

---

# Dret i justícia

---

PID\_00258052

David Martínez Zorrilla

---

Temps mínim de dedicació recomanat: 3 hores

---



**David Martínez Zorrilla**

# Índex

|  |    |
|--|----|
| <b>Introducció</b> .....   | 5  |
| <b>1. La relació conceptual entre el dret i la moral</b> .....         | 7  |
| 1.1. El jusnaturalisme .....   | 7  |
| 1.1.1. Problemes de les concepcions jusnaturalistes .....              | 8  |
| 1.2. El juspositivisme .....   | 9  |
| 1.2.1. Positivisme metodològic i positivisme ideològic .....           | 11 |
| <b>2. El dret com a instrument per a promoure la justícia</b> .....    | 13 |
| 2.1. La justícia formal i la «moral interna» del dret .....            | 13 |
| 2.2. La justícia retributiva .....                                     | 15 |
| 2.2.1. La responsabilitat civil .....                                  | 16 |
| 2.2.2. La responsabilitat penal o criminal .....                       | 17 |
| 2.2.3. Les teories de justificació de la pena .....                    | 21 |
| 2.3. La justícia distributiva. La teoria de la justícia de Rawls ..... | 23 |
| 2.3.1. La posició originària i el vel de la ignorància .....           | 24 |
| <b>Resum</b> .....   | 29 |



## Introducció

En aquest últim mòdul ens detindrem breument en algunes de les nombroses qüestions que planteja la relació entre el dret i la justícia. Fins i tot a primera vista, i encara que el concepte de «justícia» és propi de l'àmbit de la filosofia moral i de la filosofia política, sembla que hi ha una estreta relació entre el dret i la justícia, i que es reflecteix en el mateix llenguatge. Així, per exemple, és habitual referir-se al poder judicial com a l'«Administració de justícia», o als jutges i tribunals com a «la justícia», malgrat que parlant amb propietat el que correspon fer als tribunals és aplicar el dret o decidir de conformitat amb el dret, i no pas «impartir justícia». Però al mateix temps, si entenem que en les seves decisions el poder judicial ha vulnerat la llei, també podem dir que la seva decisió ha estat *injusta* o que no ha actuat *amb justícia*. D'altra banda, també és habitual reaccionar davant d'una situació d'injustícia amb l'expressió «no hi ha dret». I el mateix sistema jurídic, sovint, utilitza expressions o conceptes propis del discurs moral, sobretot en certs àmbits, com el dels drets fonamentals (estretament vinculats al concepte de «drets humans», que prové de la filosofia moral).

A més, com ja hem comentat en el primer mòdul, sembla innegable que es produeix algun tipus de connexió entre aquests dos àmbits, atès que una de les funcions bàsiques de tot sistema jurídic és contribuir a generar una societat més justa, o almenys intentar posar fi a les expressions més extremes, clares o evidents d'injustícia. Però encara que sembla obvi que existeixen relacions entre dret i justícia, es plantegen, almenys, dues qüestions diferents:

a) Fins a quin punt hi ha una relació *conceptual* entre el dret i la justícia? O, dit altrament, fins a quin punt la justícia o correcció moral del contingut de les normes pot afectar el seu caràcter jurídic? Pot considerar-se «dret» una norma manifestament injusta, que vulnera els requisits o les exigències morals i de justícia més bàsiques i fonamentals? Aquesta qüestió ha rebut tradicionalment força atenció de part dels filòsofs del dret, i podem referir-nos-hi com «la qüestió conceptual de la relació entre el dret i la moral», perquè afecta el mateix concepte o definició de què és «dret» o què pot considerar-se com a «dret».

b) Independentment de la resposta que es doni a la qüestió anterior, es planteja el problema de què s'entén per «justícia», això és, quines normes, institucions, etc. poden considerar-se «justes» o «injustes». Es debat intensament sobre aquestes qüestions en els àmbits de la filosofia moral i política, als quals només podrem referir-nos amb breus pinzellades. A més, no sempre ens referim al mateix tipus de qüestions o problemes en parlar de «justícia», ja que pot diferenciar-se entre la justícia formal i la material, i, dins d'aquesta última, entre la justícia retributiva i la distributiva.

En els següents apartats ens referirem a les qüestions aquí apuntades: en primer lloc, a les diferents posicions respecte a la relació o connexió conceptual entre el dret i la justícia o correcció moral; i en segon lloc, a alguns aspectes relacionats amb la mateixa noció de «justícia», diferenciant entre la justícia formal i la material, i entre la justícia retributiva i la distributiva. Per raons d'espai i pel caràcter introductori d'aquestes pàgines, no podrem detenir-nos en altres qüestions interessants, com ara si existeix o no un deure moral d'obediència al dret, o si està justificat utilitzar els mecanismes coactius propis del dret per a tractar d'imposar o protegir una certa concepció moral (imposició de la moral mitjançant el dret).

## 1. La relació conceptual entre el dret i la moral

Des d'antic, la qüestió de la connexió conceptual (o la falta d'aquesta) entre el dret i la moral ha reclamat l'atenció de molts pensadors. En la mesura en què el dret està connectat amb el poder coactiu de l'Estat, per a no pocs autors la justificació principal, o fins i tot l'única, d'aquesta coacció o violència institucionalitzada és que contribueixi a la promoció de la justícia, o que, com a mínim, no resulti manifestament injusta (recordem que una de les funcions bàsiques que s'atribueix al dret és la legitimació del poder polític), de manera que només mereixeria la qualificació de «dret» allò que satisfà unes mínimes exigències de moralitat o justícia.

Sobre aquesta qüestió, malgrat les grans diferències entre els diferents autors i èpoques, poden identificar-se dos grans corrents: el **jusnaturalisme** i el **juspositivisme** (o *positivisme jurídic*).

### 1.1. El jusnaturalisme

El jusnaturalisme ha estat el corrent històricament dominant en el pensament jurídic, ja des de l'antiguitat i l'edat mitjana. Malgrat les diferències significatives entre els diversos autors i èpoques, totes les teories o concepcions de caràcter jusnaturalista comparteixen dues tesis principals, a les quals podem referir-nos com a *dualisme jurídic*, d'una banda, i *superioritat del dret natural sobre el dret positiu*, de l'altra.

#### a) El dualisme

El jusnaturalisme és una concepció *dualista* del dret, ja que entén que existeixen dos conjunts de normes jurídiques: el dret natural i el dret positiu.

Aquest últim seria el conjunt de normes i disposicions dictades per les autoritats humanes, mentre que el dret natural faria referència a un *conjunt de normes i principis de caràcter objectiu, universal i immutable*, comuns a tot ésser humà amb independència del lloc i moment històric, i independents per tant de la voluntat de les autoritats polítiques de torn.

Hi ha grans diferències sobre el fonament d'aquestes normes universals i immutables; segons els autors pot situar-se en la mateixa «naturalesa de les coses», o en la voluntat divina, o en la raó humana (capacitat racional dels éssers humans, compartida i universal com a membres de l'espècie humana). A grans trets, aquestes serien les concepcions predominants en l'antiguitat clàssica, en

l'edat mitjana i en la modernitat. En qualsevol cas, el que tenen en comú és que es tractaria de normes i principis independents de la voluntat o els capricis de l'autoritat que circumstancialment exerceix el poder.

## b) Prevalença del dret natural sobre el positiu

La segona (i fonamental) característica del jusnaturalisme és la prioritat o prevalença del dret natural sobre el positiu, en el sentit que aquest últim està mancat de validesa si resulta contrari o incompatible amb els principis morals i de justícia del dret natural.

Dit d'una altra manera, una condició perquè les normes de l'autoritat política puguin ser considerades com a «dret» genuí és que no vulnerin el dret natural. Per tant, parlant amb propietat, l'expressió «lleï injusta» seria una contradicció en els seus propis termes, ja que per a ser «lleï» ha de ser justa, i si no ho és, no és lleï. Una de les expressions més famoses en aquest sentit és l'afirmació *lex iniusta non est lex*, és a dir, el dret injust no és dret, que pot trobar-se, en diferents variants, en l'obra de pensadors com Aristòtil, Ciceró, Agustí d'Hipona o Tomàs d'Aquino. En el debat contemporani també sol fer-se referència a aquesta idea com la «fórmula de Radbruch» (en referència al jurista alemany Gustav Radbruch, que va ser un dels jutges dels tribunals de Nüremberg que van jutjar els crims de l'Alemanya nazi), per a qui les normes extremament o radicalment injustes (com les que lesionen els drets humans més bàsics) estan mancades de tota validesa jurídica. Importants juristes actuals, com Robert Alexy, també alemany, assumeixen la «fórmula de Radbruch».

