

# Un esguard del jurista contemporani al Tribunal de Contrafaccions

Comentari del llibre La Defensa de les Constitucions de Catalunya

**Pau Bossacoma Busquets**

Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

BARCELONA, JULIO 2015

## **Abstract**

*Aquest esguard del jurista contemporani al Tribunal de Contrafaccions és un treball singular. Es troba a mig camí entre una recensió i un article. Amb el pretext de presentar i alabar el llibre La Defensa de les Constitucions de Catalunya de Josep CAPDEFERRO i Eva SERRA, s'aprofita l'ocasió per a comentar el prometedor però efímer Tribunal de Contrafaccions (1702-1713) i la possible evolució del dret públic català. Per bé que es dediquen múltiples lloances al llibre i al Tribunal, també hi ha passatges crítics. Les crítiques sobre l'alt Tribunal, el dret històric català i el sistema polític de llavors són formulades des de la perspectiva del jurista i polític contemporani. Una mena de judici desproveït de l'expertesa i la sensibilitat de d'historiador però nodrit de les teories jurídiques i polítiques venidores i d'experiències comparades que permeten il·lustrar diversos camins reformistes i revolucionaris cap al liberalisme democràtic. Aquest comentari s'escriu amb la intenció que sigui accessible i d'interès tant per als qui han llegit La Defensa de les Constitucions de Catalunya com per als qui encara no ho han fet. Entre altres reflexions, s'explora si el Tribunal de Contrafaccions hauria o no hauria de ser considerat una mena de tribunal constitucional. Tot i que se li acabi negant aital qualificació, no significa degradar-ne la seva rellevància ni tampoc refusar la qualificació de l'ordenament jurídic català com a constitucionalisme dispers i flexible o, com a mínim, de preludi de constitucionalisme.*

*The present view of the contemporary jurist on the Court of Contraventions (Tribunal de Contrafaccions) is a singular work. It is in between a recession and a paper. With the pretext of presenting and admiring the book La Defensa de les Constitucions de Catalunya by Josep CAPDEFERRO and Eva SERRA, it comes the opportunity to commentate the promising but ephemeral Court of Contraventions (1702-1713) and the hypothetical evolution of the Catalan public law. Although both the book and the Court are praised, there are some critical passages. The critiques about that high Court, the historic Catalan law and the political system of that time are formulated from the perspective of the contemporary jurist and political scientist. A certain kind of judgement lacking the expertise and sensitivity of the historian but nourished by the forthcoming legal and political theories and compared experiences which allow to illustrate several reformist and revolutionary paths towards liberal democracy. That comment is written with the intention of it to be understood and to be of interest by the ones that already read La Defensa de les Constitucions de Catalunya and those who did not read it yet. Among other reflections, it is explored if the Court of Contraventions should or should not be considered a sort of constitutional court. Despite that nature being finally denied, that does neither mean degrading its relevance nor refusing the character of the Catalan legal order as a disperse and flexible constitutionalism or, at least, a prelude of constitutionalism.*

*Title: "A view of the contemporary jurist on the Court of Contraventions. Comment on the book La Defensa de les Constitucions de Catalunya"*

*Paraules clau: Història del dret, Catalunya, Tribunal de Contrafaccions, constitucions, constitucionalisme.  
Keywords: Legal history, Catalonia, Court of Contraventions, constitutions, constitutionalism.*

Em dispo a presentar unes lloances, observacions i crítiques a la recent obra dels professors Josep CAPDEFERRO i Eva SERRA. Primer de tot, aviso que conec els autors i, particularment, vull dir que el Dr. CAPDEFERRO va ser el meu professor d'Història del Dret i, actualment, és un bon company i amic (sense haver abandonat del tot el seu rol de mestre). Dit això, amb tota la franquesa, *La Defensa de les Constitucions de Catalunya* és un dels llibres imprescindibles per a qui vulgui conèixer el Tribunal de Contrafaccions.<sup>1</sup> L'insigne Víctor FERRO havia dedicat uns passatges i reflexions a l'alt Tribunal,<sup>2</sup> però ho havia fet des de l'estudi de les constitucions escrites i no, en canvi, des d'un treball d'arxiu exhaustiu i profund com han fet els professors CAPDEFERRO i SERRA.

Aquest és, doncs, el llibre genuïnament indicat per a introduir-se en l'apassionant estudi, fins ara inexplorat, del Tribunal de Contrafaccions, el qual esdevingué la cúspide del sistema judicial català i es dissenyà amb unes característiques tan peculiars que no sembla tenir homòlegs en altres indrets d'Europa. Seguint les paraules dels autors, "no es coneixen òrgans amb una concepció, una planta i/o unes funcions anàlogues enlloc de l'Europa d'aquell temps" (p. 36).<sup>3</sup> El Tribunal de Contrafaccions fou, durant la seva efímera existència (1702-1713), la darrera instància jurisdiccional encarregada de garantir i protegir les constitucions de Catalunya (el dret superior de la comunitat política dels catalans pactat, en seu de Corts Generals, entre el rei i la terra –els braços o estaments–).<sup>4</sup> Contrafer significa contravenir, vulnerar o obrar en contra d'una llei o d'un pacte. És a dir, el Tribunal de Contrafaccions va ser el garant últim de l'observança de les constitucions. Però tal funció jurisdiccional d'observança ja l'havia exercit prèviament la Reial Audiència. Així doncs, per quin motiu es va crear el Tribunal de Contrafaccions? Què el diferenciaria de la Reial Audiència?

Permeteu-me fixar unes premisses abans de respondre aquestes preguntes. L'establiment del Tribunal de Contrafaccions estava estretament relacionat amb la voluntat de garantir plenament tres normes fonamentals de l'ordenament jurídic català: (1) l'usatge "*Alium Namque*", (2) la constitució "*Volem, statuim, ordenam*" i (3) la constitució "*Poc Valria*". Segons l'antic usatge "*Alium Namque*", els comtes s'havien compromès a tenir justícia i

---

<sup>1</sup> Josep CAPDEFERRO i Eva SERRA (2014), *La Defensa de les Constitucions de Catalunya: El Tribunal de Contrafaccions (1702-1713)*, Generalitat de Catalunya, Barcelona. Hem de tenir present que dos llibres més densos dels mateixos autors aviat completaran la trilogia sobre el Tribunal de Contrafaccions. Les dues obres venidores són: Josep CAPDEFERRO i Eva SERRA (2015), *Casos del Tribunal de Contrafaccions de Catalunya (1702-1713)*, Generalitat de Catalunya, Barcelona. Josep CAPDEFERRO i Eva SERRA (2015), *El Tribunal de Contrafaccions de Catalunya i la seva activitat (1702-1713)*, Generalitat de Catalunya, Barcelona.

<sup>2</sup> Vid. FERRO (1987 p. 418-427).

<sup>3</sup> En el mateix sentit, Víctor FERRO escriu referint-se al Tribunal de Contrafaccions: "era un producte inconfusiblement autòcton, orfe de l'homologació de models exteriors". FERRO (1987 p. 424). El mateix autor apunta que un precedent del Tribunal de Contrafaccions es troba en el pacte d'incorporació a la Corona francesa de 1641 en el qual s'havia previst un tribunal mixt per a resoldre les causes de contrafacció (p. 418).

<sup>4</sup> El fet que títlem el Tribunal de Contrafaccions d'última instància jurisdiccional no pressuposa que calgués esgotar prèviament la via ordinària abans d'acudir al Tribunal.

jutjar per dret, és a dir, havien assumit un imperi del dret incipient.<sup>5</sup> En virtut de la constitució de 1283 que comença amb els mots “Volem, statuim, ordenam”, el comte-rei havia positivitzat la pràctica de no legislar sol, sinó amb el consens dels braços o estaments (p. 21). En la constitució anomenada “Poc Valria” de 1481, el monarca havia reconegut que de poc valdria fer lleis i constitucions si ell o els seus oficials no les complissin (p. 34). Memorar aquests tres pilars del dret català ajuda a comprendre la creació del Tribunal de Contrafaccions com a instància jurisdiccional que culminaria el sistema judicial del Principat de Catalunya.

