

Què és el dret?

Pere Fabra Abat

PID_00141037



(<http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/es/legalcode.ca>)

Els textos i imatges publicats en aquesta obra estan subjectes –llevat que s'indiqui el contrari– a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 Espanya de Creative Commons. Podeu copiar-los, distribuir-los i transmetre'ls públicament sempre que en citeu l'autor i la font (FUOC. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya), no en feu un ús comercial i no en feu obra derivada. La llicència completa es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.ca>

Índex

Introducció

Objectius

1. Dret i societat

- 1.1. La presència permanent del dret en la vida quotidiana
- 1.2. Coordinació social i sistemes normatius
- 1.3. Sistemes normatius: normes morals, dret, usos socials
 - 1.3.1. Moral i dret. Algunes diferències
 - 1.3.2. Usos socials i dret
- 1.4. Dret i convivència democràtica: com volem (con)viure? Persones (privades) i ciutadans (públics)

2. Què és el dret?

- 2.1. Primeres notes distintives
- 2.2. El dret i els drets: dret objectiu i drets subjectius
 - 2.2.1. Dret objectiu

2.2.2. Drets subjectius

2.3. Els conceptes de dret positiu i dret natural

2.4. L'especificitat del dret: la connexió entre coercibilitat, seguretat jurídica i certesa de les normes

3. El dret i la justícia

3.1. La idea de justícia

3.2. Justícia formal i justícia material

3.3. Els valors jurídics

3.4. Drets humans i drets fonamentals

3.4.1. Els drets humans en la història

3.4.2. El concepte dels drets: drets humans i drets fonamentals

3.4.3. Tipus de drets fonamentals

4. Poder polític i dret

4.1. Què vol dir *sobirania*?

4.2. Què vol dir *legitimitat*?

4.3. Dret legítim i democràcia: una relació necessària

5. Què és l'Estat de dret?

5.1. Els principis de l'Estat de dret

5.2. L'evolució de l'Estat de dret

5.2.1. Els antecedents: l'Estat absolutista

5.2.2. De l'Estat de dret liberal a l'Estat social i democràtic de dret

6. La gènesi del dret

6.1. Norma jurídica i ordenament jurídic

6.1.1. La norma jurídica: classes i estructura

6.1.2. L'ordenament jurídic

6.2. Què són les fonts del dret?

6.2.1. La llei

6.2.2. El costum

6.2.3. Els principis generals de dret

6.3. Tipus de normes en l'ordenament jurídic espanyol. El valor de la Constitució

6.4. El procés legislatiu

7. L'aplicació del dret

7.1. Aplicació pacífica i aplicació coactiva

7.2. Què fan els jutges?

7.3. Criteris d'interpretació de les normes

7.4. Els casos difícils: conflicte de normes i llacunes legals

7.4.1. La resolució dels conflictes normatius

7.4.2. Les llacunes legals. L'analogia

7.5. El valor de la jurisprudència

Resum

Exercicis d'autoavaluació

Glossari

Bibliografia

Introducció

La convivència humana està impregnada d'una munió de normes i regles d'òrgens i continguts molt diferents. Sovint ni tan sols en som conscients, d'aquestes regles, acostumats com estem a seguir-les des de petits (per exemple, les formes de saludar, les maneres de seure a taula, de vestir, etc.). El dret forma part d'aquest conjunt de normes socials, però en constitueix un subconjunt amb unes característiques molt específiques.

En aquest primer mòdul intentarem copsar fins a quin punt el fenomen jurídic és present a les nostres societats. Ens ajudarà a entendre el paper del dret en la coordinació de les nostres accions i, per tant, en el manteniment de l'ordre social i la convivència democràtica. Potser estem massa acostumats a veure el dret com una cosa molt allunyada de nosaltres, com una matèria difusa que és patrimoni exclusiu de fiscals, jutges i advocats –la representació més habitual del jurista professional–, com un fenomen que es produeix darrere les portes tancades dels tribunals de justícia o de les oficines de l'Administració, i molt sovint com un instrument al servei exclusiu del diner i del poder.

El dret és o pot ser molt més que tot això. És o pot ser el reflex de la nostra voluntat de viure pacíficament tot respectant les diferències i les llibertats personals, i a la vegada l'instrument que ho fa possible. El reflex, en definitiva, d'un acord assolit per canals democràtics respecte a un projecte de futur –com volem viure, quines tradicions volem continuar– que ens afecta a tots, individualment i col·lectivament.

Sense voler donar una resposta unívoca a la pregunta *què és el dret?*, en aquest mòdul també ens acostarem a diverses concepcions del fenomen jurídic a partir de diferents perspectives i establim unes primeres diferenciacions que més endavant ens serviran per a començar a entendre el contingut, les estructures i les funcions del dret.

Seguidament, apuntarem alguns dels problemes que es deriven de la relació del dret amb la justícia. Ens situarem així en el que hem anomenat una *perspectiva valorativa, crítica o filosòfica*. Sovint s'ha dit que la finalitat última del dret és la realització de la justícia. Però la mateixa idea de justícia, del seu contingut, és un dels temes més controvertits de la història del pensament, de manera que es fa difícil precisar com es podria assolir aquesta finalitat. Avui, la incorporació de catàlegs de drets i llibertats a la majoria de constitucions dels estats democràtics i el reconeixement dels drets humans a escala internacional contribueixen a assegurar el vincle del dret amb la justícia. Aquí presentarem només algunes distincions conceptuals que ens han d'ajudar, no pas a cercar solucions per a un problema tan debatut, sinó precisament a entendre que aquest problema existeix, i també a veure algunes de les implicacions que té per a la comprensió del fenomen jurídic.

A la segona part del mòdul examinarem el dret "des de dins" per saber on i com s'origina el dret, com són fetes les normes jurídiques, quins diferents tipus de normes podem trobar en el nostre sistema jurídic i, en definitiva, com s'apliquen aquestes normes i qui les fa complir. Per fer això haurem de canviar, doncs, de perspectiva. Abandonem la perspectiva externa, de caire sociològic, de qui es pregunta quines funcions i finalitats exerceix el dret en les nostres societats, i n'adoptem una altra d'interna, que ja en el primer mòdul hem denominat **estructural** perquè està encaminada a descriure l'entramat intern del sistema jurídic i els processos de producció i aplicació de normes. Ara volem saber com és construït un ordenament jurídic, quins són i com són els elements que el componen (les normes), com actuen, com s'apliquen. En definitiva, es tracta d'examinar **el dret en acció**. Per tant, ja no parlarem del fenomen jurídic amb un caràcter tan general com en els mòduls anteriors, sinó que haurem de fer referència també –almenys en la segona part del mòdul, quan estudiarem la gènesi i l'aplicació del dret– a l'ordenament jurídic espanyol. Prèviament, però, reflexionarem sobre la relació entre el dret i el poder, imprescindible per a entendre la naturalesa i l'abast del que és fet jurídic i per a copsar els mecanismes de creació i aplicació de normes.

Objectius

Amb l'estudi d'aquest mòdul es pretén que l'estudiant sigui capaç d'assolir els objectius següents:

1. Prendre consciència de la importància del dret com a element que possibilita la coordinació social i la convivència pacífica.
2. Entendre que el fenomen jurídic té un caràcter polièdric i que ens podem acostar a la seva conceptualització des de diferents posicions i perspectives.
3. Identificar els trets bàsics de tres d'aquestes perspectives concretes, ordenades d'acord amb la pregunta que intenten contestar: una perspectiva estructural o normativa (*de què està fet el dret?, com està estructurat?*), una perspectiva funcionalista o sociològica (*per a què serveix el dret?*) i una perspectiva valorativa o crítica (*és just el dret?, és tal com hauria de ser?*).
4. Introduir algunes distincions conceptuals i terminològiques (*dret objectiu / dret subjectiu, dret positiu / dret natural*) que ens caldran per a comprendre els mòduls següents.
5. Aprendre a distingir analíticament els àmbits del dret i la justícia, a fi de poder copsar millor la tensió existent entre el que és legal i el que és just.
6. Copsar l'abast i la importància de reconèixer i garantir els drets humans i els drets fonamentals per a assolir ordenaments jurídics més justos.
7. Entendre els principis bàsics que regulen l'activitat dels estats constitucionals moderns: legitimitat democràtica, separació de poders, principi de legalitat, l'Estat de Dret, etc.
8. Descobrir què és un ordenament jurídic i el procés de producció de normes jurídiques.
9. Distingir els diferents tipus de normes jurídiques existents en l'ordenament espanyol i entendre el valor que té, dins d'aquest sistema normatiu, la Constitució.
10. Entendre el procés mitjançant el qual es produeix l'aplicació del dret als casos concrets i conèixer sumàriament les tècniques interpretatives que s'hi utilitzen.

1. Dret i societat

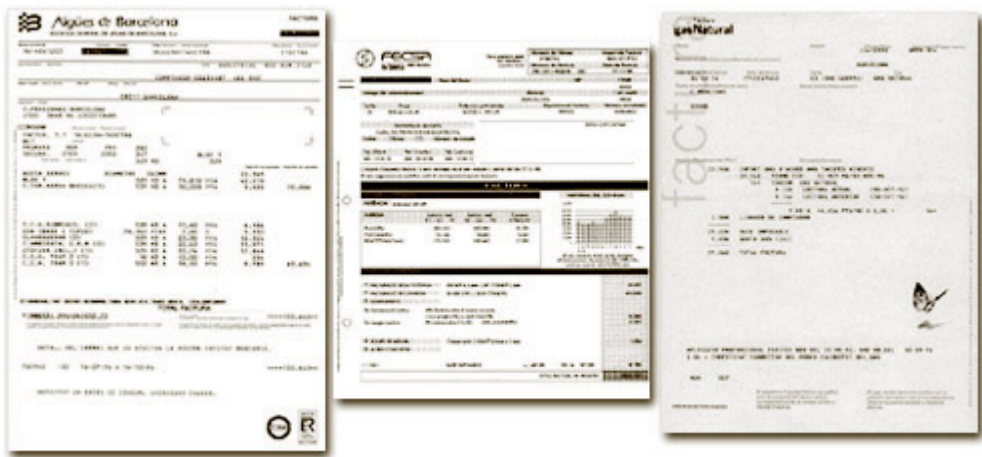
1.1. La presència permanent del dret en la vida quotidiana

Podríem començar amb una mena de cas pràctic. Penseu en les diverses activitats que heu fet aquest matí des que us heu llevat fins a l'hora de dinar. A primera vista, la relació de totes aquestes activitats amb el fenomen jurídic potser no us resultarà gens evident: no heu anat a ca l'advocat, ni a cal notari, ni a cap registre públic, no heu rebut cap citació judicial, i potser ni tan sols us han posat una multa d'aparcament o de trànsit. Simplement, ha estat un matí normal: us heu llevat a l'hora de sempre, heu esmorzat, potser heu escoltat les notícies de la ràdio, heu sortit de casa i heu agafat el transport públic habitual o el vostre cotxe per anar a la feina. Abans heu comprat el diari al quiosc de la cantonada i potser heu aprofitat el trajecte per a passar per Correus a recollir un paquet o una carta certificada, o heu deixat un vestit a la tintoreria perquè us el netegin en sec. Els carrers eren raonablement nets i les escombraries

del dia abans ja havien estat recollides. En arribar a la feina, alguns potser heu fitxat –com cada dia–, i després potser us heu passat el matí fent gestions per telèfon, o darrere un taulell, atenent els clients. Tot ben **normal**.

Normal *adj.* D'acord amb una norma establerta, que no se'n desvia.
Diccionari de la llengua catalana

Si ens hi fixem bé, veurem que moltes d'aquestes activitats tenen un rerefons jurídic. Quan ens llevem, encenem els llums i posem en marxa la ràdio o ens posem sota la dutxa, fem ús d'uns serveis (aigua, gas, electricitat) gestionats per empreses que després ens passen la factura corresponent i a les quals podem exigir –si estem al corrent del pagament– el gaudi dels esmentats serveis, ja que tenim un contracte perquè ens els subministrin. Si els carrers estan nets és perquè hi ha uns altres serveis, en aquest cas normalment de titularitat municipal, que s'ocupen de netejar-los; el municipi ens ho recorda de tant en tant tot enviant-nos un avís de pagament de la taxa de recollida d'escombraries o de l'impost de béns immobles. Aquesta activitat del municipi i la nostra relació amb aquesta entitat pública pressuposen l'existència d'un determinat entramat de regulacions jurídiques.



Tota factura posa de manifest l'existència d'un contracte previ.



En el fons, darrere la normalitat de la vida quotidiana hi ha un seguit de regularitats i pautes de comportament, moltes de les quals tenen un contingut jurídic.

Igualment, darrere la compra del diari o del fet de pujar a l'autobús o al metro s'amaga una complexa estructura jurídica (un contracte de compravenda o de transport); la qual també se'ns fa present quan portem el vestit a rentar a la tintoreria (convenim un contracte d'arrendament de serveis i a la vegada estem fent un contracte de dipòsit). No cal dir que els que han agafat el cotxe han hagut de respectar les regles de trànsit i que quan hem anat a Correus

hem seguit un determinat procediment (identificar-nos, signar un rebut, etc.) a fi que ens lliuressin el paquet o la carta certificada. Una carta que confiem –perquè sabem que "hi tenim dret"– que ningú no l'haurà obert ni l'haurà llegit abans que nosaltres. I sabem que si fitxem en entrar a la feina és perquè tenim l'*obligació* de fer-ho, derivada del contracte de treball, de la relació laboral que al seu dia vam establir amb l'empresa.

La primera conclusió que podem extreure d'aquesta reflexió és que la realitat del dret resulta inseparable del món de la nostra vida quotidiana. En aquest món i en les societats actuals, el dret és una cosa omnipresent.

Com ha dit el professor Nino, "el dret, com l'aire, és a tot arreu" (C. S. Nino, 1983).



Un acte tan senzill com comprar el diari implica l'establiment d'una relació jurídica que comporta drets i obligacions derivats del contracte de compravenda.

Tots tenim una idea aproximada del que significa dir que tenim dret que ningú no controlï la nostra correspondència o que tenim l'obligació de pagar la taxa municipal de recollida d'escombraries o de fitxar en entrar a la feina. I qui no ha exclamat més d'una vegada "no hi ha dret!" o "hi tinc tot el dret!"?

Agafeu el diari d'avui i trieu totes aquelles notícies que us sembli que tenen una relació directa amb el dret. Mireu d'explicar per què n'heu fet la tria, és a dir, en quin aspecte de la notícia veieu l'element jurídic o la relació amb el món del dret. Classifiqueu-les d'acord amb aquests criteris. Guardeu-ne el recull i els resultats. Us serviran més endavant.

1.2. Coordinació social i sistemes normatius

L'existència de regles i pautes de comportament va directament lligada al fenomen social. La vida humana és vida en societat: des del naixement estem en contacte amb grups socials cada cop més extensos. És en el si d'aquestes agrupacions humanes on desenvolupem totes les nostres potencialitats: el procés d'individualització, de conformació de la pròpia personalitat, està directament lligat al procés de socialització, és a dir, al procés per mitjà del qual ens integrem en la societat a què pertanyem.



Les associacions i els grups humans, en la mesura que es componen d'individus capaços d'actuar autònomament, s'enfronten necessàriament al problema de coordinar les accions dels diferents membres del grup. Això s'aconsegueix amb la introducció de pautes i regularitats de comportament que, un cop consolidades, constitueixen **sistemes normatius**.

"La veritat respecte als éssers humans és que només poden arribar a ser persones –tenir consciència de la pròpia individualitat– com a resultat de les seves experiències socials en les comunitats humanes. Per tant, la persona és tant un producte de la societat com a la inversa."

Neil MacCormick (1990). *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*. Madrid: Tecnos.

Un sistema normatiu és un conglomerat de pautes de conducta acceptades per tots els membres d'un grup social per a regular determinats aspectes de la vida en comú.

Un altre aspecte de la vida en societat és la possibilitat –sempre present– de conflicte entre els seus membres quan cadascun d'ells persegueix finalitats diferents –i a vegades contraposades–, d'acord amb els plans de vida particulars. Aquests conflictes posen en perill la cooperació social i, en darrer terme, amenacen la integritat dels grups. Des d'aquest punt de vista, per consegüent, també es fa necessària una certa regulació que ajudi a evitar els conflictes i a resoldre'ls un cop s'han produït.

La necessitat de coordinar les accions dels diferents membres del grup i la d'evitar i resoldre els conflictes expliquen, des d'un punt de vista funcional, que sorgeixin sistemes normatius en el si de les comunitats humanes.



Les gramàtiques i els diccionaris donen fe de l'estructura normativa del llenguatge.

1.3. Sistemes normatius: normes morals, dret, usos socials

Les pautes de comportament i de regulació de l'acció que integren els sistemes normatius poden ser de diferents tipus segons els seus orígens i la força coercitiva que tinguin. Els usos i les convencions socials, les normes morals i el dret són exemples de normes socials que contribueixen a la integració i al manteniment de l'ordre social.

Normes morals, drets i usos socials segons l'època

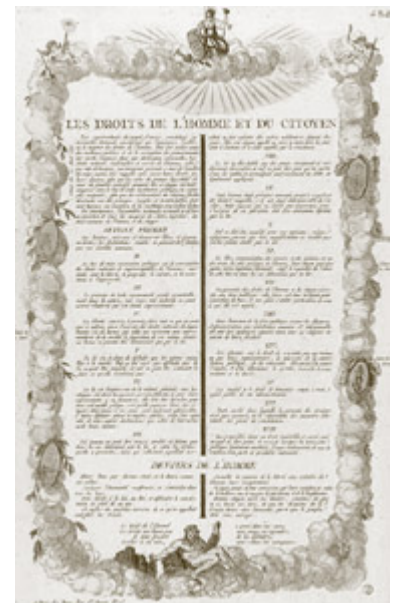
Segons el grau de desenvolupament de la societat, els ordres o sistemes normatius estaran més o menys diferenciats: en les societats primitives els membres del grup se senten lligats a una tradició que té una autoritat indiscutida, d'orígens mítics o divins, en la qual es barregen normes de contingut religiós, moral i jurídic; a l'antiga Grècia també és així en un grau molt alt, mentre que a Roma, on al principi trobem igualment que el dret està molt vinculat a elements religiosos, ja es produeix un primer impuls secularitzador amb la formació d'un sistema jurídic altament elaborat (*ius civile*) i diferent de les normes religioses o morals.

Durant l'edat mitjana, la consciència jurídica europea es troba encara plenament influïda per elements de contingut religiós. Però la Reforma protestant i les guerres de religió preparen el terreny per a una nova onada secularitzadora que donarà els seus fruits amb la Il·lustració i desembocarà en la Revolució Francesa. Amb l'exaltació dels valors de la llibertat individual (llibertat religiosa, de pensament, de consciència), la religió i la moral es "privatitzen" cada cop més. Els filòsofs i els juristes de l'època senten la necessitat de separar-les i distingir-les del dret, que s'ha de limitar a regular els actes que tenen uns efectes externs. L'autoritat del dret no pot penetrar en la consciència individual. I encara més: el dret, gràcies a les seves especials característiques, contribuirà a partir d'aquest moment a garantir aquelles llibertats.

A mesura que les societats van evolucionant i els seus membres van essent conscients que la seva identitat individual és una cosa separada de la identitat del grup, es comencen a diferenciar també els diversos sistemes normatius com la moral i el dret.



El Codi d'Hammurabi (1750 aC) és un testimoniatge del fet que, des de l'antiguitat, les societats humanes s'han atorgat normes per a regular la seva convivència.



Declaració dels drets de l'home i del ciutadà.

1.3.1. Moral i dret. Algunes diferències

La norma moral és aquella que expressa la consciència d'un deure, d'una conducta que considerem que estem obligats a complir i que tot ésser humà hauria de complir si es trobés en les mateixes condicions que nosaltres.

El **deure moral** és un deure "interior", el reflex d'una convicció segons la qual, davant d'una situació concreta, hem d'actuar d'una determinada manera. Aquesta convicció no és determinada per les lleis dictades per l'autoritat política, sinó que neix de la nostra pròpia capacitat de decidir el curs de les nostres accions.

Des del punt de vista teòric, la recerca d'uns criteris diferenciadors, especialment entre el dret i la moral, constitueix un dels punts clau en la història del pensament jurídic, directament lligat a la disputa entre el dret natural i el dret positiu (vegeu l'apartat 2.3, "El concepte de dret positiu i dret moral", d'aquest mòdul).

En destacarem tres:

1) Potser la nota més rellevant que distingeix el dret de la moralitat és la coercibilitat de les normes jurídiques. Aquest terme significa que el compliment del dret pot ser "forçat" externament mitjançant mecanismes i procediments sancionadors que executen determinats òrgans de l'Estat que tenen atribuïda aquesta competència. En aquest fet s'evidencia el lligam existent entre el dret i el poder, entre el dret i l'Estat.