### 1.1.1. Problemes de les concepcions jusnaturalistes

La concepció jusnaturalista del dret resulta intuïtivament molt atractiva, ja que apel·la directament a la justícia, que és un dels valors o conceptes bàsics de la moralitat i que ocupa un lloc molt important en les nostres concepcions de com ha de ser el món. No obstant això, ha d'afrontar almenys dos tipus de problemes o dificultats importants, als quals podem referir-nos, respectivament, com a) el *problema epistemològic* i b) el *problema conceptual*.

a) En primer lloc, qualsevol concepció jusnaturalista ha d'enfrontar-se a un important problema epistemològic (és a dir, de coneixement): se sosté que existeix un conjunt de principis morals i de justícia objectius (independents de la voluntat i les decisions humanes), universals (vàlids per a tots en qualsevol temps i lloc) i immutables (que no canvien amb el temps), però com podem identificar quins són? Com podem estar segurs que els principis que identifiquem com a universalment vàlids són aquests i no uns altres? Com resollem, en cas de desacord, qui té raó?

#### Referència bibliogràfica

H. Kelsen (1949). «The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science». A: *The Western Political Quarterly* (vol 2, núm. 4, pàg. 481-513).



En aquest sentit, és força il·lustratiu el que afirma Hans Kelsen (un destacat juspositivista) en un treball titulat «La doctrina del dret natural enfront del tribunal de la ciència», de 1949. En aquest article posa de manifest com diferents autors han defensat com a «dret natural objectiu» les més variades i incompatibles concepcions morals i polítiques, com ara la monarquia, la república, el comunisme, el feixisme, la democràcia, la propietat privada, l'absència d'aquesta, el liberalisme, la teocràcia, etc. Per descomptat, tots els autors asseguraven tenir la raó. A diferència de les ciències naturals, no disposem de criteris objectius i independents (com la correspondència amb els fets observats empíricament) per a avaluar les diferents hipòtesis.

b) D'altra banda, el jusnaturalisme sembla incórrer en un error conceptual, en intentar abordar com una qüestió de definició (què és o què es pot considerar com a «dret») el que en realitat seria una qüestió valorativa, o un judici de valor (que determinades normes són moralment rebutjables, i que no existeix un deure d'obeir-les –o, més encara, que existeix un deure de desobeir-les–). Sembla que l'element o aspecte veritablement important que volen destacar les concepcions jusnaturalistes és que les normes positives injustes o immorals no han de ser obeïdes. Però això no és una qüestió sobre la definició del que és el dret, sinó una qüestió referida al debat filosòfic sobre l'existència o no d'un deure moral d'obediència al dret positiu i a les autoritats polítiques.

Barrejant els dos aspectes (el conceptual i el valoratiu), no només no s'obtindria cap avantatge pràctic sinó que s'incrementaria el risc de confusions i malentesos teòrics.

Des del punt de vista pràctic, poc o gens es guanya amb el fet de negar la qualificació de «dret» a una norma injusta, ja que no per això desapareixerà de la realitat. Com irònicament va posar de manifest el filòsof del dret argentí d'origen rus Eugenio Bulygin en una conferència a Barcelona fa uns anys, si no es vol anomenar «dret»\* unes normes que es consideren injustes, en podem dir «derucho», però llavors es donaria la circumstància que els jutges aplicarien el «derucho» i que els estudiants anirien a estudiar a les facultats de «derucho».

I des del punt de vista teòric, tampoc no és positiu barrejar aspectes conceptuals o descriptius amb aspectes valoratius. En aquest sentit, el jusnaturalisme seria com si un geòleg afirmés: «només són veritables roques les roques *belles*; les roques *lletges* no són roques autèntiques».

\*En espanyol *derecho*, amb relació al joc entre *derecho* y *derucho* que fa a continuació.

## 1.2. El juspositivisme

Com és fàcil suposar, el juspositivisme o positivisme jurídic es contraposa a les concepcions jusnaturalistes del dret. No obstant això, és important destacar que només neguen necessàriament la *segona* tesi jusnaturalista (la prioritat del dret natural sobre el positiu), ja que no tots els positivistes rebutgen la idea d'un conjunt de normes i principis de justícia objectius i universals (encara que en general solen mostrar-se bastant escèptics sobre aquest tema). Així, un destacat juspositivista com John Austin (1790-1869) defensava l'existència d'un dret natural objectiu, però concebia el dret positiu com un conjunt d'ordres del sobirà que tenien el suport d'amenaques de l'ús de la força en cas d'incompliment, per a la qual cosa era irrellevant (per a la seva qualificació com a «normes jurídiques») si aquestes podien considerar-se justes o

injustes. És a dir, no pel fet de contravenir un suposat dret natural, les normes positives deixen de tenir validesa o de ser considerades com a normes jurídiques.

Per això, una manera molt habitual de sintetitzar la concepció juspositivista és afirmar que una cosa és el dret que és i una altra, el que hauria de ser. O, dit amb altres paraules, una cosa és el dret existent i una altra, el seu mèrit o demèrit moral. Per al juspositivisme hi ha, doncs, una separació o independència conceptual entre el dret i la moral (són dos àmbits conceptualment diferenciats).

L'auge del juspositivisme es va produir sobretot a partir del segle XIX, quan van començar a configurar-se les anomenades «ciències socials» (com l'antropologia, l'economia, la sociologia, la ciència política, etc.) i es va començar a manifestar un gran interès per convertir l'estudi del dret en una disciplina científica, és a dir, com una activitat primordialment descriptiva i neutral des del punt de vista valoratiu. Encara que hi ha hagut des de llavors una important evolució sobre el concepte i els pressupostos del que es considera una «ciència», els autors juspositivistes encara conserven una pretensió de neutralitat valorativa en la seva tasca de descripció del dret, i parteixen del pressupòsit metodològic denominat les «*fonts socials del dret*»: que una cosa pugui ser considerada com a «dret» depèn de fets socials, empíricament observables, no pas de la seva valoració moral. Aquests fets socials són variats i hi ha diferències entre autors, però fan referència a aspectes com ara si els membres d'una comunitat obeeixen normalment els preceptes, quins són els criteris que utilitza aquesta comunitat o una part d'aquesta (advocats, jutges, funcionaris...) per a identificar alguna cosa com a «dret», si els preceptes han estat o no dictats o aprovats per determinades persones o institucions, si s'ha seguit un determinat procediment, si existeix o no incompatibilitat amb altres preceptes també identificats com a «dret», etc.

La tesi de les fonts socials del dret i de la separació conceptual respecte de la moral no implica que aquests dos àmbits no tinguin estretes relacions. En els sistemes jurídics actuals dels països democràtics, moltes normes jurídiques fan referència a conceptes i categories propis del discurs moral (pensem per exemple en la «legítima defensa», l'«estat de necessitat», l'«interès del menor», etc.), i sovint (sobretot els que estan relacionats amb els drets fonamentals i els principis constitucionals) és gairebé impossible aplicar-los sense recórrer a raonaments i argumentacions propis del discurs moral. Però així i tot, des del positivisme es continua afirmant que són àmbits conceptualment diferents, ja que si els conceptes i el discurs moral són jurídicament rellevants, és perquè el dret positiu així ho estableix, no perquè el dret depengui necessàriament de la seva correcció moral.

### 1.2.1. Positivisme metodològic i positivisme ideològic

Sovint, sota l'etiqueta «positivisme jurídic» s'engloba un conjunt de tesis o afirmacions de diferent tipus i naturalesa, que no tenen per què ser defensades conjuntament. Alguns autors jusnaturalistes han criticat el positivisme jurídic basant-se (incorrectament) en aquesta falta de distinció, assumint que el positivisme implica la defensa conjunta de tots aquests postulats i argumentant que, d'alguna manera, els autors positivistes serien «amorals» o fins i tot immorals.

Per tal d'aclarir les coses, el jurista italià (juspositivista) Norberto Bobbio (1909-2004) va diferenciar entre el *positivisme metodològic*, el *positivisme teòric* i el *positivisme ideològic*. Només ens referirem breument al primer (metodològic) i al tercer (ideològic). No necessàriament tot autor juspositivista ha de sostenir les tesis o postulats dels diferents tipus de positivisme, encara que sí que, si més no, ha de compartir les tesis del positivisme metodològic, que seria el que realment el qualificaria com a positivista.

