

## **Els principis constitucionals bàsics.**

En les eleccions del 27 de setembre del 2015 els ciutadans de Catalunya varen elegir per primera vegada en la seva història un Parlament amb una majoria de membres que es van presentar amb un programa independentista. El 9 de novembre d'aquell mateix any, la primera resolució aprovada de la legislatura (1/XI) confirma la voluntat d'aquella majoria parlamentària i “declara solemnement l'inici del procés de creació d'un estat català independent en forma de república”. Si el referèndum anunciat pel president de la Generalitat per al primer d'octubre del 2017 confirma que la majoria de ciutadans opta per a l'estat independent en forma de república, es tancarà l'etapa autonòmica i caldrà iniciar un procés constituent que permetrà crear un nou dret públic, poc o molt diferent del que avui està vigent a Catalunya. Però de manera semblant al que succeeix amb un artesà que per fer un cistell necessita uns vímetes preexistents, qualsevol nou ordenament jurídic no parteix de zero, per molt que sigui radicalment oposat al que substitueix, ni es canvia instantàniament. Si aquest anunciat procés de desconexió de l'Estat espanyol es materialitza, és lògic pensar que l'ordenament jurídic català resultant no canviarà totalment d'un dia per altre sinó que gradualment s'aniran aprovant noves normes que substituiran les que es considerin necessàries derogar o modificar, en un procés que pot durar no només mesos sinó fins i tot alguns anys. Per tant, durant tot aquest període caldrà continuar coneixent i aplicant l'actual ordenament jurídic català autonòmic, perquè serà la base de la que partirà el nou ordenament estatal català.

Aquest nou ordenament estatal català, i molt especialment el seu dret públic, es podrà anar distanciant tant com es consideri necessari de la seva base autonòmica, però considerem que en primer lloc caldrà fer una profunda diagnosi del què ha funcionat bé i del què no en l'etapa autonòmica i decidir què cal canviar per intentar afrontar els reptes que vindran de la millor manera possible. No ens podem permetre un futur impensat, però tampoc seria bo precipitar-se i improvisar solucions que no estiguin ben reflexionades. Considerem que no cal obsessionar-se en el canvi pel canvi, només per la voluntat de diferenciar-se de l'etapa anterior, sinó que cal aprofitar tot el que es valori com a positiu del dret autonòmic i que es consideri convenient de mantenir. Com que segurament no hi ha un ordenament que, en conjunt i com a bloc, pugui servir de model, serà necessari buscar les possibles alternatives en tots aquells ordenaments jurídic que es considerin un referent en algun tema en concret, fins a les novetats més recents, i tenir la perícia de saber traslladar-les al nostre ordenament sense copiar acríticament sinó adaptant tot allò que calgui a les nostres necessitats i circumstàncies, a la nostra cultura política i administrativa. Però tan o més important que saber seleccionar els millors referents actuals en cada àmbit del dret públic, considerem que és també important i convenient pouar en els nostres antecedents històrics, no perquè el passat sempre sigui millor, però tampoc descartant a priori que tot el que és passat ja no serveix. El que proposem, doncs, no és una mirada al passat que sigui pura nostàlgia, en busca d'un temps i d'un dret idealitzat, una fugida del present per insatisfacció, per exhauriment o per incapacitat de conviure amb les complexitats pròpies de l'actualitat (el que Zygmunt