2) El dret regula l'aspecte extern de les conductes, mentre que la moral en regula aspectes interns. Amb això s'intenta expressar que el dret no s'ocupa directament de la motivació personal de les nostres accions. El dret no s'interessa per les intencions si aquestes no s'han materialitzat en una acció.

Quan el dret es pregunta pels motius de l'acció (com passa sovint en dret penal), ho fa només des de la perspectiva externa de les conseqüències de l'acció. En canvi, la moral, a més de l'aspecte extern de la conducta, considera també la seva motivació interna.

Exemple
Si respectem la norma de no aparcar sobre les voreres, al dret li és indiferent si ho fem moguts per un deure de ciutadania o per la por de les multes.

3) La conducta moral és autònoma, mentre que la jurídica és heterònoma. La moral és autònoma perquè, com hem dit, som nosaltres mateixos els qui ens imposem l'obligació d'actuar d'una determinada manera, mentre que el dret se'ns imposa des de fora.

Valoració de les accions
Mentre que la moral valora les accions "de dins cap enfora" (de la intenció als resultats), el dret ho fa "de fora cap endins" (dels resultats als motius).

1.3.2. Usos socials i dret

Anomenem **usos o convencions socials** aquell conjunt de pràctiques i pautes de comportament que els membres d'una determinada societat segueixen per simple imperatiu cultural en les relacions quotidianes amb els altres membres del grup: ens vestim d'una determinada manera d'acord amb els actes socials a què assistim, saludem d'una forma o d'una altra, manifestem el nostre condol a qui ha perdut un familiar, etc.

Entre els usos socials, n'hi ha que tenen un caràcter més normatiu que d'altres, és a dir, un se sent més "obligat" a respectar-los i complir-los: per exemple, respectem majoritàriament el costum de no presentar-nos en vestit de bany quan tenim una entrevista de feina, però no ens sentim tan obligats davant la convenció de fer els àpats a determinades hores del dia o les convencions de la moda, les quals considerem amb més flexibilitat. Per això alguns autors diferencien entre **usos socials normatius** pròpiament dits (els que, com en el primer cas, tenen gran força d'obligar) i les simples **regles del tracte social** (que, malgrat que són generalment respectades, no gaudeixen de la mateixa força). Això no obstant, resulta difícil assenyalar les fronteres entre uns i altres. Més aviat es tracta d'una gradació que, a part d'això, pot variar depenent del context, l'època i les circumstàncies socials.



La forma de vestir i les normes d'etiqueta són usos socials típics.

Els usos socials amb un contingut normatiu més marcat s'assemblen al dret per la seva obligatorietat social i per la circumstància que, generalment, la seva observança s'assegura també per mitjà de sancions externes: marginació del grup, pèrdua de prerrogatives, pèrdua de prestigi, "mala fama", etc. Tanmateix, aquestes sancions, a diferència del que passa amb el dret, no estan institucionalitzades, és a dir, no existeix una instància o òrgan concret creat específicament per a imposar-les i fer-les complir.

Molt sovint els usos socials han estat i són l'origen de normes jurídiques. A mesura que una pràctica determinada es va fent uniforme i constant i va essent acceptada majoritàriament per tots els membres del grup, creix també la consciència de la seva obligatorietat. En un moment determinat, l'Estat pot decidir garantir-ne el compliment generalitzat tot donant-li forma de norma jurídica.

Lectura complementària

A. Latorre (1996). *Introducción al derecho* (12a. ed., pàg. 13-32). Barcelona: Ariel.

1.4. Dret i convivència democràtica: com volem (con)viure? Persones (privades) i ciutadans (públics)

Els processos històrics d'evolució social i cultural han donat com a resultat que en les societats modernes tots els individus tinguem dos papers ben diferenciats. D'una banda, com a **persones privades** que tenim consciència de la nostra pròpia individualitat, perfectament delimitada respecte a la del grup i a la dels altres membres de la societat. Som individus autònoms dotats, per tant, de la llibertat de conformar la pròpia vida a les nostres respectives creences i els nostres projectes.

Però, d'una altra banda, som **ciutadans públics**, amb capacitat per a fer valer el nostre dret a opinar sobre els afers comuns de la societat i a intervenir, mitjançant la participació política, en les decisions col·lectives.

Tots dos aspectes són manifestacions diverses de la nostra **autonomia** individual, és a dir, de la capacitat de governar-nos nosaltres mateixos. Si l'exercici d'aquesta capacitat es produeix en l'àmbit de la vida personal, parlem d'*autonomia privada* i, si ho fem en el marc de la vida pública, parlem d'*autonomia cívica o política*. Com a éssers que vivim en societat, els dos aspectes –el privat i el públic– estan permanentment interrelacionats.

En les societats modernes, **el dret és creat per l'Estat**. L'Estat és una comunitat establerta en un territori i dotada d'una organització política independent. Això vol dir que el poder que té és originari i no depèn de cap altre de superior. L'evolució de l'Estat des de l'època de l'absolutisme fins a l'actual Estat social i democràtic de dret ha consolidat el reconeixement dels drets individuals i polítics de tots els ciutadans i ha desplaçat el principi de legitimació del poder polític del monarca a la sobirania popular.

Segons el principi de la sobirania popular, el poder polític d'un Estat resideix en última instància en el conjunt de ciutadans constituïts en comunitat jurídica. Els governants exerceixen el poder en representació dels ciutadans. La idea de la sobirania popular com a principi legitimador dels ordenaments democràtics queda establerta amb la Revolució Francesa.

Article 1.2 de la Constitució espanyola

"La sobirania nacional resideix en el poble espanyol, del qual emanen els poders de l'Estat."

El principi universal

Des de la Il·lustració i gràcies a pensadors com Rousseau i Kant, s'imposa el principi que tots els éssers humans som lliures i iguals. I com a ciutadans tots tenim el mateix dret a participar en els assumptes públics.

Ara ja podem veure millor la relació que el dret pot tenir amb l'exercici de la nostra autonomia, pública i privada. Si el dret és creat per l'Estat i el poder de l'Estat resideix en els seus ciutadans, **el poder per a crear el dret es troba en última instància a les mans dels ciutadans**. Així, doncs, podem dir que, en virtut del principi de sobirania popular, en els estats democràtics els ciutadans que han de complir les lleis també se n'haurien de poder considerar els autors. Aquest és l'ideal de tota **societat democràtica**. Es tracta, sens dubte, d'un "ideal" i el seu assoliment exigeix la participació de tots en la vida pública, com a individus i com a **ciutadans actius**.

Article 23.1 de la Constitució espanyola

"Els ciutadans tenen el dret a participar en els afers públics, directament o per mitjà de representants lliurement elegits en eleccions periòdiques per sufragi universal."



El sufragi universal implica el dret a votar (en una assemblea, una consulta o unes eleccions) de tota persona que tingui la majoria d'edat, sense exclusions de cap mena.

Exercir la ciutadania activa comporta fer ús dels nostres drets civils i de participació política –uns drets establerts i garantits *jurídicament* per la Constitució– per a decidir com volem viure i convida i quines tradicions volem continuar. En els estats democràtics, els ciutadans tenim a les nostres mans el repte de treballar per una societat i un dret més justos i més solidaris.



Les organitzacions no governamentals i les associacions ciutadanes de tot tipus són una via informal per a la participació dels ciutadans en els afers públics.

2. Què és el dret?

2.1. Primeres notes distintives

En els apartats anteriors hem obtingut ja algunes conclusions sobre què és el dret, que ara podem resumir en les següents:



La dimensió històrica del dret es fa patent quan estudiem els ordenaments jurídics d'altres èpoques o d'altres societats. Alfons I de Catalunya rebent jurament de fidelitat dels burgesos de Perpinyà. *Liber Feudorum Maior* (segle XII).

- 1) El dret és un **fenomen social**, un fenomen que es produeix a l'interior d'un grup humà per a fer possible tant la coordinació de les accions i els interessos individuals dels seus membres com l'assoliment de finalitats col·lectives.
- 2) En tant que fenomen social, el dret també té una **dimensió històrica**. Els diferents sistemes i ordenaments jurídics són fruit de les condicions i les relacions socials, econòmiques i polítiques de cada societat i cada moment històric.

Exemple

El reconeixement legal del divorci o la legalització de l'avortament han estat el resultat de moviments socials importants i al mateix temps han tingut efectes notables sobre l'estructura social del país. La sociologia del dret estudia les relacions i les influències mútues entre dret i societat des d'una perspectiva funcional.

- 3) El dret té un **caràcter normatiu**, és a dir, constitueix un sistema o conjunt de normes que **regulen** determinats **comportaments humans** en una societat concreta.

La normativitat és una característica compartida per diferents estructures de regulació de la conducta humana en societat, com la moral, els usos socials i el dret. Això ens obliga a cercar altres característiques que ens permetin diferenciar amb més precisió l'àmbit estrictament jurídic.

- 4) Ja hem vist que una de les característiques que distingeix més clarament les normes jurídiques enfront d'altres sistemes normatius (com les normes morals o religioses) és la seva **coercibilitat**, és a dir, la possibilitat de forçar el seu compliment mitjançant **sancions** de caràcter extern que estan **institucionalitzades**.



En el dret, les sancions estan institucionalitzades perquè existeixen òrgans estatals, com els jutges i els tribunals, que estan autoritzats per a imposar i fer complir aquestes sancions.

2.2. El dret i els drets: dret objectiu i drets subjectius

Al principi d'aquest mòdul hem comentat, a tall d'exemple, que tots confiem que les cartes que ens trobem a la bústia no han estat obertes ni llegides per ningú abans que nosaltres. De fet, podem dir perfectament que "tenim *dret*" que se'ns respecti la intimitat de la nostra correspondència. Però també podem expressar una cosa semblant tot dient que "el dret espanyol garanteix el secret postal". Aquestes dues frases ens permeten introduir la distinció entre *dret subjectiu* i *dret objectiu*.

2.2.1. Dret objectiu

Amb aquesta denominació ens referim **al conjunt de normes de conducta que regeixen en una determinada comunitat jurídica, dictades per l'autoritat competent i revestides de força obligatòria**. El dret objectiu comprèn totes i cadascuna de les normes jurídiques com a tals: la Constitució, les lleis, els decrets, les ordres ministerials, les ordenances municipals, etc.

Les **normes jurídiques** –que constitueixen el dret objectiu– es caracteritzen pels trets següents:

- 1) Generalitat:** la norma es manifesta mitjançant enunciats de caràcter general dictats per a supòsits de fet abstractes. La norma no es dicta per a regular un fet específic ni va dirigida a cap persona concreta, sinó que pretén regular totes aquelles accions que tinguin el contingut que la norma descriu. Això contribueix a la certesa del dret, que és la base de la **seguretat jurídica**: sabem que, sempre que es doni la mateixa situació de fet, les conseqüències jurídiques també seran sempre les mateixes.
- 2) Imperativitat:** les normes jurídiques són preceptes obligatoris. La norma obliga a fer alguna cosa o prohibeix una conducta. No es tracta només de consells o recomanacions que podem seguir o no, sinó de mandats imperatius.
- 3) Coercibilitat:** com hem vist anteriorment, això significa que hi ha mecanismes coactius per a forçar el compliment de la norma si aquesta no es respecta voluntàriament.

L'article 18.3 de la Constitució espanyola, segons el qual "es garanteix el secret de les comunicacions i especialment, de les postals, telegràfiques i telefòniques [...]" és un exemple de dret objectiu, de la mateixa manera que ho són el Codi civil o les ordenances municipals.

2.2.2. Drets subjectius

Anomenem així **totes i cada una de les facultats, atribucions i prerrogatives reconegudes i garantides a les persones per l'ordenament jurídic vigent**. És a dir, aquelles capacitats que té el titular del dret subjectiu per a actuar –o no actuar– d'una determinada manera o d'exigir d'una altra persona que faci o deixi de fer una determinada acció.

Quan diem que "tenim dret" que se'ns respecti la intimitat i el secret de la nostra correspondència, fem un ús de la paraula *dret* en el sentit de dret subjectiu. I significa que podem exigir a tots els subjectes jurídics, fins i tot a l'Estat, que s'abstinguin (en aquest cas es tracta d'un "no fer") d'obrir o de controlar les nostres comunicacions postals. De la mateixa manera que si hem venut el nostre cotxe per un preu determinat, podem exigir que el comprador ens pagui el preu convingut. És per això que també diem que els drets subjectius es manifesten com a poders (facultats, atribucions, prerrogatives).

Els drets subjectius són poders o facultats que la comunitat jurídica reconeix als seus membres per mitjà de les lleis que els permeten exigir d'un altre (o d'uns altres) que realitzi (o s'abstingui de realitzar) una conducta concreta. Els drets subjectius troben el seu fonament i la seva garantia en el dret objectiu, és a dir, en les normes jurídiques concretes.

Com podem deduir dels exemples que fins ara hem posat, entre els drets subjectius hi ha tant els drets fonamentals (dret a la vida, dret a la llibertat personal i d'expressió; dret de vot, dret al treball, dret de vaga, etc.) com els que es puguin derivar d'altres fets jurídics com, per exemple, d'un contracte: si som arrendataris d'un habitatge i complim amb la nostra part del contracte (pagar el lloguer, etc.) "tenim dret", en el sentit de dret subjectiu, a gaudir d'aquest habitatge en les condicions pactades ja que així ho disposen normes de dret objectiu com el Codi civil o la Llei d'arrendaments urbans.

El llenguatge col·loquial aquí no resulta prou acurat, ja que **els drets no es "tenen"** de la mateixa manera que es poden tenir les coses. Parlant pròpiament, **els drets es reconeixen** (entre subjectes, o bé en virtut d'un contracte o bé, en tant que ciutadans d'una comunitat jurídica, en virtut de la Constitució), s'exerceixen (es posen en pràctica o se'n fa ús) o s'exigeixen. En els tres verbs anteriors s'expressa el que els teòrics del dret qualifiquen de *contingut del dret subjectiu*: el gaudi i la pretensió.

Mireu de trobar, entre el recull de premsa referit al fenomen jurídic que heu aplegat en l'activitat anterior, exemples que il·lustrin la distinció entre dret objectiu i dret subjectiu. Raoneu-ne la tria i, en el cas dels drets subjectius, fixeu-vos si la notícia en destaca l'aspecte intern (el gaudi del dret) o l'aspecte extern (la pretensió).

2.3. Els conceptes de dret positiu i dret natural

D'on provenen les normes jurídiques? Són normes semblants a les lleis de la naturalesa, de caràcter universal i immutable, que ens han estat "donades" per alguna autoritat o instància externa a la societat mateixa (Déu, la Natura, etc.)? O més aviat són normes que han de ser "fetes" és a dir, que es produeixen en el si de la societat com a producte de determinats actes o decisions d'una autoritat o instància interna (el Rei, l'Estat, el Poble, etc.)? Al

voltant d'aquests interrogants han discutit juristes i filòsofs des de fa més de dos mil anys i aquesta discussió ha donat lloc a la distinció entre *dret natural* i *dret positiu*.

Els qui defensen la primera hipòtesi afirmen l'existència d'un sistema de normes –o almenys d'alguns principis generals– que tenen una vigència permanent i universal, amb total independència del fet que siguin reconegudes o no per les normes jurídiques establertes en cada moment en la societat. Per a referir-se a aquest sistema de normes universalment vàlid, immutable i situat per sobre i més enllà de la història, es fa servir la denominació de **dret natural**. Els autors que defensen aquesta posició són anomenats **jusnaturalistes** (del llatí *ius*, que significa 'dret') i el corrent de pensament en què s'inscriuen és conegut amb el nom de **jusnaturalisme**.

Definició de jusnaturalisme
El jusnaturalisme és el corrent del pensament jurídic que defensa l'existència d'un conjunt de normes i principis de validesa universal, previs a qualsevol activitat legislativa humana, i sosté que només són vàlides les lleis que respecten aquests principis.

Altres autors consideren que només podem parlar de *dret* per a referir-nos a aquelles normes que són vigents en un determinat moment en una societat concreta, perquè han estat establertes per l'autoritat i pels procediments deguts. Per a aquests autors, el concepte de dret s'identifica amb el concepte de **dret positiu**, és a dir, amb el conjunt de normes amb força d'obligar que han estat establertes (posades) pels òrgans que, en cada societat, tenen l'atribució de fer-ho. Per això qualifiquem aquests autors de **positivistes**, i el corrent de pensament que defensen l'anomenem **positivisme**.

Positivisme
El positivisme entén el dret com una regulació concreta, convencional, històricament variable i que reflecteix en el seu contingut les estructures –econòmiques, de poder, etc.– de la societat en la qual neix. Els positivistes no accepten la tesi segons la qual en la base de tot dret hi ha uns principis immutables ni que la validesa de les lleis depèn del respecte a aquests principis.

2.4. L'especificitat del dret: la connexió entre coercibilitat, seguretat jurídica i certesa de les normes

Hem vist que una manera de diferenciar les diverses normes socials (moral, usos socials, dret) era precisament el caràcter divers de les **sancions** que comportava el seu incompliment i com s'imposaven. Recordem que una de les característiques del dret, enfront de la resta de normes socials, és que els **mecanismes sancionadors** associats a les normes jurídiques són **institucionalitzats** –hi ha uns òrgans específics i uns procediments *formals* per a imposar i fer complir les sancions–, mentre que no és així en el cas de les normes morals o les convencions socials.

L'"infractor" d'una norma moral o una convenció social es veu confrontat a una pressió social que, si bé es pot manifestar en graus molt diferents (des del "fer el ridícul" o perdre el prestigi social fins a l'exclusió del grup i l'aïllament social), té sempre un caràcter informal i s'imposa d'una manera més aviat difusa i indirecta (la qual cosa no vol dir que no sigui tan o més efectiva que qualsevol sanció jurídica).

Sancions
Les sancions són reaccions del grup davant de determinats comportaments de compliment o incompliment de les normes. Si aquesta reacció atorga algun avantatge o premi (com el reconeixement social) a aquell qui compleix la norma, parlem

d'una sanció positiva. Si, en canvi, imposa una càrrega, un desavantatge o càstig pel fet d'haver incomplert o transgredit la norma, parlem d'una sanció **negativa**.

En canvi, el dret, com a conjunt formalitzat de normes, està cobert per una estructura sancionadora formal i institucionalitzada que, en última instància, pot recórrer fins i tot a la força. En un Estat de dret aquest ús de la força està regulat pel dret mateix.

Ja hem comentat que una de les funcions de les normes socials és la de facilitar la previsibilitat de les conductes. Aquesta és també una de les funcions primordials del dret en l'Estat modern, i la seva coercibilitat facilita decisivament aquesta tasca. Per això diem que la **coercibilitat** està directament lligada al manteniment de la **seguretat jurídica**.

En un sentit ampli, entenem per **seguretat jurídica** la capacitat que ens proporcionen les normes jurídiques de preveure, fins a un cert punt, la conducta humana i les seves conseqüències.

Lògicament, el grau de previsibilitat depèn directament del grau de certesa que puguem tenir que les normes efectivament es compliran. El fet que sabem que les normes són obligatòries per a tothom fins al punt que és possible forçar-ne el compliment incrementa aquesta certesa i, per tant, el grau de previsibilitat.

Hi ha tres **característiques** de les normes jurídiques en els ordenaments moderns que contribueixen de manera decisiva a la **certesa del dret**:

- Estan molt formalitzades (les trobem majoritàriament recollides sota forma escrita, en lleis, codis i repertoris de sentències).
- Tenen una pretensió de permanència en el temps.
- La seva observança està garantida pel poder coactiu de l'Estat.

Aquests tres elements ofereixen la **base material** per a la seguretat jurídica. Però no n'hi ha prou que puguem estar segurs de quin és en cada moment el contingut del dret, sinó que, perquè la possibilitat de previsió sigui real, hem de tenir també la certesa que el dret es complirà i s'aplicarà sempre de la mateixa manera –i sense privilegis– quan es donin les mateixes situacions de fet. Per això també cal que hi hagi uns òrgans estatals –sotmesos ells mateixos a l'imperi de la llei– especialitzats en l'aplicació del dret –jutges i tribunals– i autoritzats per a fer complir les normes jurídiques –recorrent, si cal, a mesures coercitives. Aquesta és la **base formal** i la garantia última de la seguretat jurídica.

"La legalitat engendra seguretat, el dret estableix i delimita el camp dintre del qual, en una determinada societat, els ciutadans poden sentir-se segurs, tot sabent amb certesa a què han d'atenir-se amb relació als seus drets i els seus deures. [...] L'existència d'un ordenament jurídic coherent, tasca principal del poder legislatiu, i la seva realització per part dels òrgans executius i judicials competents constitueix, en veritat, el pressupòsit bàsic per a la seguretat jurídica."

E. Díaz (1980, pàg. 42-43)



El rebuig social és un mecanisme informal de control que, en alguns casos, pot arribar a ser tan efectiu com una sanció jurídica.