1) El positivisme **metodològic** consisteix en una certa manera d'aproximar-se a l'estudi del dret; és a dir, en una certa *metodologia*, caracteritzada per la neutralitat valorativa o axiològica i per basar-se en l'observació i anàlisi de certs *fets*, a fi d'elaborar teories. Es tracta, doncs, de característiques pròpies de qualsevol metodologia que aspiri a ser considerada com a científica.

2) El positivisme **ideològic**, per la seva banda, consisteix en la defensa de l'existència d'un deure o obligació moral d'obeir el dret positiu, independentment del contingut d'aquest. No és, per tant, una teoria sobre el *concepte* o la definició de «dret», sinó una teoria moral sobre l'obediència a aquest, que sosté, en síntesi, que el dret positiu, pel mer fet de ser-ho, és just. Els seus defensors solen destacar el paper que té el sistema jurídic en la promoció i protecció de valors com l'ordre, la seguretat i la previsibilitat, la qual cosa justificaria un deure incondicional d'obediència.

Com s'ha apuntat, el positivisme jurídic, com a concepció metodològica sobre el que és el dret, no pressuposa la defensa del positivisme ideològic, encara que circumstancialment alguns positivistes metodològics fossin també positivistes ideològics. Des del positivisme metodològic no hi ha cap contradicció a sostenir que una norma jurídica és vàlida i que hi ha una obligació legal de complir-la, i al mateix temps afirmar que aquesta mateixa norma és moralment injusta i que en conseqüència no hi ha un deure moral d'obeir-la (o més encara, que hi ha un deure moral de desobeir-la), ja que dret i moral són àmbits conceptualment diferents. Paradoxalment, aquesta distinció no es pot fer des d'una perspectiva jusnaturalista, ja que des d'aquesta òptica només són possibles dues opcions: o la norma positiva és vàlida i hi ha un deure, no so-

lament legal sinó també moral, d'obeir-la o no és una norma jurídica i, per tant, no hi ha un deure moral d'obediència. És a dir, el deure moral i el deure jurídic són inseparables.

## 2. El dret com a instrument per a promoure la justícia

El concepte de justícia és un dels més relliscosos de tot l'àmbit de la moral, la política i el dret, i suscita grans debats i discussions teòriques entre els diferents autors i corrents de pensament. En el camp del dret, una de les definicions més tradicionals i repetides és la del jurista romà Ulpia (170-228 d. de C.): «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*», que pot traduir-se com «La justícia és la constant i perpètua voluntat de donar a cadascú el seu dret» (és a dir, el que li correspon). Encara que difícilment es pot estar en desacord amb l'afirmació d'Ulpia, el problema consisteix a saber què és el que correspon a cadascú; i és aquí que entren en joc les diverses concepcions o teories de la justícia, com l'utilitarisme, el liberalisme, el socialisme, el comunitarisme, el feminisme, el republicanisme, el multiculturalisme, etc., totes amb múltiples versions i variants.

### 2.1. La justícia formal i la «moral interna» del dret

Entrar en la descripció i examen de les diverses teories de la justícia excedeix els límits d'aquestes pàgines, encara que més endavant es faran algunes referències a aquesta qüestió. Però el que sí que es pot destacar ara és que, independentment de la concepció substantiva de la justícia que es defensi, hi ha certs aspectes formals o procedimentals que actuarien com a condicions necessàries (encara que no suficients) per a poder parlar d'un «dret just», o d'un sistema jurídic que contribueix a una societat justa. Aquests aspectes són els que formarien un concepte «formal» de justícia, que també contribueix (encara que no prou) al fet que el dret positiu tingui valor moral.

Probablement, l'autor que ha explicat millor com certes propietats formals dels sistemes jurídics fan que el dret positiu tingui valor moral és Lon Fuller (1902-1978), amb la seva noció de la «moralitat interna del dret». La idea de Fuller de la moralitat interna del dret pot resumir-se dient que el fet que el sistema jurídic satisfaci certes condicions de tipus formal i que d'alguna manera estan implícites en el mateix concepte o naturalesa dels sistemes jurídics (almenys dels que mereixen tal nom, i que no siguin un simple exercici despòtic i arbitrari del poder) ja implica en si un valor moral positiu.

1) La primera d'aquestes condicions és la de **generalitat** de les normes. Que les normes siguin generals no significa necessàriament que s'apliquin al conjunt de tots els ciutadans o a amplis sectors de la societat, sinó que els seus destinataris són *classes* definides per *propietats* (per exemple, «els més grans

#### Referències bibliogràfiques

Algunes obres introductòries de referència són les següents:

**W. Kymlicka** (1995). *Filosofia política contemporània*. Barcelona: Ariel.

**R. Gargarella** (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós.

#### Referència bibliogràfica

**L. Fuller** (1967). *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.

de vint-i-cinc anys que siguin propietaris de béns immobles»), i no individus concrets. Per tant, una norma pot ser general i al mateix temps específica (si es refereix a una classe de destinataris molt determinada).

La generalitat de les normes contribueix al fet que el sistema jurídic pugui exercir adequadament la seva funció de guiar el comportament dels destinataris de les normes, ja que aquests poden preveure quan els seran aplicables i les conseqüències que se'n deriven (seguretat jurídica). Si una norma es refereix, per exemple, a «els compradors» i estableix l'obligació de pagar un impost sobre el preu de venda cada vegada que se celebra un contracte, els destinataris sabran a què s'han d'atenir. A més, implica una *igualtat de tracte*, en el sentit que la norma s'aplicarà igual en tots els casos concrets en què es compleixin les condicions establertes en el seu antecedent. Això és, amb independència de la justícia del contingut de la norma, aquesta s'aplica igual a tots els casos iguals.

2) Una altra condició és que les normes jurídiques han de tenir una certa **estabilitat**, i no canviar constantment, ja que això provocaria que els destinataris no sabessin a quines atènyer-se, i per tant arruïnaria també el paper del dret com a guia de la conducta, a més de comprometre la seguretat jurídica.

3) Relacionat amb l'anterior, els jutges i altres autoritats que tenen entre les seves funcions l'aplicació de les normes jurídiques les han d'**interpretar de manera similar** a com ho farien els seus destinataris, ja que en cas contrari, és a dir, si les interpretacions són totalment dispars, les normes tampoc no servirien com a guia de la conducta dels destinataris, perquè ciutadans i autoritats entendrien de manera totalment diferent el que les normes estan exigint.

4) Les normes jurídiques, si més no en la seva immensa majoria, també han de ser complir l'exigència de la **irretroactivitat**, és a dir, no s'han d'aplicar a supòsits anteriors al moment de la seva entrada en vigor. Si el dret ha de ser un instrument per a guiar la conducta, s'ha de referir a comportaments futurs, ja que és impossible canviar els comportaments passats. A més, la retroactivitat de les normes també afecta negativament la seguretat jurídica, ja que els destinataris prenen les seves decisions considerant les conseqüències legals previsibles dels seus actes, i si resulta que després aquestes conseqüències són modificades de manera sobrevinguda (una vegada fet el comportament), la previsió duta a terme prèviament no haurà servit de res. Per això, en els sistemes jurídics actuals, les normes retroactives són molt excepcionals i normalment es dicten per a afavorir els que en són afectats (usualment per a mirar de corregir una situació de perjudici o injustícia) i no per a perjudicar-los.

5) Una última condició o requisit seria el de la **possibilitat** de les exigències establertes per les normes: les normes jurídiques, si han de servir per a guiar la conducta, no han d'implicar exigències més enllà de les capacitats o possibilitats dels destinataris. Això recull una idea tradicional en filosofia moral, present en autors com Aristòtil o Kant, i coneguda com «ha de» implica «pot» o «ningú no està obligat a fer l'impossible» (*ad impossibilia nemo tenetur*): no

té cap sentit obligar la gent a fer o el que és impossible o el que és inevitable, ja que sobre això no hi ha cap control; establir pautes de conducta obligatòria només té sentit si es tracta d'accions que poden ser fetes o evitades, ja que només en aquests casos es pot guiar el comportament dels destinataris.