Ara ja puc intentar contestar per quin motiu es va crear el Tribunal de Contrafaccions i què el diferenciaria de la Reial Audiència. Tal com es diu a la 8a conclusió del llibre, “els mecanismes judicials previstos per la constitució “Poc valria” de 1481, (...), resultarien deficients per la parcialitat de la Reial Audiència.” En contrast amb la Reial Audiència, és singular i destacable la composició paritària del Tribunal de Contrafaccions entre membres del rei i de la terra. La composició dels sis magistrats del Tribunal respondria a unes regulacions constitucionals detallades en les quals es determinarien quins serien els tres membres reials i els tres estamentals. Dels membres estamentals n’hi hauria un del braç eclesiàstic, un del militar i un del ciutadà. Tal com assenyala el mateix preàmbul de la Constitució 36 de la Cort General de 1701-1702, el Tribunal de Contrafaccions es va crear per a superar els principals defectes del sistema anterior en el qual els doctors de l’Audiència eren “jutges *quasi in causa propria*” i, alhora, perquè era racional i just que si el rei i els braços tenien la potestat d’“estatuir y ordenar la tingan també y entrevinguen en interpretar y fer observar lo ordenat”.<sup>6</sup> En aquest sentit, el Tribunal de Contrafaccions es va dissenyar com a òrgan jurisdiccional, dotat de la darrera paraula, per a controlar les administracions i jurisdiccions reials i senyoriales, però la seva composició no seria determinada ni per uns ni per altres. En definitiva, la principal novetat del Tribunal de Contrafaccions no es trobaria en la seva funció o jurisdicció, sinó en la seva designació i composició.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Respecte de l’usatge *Alium namque* diuen els autors (p. 20): “Amb els usatges, els comtes van proclamar-se titulars d’importants potestats públiques i alhora van comprometre’s a respectar uns límits en l’exercici del seu poder. En un dels usatges més cèlebres, titulat *Alium namque*, assumiren el compromís de jutjar per dret, proclamaren un incipient principi de legalitat.” Més endavant insisteixen (p. 89): “concretament en l’usatge *Alium namque*, on els comtes s’havien obligat a “tenir justícia e judicar per dret”. En el cas Jager II es constata (p. 100): “Quines normes s’estimaven contrafetes? Els drets i prerrogatives de l’estament militar i preceptes com l’usatge *Alium namque* que obligaven el monarca a jutjar per dret, amb cognició de causa.”

<sup>6</sup> FERRO (1987 p. 419).

<sup>7</sup> El Tribunal de Contrafaccions es va dissenyar per a superar la parcialitat de la Reial Audiència i, no en canvi, per a conèixer casos diferents usant paràmetres de control jurídic diferents. Victor Ferro, quan explica la Constitució 36 sobre el Tribunal de Contrafaccions, ens assenyala que “com a jutges de contrafaccions, amb la mateixa potestat i ple poder que fins ara han tingut els doctors de la Reial Audiència i Reial Consell, subrogant-los en llurs funcions i revocant en això les constitucions de l’observança.” FERRO (1987 p. 419). Aprofito l’avinentesa per a esmentar un possible avantatge addicional del Tribunal de Contrafaccions: remeiar fins a cert punt la macrocefàlia de la Reial Audiència com a problema que venia arrossegant el sistema judicial català de feia temps. Altres persones amb més coneixement i experiència podran avaluar millor aquesta qüestió.

Sembla un moment idoni per a avançar les conclusions 14a i 15a del llibre: “La protecció del Tribunal de Contrafaccions no va quedar restringida a Barcelona ni a uns grups socials privilegiats, sinó que es va estendre cap a tot el territori, tant en àmbits reial com senyoriais, ciutadans i vilatans, en benefici de tota la comunitat de catalans, incloses persones leses de condició ben humil.” La 15a conclusió segueix: “Malgrat que els sis jutges del Tribunal eren directament o indirecta senyors de vassalls, en la seva activitat no van mostrar indulgència amb els abusos del sistema senyorial. Tampoc no van donar cobertura, però, als atacs a tal sistema per part d’uns vassalls justificadament indignats.” Què vol dir el darrer incís? Que el Tribunal de Contrafaccions pot titllar-se de reforma (progressista o progressiva) del sistema, però no fou dissenyat ni actuà com a institució revolucionària.

Existiren diverses comunitats polítiques europees que van evolucionar progressivament cap al parlamentarisme i l’imperi del dret (penso en les Illes britàniques). No obstant, inclús en tals comunitats polítiques, el poder judicial havia estat i continuaria en bona mesura vinculat al principi monàrquic.<sup>8</sup> Per raó d’aquest vincle tradicional entre el poder reial i el poder judicial, els revolucionaris francesos van encunyar l’aforisme segons el qual “jutjar l’administració és administrar”. Amb aquesta màxima no pretenien negar la teoria de la separació o divisió de poders, sinó limitar el poder judicial que era vist, pels revolucionaris francesos, com una mena d’apèndix o extensió de l’antic poder monàrquic.<sup>9</sup> És a dir, volien impedir que els jutges d’herència reial controlessin la nova administració revolucionària. En contrast amb l’esperit revolucionari francès, a través de l’experiència del Tribunal de Contrafaccions veurem una Catalunya moderna prèvia a la Nova Planta que podria haver seguit els passos del món insular britànic.

El llibre es fa seguidor de la memorable cita de Josep FONTANA (p. 71): “Quan ens demanem què van perdre els catalans el 1714, la resposta ha de ser que no van perdre una situació idíl·lica de llibertat que calgui enyorar, però sí les possibilitats d’avançar en una

---

<sup>8</sup> Fins i tot en les Illes britàniques el poder judicial depenia del monarca. Tanmateix, en l’*Act of Settlement* de 1701, el Parlament anglès va limitar el poder reial de destituir els jutges. El monarca els seguiria nomenant però una vegada escollits mantindrien el seu càrrec “durant el seu bon comportament”. És a dir, la monarquia ja no podria destituir els jutges lliurement. Aquesta llei va representar un pas cabdal per a garantir la independència judicial. Fixem-nos que tal disposició de l’*Act of Settlement* i la instauració del Tribunal de Contrafaccions comparteixen, a pesar de ser solucions polítiques i jurídiques molt diverses, certa música de fons. En aquest sentit, *vid.* LÓPEZ BOFILL (2009). A més, recordem que a partir de l’*Act of Settlement* de 1701 el monarca “ocuparia el tron sota un títol parlamentari; el seu dret a regnar dependria i seria el resultat d’una llei”. DICEY (1960, p. 43).

<sup>9</sup> La famosa Llei francesa 16-14 d’agost de 1790 va establir i garantir que els jutges i els tribunals de justícia no controlarien ni intervindrien en l’activitat de les administracions. Aquesta Llei es va motivar teòricament des d’una peculiar visió revolucionària francesa de la separació de poders. Però, s’explica millor des de la raó pràctica de desapoderar els jutges, els quals s’havien guanyat la desconfiança dels revolucionaris. Dit això, convé alertar que, malgrat l’aparença revolucionària, el principi normatiu segons el qual l’Administració hauria d’estar fora del control dels tribunals es pot remuntar a prèvies doctrines favorables a la monarquia absolutista. No sembla casualitat que, pocs anys després de la promulgació de la Llei, el règim napoleònic mantingués i consolidés aquesta independència de l’Administració respecte dels tribunals de justícia. DICEY (1960, cap. XII i apèndix I escrit per GAUDEMET). Tal com veurem més endavant, la revolució americana, a diferència de la francesa, va acabar atorgant als jutges la funció de controlar tant el poder executiu com el legislatiu. Els jutges americans, encapçalats per la Cort Suprema, es van convertir en els guardians de les lleis, la Constitució i l’esperit revolucionari de la mateixa. Això serveix per a matisar i il·lustrar que els moviments revolucionaris del s.XVIII no estaven necessàriament oposats a l’envigoriment dels tribunals de justícia i a la judicialització de la política.

direcció de progrés". El Tribunal de Contrafaccions, tal com mostren els autors, no és un progrés revolucionari en el sentit social ni, tampoc, en el sentit liberal. És un Tribunal que reproduïx l'estructura estamental de l'antic règim, però, alhora, representa una passa vital vers alguns principis fonamentals que s'acabaran consolidant amb la democràcia liberal: el respecte a l'estat de dret (en aquells moments coneguda com l'observança) i l'absència d'esferes excloses de control jurisdiccional. A més, és un intent (nostrat, genuí, passatger i no sempre fructuós) de separar, dividir, equilibrar i sobreposar poders de manera que uns i altres es controlen i limiten a fi d'evitar la tirania, l'autoritarisme i el despotisme. En aquest sentit, s'anticipa incipientment allò que a finals del mateix segle representará la revolució i el constitucionalisme nord-americà. No obstant, el Tribunal de Contrafaccions no es desprendreà de les rèmores característiques de les societats europees de l'antic règim.

...

Al començament del llibre, els autors aprofiten per a fer una introducció breu i didàctica del dret català abans del Decret de Nova Planta. Els antics alumnes podran rememorar les lliçons dels seus professors. En el meu cas, les lliçons, els discursos i l'oratória *capdeferrianes* van ressonar novament en la meua memòria quan llegia el llibre. Sense perdre massa rigor i profunditat, els autors han aconseguit elaborar una obra breu, divulgativa i simpàtica. Els autors han desbrossat bé el bosc tot oferint una passejada àgil, distreta i agradable. A vegades, algunes preguntes o hipòtesis que es formulen en el llibre o que poden sorgir-ne de la lectura no seran (del tot) contestades. En alguns casos, haurem d'esperar a llegir les obres venidores dels autors que completaran la trilogia sobre el Tribunal de Contrafaccions. En d'altres, haurem de tenir present que les fonts històriques de la Catalunya moderna són limitades.