Bauman va anomenar *Retrotopia*, el títol del seu primer assaig pòstum), sinó una mirada que cerca en el passat inspiració, aliment i energia cap a nous impulsos i una mirada que s'esforça a trobar en el passat algunes claus de futur, potser les que obren les portes d'una gran construcció, potser claus desateses en el seu moment, potser deixades al marge. Coincidim amb l'exconseller Agustí M. Bassols, en que "la lliçó de la història ha de ser present a l'hora de forjar el nostre futur", i que una vessant d'aquesta història és el dret, però haurem de valorar si es pot continuar afirmant com feia Bassols que el dret és "un dels signes d'identitat del nostre poble"<sup>1</sup>. En definitiva, en la nostra tradició jurídica (que sabem rica i complexa, de les més avançades en diverses etapes històriques), hi volem buscar si hi ha algun element que ens pot continuar essent útil al segle XXI, ja sigui una institució o un mecanisme concret, un principi, una regla, un costum o convenció, bé per aplicar-lo convenientment adaptat, o si més no per a qüestionar aspectes del present, per reflexionar sobre el que actualment acceptem i donem per bo sense parar esment que pot haver-hi alternatives, o senzillament per repensar les bases del nostre dret des d'una perspectiva diferent i en algun cas ben allunyada del que avui donem per descomptat o com a única opció possible.

Amb aquesta intenció, i per il·lustrar aquesta recerca que considerem que caldria fer, posarem només 4 exemples extrets tots del llibre de Maspons i Anglasesell, *L'esperit del dret públic català*<sup>2</sup>:

1) *El concepte d'Estat: un Estat de Ciutats, basat en el principi de subsidiarietat.*

Segons Tomàs Mieres<sup>3</sup>, comentant els acord de les Corts de Montsó de 1363, Catalunya és una unió de ciutats (10 en aquell temps), i el nexa que les uneix és el fet de tenir una mateixa llengua, regir-se amb el mateix dret i coincidir en les mateixes prerrogatives. I la manera d'estar unides és semblant a la dels diferents membres d'un cos amb el seu cap: ciutats unides d'igual naturalesa. El cap és Barcelona, "llar comú del catalans", seu del govern, però sense que les seves prerrogatives li atorguin cap superioritat jurídica sobre les altres ciutats i poblacions del territori. Unes ciutats amb nombroses i importants atribucions, però en un règim de facultats proporcionades a la seva capacitat real. Òbviament aquestes idees de fons sobre el concepte d'Estat podrien inspirar actualment diferents opcions jurídiques, però una que ens podria ser útil avui, en el llenguatge d'avui, seria la *d'un estat que coordina un conjunt d'entitats subestatals fortes*, un poder que s'organitza des de la base, a partir del que avui anomenen "principi de subsidiarietat", molt predicat a l'Estat espanyol i a la Unió Europea, però poc o molt

1 Agustí M. Bassols : "Pòrtic". A: Josep M. Mas i Solench , *Mil anys de dret a Catalunya*. Barcelona: Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 1989. pàg. 5.

2 F. Maspons i Anglasesell, *L'Esperit del dret Públic Català*, Barcelona: Barcino, 1963. F. Maspons i Anglasesell, *L'esperit del dret públic català*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya (edició facsímil), 2006. Darrerament s'ha publicat el llibre: Josep Serrano Daura (coord.), *Francesc Maspons i Anglasesell*, Barcelona, Societat Catalana d'Estudis Jurídics, 2017.

3 El jurista Tomàs Mieres (Girona, 1400 - Barcelona, 1474), seguidor de Jaume Callís, fou un famós conseller d'Alfons IV (el Magnànim) i un dels mestres del Dret català a qui reconeixien més autoritat els grans jurisconsults dels segles següents (Joan Pere Fontanella, Jaume Càncer o Lluís de Peguera).

poc portat a la pràctica. La subsidiarietat implica que els assumptes s'han de resoldre en les instàncies més properes als interessats, però en un context de democràcia més participativa podria suposar també reconeixement de l'autonomia de cada ens subestatal per establir els seus objectius i decidir els processos amb què s'intenta assolir-los, i implicaria per tant diàleg i participació de tots els membres (individuals i col·lectius) del grup social en la definició dels objectius globals, en el disseny de les estratègies per aconseguir-los, en la seva execució i en la seva avaluació així com el respecte dels instruments d'autoregulació i co-reglamentació.