El fet que un sistema jurídic compleixi les condicions prèviament exposades no garanteix que sigui un sistema just, ja que, per posar un exemple, hi pot haver normes generals, estables, irretroactives, etc. que estableixin discriminacions injustificables cap a les dones o cap a minories ètniques, ideològiques, etc. També és perfectament possible que les condicions de justícia formal siguin satisfetes en una dictadura. Això mostra que les condicions de justícia formal no garanteixen la justícia material o substantiva. De totes maneres, sembla que des d'un punt de vista valoratiu aquestes condicions formals (com la igualtat de tracte davant de la llei) sí que són valuoses, i que són preferibles a la seva absència (normes *ad hoc*, canvis constants, interpretacions capritxoses, retroactivitat, etc.), i que per considerar com a just un sistema jurídic, s'han de satisfer aquestes condicions. Per això, es pot concloure que la justícia formal, sense ser suficient, sí que és necessària per a poder parlar d'un dret just.

## 2.2. La justícia retributiva

En parlar de «justícia» des d'un punt de vista material o substantiu (quins són els principis i criteris que determinen què és el que correspon a cadascú), se solen distingir dos àmbits o dimensions: el de la *justícia retributiva* i el de la *justícia distributiva*.

En una aproximació molt genèrica, la **justícia retributiva** està relacionada amb la restitució d'un equilibri o un ordre que ha estat il·legítimament alterat o infringit a causa d'un comportament previ.

Dit altrament, hi hauria un estat de coses «ideal», «normal» o «legítim» que es veu alterat arran d'un comportament, acció o omissió d'algú, i aquesta alteració es considera il·legítima o injustificada, de manera que se'n fa responsable algú, al qual s'imposen obligacions o mesures que tenen com a finalitat intentar restituir o compensar l'alteració causada, i restablir així l'equilibri o ordre previ, en la mesura del possible.

En l'àmbit jurídic, l'ideal de justícia retributiva es manifesta fonamentalment per dues vies: la responsabilitat civil i la responsabilitat penal o criminal.

### 2.2.1. La responsabilitat civil

La responsabilitat civil està vinculada amb les nocions de *dany* o *perjudici*. Es tracta d'un conjunt de normes que regulen com i qui ha de compensar, reparar o indemnitzar els danys i perjudicis *il·legítimament* ocasionats a algú (és a dir, danys que la víctima no ha de suportar).

Aquest últim aspecte és significatiu. No qualsevol dany o perjudici sofert per una persona és il·legítim o dona dret que recaigui sobre algú el deure de reparar-lo, i en aquests casos és la mateixa víctima la que ha de suportar o assumir el dany. Per exemple, si a causa d'un manteniment deficient (i no per un defecte de fabricació) m'explota un pneumàtic mentre conduïxo el meu cotxe i arran d'això surto de la via i tinc un accident, i destrosso el meu vehicle, es tracta d'un dany que haig d'assumir jo mateix (tret que tingui una assegurança a tot risc). Si, en canvi, els danys en el meu vehicle són conseqüència d'un impacte d'un altre vehicle que circulava a una velocitat excessiva, es tracta d'un perjudici il·legítim que no he de suportar, i per això dona lloc a una obligació de reparació o indemnització d'aquest perjudici.

La finalitat de la responsabilitat civil és arribar, en la mesura del possible, a una situació similar a aquella en la qual el dany no s'hagués produït. Per això, els danys i perjudicis a reparar o indemnitzar inclouen diversos conceptes, que intenten cobrir totes les diferents dimensions en les quals els danys poden manifestar-se. En primer lloc, comprenen els **danys personals** (els soferts en la mateixa persona del perjudicat) i que inclouen els *danys físics* (afectacions a la salut i a la integritat física), els *danys psicològics* i els *danys morals* (si bé hi ha una discussió teòrica sobre si els danys psicològics s'inclouen o no en els morals).

D'altra banda, comprenen també els **danys patrimonials**, és a dir, les afectacions negatives a l'economia o el patrimoni de la víctima. Al seu torn, aquests estan integrats tant pel *dany emergent* (valoració econòmica dels perjudicis ocasionats) com pel *lucre cessant* (que és una estimació del que s'ha deixat d'obtenir o ingressar com a conseqüència del dany sofert, i que previsiblement s'hauria obtingut si no s'hagués produït el dany).

Un exemple permetrà entendre més clarament la diferència entre el dany emergent i el lucre cessant. Suposem que, arran d'unes obres de reforma en un edifici mal executades, es produeixen filtracions d'aigua i el propietari de la botiga de la planta baixa veu no solament com s'espatlla tot el material que hi tenia emmagatzemat per a vendre'l, sinó que a més es veu obligat a tenir la botiga tancada durant una setmana, mentre duren les reparacions. En aquest cas, el dany emergent estaria constituït per la valoració del material espatllat i els costos de reparació de la botiga, mentre que el lucre cessant seria l'estimació del que ha deixat d'ingressar per haver tingut la botiga tancada durant una setmana.

Hi ha dues categories principals de responsabilitat civil: a) la responsabilitat contractual i b) la responsabilitat extracontractual.



a) La **responsabilitat civil contractual** és la que té per finalitat la reparació o indemnització dels danys i perjudicis ocasionats arran d'un incompliment o d'un compliment defectuós de les obligacions contractuals, i s'intenta arribar al compliment d'aquestes o, en defecte d'això, a una situació equiparable a la del seu compliment.

Si, per exemple, el venedor no lliura l'objecte de la venda al comprador que ja n'ha pagat el preu, o el que li lliura no es correspon amb l'acordat en el contracte, aquest serà responsable per l'incompliment, per la qual cosa podrà ser obligat a complir els pactes, o en defecte d'això, si l'anterior no és possible (per exemple, perquè l'objecte s'ha destruït o perquè l'ha venut a una tercera persona, etc.), a retornar el preu, i en tots dos casos haurà d'indemnitzar el comprador pels danys i perjudicis ocasionats (per exemple, al pagament d'uns interessos pel temps transcorregut des de la data en què s'havia d'haver fet el lliurament).

L'anterior exemple dels danys causats per una obres defectuoses també podria ser un cas de responsabilitat civil contractual, en el cas que hagués estat el propietari de la botiga qui hagués contractat les obres de reforma i aquestes s'haguessin dut a terme de manera defectuosa. En aquest cas, el contractista no solament hauria de fer les obres de reparació corresponents a la seva costa, sinó a més pagar els desperfectes ocasionats en l'inventari del botiguer i el lucre cessant pel temps de més que la botiga va haver d'estar tancada.

b) La **responsabilitat civil extracontractual**, com és fàcil de suposar, és la que es genera arran d'uns danys i perjudicis que no responen a un incompliment contractual previ, i té com a objectiu arribar a una situació tan semblant com sigui possible a aquella en la qual el dany no s'hagués produït.

Alguns supòsits habituals d'aquest tipus de responsabilitat són els que es generen arran dels danys provocats per accidents (com els de trànsit), però també altres casos com els danys que jo pugui provocar a un veí per les filtracions causades per una avaria a la meua rentadora, perquè m'he deixat l'aixeta oberta, per un incendi causat per un problema a la instal·lació elèctrica o pels danys provocats per un test o un altre objecte que caigui des de casa meua, entre molts altres exemples.

Per a concloure, com recordarem de l'apartat corresponent del mòdul sobre els conceptes jurídics bàsics, la configuració legal de la responsabilitat pot adoptar diferents formes, com la responsabilitat subjectiva o objectiva (segons si s'exigeix culpabilitat en la causació del dany o només la producció d'aquest), o directa o indirecta (segons si es fa responsable la mateixa persona que ha causat al dany o una tercera).

### 2.2.2. La responsabilitat penal o criminal

La responsabilitat penal o criminal és la que està associada a la comissió de certs comportaments il·lícits (els *delictes*). A diferència de la responsabilitat civil, la responsabilitat penal *no* gira entorn del concepte de «dany». Això, per descomptat, no significa que com a conseqüència dels actes delictius no es produeixin danys o perjudicis a unes víctimes, que també han de ser indemnitzats o reparats (és l'anomenada *responsabilitat civil derivada del delicte*). Així,

per exemple, si com a conseqüència d'un delict de lesions, la víctima d'una pallissa queda amb una coïxesa permanent, l'agressor haurà d'indemnitzar la víctima pels danys (físics, psicològics, morals i patrimonials) que li ha causat; o qui hagi comès un robatori o una malversació de cabals públics o un delict fiscal, haurà de retornar el que ha sostret o pagar el que correspongui.