Per sorprendent que sembli, els símils, metàfores i paral·lelismes culinàris sovintejaran tot el llibre (i no sempre seran senzills de copsar). A tall d'exemple, els autors expliquen al·legòricament l'evolució de l'observança del dret català a partir d'una historieta que narra l'elaboració del sofregit en una masia imaginària. Malgrat les aparences, un servidor avisa que el llibre no és tan divulgatiu com pot semblar: és profund i té nombrosos missatges encoberts. Tot això i la forma d'expressar-se i de narrar dels autors el poden fer, en part, complex de digerir. El català que usen i com l'usen és tant bell com vell, i tant evocador com provocador! És un català que frueix dels atributs del diamant: preciós, durador i dur. El domini de la llengua d'avui i de la llengua d'antany es combinen de manera sorprendentment harmònica. És una demostració que la nostra llengua vernacle té molt a dir dins i fora de la universitat (i, esperem, que per molt de temps!). L'avantatge de tot plegat és que el llibre té diferents nivells de lectura que el fan apte i atractiu per a llecs i erudits, profans i acadèmics.

La dedicatòria és "a la Flora i l'Estrella" i a la "Marta i la Joana", les nebodes respectives. De fet, no només la dedicatòria té un aire femení: tota l'obra és d'una subtileza que la fa, en certa mesura, femenina. Els tocs de feminitat destacables, entre d'altres, són la delicadesa amb la qual es tracten els personatges i els casos, la humanitat amb la qual es presenten i la proximitat que s'aconsegueix en tot moment. El lector és *teletransportat* a la Catalunya moderna, sempre acompanyat de les pertinents indicacions sobre els valors, els costums,

els estatus i les estructures del moment que permeten una experiència realista, intensa, fascinant i enriquidora.

L'índex és comunicatiu, enginyós i ben ordenat. Permetrà anar endavant i endarrere sense gaire perill de perdre's en la densitat de la dita divulgació. La introducció és punyent i franca: és cert que durant la commemoració del Tricentenari no han abundat obres serioses, minucioses i profundes sobre el dret català previ a la Nova Planta? No tinc la suficient expertesa per a poder emetre judici al respecte. El que sí que em sembla pertinent deixar apuntat és la intenció del Tricentenari, seguint la remor de fons del catalanisme polític contemporani, de cercar i promoure una mena de "patriotisme constitucional" allunyat de la teorització del seu pare acadèmic, Jürgen HABERMAS.<sup>10</sup>

Desentenent-se en bona mesura del pare intel·lectual, el *patriotisme constitucional històric català* s'està erigint com un dels fonaments del nacionalisme liberal català.<sup>11</sup> Malgrat hem de ser conscients que el fet de compartir uns principis polítics no genera per si mateix una identitat política comuna, pot ajudar a viure conjuntament. En comptes de fonamentar-se en el llinatge, la raça o la religió; en els nacionalismes liberals, la identitat política compartida és una combinació oberta de vincles de llengua, història, mites, normes i institucions lligades a un territori que generen una consciència col·lectiva, que forgen un *Nosaltres*. En aquest sentit, un dret constitucional (històric) reconegut i reivindicat àmpliament per la ciutadania pot nodrir la identitat política catalana. Als EUA, la Constitució federal de 1787, el dret constitucional i el relat històric d'aquests ha promogut i reforçat la seva consciència nacional, la seva consciència de poble.<sup>12</sup> No en va la Constitució comença amb els mots "Nosaltres el poble dels Estats Units...". Salvant les distàncies, el constitucionalisme històric català també pot formar part del relat de la i per a la construcció nacional de Catalunya.

Des de la convicció que el meu juí té un valor molt relatiu (el valor de la mirada d'un jurista contemporani capficat en els problemes constitucionals, polítics i legals, de la Catalunya del s.XXI), intentaré seguir una maièutica socràtica rudimentària des de la humil certesa del "només sé que no sé res". Segurament posaré el peu a la galleda en algun moment, però, és un risc que haig d'assumir per a poder presentar qüestions i observacions crítiques. Espero que se'm disculpi per les preguntes i comentaris desencertats i que els encerts siguin útils cares al futur.

...

Anem al gra. El llibre situa històricament el naixement i desenvolupament del Tribunal de Contrafaccions entre la Revolució anglesa de 1688, sens dubte una de les primeres

---

<sup>10</sup> Vid. HABERMAS (1993, 1996).

<sup>11</sup> Mentre que el patriotisme constitucional de HABERMAS té certa funció o intenció de sublimar i guarir les atrocitats passades de la nació alemanya, el patriotisme constitucional històric català pot usar la història constitucional per a definir-se com a nació, tot reivindicant-se i enorgullint-se del seu passat. Mentre que el patriotisme constitucional de HABERMAS pretén defugir la història, el patriotisme constitucional històric català hi pot cercar bressol.

<sup>12</sup> Vid. ACKERMAN (1991).

revolucions liberals de la història, i les revolucions americana i francesa de la segona meitat del segle del Tribunal (p. 15). Durant tot aquest comentari procuraré anar resseguint i fent referència a tal enquadrament històric. Començant per Anglaterra, la Revolució de 1688 em porta a cavil·lar sobre la revolució no reeixida de la *Commonwealth* i el Protectorat de Cromwell. Mentre que la primera revolució referida es pot i se sol definir com a liberal, convé titllar l'altra d'intent de revolució liberal o de pretesament liberal. Entrant en detall pel que fa a dret positiu o escrit, és destacable el *Commonwealth Instrument of Government* de 1653. Com que parlem de Tribunal de Contrafaccions, no és sobrer emfatitzar l'avantguarda jurídica que representà tal Instrument de Govern de 1653 pel que fa a l'intent de subordinar el Parlament (i la resta de poders constituïts) al dret constitucional i, alhora, subordinar la llei a la constitució.<sup>13</sup>

D'haver-se consolidat la república pseudo-democràtica de Cromwell, el control judicial de la constitucionalitat de la llei hauria pogut emergir primer al Vell continent que al Nou món. Aquesta reflexió, ens porta a diferenciar el *rule of law* anglès de 1688 ençà (basat en la sobirania del Parlament, *the King in Parliament*) de l'americà (basat en una constitució com a llei superior a la qual el Parlament i la llei estan subordinats). Aquesta reflexió històrica pot tenir cert interès a l'hora d'intentar catalogar i encaixar històricament el Tribunal de Contrafaccions com a tribunal suprem, tribunal constitucional, jurisdicció constitucional, màxima jurisdicció contenciosa-administrativa, etc. Reprendrem el tema més endavant.

Ara és moment de tornar a girar la mirada cap a la veïna França. Hannah ARENDT, en el seu impactant llibre *Sobre la Revolució*, qüestiona que la Revolució francesa sigui una revolució liberal (a diferència de l'americana).<sup>14</sup> Aquesta obra pot ésser interessant en treballs posteriors que contrastin la hipotètica evolució reformista catalana amb l'evolució revolucionària (ja sigui l'americana, la francesa o altra). En contrast amb tals evolucions revolucionàries, ja siguin menys o més liberals, en *La Defensa de les Constitucions de Catalunya* s'apunta una hipotètica evolució de la Catalunya moderna a la manera reformista britànica.<sup>15</sup>

...

Els autors defineixen així la societat catalana de llavors (p. 16): "La societat es regia per uns principis republicans, en el sentit que s'implicava intensament en la cosa pública." El republicanisme pot ésser una posició interessant i raonable entremig de la *llibertat dels antics* (basada en la participació constant en la cosa pública i en una democràcia totalitzant) i la *llibertat dels moderns* (basada en la garantia d'esferes privades de llibertat i l'establiment de límits i barreres als poders públics).<sup>16</sup> Convindrà ressaltar, doncs, la virtuts més liberals del dret històric català per tal de mostrar que no era una societat *comunitarista*. Una societat

---

<sup>13</sup> *Vid.*, entre d'altres, articles XXIV i XXXVIII.

<sup>14</sup> *Vid.* ARENDT (2006).

<sup>15</sup> És bo tenir present que la monarquia anglesa havia estat fortament escarmentada abans d'acceptar una monarquia limitada. El rei anglès Carles I fou condemnat a mort i executat per traïció el 1649. Dècades més tard seria condemnat i executat similarmet el rei francès Lluís XVI.

<sup>16</sup> M'he inspirat en la contraposició de llibertats de Benjamin CONSTANT (1988).



*comunitarista* seria, a grans trets, aquella que imposa una concepció del bé i un pla de vida als seus membres.

A partir de l'anàlisi de casos, el llibre mostrarà que el sistema legal català podia arribar a ser força liberal, per l'època, en relació amb la protecció de la llibertat de comerç, l'acollida i naturalització de forasters, l'accés a la justícia,<sup>17</sup> les barreres a la militarització i l'exclusió de la jurisdicció militar per a civils, entre altres elements. Ara bé, en el llibre també trobarem algun cas que assenyala la minsa llibertat d'expressió, d'informació i d'impremta en la Catalunya moderna: sorprenentment, una publicació que exaltava les potestats reials –en detriment dels drets i les llibertats de la terra– fou, per pressió dels Tres Comuns, retirada de circulació i els seus exemplars llençats a la foguera (p. 146 i 147).<sup>18</sup> Els autors també ho fan extensible a la manca de llibertat de pensament però el cas en particular no es refereix a la llibertat de pensament en el sentit (contemporani) estricte. Això ens inclina novament a definir la Catalunya de llavors com a societat d'antic règim i amb aspectes *comunitaristes*.