### 2) *La finalitat de l'Estat: assegurar el benestar de la ciutadania.*

Quan són instituïdes les Corts catalanes ho són per a organitzar i “redreçar”, això és, millorar “el bon estament de la terra”, i segons les Corts de 1283 el benestar consisteix en que els ciutadans tinguin assegurades llurs “llibertats e franqueses”. És a dir, *garantir drets i llibertats* i assegurar les condicions per a poder exercir efectivament aquests drets. I per Lluís de Peguera, el jurista manresà que va ser primer magistrat del més alt tribunal de Catalunya, sense el respecte d'aquests drets no hi pot haver pau ni prosperitat social, perquè la base d'aquesta pau és la justícia, que hauria de ser el “fonament principal de la cosa pública”, afegia Eiximenis, per a qui aquest règim de pau s'havia de basar en una àmplia llibertat. I en la pragmàtica atorgada el 1384, el príncep Joan, actuant de lloctinent de Pere III, ve a dir que el deure de justícia l'obliga, no sols a evitar als súbdits els danys, fraus i perills, sinó també a què amb tota cura, i tant com sigui possible, n'eviti les causes; per tant, aplicat a la desigualtat, aquest fora un principi que obligaria a eradicar-ne les causes i aniria més enllà del que avui podríem formular com el mandat dels poders públics per a remoure els obstacles que impedeixen que la llibertat i la igualtat siguin reals i efectives. Així, per a Maspons i Anglasesell, la missió de l'Estat català va ser “mantenir la unió nacional per mitjà de la mutual cordialitat, assegurar la prosperitat pública i garantir als ciutadans el respecte a la llibertat amb un règim de justícia”<sup>4</sup>. Unes finalitats, doncs, en consonància amb les que avui considerariem pròpies d'un estat social, però que no naixerien a la segona meitat del segle XX sinó que arrencarien de finals del s. XIII i que ens podrien alertar, de nou, que sense justícia no hi ha pau i que aquest *règim de pau* es pot aconseguir en una àmplia llibertat, és a dir, sense contraposar llibertat i seguretat. I que la finalitat última d'aconseguir una certa igualtat en les condicions materials d'existència de les persones seria garantir l'exercici de llurs llibertats i opcions de vida.

### 3) *La llei com a pacte.*

Tots els tractadistes coincideixen a exposar que, en el sistema jurídic anterior al 1714, a Catalunya *les lleis són paccionades*. La llei és un pacte entre el rei i el poble, això és, entre l'autoritat i els governats, i té les característiques d'un contracte entre les dues

4 F. Maspons i Anglasesell (2006): *L'esperit del dret públic català*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya (edició facsímil), 2006. pàg. 11.

parts<sup>5</sup>. Avui, potser es podria renovar la idea de pacte, a partir d'aquell antic principi que *no concebia la llei com a producte de l'autoritat sinó que requeria també la participació i l'acord dels legislats*; i ens podria portar a la idea que el parlament per si sol no pot ser poder legislatiu sinó que necessita de forma imprescindible una participació ciutadana, més o menys estructurada, però que anés molt més enllà de les actuals compareixences en el procés legislatiu de les organitzacions i dels grups socials (art.29.4 EAC). I un pacte en que la prèvia negociació (en la que cada part obté el que pot dels seus interessos a canvi d'una contrapartida) no hauria de fer perdre de vista el bé comú o interès general, però un pacte que garanteix millor l'objectiu que la llei sigui més aplicada, perquè serà més acceptada pels que l'han de complir, senzillament perquè serà vista més com un contracte que no pas com una imposició.