No obstant això, com s'ha apuntat, la responsabilitat criminal no se centra en la reparació o indemnització dels danys i perjudicis que, amb tota probabilitat, la comissió d'un delict provoca en les seves víctimes directes, sinó que es fonamenta en la noció d'ofensa que la comissió d'un delict representa per al conjunt de la societat, i que requereix algun tipus de *càstig* (la pena) per a restablir l'equilibri o l'ordre il·legítimament alterat o infringit. Per tant, en la responsabilitat penal l'objectiu principal no consisteix pròpiament a *reparar el dany*, sinó més aviat a *castigar l'ofensa* que implica cometre actes que es consideren especialment greus o reprovables.

Encara que en alguns casos la gravetat o la intensitat dels danys ocasionats en la víctima és un element o criteri que incideix en la determinació de la pena que s'ha d'aplicar, existeix una certa independència entre tots dos. Per exemple, en un cas d'agressió sexual en què la víctima està inconscient i en recuperar la consciència no recorda res del que ha passat (ni, per tant, l'agressió), és possible que els danys siguin molt lleus (o, en tot cas, menors que en el cas d'estar conscient), però així i tot s'ha produït una *ofensa*, tant a la víctima com al conjunt de la societat, que ha de ser castigada, per la qual cosa la pena serà igualment la que correspon a una agressió sexual.

Com hem vist anteriorment, el dret penal (que és el que regula quins comportaments són delictes, quines penes els corresponen i qui i quan és penalment responsable) constitueix la manifestació més extrema del poder coactiu de l'estat. Això fa que, a partir del pensament il·lustrat i liberal del segle XVIII, es posi una especial cura en quina mena d'ús en fa el poder públic, ja que les conseqüències de la seva aplicació són greus (per exemple, la privació de la llibertat) i s'han d'evitar els abusos o els usos inadequats o injustificats d'aquest instrument. En aquest sentit, va ser una referència l'obra *Dei delitti e delle pene* (Dels delictes i les penes), de Cesare Beccaria, publicada el 1764. Aquesta obra conté el nucli del que es coneix com el «dret penal liberal», en els principis del qual, si més no teòricament, s'inspira el dret penal dels estats liberals democràtics.

Els principis bàsics del dret penal liberal són els següents: 1) *ultima ratio*, 2) legalitat, 3) tipicitat, 4) irretroactivitat, 5) culpabilitat i 6) humanitat.

1) El **principi d'*ultima ratio***, també anomenat *res odiosa* o intervenció mínima, estableix que el dret penal s'ha de limitar a ser l'últim recurs per a la defensa dels béns jurídics protegits. Dit altrament, s'ha de limitar a protegir els béns *més importants* (vida, integritat física, llibertat, etc.) dels atacs o agressions *més greus*. D'aquesta manera, si aquests béns poden protegir-se adequadament per altres vies (per exemple, amb sancions administratives) no està justificada la intervenció penal.

En la pràctica, en moltes ocasions els estats tenen tendència a entendre aquest principi amb força laxitud, de manera que, moguts per la pressió o l'alarma social, el legislador acudeix a la reforma del dret penal per a introduir-hi nous delictes o establir penes més greus, quan en molts casos no seria necessari i n'hi hauria prou amb l'aplicació d'un altre tipus de mesures sancionadores, o fins i tot simplement augmentant els controls.

2) El **principi de legalitat** estableix que només poden considerar-se delictes els comportaments definits com a tals per la llei, i que només es poden imposar les penes expressament previstes en la llei per a aquest tipus de delictes. Dit de manera negativa, no pot considerar-se com a delicte un comportament que no estigui tipificat com a tal per la llei penal en el moment en què es du a terme, ni imposar-se una pena diferent de l'establerta expressament en la llei per al delicte corresponent. En l'àmbit penal regeix un estricte principi segons el qual tot el que no està prohibit (penalment) està permès (penalment), sense perjudici que pugui estar sancionat d'una altra manera (per exemple, com a infracció administrativa). Aquest principi també sol formular-se amb l'expressió llatina *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (cap delicte, cap pena sense llei prèvia). En el dret espanyol el principi es recull en l'article 1.1 del Codi penal: «No serà castigada cap acció ni omissió que no estigui prevista com a delicte per llei anterior a la seva perpetració», i també en l'article 2.1: «No serà castigat cap delicte amb pena que no es trobi prevista per llei anterior a la seva perpetració».

3) El **principi de tipicitat** consisteix que, a més d'haver d'estar recollits en la llei, els comportaments delictius han d'estar descrits amb precisió. Això té dues implicacions fonamentals: en primer lloc, que no és admissible prohibir comportaments genèrics o no suficientment determinats; i, en segon lloc, que es prohibeix l'ús de l'analogia en l'àmbit penal, tret que beneficiï el reu (l'anomenada analogia *in bonam partem*). Per tant, no es podrà condemnar una persona per un comportament que, sense coincidir exactament amb el que es descriu en la norma, és similar però no reuneix totes i cadascuna de les condicions i requisits exigits pel tipus penal. En el Codi penal espanyol aquest principi es recull explícitament en l'article 4.1: «Les lleis penals no s'aplicaran a casos diferents dels compresos expressament en aquestes».

D'aquesta manera, per exemple, no es pot definir el delicte d'assassinat simplement com un cas d'«homicidi especialment greu», o el delicte de violació com una «activitat sexual no consentida per la víctima». En lloc d'això, els preceptes legals indiquen específicament els casos i condicions que determinen la comissió d'aquests delictes. Per exemple, l'article 139.1 del Codi penal regula l'assassinat tal com segueix:

«Serà castigat amb la pena de presó de quinze a vint-i-cinc anys, com a reu d'assassinat, qui matés una persona quan concorri alguna de les circumstàncies següents:

1a. Amb traïdoria.

2a. Per preu, recompensa o promesa.

3a. Amb acarnissament, augmentant deliberadament i inhumanament el dolor de l'ofès».

I regula el delictes de violació en l'article 179:

«Quan l'agressió sexual consisteixi en accés carnal per via vaginal, anal o bucal, o introducció de membres corporals o objectes per alguna de les dues primeres vies, el responsable serà castigat com a reu de violació amb la pena de presó de 6 a 12 anys».

4) El **principi d'irretroactivitat**, com ja hem vist, implica que una norma jurídica no pot aplicar-se en cap supòsit de fet ocorregut amb anterioritat a l'entrada en vigor d'aquella. Això afecta tant els delictes com les penes: si una reforma legal estableix una sanció més greu per a un delictes prèviament existent (per exemple, modificant la pena de presó de vint-i-cinc anys per la presó permanent revisable), aquest canvi no afectarà els fets esdevinguts abans de l'entrada en vigor de la reforma. Aquest principi es pot concebre com el revers del principi de legalitat (no hi ha delictes ni pena sense llei prèvia), però hi ha una excepció important: les normes penals sí que s'aplicaran retroactivament quan beneficiïn el condemnat (per exemple, si un comportament que abans era delictiu deixa de ser-ho, o quan s'estableix una sanció més baixa). Com estableix l'article 2.2 del Codi penal: «No obstant això, tindran efecte retroactiu les lleis penals que afavoreixin el reu, encara que en entrar en vigor hagués recaigut sentència ferma i el subjecte estigués complint condemna».

5) El **principi de culpabilitat** és l'exigència que la responsabilitat criminal respongui a un model de responsabilitat directa i subjectiva. Com sabem, això implica que la persona responsable ha de ser la mateixa que ha comès l'acte il·lícit (no es pot respondre penalment per fets delictius comesos per una altra persona, encara que sí que pot haver-hi responsabilitat civil indirecta derivada del delictes –usualment de manera subsidiària, en cas que no pugui respondre el reu per insolvència–) i també que no n'hi ha prou d'haver tingut el comportament descrit en la norma, sinó que s'ha d'acreditar l'existència de dol (realització conscient i voluntària del comportament il·lícit) o imprudència. A més, usualment en cas d'imprudència la sanció penal també és més lleu. Aquest principi té la seva expressió legal en l'article 5 del Codi penal: «No hi ha pena sense dol o imprudència».