Els principis republicans de la Catalunya moderna es relacionen, interaccionen i mesclen amb el principi del consens i el de preeminència del dret. Si el dret superior de la comunitat política ha de ser acordat entre tots, se segueix que els conflictes i els plets entre les parts siguin resolts en aplicació d'aquest dret pactat. Així s'expressen els autors (p. 17): "*Pactisme* remet a la idea de pacte, a la necessitat de consensos –diàleg polític, posar interessos oposats als dos platets d'una balança, concessions mútues. *Iuscentrisme* vol dir que la societat i els seus conflictes es gestionen en termes de dret i justícia, no pas de força i arbitrarietat. És un terme cosí germà de l'imperi del dret actual." Al fer-se una comparació entre *iuscentrisme* i l'imperi del dret (o estat de dret), seria interessant veure una comparació del pactisme. En aquest sentit, és destacable que el *pactisme* encaixa bé amb el desenvolupament més recent de la *democràcia consensual* en detriment de la democràcia competitiva. Tal com indiquen i mostren múltiples teories i estructures democràtiques contemporànies, les decisions més rellevants, abstractes i duradores requereixen ben sovint consensos amplis i superar diversos obstacles constitucionals.<sup>19</sup> Altrament dit, el pactisme és present en les democràcies constitucionals actuals en el sentit que certes polítiques se sostreuen de les majories simples requerint majories qualificades i la superació dels exàmens o controls constitucionals. Malauradament, el pactisme, de manera similar a la democràcia consensual contemporània, presenta l'objecció de la manca de flexibilitat i de la congelació de l'ordenament jurídic i de l'actuació política.

---

<sup>17</sup> En el cas Habeas Corpus II (concretament a les p. 121 i 122), com és que la contrafacció és instada pel parent Peix una vegada la Diputació no vol actuar? No sembla que els mateixos detinguts poguessin demanar que s'iniciï el procés de contrafaccions. Requereixen, doncs, l'activació per part d'un familiar que no estigui detingut? Si fos així, semblaria un tret poc liberal.

<sup>18</sup> Partint altra vegada de la dicotomia de *llibertat dels antics* i la *llibertat dels moderns*, es podria acceptar que el fet que es cremi un llibre per pressió dels comuns és una victòria de la llibertat i de la democràcia en la concepció antiga. És a dir, si tenim present que en la Catalunya de l'antic règim no es podia editar sense una prèvia validació de les autoritats, és una victòria de la voluntat de la terra per sobre de la monarquia. No obstant això, l'esguard del jurista contemporani està inclinat a considerar-ho una manca de llibertat en la concepció moderna o il·lustrada. Dit això, l'esguard minuciós d'aïtal jurista també pot alertar que la llibertat d'informació és més acotada o acotable que la llibertat d'expressió.

<sup>19</sup> En el sentit que, entre d'altres, descriu LIJPHART (1999). Desenvolupo una mica més la idea en un altre escrit: BOSSACOMA BUSQUETS (2014).

...

En ocasions es compara la Diputació del General amb la Generalitat actual (p. 25), però no fóra més apropiat assimilar la Diputació del General al Govern de la Generalitat? Seguint el joc de l'anacronisme, crec que les Corts Generals serien més aviat el Parlament de la Generalitat i, conseqüentment, la Diputació del General el Govern de la Generalitat.<sup>20</sup> En haver portat a col·lació la Diputació del General s'escau avançar fins a la p. 133, on els autors afirmen: "Segons la normativa de Corts, la Diputació i els seus càrrecs i oficials no estaven subjectes a judicis del Tribunal de Contrafaccions. Era lògic i comprensible que fos així. Lògic perquè la Diputació, amb una funció motriu del Tribunal, difícilment hagués instat causes contra la seva pròpia estructura o els seus membres. Comprensible per evitar el risc que qui les instés fos algú que considerés que la Diputació havia lesionat en la seva persona un dret de Catalunya. Tal iniciativa hauria pogut conduir a una neutralització recíproca d'institucions, estèril."

Potser no seria il·lògic haver subjectat la Diputació, malgrat la seva activitat motriu, a la jurisdicció del Tribunal. Per més que la Diputació tenia una funció instructora dels casos davant del Tribunal de Contrafaccions, no n'ostentava la iniciativa processal en règim de monopoli. Encara que la Diputació considerés que no hi havia contrafacció o que no era de suficient entitat, els particulars es podien dirigir directament al Tribunal. És més, fins i tot en el cas que la Diputació ostentés la funció motriu en règim de monopoli, potser hauria convingut que pogués ser demandada perquè el propi Tribunal pogués controlar (en darrera instància) l'activitat instructora o motriu. És a dir, seria un poder del Tribunal per a garantir que la Diputació no dugués a terme un filtre arbitrari, excessivament parcial, políticament esbiaixat o que la Diputació simplement ometés els seus deures d'observança.

Potser seria comprensible que hagués pogut conduir a certa neutralització recíproca d'institucions. El constitucionalisme liberal també comporta certa neutralització, xoc i/o conflicte d'institucions. Els *checks and balances* (controls i equilibris entre poders) es mostrarien a les darreries del mateix s.XVIII com el millor remei contra la tirania, l'autoritarisme i el despotisme (tal com al·legarien i provarien els constitucionalistes nord-americans).<sup>21</sup> A vegades, o sovint, els controls i equilibris que dissenya el constitucionalisme liberal generen certa paràlisi, certa neutralització. Però aquest risc és i convé que sigui generalment assumit per a vedar el poder absolut, autoritari, dictatorial (*ai las*, inclús per a frenar dictadures democràtiques conjunturals!).

Més enllà de la subjecció de la Diputació a les Corts Generals, per què no la volen subjectar a control jurisdiccional? Que no podia succeir que els interessos administratius i polítics concrets de la Diputació l'empenyessin a actuar *contraconstitucions*? Els tribunals (quan són independents) tenen l'avantatge que la seva funció encomanada i principal és el control de la legalitat o constitucionalitat i això els fa més equitatius i garantistes que aquelles institucions que tenen encomandes funcions administratives i de direcció política (principalment tributàries en el cas de la Diputació) que poden posar en perill l'observança

---

<sup>20</sup> Vid. art. 2.2 EAC 2006.

<sup>21</sup> Vid. MADISON, HAMILTON i JAY (2009).

estricta del dret en pro dels resultats, dels interessos, de la conveniència o de la mera oportunitat política.

...

Ara encetarem el debat respecte de com es desempataven els vots dels membres del Tribunal de Contrafacions. Com que hi havia tres membres reials i tres membres estamentals era esperable que, de tant en tant, es donés un empat de vots. L'atzar era el mètode escollit per a desempatar els vots seguint una tradició republicana arrelada a Catalunya. Aparentment pot semblar un sistema procedimentalment just per a assegurar la paritat. Emperò, com es fa per a dictar sentència amb empat de vots manant l'atzar? Com que no és freqüent aquest sistema en les democràcies contemporànies, vol una mica d'exploració. Per exemple, l'atzar donava un vot de qualitat a un dels magistrats o simplement afavoria un dels grups de magistrats?<sup>22</sup> Qui redactava llavors la sentència? Es permetia posar per escrit els arguments dels vots discrepants? Una vegada l'atzar havia determinat que hi havia contrafació, com es determinaven les mesures reparadores i sancionadores? Es decidien pel magistrat o grup de magistrats afavorits per l'atzar o per consens posterior derivat del previ atzar?<sup>23</sup>

Tot i que el sistema tingués una voluntat política admirable de promoure el consens i d'assegurar la paritat entre el poder monàrquic i els poders estamentals, podia comportar greus problemes tècnics. Com es generaria un sistema coherent de precedent? És molt difícil dir que el Tribunal i la resta de la comunitat quedarien vinculats per un precedent fruit de l'atzar. Malgrat que l'apel·lació a l'atzar pugui semblar una forma de justícia procedimental pura –en termes *rawlsians*–, en realitat s'aproxima més a una justícia procedimental radical –de caràcter *nietzscheà*–.<sup>24</sup> Una justícia tant procedimentalment radical és per lògica difícil que sigui coherent i, per tant, que pugui vincular més enllà del cas concret. Dit en termes més jurídics, els casos resolts per atzar, tendrien a posseir una força estrictament *inter partes* dificultant els efectes de tipus *erga omnes*.

