

Quina inseguretats jurídica amb la vigència del *ius commune* a Andorra? Jurisprudència i cassació



Manuel PUJADAS i DOMINGO

Sense la menor pretensió de presentar-me com especialista, perquè no ho sóc, vaig acceptar la invitació que amablement em va adreçar el Iago Andreu en nom de la SAC, per dues raons: l'interès i l'actualitat de la temàtica d'aquestes Jornades que no es converteixen en "codificació vs *ius commune*", i, en segon lloc, per tornar a cooperar amb la SAC en aquesta que era la tercera vegada que m'ho ha demanat: la primera en la Diada d'Andorra en la Universitat Catalana d'Estiu a Prada de Conflent l'any 2002, i l'altra, en les XI Jornades de la SAC del 2005.

No tinc la intenció de fer l'elogi de la SAC perquè els trenta anys que ara compleix des de la seva fundació l'acrediten amb escreix i així us estalvio el meu comentari que de ben segur no passaria de ser anecdòtic. De tota manera, gràcies a la SAC per existir, per fer el que fa i, per tant, de manera molt especial el meu agraïment a la seva infatigable presidenta, Àngels Mach, per la feina que fa; i aprofito per presentar-li les meves excuses públiques perquè malgrat ser-ne soci des de gairebé l'inici he estat un soci molt, massa passiu: un motiu més per contribuir a aquest debat.

Quan vaig proposar el títol de la meva comunicació, vaig dir al Iago Andreu que les meves idees fortes eren dues: la primera, que no perquè codifiquem guanyarem necessàriament en seguretats jurídica més enllà de la indubtable comoditat per als operadors jurídics (únic argument del president Obiols del TS de la Mitra d'Urgell, en el seu discurs de 23 de novembre de 1974, que avui precisament farà 39 anys); i, la segona idea forta, que la jurisprudència dels tribunals, aquí i arreu, sempre té l'última paraula en l'aplicació del dret vigent, codificat o no, antic o modern, perquè és la que imparteix la justícia del cas concret, que és la que *interessa al ciutadà quan esdevé justiciable*, i així és, ha estat i pot seguir sent també al Principat. Però també li deia que tanmateix caldria alguna correcció major a la jurisdicció *ordinària* amb l'addició del recurs *extraordinari* de cassació, avui inexistent en el nostre ordenament processal, del qual sóc, ai!, l'únic defensor, o gairebé.

Per aquest tortuós camí, doncs, em mouré tot seguit.

Divideixo la meua exposició en dues parts:

La primera: consideracions d'ordre general que acaben revestint la forma de quatre hipòtesis de treball, formulades d'aquesta manera perquè vull fugir de tot dogmatisme, allunyar-me de tot a *priori*; per acabar aquesta part amb un suggeriment.

I la segona: fent una proposta a la SAC.

Primera part: quatre hipòtesis de treball

1- Em pregunto com harmonitzar globalització i identitat històrica (per no dir nacional i no reduir-la a territorial). Podria avançar que a Andorra, la identitat històrica l'han assegurat almenys tres elements: l'especificitat de la institució del Copríncipat (al marge de la opinió que ens mereixin en cada moment cadascun dels seus titulars); l'entitat institucional de les parròquies i, finalment, el que en podríem dir *l'especificitat del Dret propi*, compost pel costum, les lleis pàtries (escasses i insuficients, segons els nostres tribunals) i, en particular, pel dret comú de matriu romana i canònica, el dret de la recepció, que ha esdevingut font de dret supletòria vigent.

Avui, des del 1993, la prelación de les fonts de dret es troba encapçalada per la Constitució, també en el dret privat, que regula les nostres relacions socials privades.

Aquesta és doncs la primera hipòtesi de treball que sotmeto a la vostra consideració: si l'abandó del *ius commune* desdibuixarà la identitat històrica del Principat fins a fer-la desaparèixer per aquest vessant, i si aquesta identitat desdibuixada és perniciosa per a la configuració social futura de la comunitat andorrana.