6) El **principi d'humanitat** està relacionat amb el tipus de sancions que poden imposar-se com a penes. Malgrat que aquestes poden comportar severes limitacions de drets (com la llibertat) durant llargs períodes de temps, no poden consistir en tractes cruels, inhumans o degradants, com podrien ser la tortura o l'amputació de membres, per exemple. Aquest principi està relacionat amb el de la dignitat humana, que imposa límits i exigències a la manera com s'ha de tractar els éssers humans, encara que siguin delinqüents. De fet, és tan important que apareix recollit en la Constitució, l'article 15 de la qual estableix: «Tothom té dret a la vida i a la integritat física i moral, sense que, en cap cas, ningú pugui ser sotmès a tortura ni a penes o tractes inhumans o degradants. Queda abolida la pena de mort (...)».

Quant a la pena de mort, la majoria de països democràtics no la preveuen, per considerar-la com un tipus de pena cruel i inhumana. Però fins i tot en aquells pocs països democràtics en què encara és vigent (per exemple en alguns estats d'Estats Units), la manera

com s'aplica té en compte certes consideracions d'humanitat, a fi d'alleujar el sofriment dels condemnats (per exemple, en administrar la injecció letal s'injecten en primer lloc fàrmacs que provoquen inconsciència i pèrdua de sensibilitat).

### 2.2.3. Les teories de justificació de la pena

En la mesura en què la imposició de penes implica un important ús de la violència i la coacció i una privació de drets fonamentals, es plantegen evidents qüestions morals relatives a la seva justificació: quin tipus de mesures coercitives pot imposar legítimament l'estat? Sota quines condicions? Amb quins límits? Quina o quines han de ser les principals finalitats perseguides amb la imposició de penes? Tots aquests temes han estat i continuen essent objecte de debat filosòfic, però només centrarem l'atenció breument en dues de les principals teories sobre les finalitats que justifiquen la pena, que també tenen conseqüències directes en la durada o intensitat d'aquestes i en la manera d'imposar-les. Aquestes teories o concepcions són la *retribucionista* i la *utilitarista* (o de la prevenció).

a) Segons la concepció **retribucionista**, les penes s'imposen com a resposta o retribució justa per l'ofensa comesa; es tracta, per tant, d'un càstig *merescut* pel mal causat amb la comissió del delict. La finalitat principal de la pena és castigar; és a dir, enviar un missatge tant al delinqüent com al conjunt de la societat retraient-li que hagi actuat incorrectament i que escau respondre'n. Ara bé, en la mesura en què es tracta de justícia i no de venjança, és extremament important seguir un estricte criteri de *proporcionalitat*: la gravetat, intensitat i durada de la pena ha de ser proporcional a l'ofensa comesa i a la culpabilitat del subjecte. És per això que als delictes (ofenses) més greus els corresponen sancions més greus, mentre que als més lleus els corresponen sancions també més lleus, perquè el contrari seria cometre una injustícia.

Força sovint se sol confondre el retribucionisme amb una versió o manifestació de la «lleï del talió» (ull per ull), en el sentit que la pena ha de consistir en un mal equivalent o equiparable al mal comès. En realitat, aquesta «equivalència de mals» no forma part de la concepció retribucionista de la pena, ja que aquesta el que estableix és que la pena ha de ser proporcional a l'ofensa; és a dir, més greu la pena com més greu hagi estat l'ofensa, però en cap moment s'exigeix que siguin equiparables. Un bon exemple ens l'ofereix l'obra d'Andrew von Hirsch, un dels principals representants actuals de la «teoria del just mereixement», i que proposa penes màximes de cinc anys de presó per als delictes més greus.

Una de les conseqüències que es deriven de l'exigència de proporcionalitat en les penes és que aquestes també han de ser *determinades*: si la pena és proporcional a l'ofensa, dues ofenses iguals no poden tenir penes diferents o de diferent durada. Per això, des d'una concepció retribucionista, una pena com la cadena perpètua no estaria justificada, ja que la seva durada és indeterminada i diferent per a cada individu, encara que se'l condemni pels mateixos fets (no és el mateix un subjecte de vint anys que un altre de seixanta, per exemple). En canvi, sí que podria estar justificada una condemna molt llarga (de centenars d'anys de presó, per exemple) si aquesta resulta de la suma de penes determinades per cadascuna de les ofenses comeses (per exemple, en una condemna per un acte terrorista en el qual moren trenta persones, es pot

#### Referència bibliogràfica

A. von Hirsch (1998). *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta.

imposar una pena de X anys per cada víctima assassinada, la qual cosa dona lloc a una condemna que en la pràctica seria com la presó perpètua, però així i tot hi hauria una diferència simbòlica important, en la mesura en què aquesta condemna seria la *justa i merescuda*).

b) L'altra gran teoria de la justificació i les finalitats de la pena és la **utilitarista** o de la **prevenció**. L'utilitarisme és una concepció moral general d'acord amb la qual els comportaments moralment correctes són els que proporcionen la màxima felicitat o benestar per al màxim nombre de persones. És, per tant, una concepció *conseqüencialista*, ja que té en compte les conseqüències dels actes i no els tipus d'actes en si (un acte no és moralment bo o correcte perquè s'ajusti a certs principis morals –com complir les promeses, no fer mal a innocents, etc.–, sinó en funció de si les seves conseqüències maximitzen alguna cosa que es considera bona, com el benestar, la felicitat, les preferències personals, etc.). Aplicat a l'àmbit penal, l'utilitarisme parteix del pressupòsit que el que més benestar o felicitat proporciona al màxim nombre de persones és la reducció de la criminalitat (que hi hagi menys delictes), per la qual cosa les penes han d'anar orientades cap a aquesta finalitat. És a dir, la finalitat primordial no és «materialitzar un ideal de justícia», sinó utilitzar el poder coactiu propi del dret penal per a desincentivar la comissió de delictes i reduir la criminalitat, que és el que proporciona més satisfacció a més persones.

Per tant, la funció de la pena és la *prevenció*, que es duu a terme associant una conseqüència negativa als comportaments que es volen evitar, de tal manera que aquests comportaments es desincentiven. D'aquí se segueix que les penes no han de seguir un criteri de proporcionalitat respecte de la gravetat de l'ofensa i la culpabilitat del subjecte, sinó un criteri d'eficàcia: els comportaments que més es desitgin evitar són els que hauran d'estar castigats amb penes més severes. En conseqüència, no hi hauria cap incoherència a castigar amb més severitat comportaments que en principi ens semblen menys greus, però l'índex de comissió dels quals es vol reduir. El dret penal passa a ser, doncs, un instrument més de la política per a intentar combatre la delinqüència.

Dins de la teoria de la prevenció sol diferenciar-se entre dues versions, conegudes com la *prevenció general* i la *prevenció especial*. La prevenció general es basa en el tipus de comportaments delictius, i estableix sancions més elevades per als delictes que més es volen evitar, mentre que la prevenció especial pren en consideració no els comportaments en si, sinó el subjecte que els realitza, de manera que per uns mateixos fets es poden imposar sancions diferents, depenent de circumstàncies com la perillositat estimada del delinqüent, el risc de reincidència, etc.

Les teories de la prevenció especial han tingut una notable repercussió en països com Estats Units, fins al punt que en alguns estats i per diferents períodes es van arribar a establir penes indeterminades (per exemple, una privació de llibertat pel temps necessari fins que els exàmens pertinents mostressin que el risc de criminalitat del subjecte s'havia reduït prou). Actualment, en alguns estats com Wisconsin s'empren algorismes informàtics per a determinar el grau de perillositat i de probable reincidència dels acusats (per exemple, amb el programa COMPAS –*Correctional Offender Management Profiling for*

*Alternative Sanctions*–), que va tenir ressò mediàtic el 2017 quan un jutge es va basar en les dades proporcionades per l'algorisme per a condemnar una persona a sis anys de presó pel delictes de fugir amb cotxe de la policia).

No obstant això, les dues concepcions aquí presentades (retribucionista i utilitarista) serien versions «pures» a les quals no solen ajustar-se els sistemes penals reals dels diferents països. El més habitual és que optin per algun tipus d'esquema mixt, que combini aspectes de retribució amb aspectes de prevenció. Així, per exemple, és habitual (com en el sistema espanyol) que, en lloc d'establir-se una pena específica i completament determinada per a cada delictes, s'estableixi un marc o marge (per exemple, l'article 138 del Codi penal estableix que «El qui mati a altri ha de ser castigat, com a reu d'homicidi, amb la pena de presó de deu a quinze anys»), de manera que, essent cert que els delictes considerats més greus tenen assignades penes més altes, els jutges poden tenir en compte altres circumstàncies del cas i de l'acusat per a concretar la sanció que cal imposar.