A la Catalunya moderna, el sistema d'insaculació s'havia acabat convertint en una senya d'identitat de les institucions de la terra. El sistema d'insaculació, el qual es basava en l'atzar per a escollir els càrrecs públics, s'implementà per a deixar enrere l'antic sistema de cooptació, en virtut del qual el mateix oficial públic escollia el seu successor. El sistema de cooptació, per bé que podia fer més poderoses les institucions públiques catalanes al blindar-les d'una hipotètica interferència exterior (reial o senyorial, per exemple), tenia el perill de degenerar en oligarquia, corrupció, biaix vers l'interès públic majoritari o general, etc. A més, escollir els càrrecs públics per atzar i per un període breu de temps remarcava

---

<sup>22</sup> El sistema primer es va dissenyar escollint per atzar que un dels sis magistrats torni a votar per segona vegada. En les reformes de 1705-106, es va acordar una nova manera especial de desfer els empats de vots amb extracció d'un nou jutge. *Vid.* FERRO (1987 p. 419-423).

<sup>23</sup> Ja he avisat prèviament que poden emergir preguntes de la lectura del llibre que no sempre siguin contestades: en alguns casos, haurem de llegir les obres que completen la trilogia, en d'altres, haurem d'assumir que les fonts històriques són limitades.

<sup>24</sup> *Vid.* RAWLS (1999).

l'esperit democràtic i republicà de la Catalunya moderna.<sup>25</sup> No obstant això, tot i que puguem elogiar l'esperit del sistema d'insaculació per a l'elecció de càrrecs públics i l'avenc que va representar respecte de l'antic sistema de cooptació, cal vigilar en estendre l'elogi a la sentència basada en el vot per atzar. Em temo que és diferent la intervenció de l'atzar a l'hora d'escollir càrrecs públics que a l'hora de dictar sentències. Els tribunals i la jurisprudència, a diferència dels òrgans més polítics o administratius, han de tendir a preservar en un grau major la virtut de la coherència. El triomf atzarós de les sentències té el component de radicalitat que les desmereix. Radicalitat en el sentit que no busca consens, que és irregular en el sentit que canvia dràsticament (a curt termini, d'un cas a un altre), que és irracional en el sentit que s'allunya massa de la raó i del raonament, que no és raonable puix que només en algunes ocasions (en les quals la fortuna ho permeti) podrà ser just i equitatiu.

Això em porta a valorar la major. Tal forma d'entendre la paritat en el nomenament i en l'emissió de les sentències, sembla més un sistema de política representativa que un sistema de justícia (administrativa, constitucional o d'altra naturalesa). Com més polític es consideri l'òrgan, més convé referir-se als representants del rei i de la terra. Si es considera l'òrgan més jurisdiccional, s'escaurà referir-se als membres escollits pel rei i per la terra.<sup>26</sup> Cal tenir present que l'antic règim, del qual la Catalunya de llavors no s'havia després, era un sistema polític i jurídic de confusió de poders (en el qual, entre altres fenòmens, es produïa una confusió entre la representació política i la jurisdicció). Fet aquest recordatori, l'anomenat cas dels melons és pertinent per a qüestionar que es tractés d'una mera representació puix que els membres de la terra es mostraren més fermes que els membres del rei contra el poder ducal de Cardona (p. 61-62). No obstant, potser s'esdevingué un fenomen de representació més ampli (més intangible, menys palès) que la representació d'interessos concrets: podrien haver tingut els membres de la terra, en ser la part dèbil (en comparació amb la monarquia), més interès en abstracte que s'observés el dret català a diferència dels membres de la monarquia? El dret, malgrat ser un instrument del poder i per a legitimar el poder, ha estat i segueix sent, alhora, refugi i arma dels dèbils.

---

<sup>25</sup> Convé destacar la semblança del sistema amb els de les democràcies antigues de la mediterrània. Concretament, penso en la democràcia atenenca però no excloc la lacedemònica o la romana. *Vid.* MONTESQUIEU (1983). Recordem, novament, com els autors del llibre descrivien aital Catalunya (p. 16): "La societat es regia per uns principis republicans, en el sentit que s'implicava intensament en la cosa pública."

<sup>26</sup> Abonant la tesi de la representació política existia el dret dels jutges del Tribunal de Contrafaccions a consultar l'Audiència o el braç respectiu. Aquest dret, però, es va eliminar en les reformes de 1705-1706, abonant, a primer cop d'ull, la tesi de la jurisdicció (reforçant la independència dels membres del Tribunal). No obstant, cal tenir present que les referides reformes de 1705-1706 també van preveure que el procés de contrafacció pogués acabar en l'antic judici de greuges en seu de Corts Generals. Per tant, en les reformes de 1705-1706, la consulta prèvia a l'Audiència o el braç respectiu es va bescanviar per una mena de consulta posterior en forma de recurs al judici de greuges, el qual també seria conegut per un dictamen dels proveïdors composts de manera paritària per membres reials i estamentals. Continua en bona mesura, doncs, la confusió entre representació política i jurisdicció. Recordem, al cap i a la fi, que el Tribunal de Contrafaccions es va crear amb la finalitat de superar la parcialitat i el conflicte d'interessos de l'Audiència i, ensems, perquè hi havia la convicció que era racional i just que, si el rei i els braços tenien la potestat d'estatuir i d'ordenar (legislar), tinguessin també la potestat d'interpretar i fer observar allò ordenat (enjudiciar).

Referit el cas dels melons (p. 102-106), veiem com el presenten els autors: “Animats per les primeres sentències, nous dossiers confluïren cap al Tribunal de Contrafaccions. El 4 de setembre de 1703 s’instà la denúncia pel cas dels melons de Cardona, segurament el que els lectors preferiran d’entre tots els del nostre llibre. La imatge era potent i insultant, en una societat que avançava amb passes fermes cap al reconeixement de la dignitat de les persones: plaça de la fira de Cardona. 7 d’agost, una calor asfixiant. Al bell mig, un costell, la tòpica fusta per immobilitzar un detingut. Durant dues hores, retingut a l’incòmode aparell, un pagès cardoní. Amb una argolla de ferro i escorces de melons penjant del coll. Exposat a la vergonya pública, amb publicitat prèvia dels esbirros del duc de Cardona. Sense cap judici ni cap investigació. Només per la sospita d’haver sostret dos melons d’un hort aliè. La denúncia contra el procurador ducal Ramon d’Anglasill i dos dels seus agents fou la primera del Tribunal que afectava un districte senyorial: ni més ni menys, el districte de més rang del baró més poderós de Catalunya, odiat per molts dels seus vassalls. No trigarien a arribar notícies que els presumptes contrafactors havien revocat les seves actuacions antijurídiques, i que el pagès, “espontàniament”, els havia perdonat. El síndic del General, tanmateix, continuaria amb la causa. No era pas un dret individual de Pau Montells, el que s’havia transgredit, sinó un dret de la comunitat dels catalans a no ser punits de manera arbitrària.” (p. 59-60). “En definitiva, sense cap tipus de judici. La qual cosa suposava contrafer diferents drets de Catalunya, començant per l’apreciadíssim usatge *Alium namque*, entre altres.” (p. 103).

...

Saltant de tema, els autors apunten que es podrien arribar a ventilar “querelles” entre privats en seu del Tribunal de Contrafaccions.<sup>27</sup> Tanmateix, és dubtós que certs casos que indiquen els autors siguin meres demandes entre privats (p. 59 i 96-99). Els autors posen per exemple un cas en el qual un funcionari o servidor públic de la Diputació comprà, a partir de testafarro, en un procediment de subhasta, una finca del demandant a un preu molt baix. Aquests fets podrien ser considerats un cas en el qual el funcionari usa indegudament la seva posició, coneixements i contactes a la Diputació per a enriquir-se en un procés de subhasta o, també, podria ser un cas de mal funcionament de l’aparell públic de la Diputació.<sup>28</sup> La “querella” o demanda entre dos privats significaria que s’admetia un

---

<sup>27</sup> Els autors, sembla que seguint la terminologia de llavors, parlen de “querelles” entre privats davant del Tribunal de Contrafaccions. De forma similar, els autors tracten de “reus” als demandats davant del Tribunal de Contrafaccions (p. 58 en endavant). Segons el jurista contemporani, aquesta terminologia remet al dret penal. En aquest sentit, em sembla oportú rescatar un passatge de Víctor FERRO: “Com dèiem suara, les causes de contrafacció comportaven des dels orígens un element penal que implicava un judici sobre la responsabilitat de l’oficial, cosa que s’interferia amb la pura determinació de la licitud o no de l’acte impugnat, que era, en el fons, allò que interessava normalment la part que es creia lesionada i que cercava la restitució del seu dret i la indemnització del perjudici sofert.” FERRO (1987 p. 421-422). Aital element penal dels processos de fiscalització podia haver dificultat, segons el meu llec parer, l’expansió del control judicial dels poders públics perquè podia haver agreujat en excés el procediment de contrafaccions en comptes de normalitzar l’enjudiciament. És a dir, a fi d’afavorir la judicialització, potser hauria convingut que es percebés el fet que els tribunals anul·lin actuacions dels poders públics com a esdeveniment més normal en comptes de més extraordinari o parcialment penal.