#### 4) *Concepte i finalitat de la llei i activisme judicial: la veu del jutge és la veu del dret.*

En relació al concepte, característiques i finalitat de la llei en el sistema jurídic català anterior al 1714, trobem una sèrie de principis que poden ser un dels elements a tenir en compte per a la nostra reflexió actual: la llei ha de ser estatuïda per a la comú utilitat dels ciutadans; *cal legislar només en cas de necessitat*; la finalitat de les lleis és assegurar la *llibertat d'actuació i el predomini de l'equitat* en l'ús d'aquesta llibertat (fins al punt que, segons Fontanella, una llei deixa de ser invocable quan no assegura l'equitat de la solució, perquè li manca allò que té de més estimable). Segons Antoni d'Oliba (Porta, 1534 - Barcelona, 1604), perquè la llei mereixi aquest nom ha de tenir, entre d'altres, les següents qualitats: cal que s'adigui als temps i que sigui útil, convenient fins a la necessitat, clara i fàcilment intel·ligible; cal fer-la eminentment intel·ligible i practicable als legislats; i per això cal que els textos legals siguin breus. Són unes condicions tan bàsiques que podrien semblar unes obvietats que no caldria recordar, sinó fos que tan sovint semblen oblidades, avui i arreu. Però tal com remarca Maspons (recollint l'opinió dels juriconsults), la característica més sobresortint de les lleis, la que resumeix i pressuposa totes les altres, és que siguin equitatives. És a dir, que no puguin portar a solucions injustes. Per això cal avantposar les solucions de justícia al formulisme de les normes escrites. Per això els jutges no estaven obligats a fallar segons llei sinó segons Dret i justícia, i havien de judicar segons veritat abans que segons llei, és a dir, segons allò que els fets posaven en evidència. Per tant, derivat del concepte de llei, un model judicial que podríem considerar més proper al del jutge nord-americà que del model judicial que sorgeix de la revolució francesa. Perquè el jutge del sistema americà pot controlar la constitucionalitat de la llei, i pot per tant col·locar-se per sobre la voluntat del poder executiu i legislatiu quan aquesta voluntat lesioni un dret o llibertat constitucional. Quelcom impensable en el sistema europeu, no només perquè fins a començaments del segle XX li faltava el pressupòsit necessari del control de la constitucionalitat (la supremacia normativa de la Constitució) sinó també perquè era

5 Per Guillem de Vallseca a les corts de Barcelona, a les de Montsó i a les altres corts, s'estipula una convenció, que a més de ser jurada pel rei és intervinguda per notari, i que el rei queda obligat a complir. A Catalunya el rei, per ell sol, no pot legislar; legislen rei i poble juntament, i les lleis obliguen el rei tant com els altres, i en entrar en vigència, el rei jura que les complirà i no sols l'obliguen a ell sinó també als qui tenen autoritat per ell.

hereu d'aquella concepció del poder judicial com a poder neutre (Montesquieu) que considerava que el jutge s'havia de limitar a ser "la boca de la llei", un aplicador mecànic de la llei a través del sil·logisme de la subsumció. Per tant, enfront a l'imperi de la llei, un jutge que en aplicar la llei ha de protegir les persones de les violacions dels seus drets per part de la llei formal. En front al "jutge cec" que es limita a aplicar la llei (que té un rol més aviat estàtic i mecànic), un jutge que ha d'assumir el repte de constituir-se en el primer i principal protector dels drets i, mitjançant la interpretació de la norma des de la Constitució, ser creador del Dret. Evidentment, aquest *activisme judicial* té riscos, i és un model que, a més de partir d'una determinada concepció de la Constitució, la sobirania, la llei i la divisió de poders, només es pot basar en un alt nivell de confiança en els jutges. Aquest és un element clau. No és el mateix un sistema com el que neix amb la revolució americana<sup>6</sup> (on la confiança en els òrgans judicials va constituir el pilar fonamental per a la consolidació de l'estat emergent i és avui encara un dels pilars de la democràcia americana), que un sistema que neixi desconfiant del poder judicial, com va néixer *l'estat de dret* en l'àmbit continental europeu o com va succeir en el règim constitucional espanyol del 1978 (en que tots els jutges provinents del règim franquista teòricament van haver de passar, de la nit al dia, a ser aplicadors i garantistes dels drets fonamentals).