2- Seguim: els defensors de la codificació, que per entendre'ns m'hi referiré com *els codificadors*, afirmen que és l'instrument cabdal i decisiu de la seguretat jurídica, i això per impartir justícia per part d'una bona administració de justícia. És a dir, els codificadors equiparen codificació a seguretat jurídica; cosa que inevitablement condueix o podria fer pensar en la reprovació del sistema contrari, el de la no-codificació del *common law*, per exemple, perquè no asseguraria la seguretat jurídica.

Però aquesta dicotomia –certament simplificadora de processos certament més complexos i que, a més a més, podria patir d'un cert maniqueisme–, no em sembla que hagi estat històricament provada: el sistema del *common law*, amb la seva flexibilitat diríem que ontològica i el seu rebuig de fet i en general de la codificació continental, no es pot dir que hagi comportat la inseguretat jurídica al món anglosaxó, ni en particular al món britànic. Com tampoc no podem afirmar la tesi contrària segons la qual la rigidesa dels sistemes codificats del dret continental hagi comportat la inseguretat jurídica generalitzada. De fet em sembla que podem dir amb suficient rigor que ambdós sistemes han tingut i mantenen estàndards relativament acceptables de seguretat jurídica.

Així que la segona hipòtesi de treball que puc proposar-vos consistiria a respondre la qüestió si la seguretat jurídica es troba igualment garantida, o no, per ambdós sistemes de l'ordenament jurídic privat.

No voldria oblidar-me de l'avantatge operatiu del sistema codificat. Certament un codi a *priori*

és més fàcil de conèixer i per tant d'aplicar i, com diversos ponents exposen, els codis afegeixen un plus de predictibilitat del dret, cosa que és certament rellevant en un estat de dret, milloren l'accessibilitat del dret pel justiciable i es troben legitimats perquè emanen del Consell General. El problema que desdibuixa aquests avantatges certs és que d'antuvi hem de parlar de codis que regulen el dret privat en plural, no solament d'un codi civil. I, d'altra banda, que en la seva evolució els codis continentals han deixat de ser la simple successió d'un seguit de preceptes degudament ordenats a causa de la ulterior explosió legislativa que ha acabat per anorrear aquella senzillesa inicial. (Sense oblidar que el gran Savigny, fundador de l'escola històrica del dret alemany, era contrari a la codificació).

3- Però potser sigui útil fer un cert exercici de *recol* històric i també conceptual per examinar la qüestió amb garanties de bons resultats estratègics en el cas andorrà, que és el que aquí ens ha portat, perquè és el que ens importa assegurar. Bons resultats entesos com la millor manera de garantir la seguretat jurídica i, amb ella, els drets i les llibertats ciutadans.

Començo per recordar sumàriament que a Andorra el *ius commune* –que és el dret comú d'arrels romanes, visigòtiques, canòniques i catalanes d'abans del Decret de Nova Planta–, en primer lloc, és dret *supletori* i plenament *vigent* a Andorra; i en segon lloc, que el dret comú és un concepte *complex, dinàmic, històric, de significats plurals* per la seva evolució, fins a poder arribar a dir que no hi ha un dret comú sinó que hi ha *diversos drets comuns*, segons el grau de penetració del dret de la recepció en els territoris andorrans, narbonesos i catalans (de la Septimània i de Catalunya), que són els aquí ens concerneixen (com ens han recordat els que m'han precedit).

Amb aquestes afirmacions m'estic remetent al simposi celebrat el 1993, les actes del qual foren publicades el 1994 per l'Institut d'Estudis Andorrans, i molt especialment a l'esplèndida i exhaustiva comunicació d'Aquilino Iglesias Ferreirós (AIF, en el successiu en aquesta comunicació) *Andorra y su recepción del derecho común*. Un simposi que, val la pena recordar-ho, va incloure a més a més les ponències i comunicacions d'il·lustres juristes italians coneixedors del dret privat de San Marino com Adriana Campitelli, Victor Crescenzi i Giovanni Diurni, i dels més propers al dret català i del dret andorrà com Encarna Roca, Lluís Figa, Lluís Puig i Ferriol, André Pigot, Joan Brunet o Josep Lluís Vázquez i Sotelo.