<sup>28</sup> No sembla que hi hagi diferències prou substancials entre aquest cas i un cas en el qual un funcionari exigeix una quantitat excessiva de diners per a posar el segell reial. Cap d’aquests casos no són

(cert) efecte horitzontal de la jurisdicció del Tribunal respecte de l'observança de les constitucions? Com es vehicularia aquest efecte horitzontal? L'admissió més o menys amplia dels efectes horitzontals ens podria allunyar o aproximar, d'una banda, a la jurisdicció contenciosa-administrativa o, de l'altra, a una jurisdicció més universal (civil o constitucional en el sentit de vulneració de la tutela judicial efectiva en un sentit ampli). Com que aquest cas no va prosperar, només deixo apuntada la reflexió.

...

Escriuen els autors (p. 68): "No s'entendria haver optat per Carles III i, en moments bèl·lics decisius, estar minant simultàniament la seva autoritat." O potser *viceversa*? Es pot preguntar el lector. Felip V havia jurat les Constitucions catalanes i havia tolerat l'activació del prometedor Tribunal de Contrafaccions. No obstant això, sembla que es donà l'esquena a Felip V en favor de l'Arxiduc Carles per temor que les *praxis* borbòniques de la veïna França s'acabessin estenent més avall dels Pirineus. Per tant, sí que podia tenir sentit obligar l'Arxiduc i l'administració règia a observar el dret català. No es tractava de desfer-se d'un mal rei per a agafar-ne un de pitjor. I com deia MAGÍ SEVILLÀ, jurista català al servei de França: "*guardando las leyes y privilegios, poco interesarían los catalanes en ser de este o de aquel señor*".<sup>29</sup> És a dir, poc interessava als catalans qui era el seu monarca si aquest prometia sincerament respectar les constitucions.

En tombar la pàgina, els autors descriuen així les constitucions que s'acorden amb Carles d'Àustria (p. 69): "Unes constitucions, per cert, que a les Corts de 1705-1706 havien enfortit les garanties dels civils davant les actuacions i la jurisdicció dels militars." Emperò, en tals constitucions, en comptes d'adoptar-se normes impracticables o merament programàtiques, es podia haver pactat quelcom més realista. I si realment no interessava allò que estava disposat a pactar i complir l'Arxiduc, per què no quedar-se amb el rei Felip? Al cap i a la fi, els darrers monarques de la dinastia d'Habsburg tampoc havien estat àngels pel que fa a l'observança i respecte del dret català. En les Corts de 1705-1706, si tant es volia l'Arxiduc, es podia haver pactat una norma fonamentada en el principi *salus populi suprema lex est*: una mena de dictadura constitucional temporal, en mans del monarca, pels temps de guerra.<sup>30</sup>

La 16a conclusió dels autors fa així: "Durant la major part del regnat de Carles III d'Àustria, considerat una aposta constitucionalista pels catalans de l'època i per la historiografia majoritària, el Tribunal de Contrafaccions no es va activar, malgrat algunes peticions i intents de les institucions de la terra (Diputació, Braç Militar i Consell de Cent, reunides en una Conferència dels Tres Comuns més compactada)." Seguidament cal llegir les conclusions 17a i 18a en les quals els autors llicencien hipòtesis interessants al respecte.

---

necessàriament querelles entre privats a no ser que es consideri que quan un funcionari actua *ultravires* (més enllà de les seves potestats) actua com a privat.

<sup>29</sup> FERRO (1987 p. 426).

<sup>30</sup> Hom podria contestar-me que exigeixo massa per aitals moments històrics. La meua resposta prompta recordaria que, a la Roma republicana, ja existia la institució de la dictadura temporal. *Vid.* MONTESQUIEU (1983).

Recapitulant, s'escau insistir que Felip V havia jurat les Constitucions i drets de Catalunya, havia celebrat Corts Generals, havia aprovat el disseny del Tribunal de Contrafaccions i aquest s'acabà posant en marxa de forma més o menys satisfactòria. D'altra banda, els reis de la Casa d'Àustria havien anat acumulant dècades d'absentisme i de respecte qüestionable de les constitucions catalanes... Per tot això, des de la mirada del jurista contemporani i profà, pot sorprendre que les institucions de la terra fessin el salt a Felip. Convenia vulnerar el pacte al qual s'havia compromès la Generalitat dels catalans amb el monarca Borbó? És preferible que siguin els lectors i els experts els que contestin tal interrogació. Però tot plegat potser indica, una vegada més, la hipòtesi següent: no és merament que la fortuna no acompanya als catalans ni que l'atzar ens fa males passades, ans la nostra virtut en l'art de la política és escassa (i no només en la vessant més realista o *maquiavel·liana* del terme!).

...

Aprofito per a fer una reflexió de caràcter més general sobre l'estil de l'obra. Els autors ens volen fer sentir part d'aquells esdeveniments i de la manera de capir-los per part de les seves institucions i dels seus actors. Ensenms, els autors juguen amb les paraules i, de retruc, reivindiquen l'art d'escriure en l'obra acadèmica. Malgrat no són bons temps per la poesia, els autors es neguen a acceptar-ho. Fan gala d'una prosa poètica tan peculiar com evocadora. Fixem-nos, a tall il·lustratiu, com es descriu un personatge de l'època (p. 108): "El doctor en drets Rafel Llampillas fou un personatge controvertit. Que ens disculpi si enlletgim la seva memòria, però la documentació que s'ha conservat sobre ell ens el presenta com algú irritant i irritable. Havia saltat de manera polèmica de servir la Capitania General a la Generalitat, institucions amb interessos radicalment contradictoris. No només havia demostrat pocs principis, sinó també supèrbia i una exquisida mala educació. Fins i tot la seva dona se n'atipà, a fe que fa tres-cents anys les unions conjugals eren per sempre i la resignació estava a l'ordre del dia –i de les nits."<sup>31</sup>

Continuem explorant el cas de Llampillas (p. 108-110). Segons els autors, el cas mostra que: "el dret processal català preveia poderoses garanties per als litigants, de la condició que fossin, i que hi havia una instància jurisdiccional paritària on acudir si hom considerava que no es respectaven". En aquest sentit, el cas podria assenyalar el recurs al Tribunal de Contrafaccions com una via processal d'última instància o extraordinària per a revisar les jurisdiccions reial i senyoriales. És a dir, com una mena de recurs de cassació o de revisió civil o, fins i tot, un recurs d'emparament. Per consegüent, la qualificació de la jurisdicció del Tribunal com a contenciosa-administrativa s'allunyaria. No obstant, el poc recorregut processal del cas i la confusió de poders típica de l'antic règim ens obliga a relativitzar, una vegada més, aquesta hipòtesi. En la Catalunya moderna, el poder de governar i d'administrar (encara) no es distingeixen amb claredat del poder de jutjar.

Fixem-nos amb la 20a conclusió dels autors: "El Tribunal de Contrafaccions aniria més enllà que un nou mecanisme de fiscalització o supervisió de la feina dels ministres i oficials públics, reials i senyoriales. S'aproparia a uns judicis de constitucionalitat o

---

<sup>31</sup> Doctor "en drets", tal com els autors expliquen més endavant (p. 139), significa "doctor en drets civil i canònic". Resulta d'interès el fet que "gaudien de molts beneficis de la baixa noblesa".

paraconstitucionalitat *avant la lettre* –en un sentit formal i també material del terme, amb els matisos i les cauteles indispensables.” Quan l’historiador insinua una comparació amb institucions d’avui, el jurista contemporani sembla cridat a dir-hi la seva. A continuació, emperò, no em cenyiré a debatre les tesis del llibre al respecte (les quals són encertadament prudents), sinó que procuraré ampliar i aprofundir les mires del debat (potser en perjudici de la prudència). Com que les dites constitucions de la Catalunya moderna s’assemblen més a les lleis *stricto sensu* que a les constitucions d’avui en dia, convé no tractar el Tribunal de contrafaccions de tribunal constitucional ni la seva jurisdicció de jurisdicció constitucional.<sup>32</sup> A pesar que s’anomenessin constitucions, cal entendre-les més aviat com a lleis. Ja sabem que, en general, el nom no fa la cosa. Les constitucions catalanes anteriors a la Nova Planta s’assemblarien més a les lleis del Parlament de *Westminster* (anomenades *acts* o *statutes*) que a la Constitució americana de 1787.<sup>33</sup>

Quan hom es refereix al constitucionalisme anglès o britànic, és freqüent sentir parlar de la constitució històrica. Dit això, la doctrina constitucionalista sovint es refereix a la constitució no-escrita (“*unwritten constitution*”) i/o a la constitució no-codificada (“*uncodified constitution*”).<sup>34</sup> Segons la visió tradicional de DICEY, el principis bàsics que resumirien la constitució no-escrita anglesa i britànica serien la sobirania del Parlament i l’imperi del dret.<sup>35</sup> Seguint l’autor, el principi fonamental seria la sobirania del Parlament i implicaria el poder *il·limitat* de cada nou Parlament per a fer i desfer el dret del país.<sup>36</sup> El

---

<sup>32</sup> LÓPEZ BOFILL (2009, p. 57) considera altrament que el Tribunal de Contrafaccions és “una mena de ‘jurisdicció constitucional concentrada’ en la que un òrgan exercia funcions jurisdiccionals al marge de la justícia ordinària i controlava l’adequació de tota mena d’actes normatius a les lleis supremes paccionades.”

