho sigui en termes objectius). Però tampoc aquesta interpretació no sembla acabar de ser plausible, perquè també trobem nombrosos exemples de canvis revolucionaris de règims juridicopolítics que es produeixen quan la major part de la societat considera que els seus sistemes polítics i legals són manifestament injustos i no estan disposats a continuar tolerant aquestes injustícies, cosa que els porta a enderrocar-los fins i tot per la força.

La interpretació valorativa de la tesi sembla més plausible. Difícilment es pot estar en contra de la pretensió que els sistemes jurídics *haurien de promoure* la justícia i ser un instrument per a contribuir a crear una societat més justa. El principal problema és que, més enllà de l'acord en aquest propòsit genèric, es fan múltiples interpretacions de què es considera «just», és a dir, múltiples teories i concepcions de la justícia. De moment, però, no entrarem en aquesta qüestió.

Resum

En aquest primer mòdul, ens hem centrat en les raons que justificarien o que si més no explicarien l'existència de sistemes jurídics en les societats humanes, i també en les principals funcions que aquests sistemes exerceixen en aquestes societats.

Partint de la base de la necessitat de la interacció social i dels problemes, gairebé inevitables, que aquesta comporta (en forma de conflictes i de problemes de coordinació), s'ha posat de manifest que les normes (en el sentit genèric de pautes de conducta obligatòries, no necessàriament jurídiques en el sentit actual del terme) poden ser instruments útils, en la mesura que poden modificar els incentius per al comportament dels destinataris de manera que no s'enfrontin als conflictes violentament, o perquè no es trobin immersos en problemes de coordinació que es poden evitar.

Anant una mica més lluny, segons Hart, el fi bàsic dels éssers humans d'intentar garantir la seva pròpia supervivència, juntament amb certes característiques comunes que tots compartim (vulnerabilitat, igualtat aproximada, altruisme limitat, recursos limitats i comprensió i força de voluntat limitades) i la necessitat d'interactuar i cooperar per a aconseguir gairebé qualsevol objectiu, fa que sigui racional disposar d'un conjunt mínim de normes de conducta obligatòries que limitin el recurs a la violència, posin les bases mínimes de la cooperació (contractes vinculants) i estableixin mecanismes per a assegurar-ne el compliment. Això és el que l'autor anglès denomina «el contingut mínim del dret natural».

També hem centrat l'atenció en les principals funcions que habitualment s'atribueixen al dret: el control social (per a promoure la integració i regular la conducta dels membres de la societat), la seguretat jurídica (afavorir la nostra autonomia gràcies a la previsibilitat de les conseqüències dels nostres actes), la legitimació del poder polític (regular i limitar l'ús de la coacció institucionalitzada i contribuir al fet que no sigui percebuda com a agressions injustificades) i la promoció de la justícia. Totes aquestes funcions són susceptibles d'interpretacions diverses, sobretot en el sentit de ser concebudes com a tesis descriptives o valoratives, per la qual cosa convé especificar a l'hora de valorar-ne la plausibilitat.