3. El dret i la justícia

Igual com passa amb el dret, tots tenim una idea intuïtiva del concepte de justícia i un cert "sentit" d'allò que és just o injust donada una determinada situació. Ben segur que tots estaríem disposats a afirmar també que hi ha un cert vincle entre la idea del dret i la de la justícia, si bé resultaria difícil que ens poséssim d'acord a definir en què consisteix aquest vincle i com s'articula.

En el llenguatge col·loquial fem servir sovint els termes *dret* i *justícia* pràcticament com a sinònims: davant de situacions que considerem injustes acostumem a exclamar que "no hi ha dret!" o, amb les lleis a la mà, reclamem que "es faci justícia". I als òrgans que s'ocupen d'aplicar el dret els anomenem *tribunals de justícia*. Aquest vincle tan directe entre els dos termes es remunta ja als seus orígens etimològics.

Tanmateix, entre els estudiosos del dret no hi ha tampoc un acord unànime sobre la forma d'entendre aquesta relació entre el dret i la justícia. Alguns autors pensen que es tracta d'un vincle intern o conceptual, de manera que la finalitat última del dret seria la de realitzar la justícia.

Altres autors argumenten que, ateses les dificultats per a definir què és la justícia i atesa l'experiència històrica –que ens mostra que molt sovint el dret establert s'ha allunyat molt de la justícia–, no es pot parlar d'una relació interna o conceptual entre dret i justícia. Consideren que hem de separar la reflexió jurídica (que s'ocupa de les normes del dret) de la reflexió moral o ètica sobre la justícia, si volem tenir un coneixement mínimament científic del dret.

Aquí no ens endinsarem en l'entrellat d'aquest debat ni en l'anàlisi de les diferents teories de la justícia que hi ha hagut al llarg de la història del pensament filosòficojurídic. Només tractarem d'aclarir certes qüestions conceptuals – els criteris formals i materials de justícia, la idea dels anomenats *valors jurídics*, les diverses maneres d'entendre la validesa del dret, el concepte de drets humans– que ens permetin adquirir una certa sensibilitat respecte a la tensió existent entre el dret i la justícia.

Dret/justícia
Dret prové del llatí <i>directum</i> , que significa 'recte', 'correcte' o 'just'. I justícia prové directament del llatí <i>iustitia</i> , que té l'arrel en <i>ius</i> ('dret').

3.1. La idea de justícia

Que tots tenim un determinat "sentit" de la justícia sense necessitat d'haver llegit mai cap tractat d'ètica o moral ni cap introducció a la ciència jurídica és una cosa que comprovem cada dia en fer comentaris del tipus "no li hauries d'haver fet això", "un amic no es tracta d'aquesta manera" o "l'expulsió del jugador no ha estat justa". Però quan intentem "reconstruir" aquesta idea intuïtiva –quan algú ens pregunta "però què és la justícia?"– ens adonem de la multiplicitat de significats que s'amaguen darrere d'aquest terme i de la riquesa que té.

Si fem aquest esforç de reflexió, el primer que ens crida l'atenció és que sempre apliquem els qualificatius *just* o *injust* a **accions humanes** o a resultats d'aquestes accions. Una altra característica és que no cal que aquestes accions tinguin un contingut o unes conseqüències jurídiques: de la mateixa manera que podem dir que una resolució judicial és injusta, també diem que és injust el tracte que hem donat a un amic, o la nota que un professor ens ha posat a l'examen. Això ens mostra que el concepte de justícia no queda circumscrit exclusivament a l'àmbit del dret i de les normes jurídiques, sinó que va molt més enllà: es refereix a **tot el conjunt de les accions humanes**.

Que la justícia sigui exclusivament un atribut de les accions (i, per tant, dels autors d'aquestes accions: les persones) ens facilita una tercera conclusió: **els fets naturals estan al marge de les consideracions de justícia**. Podem dir que el resultat d'unes oposicions és injust, però no que la composició química de l'aigua és injusta ni que fa un temps injust (en tot cas, quan diem això últim, ho fem només de manera metafòrica, en el sentit que "no ens mereixem" tan mal temps). O –per posar un exemple encara més gràfic–, mentre que és possible dir que "és de justícia que tothom tingui una alimentació suficient", resultaria absurd afirmar que "és de justícia que tot automòbil disposi de benzina suficient".

I, finalment, afirmar la justícia o la injustícia d'una acció pressuposa l'existència d'un **judici previ** per part de qui fa l'afirmació. I tot judici o valoració es fa en funció d'uns criteris. Quins són els criteris determinants de la justícia? Hi ha alguna fórmula que ens serveixi de guia per a jutjar si una determinada acció és justa o injusta?

La justícia
La reflexió sobre la justícia ultrapassa el marc de la teoria del dret per a situar-se en el terreny de la teoria moral.

3.2. Justícia formal i justícia material

La idea de justícia està directament lligada a la idea d'**igualtat**: el nostre sentit de la justícia ens diu que els casos iguals s'han de tractar de la mateixa manera i els casos desiguals de manera desigual. La qualificació d'un examen n'és un bon exemple: si dos estudiants demostren el mateix grau de coneixements mereixen també idèntica nota. El criteri de tracte desigual en situacions desiguals es complementa amb el de la proporcionalitat: si dos casos són jutjats i valorats de manera diferent, aquesta diferència ha de ser proporcional a les diferències existents entre els dos casos (en el cas de l'examen, la nota ha de ser proporcional als coneixements demostrats).



Per exemple, l'estratègia segons la qual qui talla el pastís és l'últim a agafar-ne un tros expressa un criteri formal de justícia.

Aquests criteris –que es basen en la distribució igual o proporcional de beneficis i càrregues– tenen un caràcter exclusivament **formal**, ja que expressen només procediments –"formes" o estratègies– per a poder resoldre justament una determinada situació.

Al llarg de la història s'han proposat tot un seguit de criteris o fórmules per a donar contingut a la idea de justícia: "donar a cadascú el que és seu", "a cadascú el mateix", "a cadascú segons els seus mèrits i capacitats", "a cadascú segons el seu esforç", "a cadascú segons les seves necessitats", "a cadascú el grau més alt de llibertats", "a cadascú segons el que la llei li atribueix" en són alguns exemples. Cadascuna d'aquestes fórmules evidencia una perspectiva diferent respecte al que pot ser el contingut de la justícia. I, tanmateix, tampoc no solucionen el problema, ja que, com que són generals, exigeixen una concreció posterior.



A l'antiga Grècia, on es considerava que tothom naixia ja amb la condició d'esclau o de senyor, la regla formal de justícia – segons la qual els iguals mereixen igual tracte– no feia més que perpetuar el sistema: si ets esclau seràs tractat com a esclau. Va caldre una transformació del "contingut" de la idea de persona i la consideració de tots els éssers humans, amb independència de la seva raça, sexe o condició, com a iguals lliures, per a posar fi a la institució de l'esclavatge.

3.3. Els valors jurídics

Hem vist que una de les funcions que el dret exerceix –o pot exercir– és la de promoure en la societat uns valors, uns interessos i uns objectius col·lectius determinats, de manera que tot el sistema jurídic acabi essent un reflex d'aquest

conjunt d'interessos i valors. En una societat democràtica, aquest conjunt de valors i objectius socials compartits constitueix el fonament sobre el qual la comunitat jurídica basteix el seu model específic de convivència.

Els **valors** són qualitats o conjunts de qualitats que es prediquen de certes coses, persones o accions que fan que siguin preades. Atribuïm "valor" a les coses, les accions o les persones –i, per tant, destaquem la seva importància d'acord amb l'aptitud que tenen o manifesten per a satisfer determinades necessitats, proporcionar benestar o assolir les finalitats que perseguim.

Cal distingir entre els **valors** i les **normes**. Les normes prescriuen formes de conducta determinades, cosa que no fan els valors. Una cosa és el valor de la vida humana i una altra la norma de dret penal que castiga l'homicidi. Tanmateix, sí que podem dir que darrere de tota norma o sistema de normes hi ha també un valor o un conjunt de valors concrets.

De la mateixa manera que hem vist que hi ha una diversitat de sistemes normatius, també trobem diferents sistemes de valors: valors morals, valors estètics, valors polítics, valors jurídics. Però parlem concretament de **valors jurídics** per referir-nos als valors que informen i fonamenten un sistema jurídic. Són els valors que es troben reflectits en el dret.

En els estats de dret moderns generalment trobem aquests valors establerts o **expressats en la constitució** o en la norma fonamental. La Constitució espanyola de 1978 n'és un bon exemple quan, en el preàmbul, proclama:

"La Nació espanyola, amb el desig d'establir la justícia, la llibertat i la seguretat i de promoure el bé de tots els qui la integren, en ús de la seva sobirania, proclama la voluntat de:

- Garantir la convivència democràtica dins la Constitució i les lleis de conformitat amb un ordre econòmic i social just.
- Consolidar un Estat de Dret que asseguri l'imperi de la llei com a expressió de la voluntat popular.
- Protegir tots els espanyols i els pobles d'Espanya en l'exercici dels drets humans, les seves cultures i tradicions, llengües i institucions.
- Promoure el progrés de la cultura i de l'economia per tal d'assegurar a tothom una qualitat de vida digna.
- Establir una societat democràtica avançada.
- Col·laborar a l'enfortiment d'unes relacions pacífiques i de cooperació eficaç entre tots els pobles de la Terra."

Seguidament, i ja en l'apartat dispositiu, l'article 1.1 de la mateixa Constitució estableix que "Espanya es constitueix en un Estat social i democràtic de Dret, que propugna com a **valors superiors** del seu ordenament jurídic la **llibertat**, la **justícia**, la **igualtat** i el **pluralisme polític**".

A més d'aquests "valors superiors", també podem identificar, a partir del contingut del preàmbul transcrit i d'altres preceptes constitucionals, uns altres valors en el nostre ordenament jurídic, com poden ser la **seguretat** o la **solidaritat**.

Pel fet d'incloure'ls en el text constitucional –que és la norma superior de l'ordenament jurídic– aquests valors han estat normativitzats, és a dir, el legislador constituent els ha atorgat, en certa manera, el caràcter de normes.

Els valors jurídics reconeguts en la Constitució exerceixen una triple funció: **fonamenten** el sistema jurídic, **orienten** i guien el seu procés d'interpretació i evolució, i serveixen com a **criteris** per a mesurar la legitimitat de les lleis.

La **justícia** es pot considerar un **valor totalitzador** (Atienza, 1985) de la resta de valors jurídics: no hi haurà justícia si no són garantits els valors de la llibertat, la igualtat, la seguretat, el pluralisme o la tolerància. Igual que la teoria del color ens ensenya que calen tots els colors per a fer el blanc, la idea de justícia es pot veure també com la

combinació harmònica de tota la resta de valors, la resultant d'una munió de forces que es compensen i s'equilibren mútuament. Però aquest equilibri resulta sempre inestable. Per això, el seu manteniment exigeix dels poders públics i de tots els ciutadans un esforç i una atenció constants.

3.4. Drets humans i drets fonamentals

Avui, i amb independència de la concepció de la justícia que puguem tenir, sembla que hem arribat a un ampli consens en el sentit que els **drets humans** representen un punt de trobada de totes aquelles concepcions. La idea que tota persona té uns drets inalienables que no tan sols han de ser reconeguts i emparats per les lleis, sinó que també són el fonament últim de l'ordre polític mateix, gaudeix d'un ampli reconeixement en les constitucions dels actuals estats democràtics i en la comunitat internacional, per mitjà d'organitzacions com la de les Nacions Unides.



L'Assemblea General de les Nacions Unides va adoptar i proclamar la Declaració universal dels drets humans el 10 de desembre de 1948.

3.4.1. Els drets humans en la història

Aquesta categoria de drets és una creació històrica moderna i la seva evolució va lligada a un determinat desenvolupament de la cultura d'Occident i a la forma canviant com s'ha entès la relació entre el poder polític i els ciutadans. A l'antiga Grècia i a Roma, la idea d'una condició humana amb un valor propi, amb independència dels orígens i la situació personal, no conferia cap dret específic. La idea d'igualtat i dignitat humana comença a entreveure's en la filosofia estoica i en les religions monoteistes –judaisme, cristianisme–, que conceben l'ésser humà com a creat a imatge i semblança de Déu –cosa que comporta que, en última instància, tots els éssers humans comparteixen una mateixa identitat substancial. Tanmateix, això no va impedir durant molts segles el fonamentalisme ni la persecució per motius religiosos (afavorits, sobretot, per la unió del poder civil amb el poder eclesiàstic, cosa que facilita la utilització de la força de l'Estat per a imposar determinades creences). No és fins al segle XVII –després de la Reforma protestant i de les sagnants guerres de religió– que, amb el reconeixement de la llibertat de consciència a Anglaterra, comença a prendre forma i es desenvolupa la idea moderna dels drets humans, un procés que la Il·lustració farà imparable i que té com a fites clau la Declaració d'independència dels Estats Units i la Declaració dels drets de l'home i del ciutadà, de l'Assemblea Nacional Francesa de 1789.

La *Declaració d'independència* dels Estats Units, del 4 de juliol de 1776, declara el següent:

"Considerem aquestes veritats com a evidents: que tots els homes han estat creats iguals i que han estat dotats pel Creador de certs drets inalienables, entre els quals hi ha la vida, la llibertat i la persecució de la felicitat. Que els governs han estat instituïts entre els homes per tal d'assegurar aquests drets, de manera que deriven llurs justos poders del consentiment dels governats. Que, quan qualsevol forma de govern es fa destructiva d'aquests fins, el poble té dret d'alterar-la o d'abolir-la i d'instituir un nou govern fundat en aquests principis i que organitzi els seus poders en la forma més idònia possible per tal de dur a terme la seva seguretat i la seva felicitat."

Durant el segle XIX les constitucions de diferents països van incorporant progressivament els drets als seus articulats, amb el reconeixement de drets civils i polítics. És a partir del segle XX –primer en la Constitució mexicana de 1917 i després en la Constitució alemanya de 1919– quan es comença a atorgar protecció als drets socials, econòmics i culturals.

Després de l'amarga experiència de la Segona Guerra Mundial i de l'atrocitat dels camps d'extermini, s'inicia un procés d'internacionalització dels drets que culmina amb la Declaració universal dels drets humans, adoptada per l'Organització de les Nacions Unides el 10 de desembre de 1948 –i que fou complementada més tard amb el Pacte internacional de drets civils i polítics i el Pacte internacional de drets econòmics, socials i culturals, tots dos de l'any 1966.



Declaració d'independència per part de les tretze colònies nord-americanes. J. Trumbull.

3.4.2. El concepte dels drets: drets humans i drets fonamentals

S'ha discutit molt –i es discuteix encara– sobre el concepte i el fonament dels drets humans. Alguns autors consideren que el fet que avui els drets humans estiguin reconeguts formalment de manera generalitzada pels ordenaments jurídics i la comunitat internacional fa innecessari qüestionar-se'n la fonamentació última: avui els drets humans ja són, fins a un cert punt, drets jurídics i, per tant, la tasca realment urgent és la de vetllar pel seu compliment.

Altres autors pensen, tanmateix, que la importància real de la figura dels drets humans es fa palesa precisament en situacions, països i ordenaments jurídics en què aquests drets no estan garantits. Prova d'això és que reclamem el respecte als drets humans fins i tot –i sobretot– en sistemes jurídics que no els reconeixen i precisament perquè no els reconeixen (C. G. Nino, 1999), la qual cosa vol dir, segons aquest autor, que no els exigim exclusivament pel fet que estiguin reconeguts o no en els ordenaments jurídics, sinó perquè considerem que es deriven d'uns determinats

principis morals, vinculats a la condició humana i, per tant, que mereixen un respecte generalitzat. L'anàlisi i la justificació d'aquests principis no és, però, objecte de la ciència jurídica, sinó de la teoria moral.

Els drets humans són els que es deriven d'exigències morals relacionades amb l'autonomia, la inviolabilitat i la dignitat de totes les persones.

Quan els drets humans són reconeguts per mitjà d'una norma en l'ordenament jurídic intern d'un país, diem que estan positivitzats. Llavors, el seu exercici és protegit pel poder de l'Estat, la qual cosa permet als ciutadans reclamar-ne el respecte i el compliment, fins i tot davant dels tribunals.

La positivització dels drets es produeix generalment mitjançant la seva incorporació i el seu reconeixement en la constitució de cada Estat, que, com sabem, és la norma fonamental de l'ordenament jurídic.

La incorporació dels drets fonamentals a la constitució fa que aquests drets tinguin un **caràcter doble**: per una banda, són **drets subjectius** genuïns que garanteixen a tot ciutadà un marc inviolable de llibertats, facultats i poders; però, per una altra banda, són també els **elements essencials que defineixen l'ordenament jurídic** d'una determinada comunitat; dibuixen, diguem-ho així, el marc en el qual una comunitat jurídica desenvolupa la seva convivència justa i pacífica.

La Constitució espanyola estableix el següent en l'article 10.1:

"La dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents, el lliure desenvolupament de la personalitat, el respecte a la llei i als drets dels altres són fonament de l'ordre polític i de la pau social."

Drets humans / drets fonamentals

Utilitzem preferentment l'expressió de **drets fonamentals** per a referir-nos als drets humans quan són positivitzats en l'ordenament jurídic intern d'un país.

3.4.3. Tipus de drets fonamentals

Distingim generalment tres diferents tipus de drets **d'acord amb el seu contingut**: drets civils, drets polítics i llibertats públiques, i drets socials, econòmics i culturals.

Els **drets civils** són els primers que van ser reconeguts en l'esmentat procés històric de configuració dels drets. Són els que afecten de forma més immediata la persona: dret a la vida i a la integritat física, dret a la llibertat personal – ideològica, religiosa, de consciència, etc.– i a la seguretat, inviolabilitat del domicili, etc. Destaquen sobretot el valor de l'autonomia personal del ciutadà, que es manifesta en la llibertat individual i en la inviolabilitat i dignitat de la persona.

Els **drets polítics** i les **llibertats públiques** tenen com a referent principal la participació plena i responsable de l'individu en els afers públics: llibertats d'associació i de reunió, drets de participació política, dret de sufragi, llibertat d'elecció dels representants polítics, etc.; tots aquests drets són derivats del principi d'autonomia pública dels ciutadans, és a dir, de la llibertat per a decidir quin tipus de convivència volem.

Els **drets socials, econòmics i culturals** són els drets que es relacionen amb les condicions de vida materials i culturals de la persona. Com ja hem destacat en parlar de les funcions redistributives i promocionals del dret, l'evolució econòmica i cultural de l'últim segle va accentuar els desequilibris econòmics entre els diferents sectors de la societat. El reconeixement formal de les llibertats individuals i els drets de participació política no resulta suficient si no va acompanyat de les condicions de vida que facin possible una participació real de tothom en els processos

col·lectius de presa de decisions. Això només és possible si tothom té garantits, també, drets com els d'accés a la cultura i a una educació bàsica, a l'assistència sanitària, a la feina i a la protecció contra l'atur, a un habitatge digne, etc. Es tracta, en definitiva, de garantir que el principi d'igualtat no resti només circumscrit a una declaració formal en els textos constitucionals, sinó que l'Estat posi també els mitjans perquè es pugui materialitzar efectivament.

Llegiu els articles 1 a 53 de la Constitució espanyola i feu una llista en què classifiqueu els drets fonamentals d'acord amb el tipus de dret: drets civils, drets de participació política i drets socials.

4. Poder polític i dret

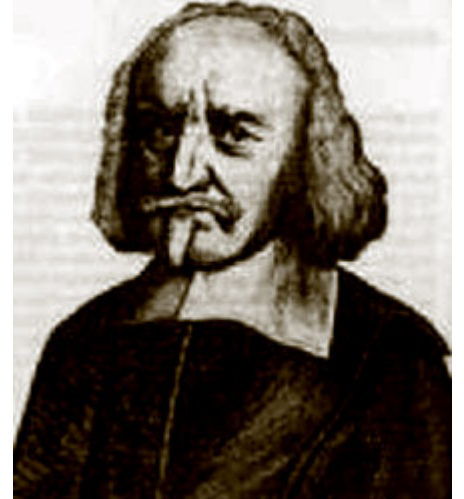
Fins ara hem delimitat el concepte de dret i n'hem assenyalat les característiques més rellevants. Hem vist que el dret, com a conjunt de normes que regulen determinats comportaments humans, és un fenomen social, amb una dimensió històrica, i hem constatat també que el tret principal que distingeix el dret d'altres sistemes normatius és precisament el fet que **el compliment de les normes jurídiques és garantit pel poder de l'Estat**.