<sup>33</sup> Per què utilitzo la comparació amb el Regne Unit? Normalment, i així ho fan els autors, es compara la hipotètica evolució del sistema català en una direcció similar al sistema anglès i britànic. En aquest sentit, he assenyalat que les normes pactades en seu de Corts Generals s’assimilarien a les lleis del Parlament de *Westminster*. Si no es consideressin les constitucions catalanes com lleis en un sentit semblant a la legislació de *Westminster*, quines serien les lleis catalanes de la Catalunya moderna? Crec que seria erroni tractar les normes d’origen reial com les pragmàtiques, decrets i edictes com les lleis actuals. Fent l’anacronisme, serien més aviat les normes reglamentàries actuals, o en el símil britànic, la legislació delegada (*delegated legislation*). Ara bé, el fet que la legislació catalana tingués un perfil més consensual que la legislació anglesa-britànica podria servir per a considerar-la més constitucional. Dit això, convé tenir present que, en certa manera, la legislació de *Westminster* havia de reunir tres voluntats diferents: la de la cambra baixa, la de la cambra alta i la del monarca. Ho comentaré amb major detall en un peu de pàgina posterior.

<sup>34</sup> La doctrina acadèmica més clàssica parla de la “*unwritten constitution*”. DICEY (1960, p. 4). La doctrina jurisprudencial es refereix a la “*uncodified constitution*”. Cas “*Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin) (18 February 2002)”, par. 64. La doctrina acadèmica més moderna usa indistintament la noció de constitució no-escrita i la de constitució no-codificada, però sembla decantar-se per la segona. LEYLAND (2012, p. 1-4, 25-27).

<sup>35</sup> *Vid.* DICEY (1960, p. 35).

<sup>36</sup> Però alerta que la sobirania del Parlament ha anat evolucionant amb el pas del temps. Després de la referida Revolució de 1688, la sobirania del Parlament seria fruit de la suma de tres voluntats. La suma de la voluntat de la cambra dels comuns, de la cambra dels *lords* i del monarca es consideraria l’expressió genuïna de la sobirania del Parlament i es coneixeria amb l’expressió “*The Queen in Parliament*” o “*The King in Parliament*” (depenent si el monarca era dona o home). Tot i que s’ha mantingut la necessitat de concurrència de les tres voluntats, la cambra dels comuns ha anat prenent un paper preminent. A principis del s.XVIII ja es va establir la convenció constitucional segons la qual la monarquia no refusaria la legislació provinent de les cambres (manca de poder reial de vet). El paper de la cambra dels *lords* s’ha



Parlament present sempre podria revocar allò que el Parlament hagués dictat en el passat (o el dret provinent de fonts jurídiques inferiors), tanmateix, no es podria autovincular de cara al futur.<sup>37</sup> Aquesta comprensió de la doctrina de la sobirania del Parlament impedeix l'aprovació d'una constitució escrita o codificada que imposi límits materials o formals a la capacitat legislativa de *Westminster*. DICEY exposa, a tall il·lustratiu, que les Lleis d'Unió dels parlaments escocès i anglès van ser modificades posteriorment per la Llei d'Universitats d'Escòcia de 1853, que alliberaria la majoria de professors de les Universitats escoceses de subscriure la "confessió de fe".<sup>38</sup>

En els darrers temps aquesta doctrina de la sobirania del Parlament sembla haver evolucionat lleugerament. Sembla que s'han posat certes barreres formals a la gran flexibilitat constitucional a la qual es referia DICEY. Segons la visió tradicional *diceyana*, qualsevol llei del Parlament podia ser modificada (implícitament o explícita) per una llei posterior (efecte *lex posterior derogat legi priori*). La doctrina jurisprudencial i acadèmica contemporània comença a distingir les lleis de naturalesa constitucional de les lleis de naturalesa ordinària. Tot i que les lleis ordinàries poden seguir modificant les lleis de naturalesa constitucional, ja no ho podrien fer implícitament, només de manera explícita (deixant-ho clar i per escrit). És a dir, es matisa el tradicional efecte de l'*implied repeal*. Tal com exposa el *Lord Justice Laws*:

*In my opinion a constitutional statute is one which (a) conditions the legal relationship between citizen and State in some general, overarching manner, or (b) enlarges or diminishes the scope of what we would now regard as fundamental constitutional rights. (a) and (b) are of necessity closely related: it is difficult to think of an instance of (a) that is not also an instance of (b). The special status of constitutional statutes follows the special status of constitutional rights. Examples are the Magna Carta, the Bill of Rights 1689, the Act of Union, the Reform Acts which distributed and enlarged the franchise, the HRA [Human Rights Act], the Scotland Act 1998 and the Government of Wales Act 1998. The ECA [European Communities Act] clearly belongs in this family. It incorporated the whole corpus of substantive Community rights and obligations, and gave overriding domestic effect to the judicial and administrative machinery of Community law. It may be there has never been a statute having such profound effects on so many dimensions of our daily lives. The ECA is, by force of the common law, a constitutional statute.*<sup>39</sup>

Seguint amb l'exemple que hem vist, una nova llei d'universitats podria, hipotèticament, modificar la Llei d'Unió de parlaments (*Act of Union*), la Llei d'Escòcia sobre la devolució de poders (*Scotland Act*) o la Llei de Drets Humans (*Human Rights Act*). No obstant, tal modificació només seria reconeguda pels tribunals si la llei d'universitats ho digués expressament i amb claredat. Algunes de les lleis constitucionals referides, per raó de la seva naturalesa i funció, requereixen tècnicament una protecció davant de la modificació o

---

anat reduint més lentament fins a esdevenir una cambra de reflexió i repòs legislatiu. El seu poder d'aturar projectes legislatius està limitat per llei (*Parliament Acts 1911 and 1949*) i per convenció (*Salisbury doctrine 1945-51*). Vid. LEYLAND (2012, p. 96, 126-128).

<sup>37</sup> No només ho diu DICEY, sinó que ho recull la jurisprudència. Vid. "Ellen Street Estates Ltd v Minister of Health [1934]".

<sup>38</sup> DICEY (1960, p. 65).

<sup>39</sup> Cas "Thoburn v Sunderland City Council", *op. cit.*, par. 62.

derogació implícita.<sup>40</sup> De no ser així, múltiples disposicions substantives i procedimentals de tals lleis constitucionals (i les seves virtuts, innovacions i potencialitats) podrien quedar reduïdes a paper mullat. En definitiva, el sistema britànic segueix sent profundament flexible però, alhora, pretén ressaltar la rellevància jurídica d'algunes lleis de caràcter constitucional davant d'altres de caràcter ordinari.

Al Regne Unit, doncs, certes normes tenen valor materialment constitucional (i procedimentalment constitucional pel que fa a la resistència a la derogació o modificació implícita). Tanmateix, amb caràcter general, les lleis dites constitucionals s'aprovarien, modificarien i derogarien per la mateixa majoria parlamentària que les lleis ordinàries. A més, els jutjats i tribunals del Regne Unit no tenen potestat de controlar (en sentit fort o estricte) la constitucionalitat de les lleis del Parlament britànic. Tampoc la cúspide judicial britànica disposa de la possibilitat d'inaplicar o d'expulsar les lleis de *Westminster* per considerar-les contràries a les referides lleis constitucionals.<sup>41</sup> Continua sense haver-hi, per tant, un *judicial review of legislation* amb relació a un dret constitucional (escrit o codificat) superior.

Després d'aquesta llarga explicació (espero que no excessivament carregosa) sobre les lleis constitucionals i ordinàries de *Westminster* i la distinció entre l'*express* i l'*implied repeal*, em pregunto si a la Catalunya moderna podia succeir quelcom similar. M'explico. Imaginem que s'hagués aprovat una constitució que xoqués amb l'usatge "*Alium Namque*", amb la constitució "*Volem, statuim, ordenam*" o amb la "*Poc Valria*". S'hauria produït immediatament una derogació o modificació de les normes anteriors? Si estem parlant de normes formalment del mateix rang (cosa que exclouria el principi *lex superior derogat legi inferior*), s'hauria aplicat en sentit estricte el principi *lex posterior derogat legi priori* (o el principi *lex specialis derogat legi generali*)? Si se'm permet, o millor dit, si se m'obliga a opinar, em temo que podia haver passat, o acabar passant, quelcom similar al Regne Unit: certes constitucions catalanes, per la seva rellevància (el que avui en diríem principis o drets fonamentals) i per la seva naturalesa (general, transversal, omnicomprensiva), podrien haver estat protegides de la modificació implícita, però no de la modificació explícita.<sup>42</sup> Salvant les distàncies, els matisos i els anacronismes, les Corts Generals catalanes, similarment al Parlament anglès-britànic, eren una assemblea legislativa i constituent a la vegada.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Vid. LEYLAND (2012, p. 51-59).