El concepte de dret comú, ens deia AIF, semblaria que era tan *conegut* i estès a les Valls que semblava innecessària la seva definició pel *Manual Digest* i pel *Politar*, que efectivament l'invocuen però no el descriuen i encara menys el defineixen. En canvi, la seva definició sembla que ha esdevingut necessària posteriorment quan la jurisprudència la cita i a més la precisa i desenvolupa.

Així ho van anar fent els magistrats Obiols el 1974, Faus el 1982 i Membrillera el 1987, o el jutge d'apel·lacions en la sentència de 8 de juliol de 1954 o en l'auto de 14 de maig de 1963. I així fins a l'actualitat.

Però el dret comú, continua explicant-nos AIF, *conviu amb els drets patris* o propis i els costums, a causa del procés històric amb els següents antecedents i una determinada evolució a Andorra que, simplificant, direm que comença amb el dret romà teodosià, segueix amb el *Liber iudiciorum* visigòtic i les *universitas* fins al dret comú o dret de la recepció o dret andorrà propi, que presenta diferències amb el dret visigòtic, i que esdevé costum patri, els usos i costums, junt amb les decisions dels coprínceps, les lleis pàtries.

El cert és que no podem no constatar que Andorra no es va sumar a l'onada codificadora en gran contrast amb la seva *permeabilitat* en l'assumpció del dret de la recepció. Un contrast xocant, inesperat en el context geopolític, i insòlit a Europa –només a Andorra i a San Marino–, en què caldrà examinar-ne les raons que potser siguin útils i significatives per a aquest debat, però sobretot en un futur sobre la qüestió de fons si codifiquem o compilem o deixem les coses en l'estat actual.

I no volem tancar aquesta digressió sense subratllar el mètode emprat pel dret romà consistent més a raonar que a preceptuar en sentit estricte i modern. Així, a tall d'exemple, aportem uns textos en traducció lliure:

- *Digest*, 48, 10, 5: "Conta l'emperador Adrià que va desterrar a aquell que va matar el seu fill quan estava de cacera perquè cometia adulteri amb la madrastra; sembla més aviat que el va matar més per ser lladre que per ser pare; perquè la pàtria potestat s'ha de fonamentar en la pietat i no pas en l'atrocitat"
- *Digest*, 48, 17, 1, pr.: "La raó d'equitat no consent que algú sigui condemnat sense haver estat oïda la seva causa"
- *Digest*, 48, 19, 2, 2: "Tindrem per condemnat el que no va apel·lar; però si apel·lés, no és considerat encara condemnat"
- *Digest*, 48, 19, 5, pr.: "Ningú no ha de ser condemnat per sospites; perquè és millor que es deixi impune el delictes d'un culpable, que condemnar un innocent"

Aquesta breu incursió al concepte i la història del dret comú em du a formular la tercera hipòtesi de treball en una doble direcció: d'una banda, sobre la viabilitat d'una síntesi entre els que podríem designar com *els historicistes* (o defensors del manteniment de la vigència del *ius commune*, compilat o no) i *els iuspositivistes* (els codificadors), i esforçar-nos, però, a cercar aquella harmonia aplicant la "bona raó" que recomana el *Manual Digest*. I d'altra banda, amb la intenció de resoldre el fet paradoxal i gairebé misteriós d'una Andorra tan permeable al dret de la recepció, examinar si la raó de no sumar-se al procés continental codificador rauria en el manteniment de *la llei i la justícia atorgades* pels coprínceps combinada amb l'escassa competència normativa del Consell de la Terra (1419) i del Consell General.

4- Exerceixo l'ofici d'advocat a Andorra només des de fa trenta anys i vaig tenir la fortuna de rebre un molt bon consell dels advocats Ramón Villeró i Josep Maria Arqués i del notari Marc Vila, que consistia a recomanar-me a educar els meus reflexos de diagnòstic jurídic en dues direccions simultànies i convergents: davant qüestions de dret privat, em deien, "estudia el *Digest* i il·legeix sentències". De manera que vaig haver d'estudiar novament per primer cop seriosament el dret romà que sortosament havia estudiat força bé tot i que per força (Deusto, Valladolid, Arias Bonet, Arias Ramos), i així vaig educar els reflexos del diagnòstic amb l'estudi del *Corpus Iuris Civilis* i de la jurisprudència com a principal font del meu coneixement del dret vigent a Andorra, i, en la pràctica, com a vertaderes fonts de dret almenys de fet, no solament el *Corpus* sinó també la doctrina dels tribunals superiors; i no solament l'emesa per aquests sinó per la coneguda com a "petita jurisprudència" dictada pels batlles. Més enllà de la meua experiència personal, si ja he al·ludit precedentment a la condició de dret