La manifestació més habitual d'aquest fet –que d'entrada és la que resulta més immediata per al ciutadà– la trobem en l'àmbit del dret penal: qui comet un delictes sap que pot acabar assegut al banc dels acusats i que l'Estat pot castigar-lo privant-lo de llibertat. Però també les normes del dret civil o administratiu i tota la resta de normes jurídiques tenen assegurat el seu compliment per mitjà del poder coactiu de l'Estat: si el comprador d'una cosa no paga el preu estipulat, el venedor el pot reclamar per via judicial i –un cop demostrada l'existència del crèdit– el deutor serà cominat pels tribunals a pagar la quantitat deguda, amb la circumstància que si no compleix voluntàriament aquesta obligació, s'exposa que li apliquin mesures de força per fer-la efectiva (com, per exemple, la retenció i posterior venda –en termes tècnics *embargament* i *subhasta*– dels seus béns). Tot això ens mostra que l'Estat garanteix el dret amb un caràcter general: totes les normes jurídiques vàlides gaudeixen del suport del poder de l'Estat.

En les societats modernes, parlar de la relació entre el dret i el poder és parlar de la relació entre el dret i l'Estat, ja que avui **l'Estat concentra i monopolitza el poder polític**. Aquesta relació es manifesta en un doble aspecte: per una banda, l'Estat és el principal productor de normes jurídiques i, com acabem de dir, garanteix que es compleixin, però, per una altra banda, l'Estat necessita també el dret per a legitimar el seu propi poder. El poder de l'Estat –segons la idea moderna d'Estat de dret que examinarem més endavant– només es pot considerar legítim en tant que és un poder sotmès també a les lleis.

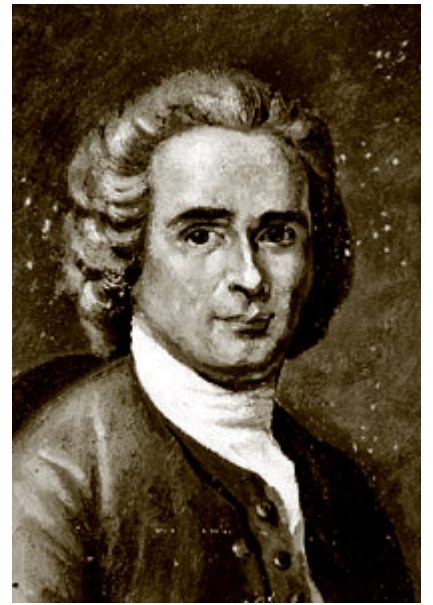
Aquesta última frase ens connecta amb dos termes que trobem indefectiblement en tota anàlisi de les relacions d'interdependència entre el poder polític i el dret: es tracta dels conceptes de **sobirania** i **legitimitat**, dues idees clau de la ciència política, al voltant de les quals ha girat la reflexió filosòfica i la discussió política, almenys des del començament de l'edat moderna.

Segons les **teories teocràtiques** de l'antiguitat, la sobirania residia en Déu, de qui la rebien els governants. La **formulació moderna** del concepte de sobirania –amb la qual es justificava la monarquia absoluta– la va donar el pensador polític francès Jean Bodin (1529-1596). Per a ell, la sobirania és un imperatiu de l'existència i la unitat de l'Estat i s'encarna en el monarca: el monarca té el poder suprem sobre tots els seus súbdits, amb l'única limitació de les lleis de Déu i de la natura. Hobbes (1588-1679) trencarà aquest últim vincle amb l'autoritat divina: segons la seva concepció, els mateixos ciutadans són els qui, amb la finalitat d'assegurar-se un ordre social que els garanteixi la pau i la seguretat, acorden un **pacte social** per mitjà d'una persona –o un grup de persones– que així acumula tot el poder de l'Estat i esdevé "sobirà". D'aquesta manera, renuncien a determinades llibertats –particularment les de participació política– en favor del sobirà perquè els garanteixi una certa seguretat (vida, propietat, etc.).



En la seva obra *Leviatan*, el filòsof anglès Thomas Hobbes presenta el poder dels governants com a provinent del consentiment dels governats, els quals, per posar fi a la guerra que provoca el seu egoisme natural, s'obliguen a obeir les lleis d'un poder sobirà a canvi que els garanteixi la seguretat enfront de les agressions externes. Un terrible poder sobirà –simbolitzat en el monstre bíblic Leviatan– resta investit de tots els privilegis i, precisament perquè és temut per tothom, pot garantir la pau i la llibertat individual dels súbdits.

En la idea del pacte o contracte social ja hi ha inscrita la transformació que el concepte de sobirania sofrirà al llarg del segle XVIII i que desembocarà en la idea de sobirania popular: el poder polític suprem resideix en el poble. Pensadors polítics i filòsofs com Locke, Rousseau i Kant van contribuir, amb plantejaments diversos, a consolidar la idea de l'acord lliure entre ciutadans com a origen de tota sobirania. Sobre aquest principi de la sobirania popular es construeix tota la teoria de l'Estat democràtic, que tingué la seva manifestació pràctica a partir de la independència dels Estats Units i la Revolució Francesa. Segons el principi de sobirania popular, atès que el poder originari resideix en el poble, el poder dels governants s'entén com un poder delegat pels ciutadans, que són els titulars i dipositaris últims de la sobirania estatal. Per tant, els ciutadans poden retirar la confiança atorgada als governants si no compleixen els termes de la delegació. Això no era possible en el model de Hobbes, en què els ciutadans, per mitjà del "pacte de subjecció" amb el sobirà, renuncien per sempre a tots els seus poders polítics.



Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), amb la seva obra *El contracte social*, és un dels principals teòrics i impulsors de la idea de sobirania popular. Per a ell, "la sobirania no és altra cosa que l'exercici de la voluntat general".

4.2. Què vol dir *legitimitat*?

La teoria política moderna vincula el concepte de sobirania al de **legitimitat**: no n'hi ha prou que l'Estat disposi del poder efectiu (de la força) per a incidir sobre la realitat social i per a imposar i fer complir les lleis, sinó que cal que aquest poder sigui reconegut com a **justificat** i sigui **acceptat** per aquells que hauran de complir les lleis, és a dir, pels ciutadans d'aquest Estat.

Així, doncs, no n'hi ha prou amb la simple acceptació "fàctica" del poder per part dels ciutadans –ja que aquesta acceptació pot ser producte de la por de la persecució o de la repressió, com passa en els règims dictatorials–, sinó que els ciutadans han d'estar en condicions de considerar que l'exercici del poder per part dels governants és **justificat** i que els qui l'exerceixen ho fan en representació seva i amb la finalitat de garantir les llibertats personals i d'assolir el bé comú. Per aquest motiu, en l'Estat constitucional modern la legitimitat del poder polític –la justificació i l'acceptació lliure i voluntària de l'exercici d'aquest poder– va directament lligada a l'exercici de la sobirania popular, a la garantia dels drets de la persona i, en definitiva, a l'exercici per part de cada ciutadà de la seva pròpia "sobirania". Recordem que en l'apartat 1.4 ["Dret i convivència democràtica: com volem (con)viure? Persones (privades) i ciutadans (públics)"] del mòdul "Què és el dret?" ja ens hem referit a aquest concepte d'**autonomia** i hem vist que tenia un doble vessant: per una banda, representa la capacitat que la persona individual té per a decidir com vol viure privadament (autonomia privada) i, per l'altra, expressa també el poder que té la persona, com a integrant d'una comunitat política, per a decidir la forma i les condicions de la convivència pública (autonomia cívica o política).

El principi d'autonomia

"El principio de autonomía reside en el derecho de todos los ciudadanos de participar en los asuntos públicos. [...] El principio de autonomía preserva el ideal del «ciudadano activo»; exige que se reconozca a las personas el derecho y la posibilidad de actuar en la vida pública."

D. Held (1991). *Modelos de democracia* (pàg. 350). Madrid: Alianza Editorial.

De conformitat amb aquesta concepció, la legitimitat del poder polític avui es considera inseparable de l'exercici de les llibertats democràtiques pels ciutadans i, en particular, del dret de participació en la vida pública per mitjà de processos democràtics que facin possible la discussió oberta i tan àmplia com sigui possible de totes les qüestions amb rellevància política. Aquest és el nucli del principi de **legitimitat democràtica**.

4.3. Dret legítim i democràcia: una relació necessària

Ja hem dit que en els sistemes polítics moderns les lleis provenen de l'Estat. L'Estat té el poder de dictar i fer complir el dret. Ara hi podem afegir que, precisament en virtut del principi de legitimitat democràtica que acabem d'exposar, només el dret que provingui d'un poder justificat democràticament podrà ser considerat també un dret legítim, és a dir, un dret mereixedor de l'acceptació lliure i voluntària dels ciutadans que l'han de complir. Recordem que ja en el mòdul "Què és el dret?" havíem comentat que un sistema polític democràtic ha d'intentar assolir l'ideal que els destinataris de les lleis se'n puguin considerar també autors.

Ara sabem que, segons el principi de sobirania popular, els ciutadans són els titulars últims del poder polític. Perquè aquest principi pugui ser operatiu, els ciutadans han de tenir garantides no solament les llibertats individuals, sinó, sobretot, l'exercici de la seva autonomia cívica, és a dir, dels seus drets de participació en els afers públics, que els permetin autodeterminar-se políticament. D'aquesta manera podran decidir quin model de convivència volen tenir i mantenir. Només un ordre polític que sigui el resultat d'un procés de participació democràtica com aquest podrà ser considerat legítim; i, en conseqüència, només podrà ser acceptat com a justificat el dret que hagi estat generat per un poder polític democràtic d'aquest tipus: la legitimitat del dret està directament lligada a la legitimitat del poder polític.

La reflexió sobre les relacions entre el dret i el poder, com ha assenyalat el professor G. Peces-Barba (1983), ens mostra que "la consideración del derecho justo es inseparable de la consideración del poder como hecho fundamentador básico del ordenamiento jurídico. Justicia del derecho y legitimidad del poder son inseparables. El primer elemento de un derecho justo será un poder legítimo".

G. Peces-Barba (1983). *Introducción a la Filosofía del Derecho* (pàg. 269). Madrid: Debate.

D'aquesta manera es tanca el cercle: els ciutadans es troben a l'origen i al final del procés. A l'origen, com a dipositaris de la sobirania de l'Estat –que, en tant que són titulars del poder polític, s'hauria de poder entendre que són autors de les normes jurídiques– i al final, com a destinataris últims d'aquestes normes.

Segons el model ideal de **democràcia**, els membres de la comunitat política es reconeixen mútuament –en tant que voten i accepten una constitució– un conjunt de drets i obligacions que han de servir per a regular la seva vida en comú. Segons aquest model, els mateixos ciutadans són els qui, per mitjà de les institucions i els mecanismes de participació política definits en la constitució (assemblees parlamentàries, sufragi universal, regla de la majoria, etc.), s'atorguen les lleis mitjançant les quals van donant forma concreta a aquest projecte de convivència.

5. Què és l'Estat de dret?

Quan hem analitzat les funcions del dret en el mòdul anterior, hem vist que avui el dret és l'instrument bàsic de l'acció política. L'Estat fa ús del dret per a assolir un seguit de finalitats: assegurar l'ordre i la pau social, garantir drets i llibertats als ciutadans, controlar i redistribuir recursos i oportunitats socials i econòmiques, planificar desenvolupaments futurs, promoure determinats valors i objectius socials, etc. En aquest sentit, **el dret és un mitjà** –un instrument– **per a exercir el poder polític**.

Però el fet que un Estat creï i faci ús del dret no el converteix immediatament en un "Estat de dret". En un Estat de dret les lleis no són solament l'instrument o el mitjà que el poder fa servir per a assolir determinades finalitats, sinó

que també i sobretot són el **medi** en què el poder es constitueix, s'organitza i es legitima. La idea bàsica de l'Estat de dret és que l'exercici del poder polític estigui sotmès a lleis democràtiques.

"Un Estado con derecho (todos o casi todos), no es, sin más, un Estado de derecho (sólo algunos lo son)."

E. Díaz (1996, pàg. 63)

Entenem per **Estat de dret** aquell Estat en què tots els poders i actuacions públics són regulats i controlats per mitjà de lleis creades segons procediments democràtics i en el qual es respecten els drets i les llibertats fonamentals dels ciutadans, els quals en cas necessari poden recórrer a un jutge independent per fer valer aquests drets i fer front als abusos o excessos del poder.

5.1. Els principis de l'Estat de dret

Partint de la definició anterior, podem assenyalar quatre característiques principals per a delimitar el concepte d'Estat de dret:

a) Imperi de la llei: és el tret fonamental i definitori de l'Estat de dret. Es pot resumir amb una simple fórmula: el poder de l'Estat ha d'estar sotmès a les lleis. Però aquest requisit no és suficient: han de ser lleis que hagin estat creades per òrgans democràtics representatius i que, per tant, siguin expressió de la voluntat general. Sense aquest requisit, és a dir, si les lleis provenen directament de la voluntat individual d'un dictador o d'un grup de poder i no d'una assemblea representativa, no existirà Estat de dret, per més que aquest Estat actuï sota l'imperi la llei.

De manera que aquest requisit s'ha de completar amb la institucionalització d'un sistema polític que reconegui l'autonomia pública i privada dels ciutadans i estableixi la separació de poders, és a dir, que eviti la concentració de les diferents funcions i dels poders de l'Estat en un òrgan o institució única.

"El Estado de derecho refleja la vieja doctrina [...] de la superioridad del gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres, según la fórmula *lex facit regem*."

N. Bobbio (1989). *Liberalismo y democracia* (pàg. 18). Mèxic: FCE.

b) Divisió de poders: aquest tret, necessari també en tot Estat de dret, en realitat es manifesta com una condició perquè el principi d'imperi de la llei sigui plenament operatiu. Consisteix en la divisió del poder polític en diverses esferes i en l'atribució de les diverses funcions estatals a òrgans i institucions diferents. D'aquesta manera es pretén assolir un equilibri de poders, una estructura organitzativa que permeti que els diferents òrgans i institucions de l'Estat es controlin entre ells i que, en definitiva, faci més difícils els abusos de poder per part dels qui l'exerceixen.

"La separación de poderes constituye el resultado histórico de la lucha contra el absolutismo de los reyes en nombre de los derechos del pueblo. [...] El sentido histórico e ideológico del principio de la separación de poderes es evitar la concentración de poder en manos, sobre todo, del titular del ejecutivo, a fin de conseguir el respeto de los derechos y las libertades de los ciudadanos que, democráticamente representados, constituyen ahora el poder legislativo."

E. Díaz (1975). *Estado de Derecho y sociedad democrática* (6a. ed., pàg. 33). Madrid: Cuadernos para el Diálogo.

Segons l'esquema actual de divisió de poders, ja anunciat per John Locke i Montesquieu, en els estats constitucionals moderns es distingeixen tres àmbits de poder diferents: el legislatiu, l'executiu i el judicial. Al **poder legislatiu** correspon la creació de les lleis, al **poder executiu**, fer efectiva l'acció política mitjançant les lleis que ha aprovat el

legislatiu, i al **poder judicial**, aplicar aquestes lleis als casos concrets, o bé per a resoldre conflictes o bé per a restablir la legalitat vulnerada.

Divisió de poders

La fórmula clàssica de l'esquema de la divisió de poders la va oferir el pensador polític francès **Montesquieu** (1689-1755) en l'obra *L'esprit de les lleis*. La seva influència es féu plenament palesa en la Declaració de drets de l'home i del ciutadà del 1789: "Tota societat en què no està assegurada la garantia dels drets ni determinada la separació de poders està mancada de Constitució". (art. 16)

La combinació del principi de la divisió de poders amb el principi de legalitat (o imperi de la llei) té com a primera conseqüència que el poder legislatiu –l'òrgan central del qual és el parlament– ocupa el lloc preeminent en l'estructura de poders de l'Estat. El parlament és la institució que representa la sobirania popular i, com a seu del poder legislatiu, és el que fa les lleis i atorga legitimitat al poder executiu, és a dir, al govern.

c) Legalitat i control de l'actuació administrativa: en tot Estat de dret –i com a conseqüència lògica de la combinació dels dos principis anteriors– el poder executiu (govern i administració) ha de sotmetre la seva actuació a allò que estableixen les lleis. Per tant, ni l'administració –ni cap dels seus funcionaris– no pot actuar arbitràriament, al marge de la legalitat. Si els ciutadans consideren que l'administració no ha respectat la llei, s'ha extralimitat en les seves atribucions o ha vulnerat els seus drets, han de poder recórrer als tribunals perquè la legalitat sigui restablerta. Precisament per a facilitar aquest **control i fiscalització de l'administració**, el poder de jutjar ha d'estar atribuït a uns òrgans de l'Estat (jutges i tribunals) que siguin independents del poder executiu i del legislatiu. Ens referim genèricament al conjunt d'aquests òrgans i institucions amb el nom de *poder judicial*.

La Constitució estableix que "l'Administració pública [...] actua [...] amb submissió plena a la llei i al Dret" (art. 103.1) i que "els Tribunals controlen la potestat reglamentària, la legalitat de l'actuació administrativa i la submissió d'aquesta als fins que la justifiquen".

(art. 106.1)

d) Garantia dels drets i les llibertats fonamentals: la protecció i la defensa dels drets i les llibertats fonamentals dels ciutadans és l'objectiu últim de tot Estat de dret. El respecte i la garantia dels drets fonamentals, derivats dels principis de llibertat i igualtat, se'ns presenten així com la clau de volta de tota l'estructura conceptual de l'Estat de dret: no n'hi ha prou amb l'imperi de la llei ni amb un sistema d'organització política en el qual els poders estiguin separats i sotmesos a un control recíproc. Aquestes són condicions necessàries, però no suficients, de l'Estat de dret. Fa falta, per damunt de tot, que aquests elements s'orientin a instituir i defensar els drets civils, polítics i socials dels ciutadans.



5.2. L'evolució de l'Estat de dret

Per a poder entendre més bé el concepte d'evolució podem distingir dues etapes.

5.2.1. Els antecedents: l'Estat absolutista

Ja hem vist que l'Estat és una forma d'organització política que sorgeix a Europa a partir del segle XVI. Molts i diversos factors –com l'aparició de la impremta, la recuperació del dret romà, la formació d'exèrcits permanents i l'aparició d'armes de foc, la creació de burocràcies al servei dels monarques, el sorgiment d'una hisenda pública, etc.– es van conjuminar per acabar amb l'atomitzada estructura feudal de poder, en què múltiples senyors controlaven petits territoris o feus.

Progressivament, i per influència d'aquelles transformacions socials i econòmiques, s'aniran unificant els diferents territoris sota un poder, un dret i un sistema impositiu comú: és el sorgiment de l'Estat modern.

En aquest primer estadi, el titular del poder estatal és el **príncep** o el rei (el sobirà), que concentra en la seva persona tots els poders, té el monopoli de la violència, crea el dret i l'aplica. Però ell mateix està per damunt de les lleis que dicta, **no està sotmès al dret**. Per això rep el títol de *monarca absolut* i la forma d'Estat que encapçala s'anomena **Estat absolutista**. Malgrat que el dret tingui ja un paper molt important en l'estructuració i en el govern d'aquest model d'Estat, no som encara davant d'un Estat de dret. Aquest, amb les característiques que hem vist en el punt anterior, sorgirà precisament com una reacció contra el règim absolutista.

L'absolutisme és la forma d'organització política en la qual el sobirà no està sotmès a cap vincle jurídic i concentra en la seva persona tots els poders de l'Estat (legislatiu, executiu i judicial).

5.2.2. De l'Estat de dret liberal a l'Estat social i democràtic de dret

Podem distingir dues classes d'Estat segons les diverses manifestacions al llarg de la història.

a) L'Estat liberal

El progressiu desenvolupament de les estructures econòmiques (llibertat d'empresa, de contractació, enfortiment del mercat) durant els segles XVII i XVIII va donar lloc al sorgiment, a Europa, d'una nova força social (la burgesia) que, a poc a poc, anà imposant un model de societat diferent del de la monarquia absoluta. Es tracta de l'**Estat liberal**, primera manifestació històrica de l'Estat de dret.

Com a reacció contra l'Estat absolutista, l'Estat liberal s'articula a partir de la necessitat d'**imposar límits** al poder del sobirà i defensar el dret dels individus en un àmbit d'acció lliure d'intromissions del poder polític. La doctrina jusnaturalista dels **drets de la persona** drets –que s'entén que són previs a qualsevol poder (vegeu el mòdul "Què és el dret?")– servirà de plataforma per a justificar aquest nou ordre basat en el respecte a les llibertats individuals: dret a la vida, dret a la llibertat de consciència, de religió; dret a la seguretat, a la propietat. En parlar del concepte de drets fonamentals ja hem vist que la Declaració d'independència dels Estats Units (1776) i la Declaració dels drets de l'home i del ciutadà de l'Assemblea Nacional francesa de 1789 assenyalen els moments clau d'aquesta transformació política.

"L'objectiu de tota associació política és la conservació dels drets naturals i imprescriptibles de l'home." (art. 2 de la Declaració francesa dels drets de l'home i del ciutadà, 1789)

Aquests esdeveniments històrics representaran la institucionalització de l'Estat de dret liberal, amb les característiques assenyalades abans de garantia dels drets, imperi de la llei, divisió de poders, submissió de l'administració al principi de legalitat i jutges independents. L'objectiu final d'aquesta nova estructura política és garantir als ciutadans la possibilitat de gaudir dels seus drets i llibertats individuals sense ingerències dels poders públics.