<sup>41</sup> A grans trets, la cúspide judicial britànica era la *House of Lords*, com a reminiscència de la confusió de poders de temps passats, que a principis del s.XXI s'ha reconstituït com a Cort Suprema del Regne Unit.

<sup>42</sup> La necessitat de derogació o modificació expressa hauria estat un reforç i una garantia addicional de les constitucions fonamentals (o *constitucions-constitucionals!*). És a dir, n'hauria impedit la derogació de retruc, per equívoc o a la lleugera. Per a derogar-les s'hauria requerit debat, negociació i consens exprés per part dels braços.

<sup>43</sup> Inspirat en la descripció de TOCQUEVILLE (2006, cap. VI).

Observem breument el sistema constitucional federal americà com a paradigma dels orígens del dret constitucional contemporani.<sup>44</sup> La Constitució de 1787 és recollida en un sol document i està dotada de *superlegalitat formal* (rigidesa de la modificació segons les majories qualificades que ella mateixa disposa), de *superlegalitat material* (jerarquia dels preceptes constitucionals garantida jurisdiccionalment) i de l'atribut de *norma normarum* (paràmetre de validesa de la resta de normes de l'ordenament jurídic).<sup>45</sup> Que la constitució sigui la *norma normarum*, la norma de les normes, significa que té una rellevància singular per damunt de la resta. En aquest sentit, sembla excessiu que la majoria de normes pactades a les Corts Generals (o cambres legislatives) siguin considerades constitucions. De ser així, la noció americana (o liberal-revolucionària) de constitució perd el sentit. Ben sovint, la constitució és la norma que recull el consens fundacional d'una nova comunitat política que s'ha secessionat, unit o reconstituït després d'una profunda reforma (freqüentment revolucionària). Generalment, la constitució o les constitucions en sentit fort o estricte són normes que estan jeràrquicament per sobre de les altres i que són més complexes de modificar (o més resistents a la modificació) que la resta.<sup>46</sup>

En conclusió, el Tribunal de Contrafaccions no hauria de ser considerat una jurisdicció constitucional perquè no tenia encarregada la funció de controlar l'adequació de les lleis a la constitució, sinó que tenia, més en general, la funció de controlar l'adequació de les normes i actuacions *infralegals* a les lleis. Altrament dit, el Tribunal de Contrafaccions no s'hauria de considerar un tipus de tribunal constitucional, ans una cúspide jurisdiccional paritària que s'encarregava de controlar la legalitat (en sentit ampli) de les actuacions del personal de les administracions i jurisdiccions reials i senyoriales. En aquest sentit, i degut a la confusió de poders i la manca d'un dret administratiu com a tal, tampoc convé considerar-lo la cúspide d'una jurisdicció contenciosa-administrativa. A més, en nombrosos casos en els quals el Tribunal declarava que s'havia produït una contrafacció no es condemnaven les institucions (administracions o tribunals) sinó els funcionaris, oficials o magistrats concrets (tot i semblar, en certs casos, problemes estructurals i arrelats en la institució). Això és prou diferent a la mecànica de la jurisdicció contenciosa-administrativa contemporània (sembla ser que encara no s'havia consolidat la idea de l'administració o administracions com a persones jurídiques responsables).<sup>47</sup> Tanmateix, em sembla interessant rescatar la definició oberta del professor Víctor FERRO: "el nostre vell procediment contenciós administratiu (i força més que això)". Alhora, el mateix FERRO,

---

<sup>44</sup> Vid. MADISON, HAMILTON i JAY (2009). ACKERMAN (1991).

<sup>45</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA (1991).

<sup>46</sup> Amb aquesta frase pretenc que es tingui en compte que més enllà del constitucionalisme fort (*strong constitutionalism*) també hi ha el que es coneix com a constitucionalisme dèbil (*weak constitutionalism*). Fet aquest matís, les constitucions catalanes i el Tribunal de Contrafaccions tampoc respondrien a un constitucionalisme dèbil com l'actual sistema britànic de la Llei dels drets humans (interpretacions conforme i declaracions d'incompatibilitat) o com el sistema de la Carta Canadenca de Drets (clàusules no obstant). Tals constitucionalismes britànic i canadenc es titllen de dèbils perquè deixen la darrera paraula al Parlament en comptes dels tribunals. Vid. BOSSACOMA BUSQUETS (2015).

<sup>47</sup> Vid. anterior peu de pàgina núm. 27.

alerta que “cal, però, subratllar el significat i la transcendència constitucional d’aquesta institució”.<sup>48</sup>

Vull fer, malgrat tot, una precisió final: negar que el Tribunal de Contrafaccions sigui un tribunal constitucional no implica necessàriament negar la qualificació general del sistema jurídic català com a tipus de constitucionalisme (dispers i flexible) o, com a mínim, de preludi de constitucionalisme.<sup>49</sup>

...

En definitiva, el llibre fixa uns fonaments sòlids per a iniciar un debat històric i constitucional que pot ésser apassionant. Per aquest motiu, em dedico a celebrar-ho, plantejar qüestions per a alimentar la reflexió col·lectiva i apuntar uns possibles pilars que s’haurien d’erigir a partir d’aquí. Em sembla pertinent acabar amb una cita bellíssima i memorable del llibre (p. 127): “Com hem comentat, era imminent l’evacuació de les tropes imperials –i les angleses i portugueses ja havien marxat del Principat mesos enrere. Barcelona era capital d’una Catalunya revestida *de facto* d’una constitució política republicana –ningú no confiava que el virrei mariscal Starhemberg i els seus homes no s’embarquessin. En tal conjuntura bèl·lica i política, la sentència contra Sacadés, amb la unanimitat dels sis jutges, els tres que eren dignataris regis –encara- i els tres que emanaven dels braços de la Cort, era la més ferma reivindicació del iuscentrisme català. Ai las!, n’acabaria essent el cant de cigne. D’una manera o altra, el cas passaria als annals de la història com un digníssim colofó a l’activitat del Tribunal de Contrafaccions de Catalunya.”

---

<sup>48</sup> FERRO (1987 p. 424).

<sup>49</sup> Dic que el sistema era *dispers* perquè, en principi, no hi havia diferències formals entre lleis constitucionals i lleis ordinàries. Ambdues tipologies estaven barrejades i només es podien separar a partir d’un estudi detallat a nivell substancial o material. Dic que era *flexible* seguint la tradició de diferenciar el constitucionalisme rígid del flexible. El constitucionalisme rígid és aquell que les normes constitucionals exigeixen procediments d’aprovació més agreujats o complexos que les lleis ordinàries. Per tant, titllo el sistema català de constitucionalment flexible perquè, en principi, no hi havia diferències procedimentals entre lleis constitucionals i lleis ordinàries. No obstant, cal advertir, que no dic que sigui flexible des d’un punt de vista més politològic o pràctic: el fet que les “constitucions” catalanes s’haguessin d’aprovar en general pel consens dels braços amb el rei, podia comportar que el sistema fos rígid en el seu conjunt.

## ***Bibliografia***

Bruce ACKERMAN (1991), *We the People. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge.

Hannah ARENDT (2006), *On Revolution*, Penguin Books, London.

Pau BOSSACOMA BUSQUETS (2014), "Constitutionalism and Democracy: a Reply to Stephen Tierney", *Scottish Constitutional Futures Forum*, (consultable online).

Pau BOSSACOMA BUSQUETS (2015), "Reconocimiento y garantía de 'superderechos' en Cataluña: Una propuesta alternativa tras la STC 31/2010", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 101.

Josep CAPDEFERRO i Eva SERRA (2014), *La Defensa de les Constitucions de Catalunya: El Tribunal de Contrafaccions (1702-1713)*, Generalitat de Catalunya, Barcelona.

Benjamin CONSTANT (1988), "The Liberty of the Ancients Compared with that of the Moderns", dins de *Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge.

Albert Venn DICEY (1960), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, London.

Víctor FERRO (1987), *El Dret Públic Català. Les Institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*, Eumo, Vic.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (1991), *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid.

Jürgen HABERMAS (1996), "Citizenship and National Identity (1990)", apèndix II de *Between Facts and Norms*, Polity Press, Cambridge. En alemany i català: Jürgen HABERMAS (1993), *Ciudadania política i identitat nacional*, Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona.

Peter LEYLAND (2012), *The Constitution of the United Kingdom*, Hart Publishing, Portland.

Arend LIJPHART (1999), *Patterns of Democracy: Government Forms and Performances in Thirty-Six Countries*, Yale University Press, New Haven.

Hèctor LÓPEZ BOFILL (2009), *Constitucionalisme a Catalunya. Preludi de modernitat*, Tria, Barcelona.

James MADISON, Alexander HAMILTON i John JAY (2009), *El Federalista*, Institut d'Estudis Autònòmics, Barcelona.

MONTESQUIEU (1983), *De l'esperit de les lleis*, Edicions 62, Barcelona.

John RAWLS (1999), "Kantian Constructivism in Moral Theory", dins de *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge.

Alexis de TOCQUEVILLE (2006), *Democracy in America*, Gutenberg EBook.