A aquests quatre exemples ressenyats, encara es podrien afegir com a elements per a la reflexió molts altres principis i institucions d'aquell dret públic català anterior al 1714, com ara la possibilitat del costum contrari a llei, el desús com a mecanisme de derogació, el predomini de l'equitat i per tant la proscripció de l'abús que s'empara en la fórmula legal per a imposar un rigorisme contrari al seu esperit, el dret a faltar a la llei quan l'aplicació de la llei a un cas concret produeixi una injustícia (perquè no es pot presumir que el legislador volgués imposar la llei en aquests casos, i primer és atorgar justícia als ciutadans abans que imposar-los implacablement una llei), la importància de la composició del Tribunal de "contrafaccions" contra les lleis en vigor, la gratuïtat de la justícia per aquell que només viu del seu treball (perquè quan pledeja es veu forçat a esmerçar un temps que altrament dedicaria al treball), etc.

Per a una nova Constitució a l'Europa del segle XXI, hi ha tota una sèrie de principis bàsics, regles, valors i institucions que necessàriament han de ser presos en consideració per als constituents, ja sigui per a incorporar-los en alguna de les seves formulacions tradicionals, per redefinir-los, o per rebutjar-los, si cal, després d'un imprescindible debat. Ens referim a pilars tan bàsics del constitucionalisme com ara la subjecció dels poders públics al dret, la divisió de poders, la independència judicial, el control de constitucionalitat de les lleis, la seguretat jurídica, la garantia dels drets i llibertats, la sobirania popular, la participació representativa i la participació directa, el pluralisme, la igualtat davant la llei i la igualtat material o en la llei, la llibertat d'empresa, el dret de propietat privada (i els seus límits com per exemple la funció social), la prohibició de la pena de mort i tot tipus de tortura o tracte inhumà, els requisits per a la nacionalitat o ciutadania, l'oficialitat lingüística o els símbols nacionals, entre molts d'altres; i també

6 I en general en el dret anglosaxó, però abans també en el dret romà.

caldrà tenir necessàriament presents altres elements de més nova formulació i tan diversos com el dret d'accés als serveis públics, els principis de transparència i accés a la informació pública, el dret a l'accés a les tecnologies de la informació i la comunicació, a la protecció de dades personals, el dret a l'oblit, la perspectiva de gènere, el foment de la pau i la cooperació al desenvolupament, el dret a una renda bàsica de ciutadania, el desenvolupament sostenible, la protecció enfront la investigació i aplicació de les biotecnologies, i un llarg etcètera. És evident que són qüestions rellevants per al dret constitucional, i que en el moment que es decideixi incorporar-los o no a un text constitucional, no només seria molt convenient i necessari el treball rigorós d'experts constitucionalistes sinó també el debat i l'aportació ciutadana, com més millor. Una anàlisi mínimament profunda de tots o d'algun d'aquests temes requeriria molt més espai i temps del que disposem en aquesta ponència i s'apartaria de l'objectiu que ens hem fixat que, deixant de banda aquestes qüestions esmentades, hem preferit centrar en els quatre exemples comentats, per començar a esbrinar si la nostra tradició jurídica també ens pot aportar principis constitucionals bàsics per al segle XXI i per obrir el debat sobre si el nostre dret públic actual té o no un esperit i, si el té, si és o no el mateix esperit d'aquell dret públic català que glossà Maspons, un esperit de llibertat, de proscripció de l'abús, que anhelava en tot moment que el dret no pogués portar a solucions injustes.