Però tot i que l'Estat liberal proclamava la llibertat i la igualtat de tots els ciutadans, això no tenia un reflex directe en els mecanismes de representació política: durant el segle XIX, la majoria dels estats liberals mantenen formes de **sufragi restringit o censatari**, és a dir, el dret a votar es limita als qui gaudeixen de determinades condicions personals o econòmiques (els homes, els propietaris, els qui tenen un nivell determinat d'ingressos, etc.). Això facilita un **sistema polític oligàrquic**, en el qual el poder està concentrat en mans de grups socials molt reduïts. És la prova que *liberalisme* no és necessàriament sinònim de *democràcia*.

b) L'Estat democràtic



E. Pankhurst, sufragista britànica, una de les primeres lluitadores en favor del vot femení.

Aquest estat de coses originà conflictes i tensions socials –sovint de caire revolucionari– que marquen la història de la segona meitat del segle XIX i que donaran lloc a un seguit de reformes polítiques, com la introducció progressiva del **sufragi universal** i el reconeixement ple dels drets de participació política a tots els ciutadans, sense cap més restricció que la majoria d'edat. Així sorgeix l'Estat democràtic, nou estadi en l'evolució històrica de l'Estat de dret.

Però ben aviat havien de sorgir noves tensions ocasionades per les conseqüències d'un sistema econòmic que mantenia àmplies capes de la població en una situació de pobresa i sobreexplotació. I és que la lògica interna dels drets és implacable: de què servia el reconeixement dels drets de participació política si continuaven existint profundes desigualtats culturals, econòmiques i socials entre els diferents membres de la societat? La necessitat de donar resposta a aquesta qüestió va posar en marxa la tercera transformació de l'Estat de dret, que donà lloc al model actual de l'Estat social i democràtic de dret.

c) L'Estat social i democràtic de dret

~~Després de la Primera Guerra Mundial, els estats europeus –començant per Alemanya, amb la Constitució de Weimar del 1919– aniran incorporant a les seves constitucions tot un seguit de drets socials i econòmics que donaran sortida~~

a la situació de crisi social en la qual el model liberal, malgrat les reformes democràtiques, havia desembocat a partir de la fi del segle XIX.

El sufragisme
Els moviments socials que, com el sufragisme, reclamaven l'extensió del dret de participació política a tots els ciutadans motiven la transformació democràtica de l'Estat liberal.

A partir d'aquest moment, amb el reconeixement constitucional dels drets socials, econòmics i culturals, canvia radicalment la concepció de l'Estat i de les seves funcions. El model d'"Estat mínim" predicat pel liberalisme –amb la seva coneguda màxima "laissez faire, laissez passer"–, en el qual els poders polítics s'havien de limitar a assegurar l'ordre i la seguretat de les relacions entre els particulars, havia demostrat a bastament la seva incapacitat per a garantir la justícia social i la realització efectiva dels ideals d'igualtat i de llibertat. El model substituït serà el d'**Estat intervencionista**, basat en el principi que els poders públics han de tenir capacitat per a incidir en els processos productius i de redistribució de la riquesa. En virtut d'aquest principi, l'Estat tindrà un paper cada cop més important en l'economia (mesures de planificació, política monetària, política fiscal), regularà relacions que fins llavors s'havien considerat estrictament privades (legislació laboral) i establirà serveis públics i prestacions socials (assistència sanitària i a la vellesa, educació general, protecció contra l'atur, etc.) amb l'objectiu últim d'assegurar una redistribució mínimament justa de la riquesa social i de garantir als ciutadans unes condicions de vida prou dignes, que facin realment possible l'exercici dels drets civils i polítics. Per això aquest model es coneix també amb la denominació d'**Estat social, Estat assistencial o Estat del benestar**.

L'evolució de l'Estat de dret, com tot fenomen històric, és una qüestió oberta. El model de l'Estat social o del benestar és criticat avui des de diferents posicions ideològiques: des del neoliberalisme es defensa un retorn a l'"Estat mínim"; des de posicions radicalment democràtiques es denuncia el perill del paternalisme i la pèrdua de pes polític del poder legislatiu en favor d'un poder executiu cada cop més omnipresent. També l'Estat mateix, com a model d'organització política, es troba en un moment de canvi, per la progressiva internacionalització i globalització de l'economia, la revitalització de les institucions internacionals i la immediatesa de les comunicacions. Tanmateix, avui més que mai, hauria de ser possible una lectura aprofundida dels principis de l'Estat de dret –situant-los potser en un marc internacional o transnacional– que servís per a garantir i ampliar els marges de llibertat, igualtat i participació fins ara assolits –molt escassos encara, per no dir inexistent, en moltes parts del món.

L'Estat social i democràtic de dret
La Constitució espanyola de 1978 proclama al seu art. 1 que l' Estat social i democràtic de dret és el model vertebrador del sistema polític espanyol.



6. La gènesi del dret

Les pàgines anteriors ens han fet prendre consciència de la vinculació directa entre el dret i el poder polític. El poder s'encarna avui en l'Estat, el qual, en tant que sobirà i titular del monopoli de la força, és el creador majoritari de les normes jurídiques i el que vetlla pel seu compliment. En el que resta d'aquest mòdul ens acostarem a aquests processos concrets de creació i aplicació de normes i veurem quins òrgans de l'Estat tenen les competències per a dur a terme aquestes activitats. Abans, però, assenyalarem algunes coses sobre el concepte de norma i d'ordenament jurídic i veurem les diferents classes de normes que podem trobar en l'ordenament jurídic espanyol.

6.1. Norma jurídica i ordenament jurídic

L'anàlisi de la norma jurídica (concepte, estructura, contingut, tipus, etc.) i de l'ordenament jurídic és un dels temes centrals de tota teoria del dret. Aquí no podem examinar en profunditat les diferents aportacions que la ciència jurídica ha fet en aquest camp i ens limitarem a fer-ne algunes precisions conceptuals a fi de completar el que ja hem dit en el mòdul "Què és el dret?". Segui el cas que sigui, hem de tenir present que quan a partir d'ara parlem de *norma* i d'*ordenament jurídic* prenem com a marc de referència el **dret objectiu**, és a dir, el conjunt de normes vàlides i vigents en una determinada comunitat jurídica en un moment històric concret.

La **norma** –unitat mínima fonamental de tot sistema jurídic– i l'**ordenament** –com a conjunt unitari i coherent de normes en què aquestes adquireixen el seu sentit ple– constitueixen el principal objecte d'estudi de la ciència del dret.

6.1.1. La norma jurídica: classes i estructura

L'ordenament jurídic és constituït per una base comuna, que al mateix temps està estructurada amb unes diferències que el defineixen. Per aquesta raó cal distingir les classes de normes d'estructura de la norma.

1) Classes de normes

En el mòdul "Què és el dret?" hem parlat de les normes i dels diferents sistemes normatius com a fenòmens socials que tenen una incidència directa en les nostres accions, que "regulen" els nostres actes, que coordinen la vida social. També hem vist que, entre els diferents sistemes normatius, el dret té unes característiques específiques (generalitat, imperativitat, coercibilitat) que el fan especialment estable, la qual cosa incrementa la seva aptitud per a regular les conductes. Tanmateix, els estudiosos del dret continuen discutint sobre quines d'aquestes característiques són més rellevants per a definir la naturalesa de la norma i de l'ordenament jurídic.

Si algú ens demana un exemple de norma jurídica, el que és més probable és que pensem en les normes del dret penal o en les normes que ens obliguen a seguir una determinada conducta (per exemple, conduir o pagar impostos). És cert que moltes de les normes d'un sistema jurídic tenen la finalitat d'orientar el comportament dels seus destinataris, però també ho és que hi trobem igualment moltes normes que es limiten a definir una figura jurídica (per exemple, què és el matrimoni, què és un testament), o bé estableixen com s'organitzen les institucions, fixen quins òrgans tenen competències per a portar a terme determinades activitats, o determinen com es creen, es modifiquen o es deroguen les lleis. En un sistema jurídic hi ha gran diversitat i riquesa de normes.

Els teòrics del dret han proposat molts i diversos criteris –a vegades contraposats– per a classificar aquesta munió de normes i trobar-ne la naturalesa, l'estructura i el funcionament autèntics. En funció de l'aspecte o l'element de les normes que es consideri més rellevant (el caràcter de les normes, el contingut, les funcions, l'òrgan que les emet, els seus destinataris, etc.), obtindrem també classificacions diferents.

Una d'aquestes classificacions se centra en el **caràcter de les normes**, és a dir, en la manera com contribueixen a regular o orientar la conducta. Ja hem vist que moltes normes es presenten com un **mandat**, com una **prescripció** que ordena fer o deixar de fer alguna cosa. D'aquestes normes diem que tenen un **caràcter imperatiu**. No són simples recomanacions que podem seguir o no, sinó que la seva pretensió última és la de dirigir el comportament, induir el destinatari de la norma a actuar d'una determinada manera (pensem, per exemple, en el conjunt de normes que estableixen l'obligació de pagar impostos o en les normes penals). Alguns autors consideren que aquestes són les normes que millor representen el caràcter del dret i presenten aquesta "imperativitat" com el tret més definitori del fenomen jurídic.

Normes imperatives

Les normes imperatives són aquelles que imposen una conducta determinada. Les podem subdividir entre les que ens ordenen fer una determinada acció (**normes d'obligació**) i les que ens ordenen no fer o no seguir una determinada conducta (**normes de prohibició**).

No obstant això, aquesta característica no és compartida per totes les normes jurídiques: n'hi ha moltes que no ens assenyalen cap comportament concret, sinó que simplement posen al nostre abast una colla d'instruments que podem utilitzar o no per a dissenyar i regular les nostres relacions amb els altres (per exemple, les normes del Codi civil que regulen els diferents tipus de contractes, o les que estableixen la possibilitat d'atorgar testament). Aquestes normes són **permissives**.

Normes permissives o facultatives

Les normes permissives o facultatives són les que atorguen als seus destinataris facultats o poders per fer alguna cosa.

Però en un ordenament jurídic trobem també tot un altre conjunt de normes que no prescriuen ni possibiliten conductes dels destinataris, sinó que es limiten a definir conceptes jurídics o estableixen com s'organitzen les institucions o preveuen quins òrgans tenen competències per a crear i aplicar el dret, els criteris que han de seguir per a fer-ho, etc.; són normes que possibiliten el funcionament intern de tot el sistema jurídic com a tal. Per això qualifiquem aquestes normes de **normes secundàries** o d'*organització*, mentre que les anteriors, les normes de conducta, les qualifiquem de **normes primàries**.

Exemple

"Els pares han de prestar assistència completa als fills tinguts dins o fora del matrimoni, durant la minoria d'edat i en els altres casos en què la llei els hi obligui." (art. 39.3 de la Constitució espanyola)

- Són **normes primàries** les que tenen la funció d'orientar la conducta, és a dir, les que prescriuen directament com han d'actuar o poden actuar els seus destinataris (què han de fer o no han de fer obligatòriament o com es poden comportar davant determinades situacions). En aquest sentit, tant les normes imperatives com les permissives que hem vist en la classificació anterior són normes primàries.
- En canvi, les **normes secundàries** són totes les que no estan dirigides a regular cap conducta, sinó que es refereixen –directament o indirectament– a altres normes. Entre aquestes normes trobem, per exemple, les que especifiquen els criteris de validesa de les normes en el sistema jurídic; les regles que determinen com es creen i es modifiquen en general les normes, quins òrgans tenen les competències per a dictar-les, quins òrgans han d'actuar i amb quins criteris d'aplicació, etc. Són "normes sobre les normes".

2) L'estructura de la norma

Pel que fa a l'estructura interna de la norma jurídica, els científics del dret consideren que, malgrat la diversitat de normes jurídiques existent, la majoria comparteix en el fons una estructura formal semblant. Segons aquesta anàlisi, la norma conté dos elements: un supòsit de fet i una conseqüència jurídica.

L'estructura de la norma es pot expressar com una relació lògica: "**Si és el cas que F** (el supòsit de fet), **ha de ser C** (la conseqüència jurídica)".

Exemple

"L'aprovació, la modificació o la derogació de les Lleis orgàniques exigeix la majoria absoluta del Congrés en una votació

El **supòsit de fet** ens ofereix la descripció de la situació a partir de la qual resulten uns efectes jurídics. La **conseqüència jurídica** és la conducta o el comportament que el destinatari de la norma haurà de seguir a causa d'haver-se produït aquella situació.

Hem de tenir present, tanmateix, que el vincle entre el supòsit de fet i la conseqüència jurídica no té el caràcter de necessitat propi de la relació causa-efecte que es dóna en la naturalesa ("quan l'aigua arriba a una temperatura de 100 graus comença a bullir"), sinó que és més aviat una previsió abstracta sobre el que, segons l'ordenament jurídic, hauria de ser. El dret, a diferència de la ciència, no descriu com és el món físic, sinó que prescriu com **ha de ser** el món social, la convivència humana.

Exemple

Un exemple ens permetrà entendre-ho millor: el Codi civil, en l'article 1902, estableix que "El qui per acció o omissió causa un dany a un altre, si hi intervé culpa o negligència, resta obligat a reparar el dany que ha causat". La primera part de la disposició ("El qui per acció o omissió causa un dany a un altre, si hi intervé culpa o negligència [...]") defineix el supòsit de fet. La segona part ("[...] resta obligat a reparar el dany que ha causat") n'expressa la conseqüència jurídica.

6.1.2. L'ordenament jurídic

D'una manera molt general podem dir que l'ordenament jurídic és el sistema de normes i institucions jurídiques vigents que una determinada comunitat s'ha atorgat per a regular la seva convivència.

El fet que es tracti d'un **sistema** ens indica que no n'hi ha prou amb una simple acumulació de normes per a constituir un ordenament jurídic. Primer, cal que aquestes normes siguin elles mateixes "jurídiques". Però que una norma pugui ser considerada jurídica depèn precisament del fet que sigui reconeguda com a tal en un ordenament. Necessitem referir-nos a la globalitat del sistema per a poder decidir si la norma en qüestió és jurídica o no: no hi ha normes jurídiques aïllades o al marge d'un ordenament. I, al seu torn, només podem dir que tenim un ordenament jurídic quan totes les normes que l'integren formen un conjunt orgànic coherent, és a dir, estan mútuament interrelacionades.

Un símil ens pot ajudar a entendre millor aquesta relació d'anada i tornada entre l'ordenament jurídic i les normes que el componen. Quan volem conèixer el significat d'una paraula, consultem el diccionari i hi trobem que la paraula és definida amb altres paraules i frases que, al seu torn, hem de conèixer si volem entendre la definició que cerquem. Una breu consulta al diccionari ens fa ser conscients, doncs, que el llenguatge és una estructura unitària complexa i que els elements que el componen estan estretament interrelacionats, són interdependents. El significat de cada paraula només es pot determinar dins de la xarxa global del llenguatge. Una cosa semblant passa amb les normes i l'ordenament jurídic.

Assenyalarem finalment que, com a sistema orgànic i complet que és, tot ordenament jurídic té una pretensió d'**unitat**, de **coherència** i de **plenitud**.

Ordenament jurídic

Un ordenament jurídic és un sistema orgànic en què tots els elements (les normes) són interdependents i constitueixen un entramat complex de relacions mútues. Les normes jurídiques només adquireixen el seu sentit ple dins del marc d'un ordenament.

1) La unitat de l'ordenament es refereix a la seva estructura. L'ordenament jurídic té una estructura unitària en tant que totes les normes estan interconnectades les unes amb les altres d'acord amb una **relació de jerarquia**.

Exemple

La validesa d'una norma inferior depèn del fet que hagi estat dictada de conformitat amb el procediment previst en la norma superior (validesa formal) i que el seu contingut no contradigui el que disposa la norma superior (validesa material). En darrer terme, totes les normes obtenen la seva validesa a partir de la norma fonamental –la Constitució–, que ocupa el lloc preeminent dins del sistema.

2) La coherència es refereix al contingut de l'ordenament: hi ha d'haver compatibilitat entre el que disposen les diferents normes que componen un ordenament. La pretensió de coherència de tot ordenament comporta que dins d'un mateix sistema jurídic no hi hauria d'haver dues normes que prevegin conseqüències jurídiques diferents per a un mateix supòsit de fet. Tanmateix, atesa la gran complexitat dels ordenaments jurídics actuals, a vegades es dóna aquest cas. Diem llavors que aquestes dues normes són **antinòmiques** o que es produeix un conflicte de normes.

Antinòmia

Una antinòmia o conflicte de normes es produeix quan en un ordenament jurídic hi ha dues o més normes que preveuen una solució diferent per a una situació de fet idèntica, de manera que el compliment d'una de les normes implicaria la vulneració de l'altra.

3) La plenitud –o completesa– de l'ordenament fa referència a la pretensió que, en principi, tot ordenament jurídic hauria de tenir solució per a tots els tipus de conflictes o per a tots els casos que es poguessin presentar. Aquesta és una pretensió necessària per a garantir el principi de seguretat jurídica i poder fer efectiu l'imperatiu de fer justícia davant de qualsevol cas jurídicament rellevant que es pugui plantejar. No es difícil veure que aquesta és una aspiració de compliment pràcticament impossible, atesa la riquesa inesgotable de la realitat social i de les relacions interpersonals.

En última instància els jutges, que tenen atribuïda la competència d'interpretar i aplicar la llei, són els qui hauran de resoldre les antinòmies i decidir quina norma és aplicable, i també omplir les llacunes legals que es produeixen dins del sistema. Els jutges no es poden abstenir en cap cas del seu deure de "fer justícia", de manera que si no existeix una norma que prevegi el cas concret, l'hauran de resoldre conforme a la resta de fonts del dret (art. 1.7 del Codi civil).

En l'apartat 4 d'aquest mòdul, quan parlem de l'aplicació del dret, veurem de quines tècniques i criteris disposen els jutges –i els juristes pràctics en general– per a donar solució a aquest tipus de problemes.

Llacuna legal

Una plenitud absoluta del sistema jurídic resulta a la pràctica inabastable, per la qual cosa no és infreqüent trobar casos que no tenen prevista una resolució específica en les lleis vigents. En aquests casos diem que hi ha una **llacuna legal**.

6.2. Què són les fonts del dret?

D'on surt, on es troba, com es manifesta el dret en cada sistema jurídic concret? Fins ara hem parlat de les normes i els ordenaments jurídics des d'un punt de vista més aviat abstracte i general, però arriba un moment que l'estudi del fenomen jurídic s'ha de preguntar, si vol conèixer a fons un determinat ordenament jurídic, què és el que val com a dret dins d'aquest ordenament concret, on ha d'anar a cercar el dret i quines formes adopta. L'expressió *fonts del*

dret no designa, doncs, els òrgans dels quals sorgeixen les lleis –com el mot sembla suggerir–, sinó la forma en la qual es manifesten els continguts jurídics: en forma de **lleï**, de **costum**, de **principis jurídics**. Cada sistema jurídic té un determinat **sistema de fonts**.

No tots els ordenaments jurídics tenen la mateixa estructura de fonts. En general, podem agrupar els ordenaments jurídics occidentals en dues grans tradicions: per una banda, els sistemes jurídics de l'anomenat **dret continental** (d'arrels romanogermàniques), que tenen la llei com a font bàsica del dret; i, per una altra banda, els sistemes de **common law** (com el dret anglès i el nord-americà), que atorguen a les resolucions dels jutges i tribunals un lloc preeminent com a font de dret.

En societats altament complexes com les actuals, s'amplia extraordinàriament l'àmbit de matèries que necessiten ser regulades jurídicament. L'Estat ha d'intervenir de forma creixent sobre la realitat social. D'aquesta manera, els ordenaments jurídics esdevenen cada cop més elaborats i tecnificats, amb normes molt detallades i específiques. Per això la llei emergeix avui com la principal font del dret.

Exemple
El sistema de fonts de l'ordenament jurídic espanyol s'estableix en l'article 1.1 del Codi civil: la llei, el costum i els principis generals del dret. L'art. 1.2 i la disposició final 4a. de la Compilació del dret civil de Catalunya recullen també aquest mateix sistema de fonts.

Dret continental / common law
Els sistemes de dret continental, com l'espanyol, s'articulen bàsicament al voltant de les normes escrites –lleis, en sentit ampli– i això explica la importància que hi ha tingut la idea de codificació , mentre que en el <i>common law</i> la figura fonamental és la del precedent judicial , és a dir, la resolució judicial establerta prèviament per a casos semblants a la qual s'atorga un valor vinculant.

6.2.1. La llei

Quan el Codi civil es refereix a la llei com a font del dret –diferent d'altres fonts com el costum o els principis generals–, fa ús del terme *lleï* en un **sentit material** molt ampli, per a assenyalar de manera genèrica tot tipus de norma escrita dictada per qualsevol dels òrgans de l'Estat de conformitat amb el procediment legalment previst.