### 2.3. La justícia distributiva. La teoria de la justícia de Rawls

Ja s'ha comentat anteriorment que l'ésser humà és un animal social i que la cooperació social és indispensable per a obtenir certes finalitats, recursos i objectius que serien molt difícils o impossibles d'aconseguir o d'obtenir amb l'esforç purament individual. La vida en societat, doncs, comporta una sèrie de beneficis, tant materials (per a la subsistència i benestar) com immaterials (seguretat, coneixement, etc.). Però per a poder obtenir aquests beneficis, són necessaris també esforços, treball, obligacions, sacrificis i recursos. Per tant, la vida en societat comporta beneficis però també càrregues. La distribució entre aquests beneficis i càrregues també es pot analitzar en termes de justícia. Intuitivament, molts considerariem injust que una persona o un grup privilegiat gaudís sistemàticament de tots o de gran part dels beneficis de la vida en societat sense assumir cap o gairebé cap de les càrregues, ja que ho concebem com un cas d'explotació.

La justícia distributiva consistiria en el conjunt de principis i criteris que determinen la distribució justa o moralment acceptable dels beneficis i les càrregues socials, o, dit altrament, dels drets i deures relacionats amb l'accés i repartiment dels recursos materials i immaterials de la vida en societat.

Les diferents propostes teòriques formulades en l'àmbit de la filosofia moral i política sobre quins principis bàsics haurien d'ordenar una societat justa es denominen *teories de la justícia*. Existeixen pràcticament tantes teories com autors, encara que es poden agrupar en grans famílies (liberalisme, marxisme, comunitarisme, multiculturalisme, republicanisme, feminisme, etc.), amb moltes variants dins de cadascuna. Com que aquí no és possible abordar-les totes, ni tan sols breument, ens centrarem només en la proposta del filòsof nord-americà John Rawls (1921-2002), que l'any 1971 va publicar l'obra *A Theory of*

#### Referència bibliogràfica

J. Rawls (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

*Justice*, que s'emmarca dins del corrent conegut com a *liberalisme polític igualitari* i que ha tingut un enorme impacte en la discussió filosòfica de les últimes dècades.

Aquest professor de Harvard va obtenir reconeixement i prestigi mundials després de la publicació de la seva obra *A Theory of Justice* (1971), que aviat es va convertir, pel seu interès, rigor i qualitat, en un referent ineludible tant en el seu àmbit «propi» (la filosofia política) com en altres camps més o menys afins, com la filosofia moral, la ciència política, l'economia o el dret.

Hi ha un consens pràcticament unànime a considerar-la com una de les obres de referència del seu àmbit del segle XX, i la seva influència ha estat tan gran que no es pot entendre la discussió en filosofia política de les últimes dècades sense tenir en compte l'obra de Rawls, ja que pot afirmar-se sense exageració que tot el debat, directament o indirectament, gira entorn de l'obra d'aquest autor, ja sigui defensant-lo, criticant-lo, matisant-lo o interpretant-lo.

Es tracta d'una obra amb un alt nivell de complexitat i sofisticació, raó per la qual ens limitarem només a assenyalar de manera breu i molt simplificada alguns dels seus trets principals.

### **2.3.1. La posició originària i el vel de la ignorància**

Pot considerar-se que la teoria de la justícia de Rawls entronca amb la tradició contractualista clàssica dels segles XVII i XVIII (filòsofs com Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau o Immanuel Kant), ja que l'autor se serveix de l'instrument teòric del *contracte social* (un hipotètic acord entre els membres de la societat per a crear una comunitat política o Estat), especialment en la seva versió kantiana, com un dels principals suports de la seva teoria, si bé amb un nivell de desenvolupament i precisió molt superior al que trobem en els contractualistes clàssics. A més, la seva concepció del contracte social és purament teòrica, en el sentit que ve a ser una mena d'experiment mental que no es dona ni pot donar-se en la pràctica (cosa que, d'altra banda, no el priva en absolut de validesa justificatòria).

En síntesi, sosté que els principis de justícia (els que regeixen en una societat justa) són els que serien triats per persones lliures i iguals (que comparteixen una certa antropologia) en la situació que ell denomina **posició originària**, en la qual les persones es troben sota el **vel de la ignorància**.

És important destacar que Rawls parteix de certes assumpcions antropològiques, és a dir, de certes idees bàsiques sobre com som els éssers humans. La seva teoria, per tant, podria no funcionar sota pressupòsits diferents.



Rawls parteix, en primer lloc, de la idea que els éssers humans som racionals i autointeressats. La racionalitat s'entén aquí en un sentit purament instrumental o aristotèlic, és a dir, com la capacitat de seleccionar el mitjà més adequat o eficaç per a aconseguir la finalitat proposada.

La racionalitat és, per tant, independent de la bondat o maldat de la finalitat, de manera que si, per exemple, l'objectiu d'una persona és posar fi a la vida d'una altra, serà més racional clavar-li un ganivet al cor que copejar-la amb un plomall.

L'autointerès, d'altra banda, significa que la finalitat primordial dels individus és la satisfacció dels seus propis interessos o propòsits. Rawls insisteix que el fet que els individus siguin autointeressats no implica ni que siguin egoistes ni que siguin envejosos: no són necessàriament egoistes perquè entre els seus propis interessos pot haver-hi el d'ajudar els altres; i no són (necessàriament, si més no) envejosos perquè només estan interessats en la consecució de les seves pròpies finalitats, sense tenir en compte el grau d'èxit dels altres en la satisfacció dels seus interessos.

Per exemple, jo puc tenir com a fi l'obtenció d'uns ingressos de 50.000 euros anuals, i considerar-me satisfet si aconseguixo el meu objectiu, independentment de si altres tenen uns ingressos de 100.000 o de 500.000 euros.

Un altre tret antropològic destacable és el de certa aversió al risc. Això significa que, en situacions d'incertesa sobre el resultat final, els individus tendeixen a optar per l'alternativa que els asseguri el millor resultat possible (o el menys dolent) en cas que les coses surtin malament.

Suposem, per exemple, que podem triar entre dues apostes del tipus cara o creu. En una, el resultat pot ser que guanyem cent euros o que en perdem cinc, mentre que en l'altra el resultat pot ser que guanyem mil euros o que hàgim de pagar-ne mil. L'avversió al risc implica que es triaria la primera alternativa, ja que el resultat final en el pitjor dels casos és millor que el resultat final que obtindríem en el pitjor dels casos sota la segona alternativa.

Per aquesta raó, com veurem, Rawls utilitzarà el criteri *maximin* (maximització dels mínims), en lloc del criteri *maximax* (maximització dels màxims).

Un altre dels pressupòsits teòrics de Rawls (que en realitat és comú a qualsevol teoria de la justícia) és el del context de l'«escassetat moderada». En un context d'extrema abundància (com el que havia ideat Karl Marx respecte de la societat comunista), no té sentit parlar de justícia distributiva, ja que qualsevol membre pot proveir-se dels recursos necessaris per a desenvolupar el seu pla de vida. Tampoc no es pot parlar de justícia en un context d'extrema escassetat, ja que no hi ha res per a ser distribuït.

Els individus que participen en la deliberació i elecció dels principis de justícia, i que comparteixen aquestes característiques antropològiques, es troben en el que Rawls denomina *posició originària*. Aquesta situació és ideal i no real (no es dona ni es pot donar en la pràctica perquè és una construcció teòrica), i es caracteritza perquè en tal situació els participants es troben sota el *vel de la ignorància*. Això significa que, si bé tenen informació general sobre la societat de la qual formaran part, no tenen cap coneixement relatiu a ells mateixos ni a la posició que ocuparan en la referida societat, de manera que, entre altres aspec-

tes, no saben si seran homes o dones, quina llengua parlaran, si pertanyeran o no a un grup ètnic o religiós minoritari, si gaudiran de bona o mala salut, si tindran més o menys talents o capacitats intel·lectuals, quins seran els seus interessos i aficions, etc. (tots aquests aspectes formen part de l'anomenada «loteria natural», ja que no poden ser triats lliurement i cadascú és tal com la naturalesa ha determinat que sigui). Es tracta d'un requisit indispensable perquè el debat i la discussió en la posició originària no es vegin afectats i esbiaixats pels interessos individuals derivats de les circumstàncies concretes de cada individu, de manera que la reflexió es mantingui com més neutral millor.