vigent a Andorra del dret comú globalment recollit en el *Corpus*, ara m'aturaré també sumàriament en la funció de la jurisprudència i la seva *virtual qualitat de font del dret*, en la meua opinió; i col·lateralment, a la funció del jurista, històricament i en l'actualitat.

Els sistemes codificats continentals europeus fan un tractament diferent de la qüestió jurisprudencial. Concretament ho fan diferentment el Codi Civil francès i l'espanyol, que són els que ens concerneixen més properament. El primer no en parla directament i al·ludeix només a la prohibició de la denegació de justícia (art. 4) i que els jutges no poden dictar disposicions generals ni reglamentàries (art. 5); tampoc no ho fan el *Codice civile* italià (que com el francès també és de tradició romanística) ni el BGB alemany.

L'espanyol, en canvi, regula expressament la funció de la jurisprudència en els articles 1.1 i 6: "*Las fuentes del OJ son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.*" I "*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.*"

De fet, el Tribunal Suprem espanyol no legisla, seguint el criteri del *Code* francès i el respecte a la divisió de poders, però emet sentències de recomanació de modificacions legislatives a partir, justament, de la doctrina que ell mateix ha elaborat.

Penso que no és casual que totes les edicions modernes del codis civils (francès, espanyol i italià) –les més conegudes, com les de Dalloz, d'Aranzadi i de Giuffrè–, acompanyin tots i cadascun dels articles d'una selecció de la jurisprudència recaiguda en els casos concrets que han estat sotmesos als tribunals per determinar-ne la correcta aplicació. Perquè és difícil copsar l'abast d'una norma si no es té en compte la doctrina emesa pels tribunals que han dirimit el mode i manera de la seva aplicació a la infinitud de modes i maneres que la vida mateixa ha produït. I és que, a parer meu, llei i jurisprudència constitueixen un tot tan diferent com indissociable.

Això ho resolvia el dret comú tot i que d'una altra manera, igualment significativa i molt suggestiva: explicant diversos casos concrets, desglossant cada fragment del *Digest*, per exemple, en un proemi i diversos, fins i tot nombrosos epígrafs degudament numerats. Intentant, en definitiva, com hem dit anteriorment, raonar més que preceptuar. Una manera pedagògica i diàfana d'explicar la real i concreta *ratio legis* de cada precepte.

De la seva banda, en el sistema dit del *common law* la *jurisprudència* és font de dret i conjuntament amb la *lleï escrita formen un tot*; de fet, els tribunals dicten la justícia del cas concret (el *case law*) emesa i administrada pel Tribunal de Cassació, la qual els tribunals inferiors i els legisladors no poden ignorar: això constitueix el sistema jurisdiccional del precedent, la *cultura jurídica del precedent*.

I aquí hem de ressaltar que la cultura jurídica del precedent no és estranya a l'ordenament jurídic d'Andorra, ja que ha estat expressament prevista, regulada i reiteradament aplicada i invocada pel nostre Tribunal Constitucional a partir del que disposen els articles 2.1 i 2 de la LQTC: "[...] les seves *decisiones vinculen* els poders públics i els particulars i les seves sentències tenen el valor de *cosa jutjada*." I entenem que la *doctrina interpretativa* de la Constitució elaborada pel tribunal i que serveixi de fonament a les seves sentències, vincula també els diferents òrgans de la *jurisdicció ordinària*.

A partir d'aquesta fonamentació legal podem entendre el pronunciament que va fer François

Luchaire, magistrat francès en el nostre Tribunal Constitucional, del qual va ser president, quan va dir que el jutge és la *garantia de les garanties* per al ciutadà, justiciable o no.