Ara bé, en un **sentit formal**, tècnicament més acurat i restringit, utilitzem el terme *lleï* exclusivament per a fer referència a aquella **norma que ha estat dictada pel Parlament**, òrgan de representació política dels ciutadans i seu del poder legislatiu de l'Estat. En aquest sentit tècnic restringit, les normes que no provenen del poder legislatiu, sinó que han estat dictades pels òrgans del poder executiu –el Govern i la resta d'òrgans de l'Administració–, no són qualificades de lleis i els reservem altres denominacions (*decret, reglament, ordre ministerial*, etc.); per tant, com veurem més endavant, tenen sempre un rang inferior a les lleis pròpiament dites.



La llei en sentit estricte es caracteritza pels dos trets següents: a) és una norma escrita –a diferència del costum jurídic– i b) és elaborada i aprovada per l'assemblea parlamentària de la comunitat jurídica; per tant, és expressió de la voluntat general.

A l'Estat espanyol, des de la promulgació de la Constitució del 1978, el poder polític s'exerceix de forma descentralitzada. Tant l'Estat central com les comunitats autònomes tenen potestat per a dictar lleis sobre aquelles matèries en què tenen competència.

Tant les lleis dictades per l'Estat com les dictades per les comunitats autònomes són vigents en l'àmbit de la seva competència i no hi ha una relació de jerarquia entre elles. La conseqüència obligada d'aquest principi de repartiment del poder polític és que de la mateixa manera que les comunitats autònomes no poden legislar sobre matèries que són competència de l'Estat central, aquest no ho pot fer sobre les matèries que són reservades a les comunitats autònomes.

Estat i comunitats autònomes

L'Estat i les comunitats autònomes exerceixen la potestat de dictar lleis per mitjà dels seus respectius òrgans legislatius: les Corts Generals (compostes pel Congrés dels Diputats i pel Senat) són l'òrgan de representació política del conjunt de ciutadans de l'Estat espanyol, mentre que les assemblees legislatives de les comunitats autònomes –en el cas de Catalunya, el Parlament– representen els ciutadans dels territoris respectius.

6.2.2. El costum

Històricament, el costum havia tingut un paper central com a font primordial –a vegades única– del dret i continua tenint encara una presència important en sistemes jurídics poc desenvolupats. Però, a mesura que el poder polític dels estats s'ha fet més gran, la funció del costum en el sistema de fonts ha passat a un segon pla, en part perquè molts dels costums jurídics van ser recollits ja en el seu moment en lleis escrites, i en part perquè el dinamisme de la societat exigeix respostes legislatives ràpides i clares que el costum jurídic, per les seves característiques pròpies, no pot aportar. Per això la llei s'ha convertit avui en la principal font de dret i el costum s'aplica només de manera supletòria, en els casos en què no existeix una norma legal que es pugui aplicar al cas.

El costum jurídic és una norma o regla de conducta que ha sorgit de la pràctica social i que és considerada obligatòria per la comunitat jurídica.

En aquesta definició, proposada pel professor Latorre (1996), es reflecteixen els trets característics del costum jurídic. Per una banda, té un **origen en la comunitat** ja que, igual com passa amb els usos i pràctiques socials, prové de la **repetició** i l'**acceptació** d'uns certs actes i conductes per part dels membres de la societat, però, per l'altra, a diferència dels usos socials, el costum jurídic es distingeix per la seva **obligatorietat**: en la comunitat hi ha una consciència que es tracta d'un comportament exigible amb caràcter general ("voluntat de validesa") i la seva inobservança comporta conseqüències jurídiques.

A diferència de la llei, que és una forma conscient, intencionada i expressa de creació del dret per part del poder polític, el costum és una forma espontània i tàcita de creació del dret per part de la societat.

Caràcter supletori del costum jurídic
Segons l'article 1.3 del Codi civil, el costum jurídic té un caràcter supletori : regeix només quan no existeix una llei directament aplicable al cas. A part d'això, s'exigeix que es demostrï que el costum existeix i és vigent com a tal en la comunitat jurídica.

6.2.3. Els principis generals de dret

L'últim esglaó en el sistema de fonts de l'ordenament jurídic espanyol és constituït pels principis generals del dret. Així ho estableix l'article 1.4 del Codi civil quan diu que "els principis generals del dret s'aplicaran a falta de llei o de costum, sense perjudici de llur caràcter informador de l'ordenament jurídic".

L'aplicació dels principis generals del dret permet trobar solució en els casos de llacunes legals, és a dir, quan ni la llei ni el costum jurídic han previst una regulació per al cas concret que es planteja. Però al mateix temps, atès el seu "caràcter informador de l'ordenament jurídic", contribueixen en tot moment a una interpretació de les normes que sigui congruent amb la totalitat del sistema.

Hi ha una discussió oberta entre els juristes sobre la naturalesa, l'abast i el contingut dels principis generals del dret. Des d'una perspectiva jusnaturalista (vegeu el mòdul "Què és el dret?"), s'identifiquen aquests principis amb uns principis de justícia universals i immutables que es deriven o bé de les lleis divines o bé de la naturalesa humana. En canvi, des del positivisme es considera que els principis generals del dret són els enunciats prescriptius que es poden extreure –com si fos per destil·lació– de l'anàlisi de l'ordenament jurídic vigent d'un país. Són com l'estructura conceptual bàsica sobre la qual es construeix tot el sistema jurídic. Els principis generals no són una cosa externa al sistema jurídic, sinó que són el fonament mateix de les normes.

El Tribunal Suprem, per mitjà de les seves jurisprudències, determina quins principis i màximes poden ser considerats "principis generals del dret" amb el caràcter normatiu que correspon a aquesta figura. Per tant, el criteri últim per a saber si ens trobem davant d'un d'aquests principis serà el fet que hagi estat reconegut pel Tribunal Suprem.

Exemple
"Ningú no pot anar contra els seus propis actes", "ningú no pot al·legar l'incompliment d'un pacte que ell mateix ha incomplert" o "ningú no pot ser condemnat sense ser escoltat", són principis generals reconeguts per la jurisprudència i que gaudeixen d'una llarga tradició que es remunta fins al dret romà.

6.3. Tipus de normes en l'ordenament jurídic espanyol. El valor de la Constitució

Hem vist que tot ordenament jurídic és un conjunt unitari i coherent de normes ordenades segons un principi de jerarquia. Ens podem imaginar que aquest conjunt forma una estructura piramidal, en el vèrtex de la qual hi ha – almenys en un règim constitucional com l'espanyol– la **Constitució**, que és la norma bàsica de tot l'ordenament jurídicopolític de l'Estat i de la qual van derivant tota la resta de normes.

En l'ordenament jurídic espanyol trobem, per ordre de jerarquia, els tipus següents de normes, que es diferencien entre elles tant per les matèries que regulen com pel poder del qual provenen i pel procediment que s'ha de seguir per a aprovar-les:

1) La Constitució. La Constitució té un doble vessant: polític i jurídic. D'una banda, des del punt de vista polític és el document mitjançant el qual els ciutadans es "constitueixen" en comunitat jurídicopolítica, es reconeixen mútuament un seguit de drets i llibertats fonamentals i acorden regular la seva convivència d'acord amb uns determinats principis i valors. Hem vist abans que, històricament, el moviment constitucionalista i el sorgiment dels estats constitucionals és la manifestació de la lluita per la garantia de les llibertats individuals enfront dels poders públics; però, d'altra banda, la Constitució és també –i per això precisament pot complir la funció política– una norma jurídica, la primera norma de tot l'ordenament i, com a tal, vincula tant els ciutadans com els poders públics.

El que atorga a la Constitució la seva posició de norma superior en el vèrtex del sistema jurídic és precisament el fet que és expressió directa de la voluntat unida de tots els ciutadans (el "poble"), en els quals resideix el **poder constituent**.

Aquesta posició de superioritat en l'ordenament i la seva condició de norma de normes es reflecteix també en el fet que la mateixa Constitució és la que regula les formes de producció de la resta de normes jurídiques, distribueix les competències per a la creació de cada tipus de disposició normativa, estableix els procediments d'elaboració i delimita, de conformitat amb el principi de divisió de poders, les funcions i la capacitat normativa dels diferents òrgans de l'Estat.

2) Els estatuts d'autonomia. Els estatuts d'autonomia són la **norma institucional bàsica de cada comunitat autònoma** (art. 147.1 de la Constitució). Tenen també –de manera similar a la Constitució– la doble condició de **document polític** i de **norma jurídica**. Com a document polític, tenen un caràcter constituent, en tant que són expressió de la voluntat dels ciutadans de la comunitat autònoma de constituir-se en autogovern. I, des del punt de vista normatiu, els estatuts d'autonomia són la norma superior de l'ordenament autonòmic, sotmesos només a la Constitució.

La Generalitat

La Generalitat és la institució en la qual s'organitza políticament l'autogovern de Catalunya (art. 1.2 de l'Estatut). Amb aquest terme es denomina el conjunt de poders que formen la comunitat autònoma. L'art. 29.1 de l'Estatut esmenta com a parts integrants de la Generalitat, el Parlament, el president i el Consell Executiu o Govern, però s'hi ha d'incloure també tota la resta d'institucions i òrgans propis de la comunitat autònoma (Consell Consultiu, Síndic de Greuges, Sindicatura de Comptes, etc.).

3) Lleis orgàniques. Són un tipus específic de lleis, de rang superior a les lleis ordinàries, mitjançant les quals es regulen les matèries bàsiques de l'Estat. Es caracteritzen perquè el seu procediment d'aprovació, modificació o derogació exigeix majoria absoluta del Congrés en una votació final sobre el conjunt del projecte. Entre les matèries que només es poden legislar mitjançant llei orgànica, l'article 81 de la Constitució esmenta el desenvolupament de drets fonamentals i llibertats públiques, l'aprovació dels estatuts d'autonomia, l'establiment del règim electoral general i totes les altres matèries per a les quals la Constitució prevegi expressament aquesta forma (per exemple, la regulació del Defensor del Poble, del Consell d'Estat, del Tribunal Constitucional, etc.).

4) Lleis ordinàries. Són totes les normes aprovades per les Corts Generals segons el procediment constitucionalment establert que regulen matèries no reservades a les lleis orgàniques. També són considerades lleis ordinàries, amb el mateix rang que les dictades per les Corts, les aprovades per les assemblees legislatives o parlaments de les comunitats autònomes en les matèries en què la Constitució i els seus respectius estatuts els

atribueixen competències. En l'apartat següent veurem el procediment que segueix la tramitació de les lleis ordinàries.

La Constitució com a llei fonamental de l'ordenament jurídic no és solament una declaració programàtica, sinó que posseeix una eficàcia directa i, per tant, els seus preceptes –com els de tota norma jurídica– poden ser al·legats directament davant dels tribunals. Els drets reconeguts constitucionalment són directament aplicables.

5) Decrets legislatius. Tot i que en principi el poder legislatiu és l'únic que té la potestat per a elaborar lleis, en determinades circumstàncies pot delegar aquesta potestat en el poder executiu, és a dir, en el Govern. L'article 82 de la Constitució, que preveu aquesta figura legal, estableix que aquesta delegació s'ha de fer sempre de forma expressa, per a una matèria concreta i fixant sempre el termini d'exercici.

El decret legislatiu és, doncs, una disposició que, malgrat que prové del poder executiu, té rang de llei. Per això s'anomena també *lleí delegada*.

Delegació legislativa

La tècnica de la delegació legislativa s'utilitza preferentment per a formar textos articulats o quan es tracta de refondre diversos textos legals en un de sol.

6) Decrets llei. El poder executiu (el Govern) pot recórrer a un altre tipus de norma per realitzar tasques legislatives. Es tracta de la figura del decret llei, prevista en l'article 86 de la Constitució. Igual que les lleis delegades, el decret llei és també una norma amb rang de llei que emana, excepcionalment, d'un òrgan (el Govern) que no té poder legislatiu. Però en aquest cas, la iniciativa no parteix del poder legislatiu –com en les lleis delegades–, sinó de l'executiu. Aquesta activitat legislativa del poder executiu es justifica només per raons d'urgència en aquells casos en què el poder legislatiu no pot donar resposta a la necessitat normativa per la via normal de tramitació de les lleis al Parlament. Cal destacar el caràcter excepcional d'aquesta mesura, ja que altrament es conculcarien principis bàsics de l'Estat de dret (vegeu l'apartat 2.1, "Els principis de l'Estat de dret"), com la separació de poders o el principi mateix de legalitat.

No totes les matèries poden ser objecte de regulació legal mitjançant la figura del decret llei: l'ordenament de les institucions bàsiques de l'Estat, els drets, deures i llibertats dels ciutadans, el règim de les comunitats autònomes i el règim electoral general en queden exclosos.

Decret llei

El decret llei té un caràcter provisional i ha de ser sotmès necessàriament a debat i a votació del Congrés, que, dins del termini dels trenta dies següents de la seva promulgació, el convalidarà o derogarà.

7) Disposicions administratives. Al marge de les normes amb rang de llei, l'ordenament jurídic conté també tot un seguit de disposicions que desenvolupen els continguts de les lleis. Són les anomenades *normes reglamentàries* –o, senzillament, *reglaments*– dictades pel poder executiu –sigui de l'Estat o de les comunitats autònomes– en virtut de la potestat reglamentària que li és pròpia i que li reconeix l'art. 96 de la Constitució.

La **potestat reglamentària** consisteix en la possibilitat que té el Govern de dictar normes per a desenvolupar, completar o aclarir el contingut –normalment més abstracte i general– de les lleis. Com assenyala el professor Ignacio de Otto (1987), l'existència d'una potestat normativa diferent de la del poder legislatiu s'explica fàcilment pel fet que el legislador no pot regular amb el detall que cal totes les matèries, de manera que moltes qüestions han de ser desenvolupades o completades per l'Administració, que té un coneixement més immediat de la matèria i disposa de més mitjans per a fer-ho.

- Segons l'òrgan del poder executiu que faci ús d'aquesta potestat, tindrem també diferents **tipus de normes reglamentàries**:
- **Reials decrets**: adopten aquesta forma les resolucions del Consell de Ministres. Les firma el rei, com a cap de l'Estat, i les legalitza el ministre que té la competència de la matèria.
 - **Decrets**: són dictats pels governs de les comunitats autònomes.
 - **Ordres**: són les resolucions de les comissions delegades del Govern o que afecten diferents departaments ministerials.
 - **Ordres ministerials**: resolucions dels ministres (o dels consellers autonòmics) que firma en cada cas el titular del ministeri corresponent (o del departament de la comunitat autònoma que correspongui).
 - **Altres disposicions (instruccions, circulars, etc.)**: provenen d'autoritats i òrgans jeràrquicament inferiors.

Exemple
Els reglaments són les disposicions normatives dictades pels òrgans del poder executiu en ús de les competències.

6.4. El procés legislatiu

Entenem per *procés legislatiu* tot el conjunt d'actes que són necessaris perquè una llei arribi a ser promulgada. El procediment d'elaboració de les lleis està previst en la mateixa Constitució i en els reglaments de les cambres (Congrés dels Diputats i Senat) i, en el cas de les comunitats autònomes, en el Reglament de la cambra legislativa corresponent. El procés es basa en el principi de la discussió pública i oberta, com la mateixa etimologia del mot *parlament* deixa entreveure.

El procediment de tramitació d'una llei –ens referim aquí, amb caràcter general, a les lleis ordinàries– comença amb el que s'anomena la **iniciativa legislativa**, que es manifesta mitjançant la presentació davant de la cambra d'un text que es vol convertir en llei.

Segons l'article 87.1 de la Constitució, la iniciativa legislativa correspon al Govern, al Congrés i al Senat. Si la iniciativa és del Govern, el text presentat s'ha d'haver aprovat prèviament en Consell de Ministres i s'anomena **projecte de llei**; mentre que si prové d'algun dels altres òrgans legítimats, es coneix amb el nom de **proposició de llei**. La iniciativa pot provenir també de les assemblees parlamentàries de les comunitats autònomes i fins i tot directament dels ciutadans. En aquest cas s'anomena *iniciativa popular* i calen un mínim de 500.000 firmes per a tirar-la endavant.

Un cop ha estat presentat el projecte o la proposició de llei, s'inicia tota una llarga tramitació parlamentària: primer, s'obre un període per a la **presentació d'esmenes** –que poden fer referència a la totalitat del projecte o només a una part de l'articulat– per part dels diferents grups parlamentaris; després d'aquest tràmit, el projecte passa a la **Comissió** corresponent, segons la matèria que es vol regular. Aquesta comissió nomena una ponència, o grup de diputats que s'encarregarà de redactar un informe global sobre el projecte i les esmenes presentades, que serà sotmès a la consideració de la Comissió, la qual establirà el text definitiu de la proposta de llei, anomenat **dictamen de la ponència**. Sobre aquest text es produirà el debat i la votació definitiva del **Ple del Congrés dels Diputats**, constituït per tots els diputats de la cambra.

Un cop aprovat pel Congrés dels Diputats, el text s'envia al Senat, que el sotmetrà a una nova votació (art. 90 de la Constitució). Un cop el projecte ha estat aprovat pel Congrés i pel Senat, s'acaba el procediment de tramitació i la llei és sancionada i promulgada pel rei.

La tramitació de les lleis del Parlament de Catalunya segueix un procediment semblant i, atès que es tracta d'una assemblea unicameral, culmina amb l'aprovació definitiva del Ple del Parlament. Les lleis del Parlament català són promulgades pel president de la Generalitat en nom del rei.

Segons el que disposa l'art. 2.1 del Codi civil, les lleis entren en vigor als vint dies de la seva publicació en el *Diari Oficial*, llevat que es disposi una altra cosa. Aquest període, que s'anomena de ***vacatio legis***, té com a finalitat que els ciutadans puguin tenir coneixement del contingut de la llei abans que entri en vigor.

Un cop ha entrat en vigor, la llei té "força d'obligar" i vincula d'una manera general tots els ciutadans, tant si coneixen el contingut de la norma com si no el coneixen. Aquest **principi de presumpció de coneixement** ("La ignorància de les lleis no excusa de complir-les", art. 6.1 del Codi civil) fa de l'efectivitat de la llei una cosa objectiva, independent, per tant, de situacions individuals i subjectives de coneixement més o menys gran de la norma. Es tracta d'un principi absolutament necessari per a garantir la seguretat jurídica i la certesa del dret, i per a permetre així que les lleis puguin assolir realment les finalitats per a les quals han estat promulgades.

L'estructura de la llei

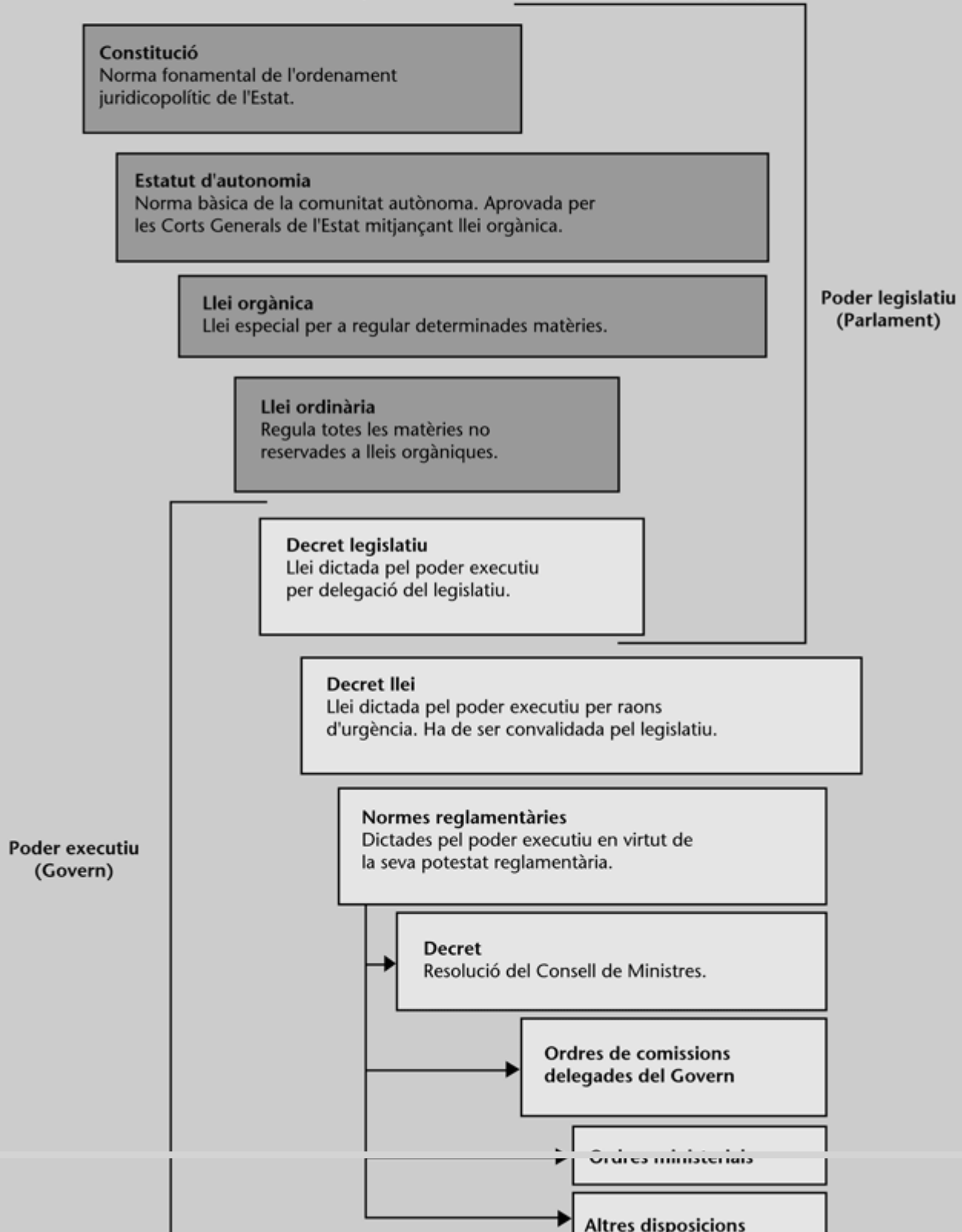
Com a text escrit, tota llei té una estructura formal similar, composta de tres parts: un **preàmbul** o **exposició de motius**, on es justifica la conveniència i la necessitat de la llei, se la situa en el context normatiu i es declara la finalitat que té; l'**articulat** o **part dispositiva**, que conté el conjunt de normes relatives a la matèria que es regula, i una última part amb un seguit de **disposicions addicionals, transitòries, finals i derogatòries** que regulen aspectes suplementaris o organitzatius, com l'entrada en vigor, regles d'aplicació transitòria, derogacions de normes anteriors, etc.