En aquestes circumstàncies, i tenint en compte que els individus són racionals i autointeressats i tenen aversió al risc, es guiaran pel criteri *maximin* i escolliran els principis de justícia que els assegurin la millor situació possible per al cas en el qual els correspongui ocupar les situacions més desfavorides (per exemple, ser un ancià amb mala salut i d'una minoria ètnica i religiosa). En conseqüència, segons Rawls, com a resultat de la deliberació s'arribarà als dos principis bàsics de la justícia següents:

#### **Primer principi (drets i llibertats bàsics)**

Cada persona ha de tenir un dret igual al sistema total més extens de llibertats bàsiques (vida, integritat, consciència, expressió, sufragi, llibertat davant de detencions arbitràries, etc.), que sigui compatible amb un sistema de llibertats semblant per a tots.

#### **Segon principi (principi de la diferència)**

Les desigualtats socioeconòmiques només estan justificades si satisfan les dues condicions següents: a) han de millorar la situació dels que estan pitjor, i b) s'han de vincular a funcions o posicions accessibles a tots sota condicions d'igualtat d'oportunitats.

Un aspecte molt destacable de la teoria rawlsiana consisteix que entre aquests dos principis s'estableix un *ordre de prioritat lexicogràfic*, la qual cosa significa que no es pot iniciar la satisfacció del segon principi fins que el primer (drets i llibertats) estigui totalment satisfet. D'aquesta manera, s'assegura que el més important és que el poder polític garanteixi un conjunt de drets bàsics (els que habitualment es coneixen com a drets liberals o llibertats civils) i així, d'una banda, protegeixi el principi liberal d'autonomia (la possibilitat de perseguir el propi pla de vida sense ingerències externes il·legítimes) i, de l'altra, eviti que es pugui discriminar o oprimir qualsevol persona per qualsevol circumstàncies personals (com ara pel fet de pertànyer a algun grup minoritari, raons

ètniques, religioses, sexuals o d'una altra mena), la qual cosa assegura el principi liberal de dignitat, pel qual els individus s'han de fer responsables (tant als efectes favorables com als desfavorables) pel que fan i no pel que són.

El segon principi, denominat principi de la diferència, estableix certs requisits perquè les diferències de renda i de riquesa puguin considerar-se justes:

a) La primera exigència és que com a resultat d'aquestes es millori la situació dels que estan pitjor. Això implica que si, per exemple, partim d'una situació en la qual tant A com a B en tenen 10 i arribem a una situació en la qual A en té 20 i B en té 5, aquest enriquiment seria il·legítim, però, en canvi, si el resultat és que A en té 20 i B en té 11, no es podria objectar res, encara que en realitat hagi augmentat la desigualtat (i sempre que també se satisfaci la segona condició que després veurem). És destacable que el principi de la diferència (si més no en la interpretació més comuna que es fa de Rawls) no exigeix que la societat sigui cada vegada més igualitària en termes socioeconòmics, ja que, de fet, les diferències poden augmentar, però el resultat només serà just si l'enriquiment està vinculat al creixement econòmic de la societat i la situació dels més desfavorits millora. El que en cap cas seria just és que l'enriquiment d'alguns es fes a costa de l'empobriment dels que estan més mal situats. Aquesta exigència permet justificar teòricament l'existència d'un sistema impositiu que impliqui certa redistribució dels ingressos per a millorar així la situació dels menys afavorits (en forma de subsidis, ajudes, pensions, etc.).

b) La segona exigència del principi de la diferència és la igualtat d'oportunitats. No hi ha inconvenient que certs tipus de càrrecs, funcions o ocupacions estiguin més ben remunerats que uns altres, fins i tot encara que això signifiqui l'augment de les diferències socioeconòmiques, però l'accés a aquestes posicions socialment avantatjoses ha d'estar obert a tots sota condicions d'igualtat d'oportunitats. D'aquesta manera es prohibeix qualsevol tipus de privilegi o discriminació que faciliti o dificulti l'accés a aquestes posicions (com passaria, per exemple, si per a accedir a certs càrrecs es necessités cert tipus de formació que està reservada només a certa classe de persones –per exemple als homes i no a les dones, o als membres d'una ètnia i no als de la resta–, o a certa classe social). Aquesta condició, per tant, justifica l'existència de certes figures o institucions pròpies del que se sol conèixer com a estat del benestar, com ara són l'educació i l'assistència sanitària universals, amb la finalitat d'intentar col·locar tothom en la mesura del possible en la mateixa posició de sortida.

El principi de la diferència, en síntesi, mostra que Rawls defensa cert nivell de redistribució de la riquesa i per tant cert grau d'intervencionisme estatal en l'economia, cosa que posa límits a determinades conseqüències del lliure mercat. D'aquesta manera, ofereix un fonament teòric per als anomenats drets econòmics i socials, i permet qualificar Rawls com a liberal progressista o igua-

litari (la qual cosa, en termes més familiars, aquí seria qualificat com de centre esquerra). Però en cap cas es tractaria d'un igualitari radical, ja que el nucli liberal de la seva teoria té prioritat sobre els aspectes socioeconòmics.

Partint d'aquests principis de justícia, Rawls en proposa la plasmació mitjançant els instruments propis del dret, a fi d'assegurar-ne així l'eficàcia, en fases successives: primer en la Constitució, que ha de reconèixer i protegir els drets i llibertats bàsiques (primer principi de justícia), i més endavant en la legislació, que ha de desenvolupar les mesures pertinents per a assegurar la satisfacció del segon principi (millora de la situació dels més desfavorits i igualtat d'oportunitats).

## Resum

L'àmbit del dret està indissolublement lligat als conceptes de justícia i moralitat, amb els quals té estretes relacions. En aquest últim mòdul, hem vist breument algunes d'aquestes connexions i hem centrat l'atenció en dos aspectes: l'anàlisi de l'existència o no d'un vincle *conceptual* entre el dret i la moral (si la justícia és o no una exigència per a poder considerar o qualificar alguna cosa com a «dret»), i el paper del dret en la promoció de la justícia.

Quant al primer aspecte, hi ha dues tradicions teòriques principals: el jusnaturalisme (pel qual hi ha una connexió necessària o conceptual entre el dret i la moral), i el juspositivisme o positivisme jurídic, pel qual aquesta connexió necessària no existeix, sense que això impliqui que la justícia o la moralitat siguin irrelevantes per al dret. Hem pogut examinar les principals característiques de cada posició i els seus principals problemes.

Pel que fa al paper del sistema jurídic com a promotor d'una societat més justa, és possible destacar en primer lloc el paper del dret com a garant de la justícia formal. Seguint Fuller, es tracta de certes característiques formals que haurien de satisfer els sistemes jurídics (generalitat, igualtat de tracte, estabilitat, irretroactivitat, etc.) i que, sense ser suficients per a garantir la justícia substantiva, sí que aporten un valor moral positiu en termes de justícia, en la mesura en què limiten l'arbitrarietat i promouen la seguretat jurídica.

Quant a la justícia material o dels continguts del sistema jurídic, es pot diferenciar entre la justícia retributiva i la justícia distributiva. La justícia retributiva busca restablir un ordre o equilibri que es considera que ha estat alterat o infringit de manera il·legítima, i es manifesta principalment en dos àmbits: la responsabilitat civil i la responsabilitat criminal. La responsabilitat civil està basada en el concepte de dany i en persegueix la reparació o la indemnització. Per la seva banda, la responsabilitat criminal es basa en el concepte d'ofensa i té com a propòsit sancionar o castigar l'agressió comesa. Tant un tipus de responsabilitat com l'altre està subjecte a una sèrie de principis configuradors i limitadors.

La justícia distributiva, d'altra banda, està vinculada a la distribució justa, adequada o acceptable dels beneficis i càrregues derivats de la vida en societat. Existeixen múltiples concepcions o teories de la justícia, i aquí ens hem centrat breument en una de les propostes més rellevants de les últimes dècades, que és la teoria de la justícia de John Rawls, basada en els ideals de llibertat, igualtat i imparcialitat. D'acord amb aquesta teoria, el propòsit principal de tota estructura politicojurídica és el reconeixement i protecció d'un conjunt de drets i llibertats fonamentals i iguals per a tots els membres de la societat, i, una vegada garantit aquest punt, estableix una sèrie de criteris per a determi-

nar com i quan les desigualtats socioeconòmiques estan justificades, i com ha d'intervenir l'estat (mitjançant el dret) per a corregir les desigualtats injustes, duent a terme activitats redistributives.