És en aquest marc legal i conceptual que cal entendre i valorar la funció del jurista clàssic i en els temps moderns la de l'advocat. Perquè aquell era el gran forjador del dret recollit en el *Digest* (i en ell se'ls cita expressament: Ulpià, Cels, Gaius, Paulo, Marcel, etc.). I l'advocat modern és qui compareix davant els tribunals per demanar-los que adoptin decisions en el sentit per ell interessat; per això estan definits en el nostre ordenament com a cooperadors de l'Administració de Justícia, jo diria com a cooperadors *necessaris* de dita administració, per acabar sent també forjadors de dret per la via jurisprudencial; i un petit exemple del que estem dient pot ser-ho la condemna d'Andorra dictada pel Tribunal Europeu de Drets Humans en l'afer Pla-Puncernau, que malgrat no haver suposat una normativa expressa i nova sobre la igualtat de drets dels fills i néts adoptats, de ben segur que cap llei ni cap decisió judicial no gosarà contradir, malgrat haver estat dictada una sentència en sentit contrari pel nostre Tribunal Superior de Justícia el maig de l'any 2000 i no haver estat admesa a tràmit l'empara sol·licitada davant el Tribunal Constitucional per l'aute d'octubre del mateix any 2000.

Amb tot això arribem a la quarta i darrera hipòtesi de treball, que podríem formular així: les fonts de dret andorrà són i s'ordenen jeràrquicament amb la llei pàtria especial, el costum provat i respectuós del l'ordre públic, el *ius commune* compilat com dret de la recepció, i la doctrina jurisprudencial en termes semblants a la regulació vigent pel Tribunal Constitucional.

Un suggeriment final

Em refereixo a l'establiment i regulació del recurs *extraordinari* de cassació, que hauria d'anar combinat amb la conversió de l'apel·lació en *iudicium novum*. Un recurs extraordinari davant un tribunal ordinari *ad hoc* –entès com a Corts o Tribunal de Cassació o Suprem–, per a casos ben definits i taxats i sempre que hi hagi revocació de sentència pel tribunal d'apel·lació. Un recurs que es concentrés en la infracció de la llei i en les infraccions processals que poguessin haver lesionat drets fonamentals per la jurisdicció ordinària. I que per examinar el recurs, pogués entrar en el fons de l'afer que se li sotmeti sense limitacions de cap mena.

La proposta podria ser benèfica en diverses direccions: en primer lloc, es posaria fi a la temptació de convertir el Tribunal Constitucional en una "supercassació" de què parlava un dels presidents, Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, perquè sovint es demanda empara constitucional quan en realitat "[...] es tracta de pretensions deduïbles davant un tribunal ordinari en via d'apel·lació o en via de cassació, però no davant una jurisdicció constitucional com aquest Tribunal [...]" (aute del TC de 30 de juny de 2003; doctrina reiteradíssima pel mateix TC abans però sobretot després de dita resolució).

En segon lloc, es guanyaria seguretat jurídica amb aquesta instància de control de llei i de procediment, sense que per això s'hagi de retardar substancialment la durada del procés ni s'hagi de fer més pesant ni complex el procediment.

En tercer lloc, el Tribunal Constitucional podria dedicar-se a empare de contingut manifestament constitucional de la infracció denunciada (en aplicació de l'article 37, LQTC).

En fi, tampoc no hauria d'afeixugar el pressupost perquè podrien examinar el recurs de cassació

els magistrats, tots o en part, de les restants sales que no hagin dictat la resolució discutida i constituïts en Corts de Cassació.

Un suggeriment que pot contribuir a la seguretat jurídica al Principat d'Andorra.

Segona part: proposició a la SAC

Proposo que la SAC vulgui esdevenir la seu neutral del debat en els vessants acadèmic, jurídic i polític amb dimensió i projecció públiques sobre la millor organització del dret privat a Andorra.

Moltes gràcies per la vostra atenció.

Manuel PUJADAS i DOMINGO

advocat, exdegà del Col·legi d'Advocats d'Andorra
i autor de la publicació *Legislació processal del Principat d'Andorra* (2004)