Classificació de les normes

D'acord amb el seu contingut



L'escala normativa: tipus de normes en l'ordenament jurídic espanyol



La publicitat de les lleis

Les lleis han de ser publicades per al seu coneixement i aplicació general. Aquest és un requisit fonamental perquè la llei pugui ser plenament efectiva. Les lleis estatals es publiquen únicament en el **Boletín Oficial del Estado**, mentre que les lleis del Parlament català es publiquen en el **Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya** i també en el *Boletín Oficial del Estado* en versió castellana.

7. L'aplicació del dret

7.1. Aplicació pacífica i aplicació coactiva

En les primeres pàgines d'aquests materials hem vist que el fenomen jurídic és omnipresent en la nostra realitat quotidiana. Sempre realitzem actes que tenen un rerefons o un contingut jurídic i, en siguem conscients o no, contínuament complim normes, respectem prohibicions o fem ús d'instruments jurídics: no agredim ni robem els altres, circulem per la dreta, no passem els semàfors en vermell, paguem les mercaderies que comprem, tornem els préstecs, fem testaments... En definitiva, ens comportem d'acord amb allò que és previst en les lleis i d'aquesta manera contribuïm a l'**aplicació pacífica del dret**. Aquest ús i aquesta acceptació generalitzada de les normes jurídiques té a veure amb la necessària ressonància que hi ha d'haver entre el dret i la seva realitat social –i viceversa–, ressonància que és l'aspiració última de tot sistema jurídic.

Tanmateix, no adquirim consciència que la finalitat última de les normes és la de no ser aplicades fins que no sorgeix un conflicte o es veu frustrada l'expectativa que la norma assegura, és a dir, fins al moment que, per alguna raó, la norma deixa de ser respectada. És aleshores quan es fa palesa la imperativitat del dret, el caràcter prescriptiu de les normes jurídiques: les normes s'han de complir.

Els sistemes jurídics es caracteritzen precisament, com hem vist més amunt, per la capacitat de forçar aquest compliment de les normes en cas necessari: el respecte al dret està garantit pel poder de l'Estat, que disposa d'òrgans específics (**jutges i tribunals de justícia**) investits de la potestat jurisdiccional, és a dir, del poder per a exigir el compliment de les normes jurídiques. Quan l'aplicació de les normes s'obté per aquesta via parlem d'**aplicació coactiva del dret**.

Vigència social del dret

La vigència social del dret és determinada pel grau de reconeixement i d'aplicació pacífica que el conjunt de l'ordenament jurídic té entre els seus destinataris.

7.2. Què fan els jutges?

Tècnicament s'anomena **jurisdicció** –del llatí *iurisdictio*, declaració del dret– la funció d'aplicar les normes jurídiques als casos concrets, jutjant i fent complir el que s'ha jutjat.

Els jutges i tribunals són els òrgans de l'Estat que exerceixen aquesta **funció jurisdiccional** i per això els denominem **òrgans jurisdiccional**s.

A l'Estat espanyol hi ha diferents classes de jutjats i tribunals. Els jutjats són òrgans judicials **unipersonals**, és a dir, que el seu titular és un sol jutge (jutjats de pau, jutjats de primera instància i instrucció, jutjats de menors, etc.). Els **tribunals**, en canvi, són **òrgans col·legiats**, constituïts per diferents jutges (audiències provincials, tribunals superiors de justícia de les comunitats autònomes, l'Audiència Nacional i el Tribunal Suprem, que és l'òrgan jurisdiccional superior).

A l'hora de resoldre un cas concret, l'activitat del jutge, com en general la de tot jurista pràctic, té dos aspectes directament interrelacionats.

a) Per una banda, ha d'**identificar la norma** o normes jurídiques aplicables al cas que se li planteja. Per això és imprescindible que tingui un coneixement profund de tota la realitat jurídica (l'ordenament, els principis informadors, la tradició jurídica, les decisions prèvies dels tribunals, etc.) i, simultàniament, ha d'estar ben informat dels fets i les circumstàncies del cas.

b) Per una altra banda, però atès el caràcter general i abstracte de les normes jurídiques, el jutge es veu obligat a **interpretar** contínuament les lleis, és a dir, a determinar-ne el significat exacte. Aquesta tasca d'interpretació és imprescindible, tant per a decidir quina de les normes que poden resoldre el cas haurà d'aplicar com, un cop determinada aquesta norma, per a concretar-ne l'abast i el contingut.

Les activitats d'interpretació i identificació de la norma són inseparables l'una de l'altra: el seu joc combinat és el que permetrà al jutge adoptar una decisió final de compliment obligat –que té sempre un caràcter interpretatiu– en la qual s'identifica la norma aplicable i s'estableixen les conseqüències jurídiques derivades de la seva aplicació al cas concret.

El Tribunal Constitucional
El Tribunal Constitucional no forma part de la jurisdicció ordinària. Segons l'art. 161 de la Constitució, és competent per a resoldre els recursos d'inconstitucionalitat contra les lleis, els recursos d'empara que puguin interposar els ciutadans quan consideren que alguna actuació pública vulnera els seus drets i llibertats i els conflictes de competències (entre l'Estat i les comunitats autònomes o entre les mateixes comunitats autònomes).



Edifici del Tribunal Constitucional

Per a portar a terme aquestes activitats, els jutges disposen de mètodes i tècniques específics. Una d'aquestes tècniques –el mètode de la **subsumció**– ha ocupat tradicionalment el lloc central en la tasca d'aplicació del dret.

La subsumció
La subsumció és l'activitat lògica que consisteix a considerar un cas determinat com l'aplicació concreta d'una llei o una regla de caràcter general.

Tanmateix, és habitual que en l'exercici de la seva activitat els jutges hagin d'afrontar principalment dos tipus de problemes: d'una banda, que la realitat resulta sovint molt més rica i complexa del que les lleis han previst; i de l'altra, que els jutges troben situacions en què o bé no hi ha cap norma que s'adeqüi directament al cas (**llacuna de llei**) o bé n'hi ha diverses, fins i tot contradictòries, que es poden aplicar (**concurrència o conflicte de normes**).

Normes jurídiques
Les normes jurídiques són construccions lingüístiques. Les normes es formulen mitjançant el llenguatge, la força significativa del qual és oberta i molt sovint indeterminada. Per això la tasca interpretativa del jutge comença ja en l'acte de fixar el significat exacte de la norma; només així podrà determinar-ne l'abast i el contingut.

Una tercera circumstància –que ens remet igualment a la necessitat permanent d'**interpretació de les normes**– és deguda al fet que moltes normes jurídiques tenen una llarga vida, de dècades o fins i tot segles (pensem només en moltes de les institucions del dret civil català o en el Codi civil espanyol mateix, que ja té més d'un segle). Això fa molt probable que la realitat social del moment en què les normes s'apliquen sigui molt diferent de la del moment en què es van promulgar, la qual cosa demana dels jutges una elevada sensibilitat per a trobar solucions jurídiques que siguin congruents amb les exigències socials i culturals actuals.

La interpretació dinàmica de les normes és reconeguda com a necessària pel mateix Codi civil, que en l'art. 3.1 estableix que "les normes s'interpretaran segons el sentit propi de les seves paraules, en relació amb el context, els antecedents històrics i legislatius, i la realitat social del temps en què han de ser aplicades , atesos fonamentalment l'esperit i la finalitat d'aquelles".
--

7.3. Criteris d'interpretació de les normes

Tota cultura jurídica té uns criteris i unes regles d'interpretació acceptades per la comunitat jurídica que són les que guien el procés interpretatiu. A vegades aquests criteris estan directament reconeguts i establerts en normes concretes, com passa en l'ordenament jurídic espanyol que, com acabem de veure, recull en l'art. 3.1 del Codi civil els criteris d'interpretació bàsics del nostre sistema. De l'anàlisi d'aquest precepte es poden desprendre els criteris següents:

- 1) Criteri gramatical:** en tant que construcció lingüística, la primera aproximació a la norma serà d'acord amb el sentit propi de les paraules que conté. És el que s'anomena interpretació *literal*: es tracta de veure l'ús que normalment tenen els mots i les expressions utilitzades en la norma, dins de la comunitat lingüística.
- 2) Criteri contextual o sistemàtic:** atès que les normes, com hem vist anteriorment, només adquireixen el sentit ple en el marc de tot l'ordenament jurídic, caldrà "situar" el seu contingut dins de tot l'entramat normatiu per a determinar així quina interpretació resulta més coherent amb la resta del sistema jurídic o amb la institució concreta en què la norma s'enquadra.

3) Criteri històric: ja en el mòdul "Què és el dret?" ens hem referit al caràcter històric del fenomen jurídic. Tota norma acostuma a ser el resultat d'un llarg procés: lluites socials, debats ideològics i jurídics, regulacions prèvies, etc. Conèixer aquests antecedents pot ajudar el jutge a entendre millor els motius pels quals la norma es va dictar i a fixar amb més precisió el seu sentit, però tenint sempre present el caràcter canviant de la realitat social.

4) Criteri sociològic: efectivament, ja hem vist que el Codi civil estableix, després del criteri històric, la regla que qui interpreta i aplica el dret no ha de perdre de vista la realitat social en què es mou i ha de procurar que la seva interpretació de la norma sigui prou compatible amb les exigències socials, culturals i econòmiques del moment.

5) Criteri intencional o teleològic: l'intendent haurà de cercar i tenir present en tot moment (el Codi diu: "fonamentalment") quina era la intenció o finalitat (*telos*) del legislador en establir la norma o quin és "l'esperit de la llei". Tanmateix, resulta clar que per a fer efectiu aquest criteri ens hem de remetre precisament al text de la norma (tot i que a vegades ens poden ser útils, a títol d'orientació, altres elements com els textos dels debats parlamentaris i altres treballs preparatoris de la norma). Malgrat la importància central d'aquest criteri –ja que les lleis existeixen precisament per a assolir una finalitat determinada–, la interpretació més correcta s'obtindrà sempre de combinar-lo amb la resta de criteris.

Tècniques dels juristes

Els juristes, al marge de seguir els criteris d'interpretació previstos en l'ordenament, utilitzen també altres tècniques lògiques, **màximes** i **arguments** que tenen una llarga tradició (molts ja provenen de la retòrica clàssica). En citarem alguns a tall d'exemple: arguments **a contrari** (si un text afirma categòricament una cosa, podem concloure que també nega la contrària), de **reducció a l'absurd** (s'ha de rebutjar tota interpretació que condueixi a conclusions absurdes o contradictòries), **a fortiori** (si es prohibeix expressament el menys, amb més raó es prohibirà el més), etc.

Al marge d'aquests criteris per a determinar en cada moment el sentit més adequat de la norma, el jutge també disposa de la facultat de modular la seva decisió d'acord amb les característiques pròpies del cas, a fi d'evitar que una aplicació massa rigorosa de la norma condueixi a resolucions injustes. Aquesta és la funció de **l'equitat**, reconeguda expressament en l'art. 3.2 del Codi civil com una mesura de ponderació. La idea de l'equitat ens fa present que la finalitat última del dret és la realització de la justícia.

Equitat
La idea d'equitat remet a les de proporcionalitat, mesura i equilibri a l'hora de judicar un cas concret.

7.4. Els casos difícils: conflicte de normes i llacunes legals

Hem vist anteriorment que tot ordenament jurídic té una aspiració d'unitat, de coherència i de plenitud. Aquesta assumpció és necessària a fi de poder donar compliment a l'exigència que tenen els jutges de resoldre, amb els mitjans disponibles en l'ordenament, tots els casos que se'ls plantegin, exigència que es deriva del principi de seguretat jurídica, un dels pilars bàsics de tot ordenament jurídic modern.

"Els jutges i tribunals tenen el deure inexcusable de resoldre en tot cas els assumptes que coneguin, atenint-se al sistema de fonts establert."

(art. 1.7 del Codi civil)

També sabem, això no obstant, que aquestes aspiracions a vegades no es veuen satisfetes. Els sistemes jurídics són entramats normatius molt complexos i no és inusual trobar-hi normes contradictòries (**antinòmies**); o, a l'altre extrem, atesa la riquesa i el dinamisme de les relacions socials i el caràcter finit dels ordenaments –malgrat aquella complexitat–, tampoc no es estrany trobar situacions de ret que no han estat previstes pel legislador (**llacunes**

legals). És en aquests casos que l'activitat interpretativa del jutge, obligat a resoldre, resulta més destacada i –no cal dir-ho– creativa.

A part dels criteris generals d'interpretació exposats, el mateix sistema jurídic aporta mecanismes que faciliten la resolució de cadascun d'aquests casos.

7.4.1. La resolució dels conflictes normatius

Quan es produeixen antinòmies o conflictes de normes, la tasca de cercar i determinar la norma aplicable –prèvia sempre a la resolució del cas– és facilitada per mitjà de determinades regles o criteris que conté el sistema jurídic mateix:

1) El criteri jeràrquic: en cas de conflicte de normes prevaldrà sempre la norma de rang superior sobre la inferior (per exemple, la Constitució preval sobre una llei, o una llei sobre un decret, etc.), de conformitat amb el sistema que ordena totes les normes de l'ordenament jurídic, tal com hem vist en l'apartat 3.3 anterior.

2) El criteri cronològic: en cas de produir-se una antinòmia s'aplicarà la norma més recent, segons el principi que estableix que "la llei posterior deroga l'anterior".

La derogació

L'art. 2.2 del Codi civil estableix que "les lleis només són derogades per altres de posteriors. La derogació tindrà l'abast que expressament es disposi i s'estendrà sempre a tot allò que en la llei nova, sobre la mateixa matèria, sigui incompatible amb l'anterior". D'aquesta disposició ja es desprèn que la **derogació** –supressió d'una norma fins aleshores vigent– pot ser **expressa** –la nova llei fa esment de la derogació de les anteriors– o **tàcita** –pel simple fet de la incompatibilitat de la nova normativa amb l'anterior.

3) El criteri d'especialitat: entre dues normes que regulen la mateixa matèria, prevaldrà sempre la norma especial sobre la norma general.

4) El criteri de competència: atès que, en el sistema politicojurídic espanyol, tant l'Estat com les comunitats autònomes tenen capacitat per a dictar normes amb rang de llei sobre les matèries en què tenen competència, augmenta la possibilitat que es produeixin conflictes normatius. Aquests conflictes no es poden resoldre pel criteri de jerarquia, ja que tant les lleis estatals com les autonòmiques es troben en un mateix pla. El criteri que caldrà aplicar serà, doncs, el de la competència: la prevalença d'una norma sobre l'altra dependrà del repartiment de competències sobre la matèria en qüestió, en virtut del que disposa el títol VIII de la Constitució i l'Estatut d'autonomia respectiu.

Amb l'aplicació d'aquests criteris, es mira d'excloure una norma enfront d'una altra que també és candidata a regular el cas. Sovint, però, aquests criteris no ens ajuden a superar l'antinòmia (ja que comprovem que les normes són totes vigents, es troben en el mateix ordre jeràrquic, etc.). El jurista es veu obligat llavors a afinar el seu aparell interpretatiu per tal de trobar una relectura de les normes que eviti la contradicció que, segons la interpretació tradicional, d'entrada es produeix. Es tracta de cercar una reinterpretació que faciliti l'harmonització de les normes en conflicte i permeti resoldre el cas sense caure en contradiccions. Com destaca el professor Calvo García (1992), aquest tipus d'**interpretació harmonitzadora** contribueix a "optimitzar", racionalitzar i perfeccionar el sistema jurídic; de manera que es pot dir que són els casos difícils els que fan avançar el dret.

7.4.2. Les llacunes legals. L'analogia

Pel que fa als supòsits en què manca una norma directament aplicable al cas concret en l'ordenament jurídic, l'activitat del jutge es dirigirà, primer, a investigar si les fonts supletòries –en el nostre ordenament, com hem vist, el costum i els principis generals del dret– contenen elements que permetin resoldre l'assumpte plantejat.

Si per aquesta via tampoc no és possible trobar un criteri normatiu per a donar resposta al cas, el jutge pot recórrer al mètode anomenat de l'**analogia** o d'**interpretació analògica**.

L'analogia consisteix a fer extensiva al cas no regulat la solució normativa que l'ordenament jurídic preveu per a un altre cas, sobre la base d'alguna propietat que tinguin en comú els dos casos.

És, doncs, la **similitud** entre el cas regulat i el cas no regulat el que permet efectuar l'aplicació analògica. Com assenyalava el professor Latorre, la dificultat del mètode es troba, primer de tot, en el fet d'apreciar i determinar aquesta similitud o semblança entre el cas que s'ha de resoldre i els previstos en l'ordenament. En el fons aquest mètode atorga al jutge una àmplia discrecionalitat i posa en evidència un cop més que l'activitat jurisdiccional té un component creatiu que l'allunya molt d'aquella concepció clàssica –que es remunta a Montesquieu– segons la qual el jutge seria només "la boca de la llei".

L'analogia

L'analogia com a mètode per a omplir les llacunes del dret és reconeguda expressament en l'art. 4.1 del Codi civil quan diu que: "Serà procedent l'aplicació analògica de les normes quan aquestes no considerin un supòsit específic, però en regulin un altre de semblant entre els quals es consideri que hi ha identitat de raó".

7.5. El valor de la jurisprudència

En un sentit ampli, entenem per *jurisprudència* el conjunt de criteris i opinions –la "doctrina", en el llenguatge dels juristes– establerts pels tribunals en les seves sentències. Ja hem comentat que el valor que s'atorga a la jurisprudència en les diferents tradicions jurídiques és diferent: així com en els sistemes de *common law* la jurisprudència –per mitjà de la institució del precedent judicial– és una font primària de dret, en els sistemes de dret continental –com l'espanyol– constitueix només una eina d'interpretació més.

Les sentències

Les sentències consten de diverses parts: l'**encapçalament** –amb les característiques personals dels qui compareixen davant del tribunal i altra informació processal–, els **antecedents de fet** o fets provats –fets que han donat lloc al plantejament de la qüestió–, els **fonaments de dret** –normes vigents aplicables, interpretació i arguments de la decisió– i la part dispositiva o **resolució final**, en la qual es manifesta la decisió final del jutge o tribunal i s'obliga, es prohibeix o es permet fer alguna cosa.

Segons l'art. 1.6 del Codi civil, "la jurisprudència complementarà l'ordenament jurídic amb la doctrina que, d'una manera reiterada, estableixi el Tribunal Suprem en interpretar i aplicar la llei, el costum i els principis generals del dret".

La majoria d'autors consideren avui que, tot i que la jurisprudència –resultat de l'aplicació reiterada de les normes– no es considera font del dret en l'ordenament jurídic espanyol, el seu pes resulta cada cop més decisiu en el sistema, sobretot tenint en compte que és possible recórrer contra sentències de tribunals inferiors davant el Tribunal Suprem no tan sols perquè infringeixin la llei, sinó fins i tot quan es consideri que han vulnerat la jurisprudència del Tribunal Suprem.

Sigui com sigui, i al marge d'aquesta discussió, la jurisprudència contribueix a incrementar el grau d'uniformitat en la interpretació de les lleis i va perfeccionant progressivament l'ordenament jurídic. D'aquesta manera és possible establir amb més precisió el contingut de les normes i preveure amb més facilitat quina serà la decisió dels tribunals davant d'un cas concret, i augmenta així la seguretat jurídica.