I en aquest sentit, i per acabar, només una reflexió final. En aquest moment de canvi històric que estem vivim, estem convençuts que ens cal una mica de prospectiva, perquè les societats que dediquen temps a pensar-hi segurament s'hi poden adaptar millor i, si cal, intentar canviar-lo. Ara que estem a les portes d'un nou començament, d'una etapa fundacional, és convenient i necessari tornar la mirada a la nostra tradició jurídica, ara ja reposada i tamisada pel temps, per si fos possible redescobrir-hi una nova força, *una nova inspiració*. Un punt de partida per a la reflexió prèvia a la tasca ingent de bastir una Constitució i progressivament tot un nou ordenament jurídic que, enllaçant amb aquell esperit del dret públic català, sigui un camí obert a la més àmplia llibertat.

### Algunes consideracions per al debat i aportacions a fer a aquesta ponència:

1.- Actualment la societat demanda de forma clara els valors d'igualtat i de llibertat i que l'autoritat sigui legítima.

QUI ENTENEM ACTUALMENT QUE ÉS *AUTORITAT*, I EN BASE A QUINS PRINCIPIS SUPREMS CAL QUE QUEDI OBLIGADA LA SEVA ACTUACIÓ?

2.- Els drets de ciutadania són inherents a la naturalesa humana i d'aquesta supeditació deriven les limitacions del poder, de l'autoritat.

L'autoritat és un càrrec d'obligacions d'acord amb el que els seus governats li poden demanar.

Històricament el dret català li imposava els següents deures:

- Garantir llibertats
- Assegurar règim de justícia
- Defensar pacífica possessió de llurs béns

ELS CONSIDEREM VIGENTS? CAL DEFINIR-NE DE NOUS?

3.- Pren especial rellevància el concepte de funció legislativa. El dret i la justícia són anteriors i superiors a la llei, que és un instrument que els recull i expressa en forma concreta i fàcil. La llei serveix per tal que algú amb capacitat expressi com han d'ajustar el actes de l'ésser humà al bé. L'autoritat no crea dret sinó que el recull, i el mostra en normes clares i expressives i només si cal. La llei és expressió de normes d'actuació superiors, adequada als principis de la moral, útil, convenient, clara, i equitativa. La finalitat de les llei és assegurar la llibertat d'actuació i el predomini de l'equitat en l'ús d'aquesta llibertat.

El dret català entén la LLEI com un PACTE entre l'autoritat i els governants. Mentre les institucions catalanes han pogut determinar la seva pròpia manera de fer s'ha establert que la llei és un contracte entre els ciutadans i l'autoritat, que l'han de complir.

EN BASE A QUINS PRINCIPIS ES PODRÀ GARANTIR AQUEST PACTE? INICIATIVA LEGISLATIVA? PARTICIPACIÓ CIUTADANA REAL I PLENA? QUIN TIPUS DE PACTE?

4.- Cal tenir en compte que el sentit de la justícia resulta de les circumstàncies del fet. El jutges han de judicar segons la veritat abans que segons la llei, segons allò que els fets posen en evidència.

COM DEFINIR ELS PRINCIPIS QUE CONJUGIN AQUESTA EQUITAT, I L'APLICACIÓ DE LA JUSTICIA PER DAMUNT LA LLEI?

5.- D'altra banda cal que estigui configurada la subjecció de l'autoritat a la llei. Quantes més atribucions té l'autoritat el perill d'abús de qui l'ostenta esdevé més gran. Per això cal establir restriccions a qui l'ostenta.

CREIEU QUE LA SUBJECCIÓ DE L'AUTORITAT ALS PRINCIPIS CONSTITUCIONALS QUE DEFINEIXEN UN ESTAT SEGONS LES INSPIRACIONS DEL "DRET PÚBLIC CATALÀ" HAURIA DE SER SUFICIENT GARANTIA PER A LA IMPOSSIBILITAT D'AQUEST ABÚS PER PART DE L'AUTORITAT? QUINS MECANISMES DE GARANTIA CALDRIA ESTABLIR?

Joan Lluís Pérez Francesch  
Marcel Mateu i Vilaseca  
Dolors Miravet Masip  
Damià del Clot i Trias