Resum

El **fenomen jurídic**

- Presència permanent del dret en la vida quotidiana
- El dret és un sistema normatiu

Els diferents **sistemes normatius** reguladors de la **vida social**

Funcions

- Faciliten la coordinació social
- Eviten i regulen conflictes

Tipus

- Normes morals
- Usos i convencions socials
- Dret

Criteris de distinció entre la **moral** i el **dret**

- La coercibilitat
- Els aspectes intern i extern
- Autonomia i heteronomia

Criteri de distinció entre el **dret** i les **convencions socials**

- Institucionalització o no de la sanció

El **dret**: primeres **notes distintives**

- Fenomen social
- Fenomen històric
- Caràcter normatiu
- Coercibilitat

Dret i drets

- Dret objectiu: conjunt de normes jurídiques vigents
- Drets subjectius: facultats que les normes vigents ens atorguen

L'especificitat del dret: coercibilitat, seguretat i certesa jurídiques

- Previsibilitat del dret
- La seguretat jurídica
- Característiques de les normes jurídiques
 - Formalització
 - Pretensió de permanència en el temps

- Observança garantida per l'Estat

La idea de justícia

- Tots tenim un "sentit" intuïtiu d'allò que és just o injust
- La justícia només es predica d'accions humanes
- La idea de justícia inclou més que la idea de dret
 - Justícia → teoria moral
 - Dret → teoria del dret

Justícia formal i justícia material

- Justícia formal: la justícia com a resultat de l'aplicació dels principis d'igualtat i proporcionalitat
- Falta de consens sobre els continguts materials de la justícia
- Fórmules de justícia

Els valors jurídics

- Concepte de valor
- Diferenciació valors/normes
- Els valors jurídics:
 - Informen i fonamenten el sistema jurídic
 - Troben un reflex en les normes jurídiques concretes
- Els valors en l'ordenament jurídic espanyol: llibertat, justícia, igualtat, pluralisme polític, solidaritat, seguretat
- La justícia: un valor totalitzador de la resta de valors

Drets humans i drets fonamentals

- Dimensió històrica dels drets fonamentals
- Concepte de drets
 - Drets humans: expressió d'exigències morals
 - Drets fonamentals: els drets positivats
- Tipus de drets fonamentals
 - Civils
 - De participació política
 - Socials, econòmics i culturals

Poder polític i dret

- Sobirania
 - Concepte
 - Sobirania interna
 - Sobirania externa
 - Formulacions de la sobirania: de les teories teocràtiques a la sobirania popular
- Legitimitat
 - La legitimitat del dret: el seu vincle amb la legitimitat democràtica del poder polític

Què és l'Estat de dret?

- Definició
-

- Principis de l'Estat de dret
 - Imperi de la llei
 - Divisió de poders
 - Legalitat i control de l'actuació administrativa
 - Garantia dels drets i llibertats fonamentals
- L'evolució de l'Estat de dret
 - L'Estat absolutista
 - L'Estat liberal
 - L'Estat democràtic
 - L'Estat social i democràtic de dret

La gènesi del dret

- Norma jurídica i ordenament jurídic
 - Classes de normes
 - Normes primàries
 - Normes secundàries
- Estructura de la norma: supòsit de fet i conseqüència jurídica
- L'ordenament jurídic

Caràcters:

 - unitat
 - coherència
 - plenitud
- Fonts del dret
 - La llei
 - El costum
 - Els principis generals del dret
- Tipus de normes en l'ordenament jurídic espanyol (vegeu quadre annex)

L'aplicació del dret

- Conceptes d'aplicació
 - Vigència social del dret
 - El paper dels jutges: funció jurisdiccional i òrgans jurisdiccionals
 - El mètode de la subsumció i els seus problemes
 - Criteris d'interpretació de les normes:
 - gramatical
 - contextual o sistemàtic
 - històric
 - sociològic
 - intencional o teològic
 - la idea d'equitat
 - Els conflictes de normes i criteris de resolució:
 - jeràrquic
 - cronològic
 - d'especialitat
 - de competència
 - Les llacunes legals i el paper de l'analogia
-
- El valor de la jurisprudència

Exercicis d'autoavaluació

Digueu quina és l'opció correcta per a cada cas. **1.** Els sistemes normatius...

- a)** els fan complir els jutges.
- b)** contribueixen a coordinar les accions humanes.
- c)** els imposa tots l'Estat.
- d)** Cap de les respostes anteriors.

2. La norma de dir sempre la veritat...

- a)** té un contingut jurídic.
- b)** té un contingut moral.
- c)** té un contingut moral i jurídic.
- d)** Cap de les respostes anteriors.

3. Les normes morals...

- a)** regulen exclusivament conductes externes.
- b)** regulen exclusivament conductes internes.
- c)** són autònomes.
- d)** Cap de les respostes anteriors.

4. El dret...

- a)** té una dimensió històrica.
- b)** té una dimensió normativa.
- c)** té força coercitiva.
- d)** Totes les respostes anteriors.

5. La concepció funcionalista del dret...

- a)** utilitza mètodes valoratius i adopta un punt de vista extern.
- b)** adopta un punt de vista intern al dret.
- c)** utilitza mètodes descriptius.
- d)** Cap de les respostes anteriors.

6. La ciència del dret...

- a)** analitza les normes i els ordenaments jurídics vigents.
- b)** estudia la relació del dret amb la societat.
- c)** adopta una perspectiva valorativa.
- d)** Cap de les respostes anteriors.

7. L'article 22 de la Constitució espanyola, que reconeix el dret d'associació,...

- a)** és un norma de dret positiu.

- b)** forma part del dret objectiu.
- c)** atorga drets subjectius.
- d)** Totes les respostes anteriors.

8. Els drets subjectius...

- a)** només es poden adquirir per contracte.
- b)** són només aquells reconeguts expressament en la Constitució.
- c)** faculten el seu titular a exigir dels altres determinades conductes.
- d)** Cap de les respostes anteriors.

9. Els jusnaturalistes...

- a)** només consideren vàlides les normes que respecten uns determinats principis de justícia universals i immutables.
- b)** mantenen que el dret s'hauria d'imposar naturalment, sense coacció.
- c)** creuen que totes les normes jurídiques són simples convencions.
- d)** Totes les respostes anteriors.

10. El positivisme jurídic...

- a)** defensa la necessitat d'integrar el dret positiu amb el dret natural.
- b)** considera que la validesa de les normes jurídiques no depèn de continguts valoratius, morals o de justícia.
- c)** no valora moralment el dret.
- d)** Cap de les respostes anteriors.

11. Entenem per *seguretat jurídica*...

- a)** la protecció de la nostra integritat física que ens proporciona l'Estat, per mitjà de les lleis.
- b)** el fet que tota acció humana sigui regulada pel dret.
- c)** la possibilitat que ens atorguen les normes jurídiques de preveure la conducta humana i les seves conseqüències.
- d)** el fet que les normes jurídiques sempre es compleixin.

12. Si algú afirmés "La justícia consisteix a tractar igual tots els éssers que pertanyin a la mateixa categoria", ens trobaríem davant...

- a)** un criteri material de justícia.
- b)** un criteri a la vegada material i formal.
- c)** un criteri purament formal.
- d)** Cap de les respostes anteriors.

13. Els drets fonamentals reconeguts en la Constitució...

- a)** són elements essencials de l'ordenament jurídic i a la vegada tenen la condició de drets subjectius.
- b)** no es poden considerar drets subjectius, malgrat que són elements essencials de l'ordenament jurídic.
- c)** representen només uns valors jurídics, però no es poden considerar normes autèntiques.
- d)** no poden ser tinguts en compte pels tribunals si prèviament no es concreten mitjançant lleis ordinàries.

14. L'article 45.1 de la Constitució, quan estableix que "tothom té dret a disposar d'un medi ambient adequat per al desenvolupament de la persona, i el deure de conservar-lo", reconeix...

- a)** una llibertat pública.
- b)** un dret social
- c)** un dret polític.
- d)** un dret civil.

15. L'article 23.1 de la Constitució ("Els ciutadans tenen el dret de participar en els afers públics, directament o per mitjà de representants lliurement elegits en eleccions periòdiques per sufragi universal") estableix un dret fonamental de tipus...

- a)** civil.
- b)** polític.
- c)** social.
- d)** cultural.

16. El principi de sobirania popular...

- a)** significa que l'Estat concentra tot el poder polític.
- b)** expressa l'obligació de l'Estat de vetllar pel benestar de tots els ciutadans.
- c)** significa que l'origen del poder polític està en l'acord lliure i voluntari de tots els ciutadans units.
- d)** vol dir que totes les lleis provenen de l'Estat.

17. El principi de legalitat ("imperi de la llei")...

- a)** expressa el fet que les lleis s'han de complir.
- b)** significa que el poder de l'Estat està sotmès a les lleis.
- c)** implica que no és possible governar sense les lleis.
- d)** ha de ser respectat en tot moment pels òrgans de l'administració pública.

18. La divisió de poders...

- a)** és un principi fonamental de l'Estat de dret.
- b)** és una característica pròpia de l'Estat absolutista.
- c)** té com a finalitat conferir els poders de l'Estat (dictar lleis, administrar i jutjar) a òrgans diferents i mútuament independents.
- d)** va ser teoritzada pel pensador polític francès Montesquieu.

19. El model d'Estat social i democràtic de dret...

- a)** és reconegut en la Constitució espanyola.
- b)** defensa la no-intervenció de l'Estat en l'economia.
- c)** té com un dels objectius assegurar una mínima redistribució de la riquesa i les oportunitats socials entre tots els ciutadans.
- d)** es resumeix en la coneguda màxima "laissez faire, laissez passer".

20. La norma del Codi civil que estableix l'obligació del comprador d'una cosa de pagar-ne el preu...

- a)** és una norma potestativa.
- b)** és una norma imperativa.
- c)** és una norma primària.
- d)** és una norma secundària.

21. La unitat de l'ordenament jurídic...

- a)** s'aconsegueix quan no hi ha contradiccions en el sistema legal.
- b)** es vol assolir per mitjà d'una estructura jeràrquica entre totes les normes.
- c)** evita les llacunes legals.
- d)** expressa el fet que en tot el territori de l'Estat regeixen les mateixes lleis.

22. Una antinòmia jurídica...

- a)** es produeix quan en l'ordenament hi ha dues o més normes que preveuen conseqüències jurídiques diferents pel mateix fet.
- b)** posa en perill la coherència de l'ordenament.
- c)** a vegades es pot resoldre fent una interpretació harmonitzadora de l'ordenament.
- d)** posa en perill la plenitud de l'ordenament.

23. En l'ordenament jurídic espanyol, la jurisprudència...

- a)** és font del dret.
- b)** no és font del dret.
- c)** complementa les fonts del dret, sempre que hagi estat establerta pel Tribunal Suprem.
- d)** consisteix en una interpretació equitativa de la llei.

24. Les lleis orgàniques...

- a)** s'han d'aprovar per majoria absoluta del Congrés.
- b)** regulen institucions bàsiques de l'Estat.
- c)** tenen el mateix rang jeràrquic que les lleis ordinàries.
- d)** les aproven els parlaments de les comunitats autònomes.

25. L'equitat...

- a)** és un criteri d'interpretació del dret.
- b)** expressa la idea de ponderació i mesura en l'aplicació del dret.
- c)** l'aplica el jutge per a omplir llacunes legals.
- d)** expressa la idea que la llei és igual per a tothom.

Solucionari

- 1.** a) Incorrecte.
b) Correcte.
c) Incorrecte.
d) Incorrecte.

- 2.** a) Incorrecte.
b) Correcte.
c) Incorrecte.
d) Incorrecte.

- 3.** a) Incorrecte.
b) Incorrecte.
c) Correcte.
d) Incorrecte.

- 4.** a) Incorrecte.
b) Incorrecte.
c) Incorrecte.
d) Correcte.

-
- 5.** a) Incorrecte.
b) Incorrecte.

- c) Correcte.
- d) Incorrecte.

- 6.** a) Correcte.
b) Incorrecte.
c) Incorrecte.
d) Incorrecte.

- 7.** a) Incorrecte.
b) Incorrecte.
c) Incorrecte.
d) Correcte.

- 8.** a) Incorrecte.
b) Incorrecte.
c) Correcte.
d) Incorrecte.

- 9.** a) Correcte.
b) Incorrecte.
c) Incorrecte.
d) Incorrecte.

- 10.** a) Incorrecte.
b) Correcte.
c) Incorrecte.
d) Incorrecte.

- 11.** a) Incorrecte.
b) Incorrecte.
c) Correcte.
d) Incorrecte.

- 12.** a) Incorrecte.
b) Incorrecte.
c) Correcte.
d) Incorrecte.

- 13.** a) Correcte.
b) Incorrecte.
c) Incorrecte.
d) Incorrecte.

- 14.** a) Incorrecte.
b) Correcte.
c) Incorrecte.
d) Incorrecte.

- 15.** a) Incorrecte.
b) Correcte.
c) Incorrecte.
d) Incorrecte

-
- 16.** a) Incorrecte.

- b) Incorrecte.
- c) Correcte.
- d) Incorrecte.

- 17.** a) Incorrecte.
- b) Correcte.
 - c) Incorrecte.
 - d) Correcte.

- 18.** a) Correcte.
- b) Incorrecte.
 - c) Correcte.
 - d) Correcte.

- 19.** a) Correcte.
- b) Correcte.
 - c) Correcte.
 - d) Incorrecte.

- 20.** a) Incorrecte.
- b) Correcte.
 - c) Correcte.
 - d) Incorrecte.

- 21.** a) Incorrecte.
- b) Correcte.
 - c) Incorrecte.
 - d) Incorrecte.

- 22.** a) Correcte.
- b) Correcte.
 - c) Correcte.
 - d) Incorrecte.

- 23.** a) Incorrecte.
- b) Correcte.
 - c) Correcte.
 - d) Incorrecte.

- 24.** a) Correcte.
- b) Correcte.
 - c) Incorrecte.
 - d) Incorrecte.

- 25.** a) Incorrecte.
- b) Correcte.
 - c) Incorrecte.
 - d) Incorrecte.
-

Glossari

absolutisme *m*

Forma estatal d'organització política en la qual tot el poder es concentra en la persona del príncep o monarca sobirà, el qual no està sotmès a cap vincle jurídic.

autonomia *f*

Capacitat del subjecte de governar-se per normes pròpies.

coercibilitat *f*

Qualitat de les normes jurídiques que comporta que el seu compliment pot ser forçat externament mitjançant sancions o utilitzant la força.

control social *m*

Conjunt de processos i mecanismes amb ajuda dels quals una societat indueix els seus membres a adoptar formes de conducta que són valorades positivament en el marc d'aquesta societat.

dret *m*

Conjunt de normes coactiu i institucionalitzat.

dret objectiu *m*

Conjunt de normes jurídiques vigents en una societat determinada.

dret subjectiu *m*

Poder o facultat reconegut a l'individu per mitjà de les lleis que li permet exigir d'un altre que realitzi o s'abstingui de realitzar una conducta concreta.

Estat *m*

Forma d'organització política que sorgeix a Europa a final del segle xv i principi del xvi que pren com a punt de referència un territori unificat, sobre el qual impera un únic poder polític, amb plena sobirania interior i exterior.

Estat de dret *m*

Forma d'organització política que es caracteritza pel reconeixement i la garantia dels drets fonamentals, l'imperi de la llei i la divisió de poders (que comporta, a la vegada, la submissió de l'administració al principi de legalitat i la independència dels tribunals).

expectativa d'acció *f*

Confiança en el fet que els altres membres del grup actuaran d'una manera determinada. Les normes socials ajuden a fixar expectatives d'acció, és a dir, a preveure el comportament aliè.

funció *f*

Efecte que un fet, element o procés social té en relació amb l'adaptació a l'entorn, l'assoliment de finalitats i la integració d'un grup o sistema social.

funcionalització del dret *f*

Utilització de les normes jurídiques per a assolir finalitats –polítiques, socials, etc.– concretes.

heteronomia *f*

Subjecció a normes dictades des de l'exterior del subjecte obligat.

integració social *f*

Unitat d'un sistema o grup social assolida per mitjà de la coordinació dels seus diferents elements.

interacció social *f*

Relació recíproca entre dues o més persones o grups, per mitjà de la comunicació (gestos, símbols, llenguatge, normes, etc.), i també influència mútua a què aquesta relació dona lloc pel que fa a les actituds, les expectatives i les

conductes de les persones que hi intervenen.

jusnaturalisme *m*

Corrent del pensament jurídic que afirma l'existència d'un conjunt de normes i principis universals de justícia, independents de la voluntat humana, i que sosté que només són vàlides les lleis humanes que respecten aquests principis.

legitimitat *f*

Qualitat que posseeix el poder polític o el dret pel fet d'estar acceptats, reconeguts i justificats pels ciutadans que els han d'obeir.

oligarquia *f*

Forma d'organització política en la qual el poder és a les mans d'un grup reduït de persones.

patró de comportament *m*

Regularitat o model de conducta que es dona dins d'un grup social.

poder *m*

Facultat de fer alguna cosa. En tant que fenomen social, les definicions són molt variades: Max Weber, un dels pares de la sociologia, el va definir com la possibilitat d'imposar la pròpia voluntat fins i tot contra la resistència dels afectats. En canvi, per a Hanna Arendt (que distingeix "el poder" de "la violència") "el poder sorgeix, no pas de la capacitat humana d'actuar o de fer alguna cosa, sinó de l'aptitud per a ajuntar-se amb altres i actuar plegats".

poder executiu *m*

Conjunt d'òrgans de l'Estat que tenen atribuïda la competència de fer efectiva l'acció política mitjançant l'aplicació i execució de les lleis i la direcció de l'administració pública. L'òrgan titular del poder executiu és el govern.

poder judicial *m*

Conjunt d'òrgans de l'Estat que tenen atribuïda la competència d'interpretar, aplicar i fer complir les lleis en els casos concrets i de resoldre els conflictes. En són titulars els jutges i els magistrats.

poder legislatiu *m*

Conjunt d'òrgans de l'Estat que tenen atribuïda la competència de crear les lleis. En els estats constitucionals moderns són els parlaments o assemblees parlamentàries els que tenen la titularitat del poder legislatiu.

poder polític *m*

En sentit ampli, capacitat per a dirigir, controlar i transformar les interaccions socials. Es manifesta en la facultat de dictar, executar i interpretar les lleis, de dirigir l'administració i sostenir l'ordre públic.

positivisme jurídic *m*

Corrent del pensament jurídic segons el qual el dret pròpiament dit és constituït només per les normes vàlidament promulgades en una societat i un temps determinat.

sobirania *f*

Qualitat que té el poder polític suprem d'un Estat pel fet de no estar sotmès a cap més poder, ni interior ni exterior.

sufragi restringit *m*

Sistema electoral en el qual només tenen dret de vot les persones que compleixen determinades condicions (de sexe, raça, estatus econòmic, etc.).

sufragi universal *m*

Sistema electoral en el qual tota persona que tingui la majoria d'edat política té dret a emetre el seu vot, sense restriccions de cap mena.

relativisme ètic *m*

Teoria segons la qual no existeixen principis morals universalment vàlids. Segons aquesta posició, tots els principis morals són vàlids només en relació amb una cultura determinada o amb una elecció individual.

seguretat jurídica *f*

En un sentit ampli, capacitat que ens proporcionen les normes jurídiques de preveure la conducta humana i les seves conseqüències.

ús social *m*

Pauta de comportament acceptada generalment per tots els membres d'un grup social determinat.

valor *m*

Qualitat o conjunt de qualitats que es prediquen de certes coses, persones o accions que fan que aquestes siguin preades.

valor jurídic *m*

Valor que informa i fonamenta el sistema jurídic d'una determinada societat. Es troba reflectit en l'ordenament jurídic.



Bibliografia

Bibliografia bàsica

Atienza, M. (1986). *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova.

Díaz, E. (1998). *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus (La primera edició, del 1966, a Editorial Cuadernos para el Diálogo).

Latorre, A. (2002). *Introducción al Derecho*. Barcelona: Ariel.

Lucas, J. de i altres (coord.) (1995). *Introducció a la teoria del dret*. València: Tirant lo Blanch.

Moreso, J. J.; Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Otto, I. de (1987). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.

Bibliografia complementària

Atienza, M. (2003). *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel.

Bobbio, N. (1993). *Liberalismo y democracia*. Mèxic: Fondo de Cultura Económica.

Calvo García, M. (1992). *Teoría del Derecho*. Madrid: Tecnos.

Caminal, M. (coord.) (2006). *Manual de Ciencia Política*. Madrid: Tecnos.

Capella, J. R. i altres (1996). *En el límite de los derechos*. Barcelona: EUB.

Cassese, A. (1991). *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel.

Giner, S. (1996). *La democràcia: carta oberta a un ciutadà*. Barcelona: Ariel.

Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel.

