

●●●● Dret andorrà

Dret internacional privat del Principat d'Andorra

VOLUM 2

Persona, família, successions
i testaments

Ramon Viñas Farré

Dret internacional privat del Principat d'Andorra

Volum 2

*Persona, família, successions
i testaments*

Dret internacional privat del Principat d'Andorra

Volum 2

*Persona, família, successions
i testaments*

Ramon Viñas Farré

Pròleg d'Alegría Borrás



DRET INTERNACIONAL PRIVAT.VOLUM 2. PERSONA, FAMÍLIA, SUCCESSIONS I TESTAMENTS

Primera edició: xxxxxx de 2009

Coordinació: Universitat d'Andorra i Fundació Crèdit Andorrà

Dipòsit legal: AND.xxx-2009

ISBN: 978-99920-1-xxx-x

Coordinació editorial: Natàlia Lalinde / Premsa Andorrana, SA

Disseny i compaginació: Premsa Andorrana, SA

Correcció: Natàlia Lalinde / Premsa Andorrana, SA

Impressió: Ecograf

© Ramon Viñas Farré

© d'aquesta edició: Universitat d'Andorra i Fundació Crèdit Andorrà

Sota les sancions establertes per les lleis, queden rigorosament prohibides, sense l'autorització per escrit dels titulars del Copyright, la reproducció total o parcial d'aquesta obra per qualsevol mitjà o procediment –inclosos la reprografia i el tractament informàtic– i la distribució d'exemplars d'aquesta edició mitjançant lloguer o préstec públics.

SUMARI

| | |
|---|-----|
| Presentació | 7 |
| Pròleg | 9 |
| Abreviatures | 17 |
| DRET INTERNACIONAL PRIVAT DEL PRINCIPAT D'ANDORRA | |
| 18. L'estatut personal | 21 |
| 19. La personalitat jurídica i la capacitat de les persones físiques | 45 |
| 20. La protecció internacional de les persones majors incapacitades i dels menors d'edat | 73 |
| 21. La família en dret internacional privat | 109 |
| 22. Els efectes del matrimoni | 137 |
| 23. Crisis matrimonials | 171 |
| 24. La filiació per naturalesa | 203 |
| 25. Adopció internacional | 223 |
| 26. Obligacions alimentàries | 253 |
| 27. Successió per causa de mort | 299 |
| Bibliografia | 347 |
| Índex general | 365 |

Presentació

L'any 2000, el Consell Superior de la Justícia, l'Institut d'Estudis Andorrans i la Universitat d'Andorra vam iniciar conjuntament un projecte de formació específica en dret andorrà, amb l'objectiu d'oferir als professionals del dret els coneixements específics en aquest àmbit.

Les tres institucions col·laboradores vam encomanar, a un equip d'experts en cadascuna de les branques del dret, la redacció d'un material didàctic que havia d'esdevenir la documentació bàsica del programa de formació en dret andorrà.

El febrer del 2001 es va iniciar la primera edició del postgrau en dret andorrà, amb la col·laboració de la Fundació Crèdit Andorrà. En aquest postgrau es tracta un ampli ventall d'aspectes específics d'Andorra en els àmbits de les institucions públiques, les fonts del dret i el dret privat, penal, administratiu, processal civil i internacional.

Aquest sisè volum forma part de la col·lecció en dret andorrà editada conjuntament per la Fundació Crèdit Andorrà i la Universitat d'Andorra, l'objectiu de la qual és publicar, per primer cop i de forma agrupada, les bases dels diferents àmbits del dret andorrà. Això converteix aquesta col·lecció en una eina de consulta obligada per a tots els estudiants i professionals del dret.

Consell Superior de la Justícia

Institut d'Estudis Andorrans

Universitat d'Andorra

Fundació Crèdit Andorrà

Pròleg

1. Quan l'any 2002 en Ramon Viñas va demanar-me que fes el pròleg per al volum 1 del *Dret internacional privat del Principat d'Andorra* vaig acceptar amb gust, tenint en compte els vincles importants d'amistat i de col·laboració que ens uneixen. El fet que ara m'hagi demanat de nou d'escriure un pròleg al volum 2 de l'obra no fa sinó corroborar els vincles que es mantenen al llarg dels anys. Perquè, a més a més, he de reiterar el que ja deia en aquella ocasió: els meus inicis en dret andorrà han anat sempre de la mà d'en Ramon Viñas. Els seus coneixements i la seva recerca m'han obert la inquietud envers un món jurídic allunyat dels ordenaments jurídics que conec. És un sistema complex, apassionant i, precisament per aquesta complexitat, barreja una immensa riquesa en tradicions amb una gran necessitat de renovació en el món actual. Si em vaig aproximar al dret andorrà amb aquest esperit, constitueix per mi una satisfacció que l'expert Ramon Viñas m'hagi demanat de nou d'escriure unes paraules d'introducció.

2. Vull recordar aquí que les mateixes institucions andorranes, en considerar que és necessària una formació específica en dret andorrà, no varen dubtar a incloure-hi el dret internacional privat. En efecte, la Universitat d'Andorra, el Consell Superior de la Justícia i l'Institut d'Estudis Andorrans, amb la col·laboració del Col·legi d'Advocats, varen creure oportú desenvolupar una formació específica en dret andorrà per a titulats de grau mitjà i superior, amb la possibilitat de poder-hi admetre persones sense titulació però amb experiència acreditada. Aquesta experiència, començada l'any 2000, arriba aquest curs 2008-2009 al novè curs de Postgrau de dret andorrà.

Entre les assignatures no hi podia mancar el dret internacional privat. Així, el programa del postgrau està compost per Institucions andorranes, Fonts del dret, Dret privat, Dret penal, Dret administratiu, Dret processal civil i Dret internacional privat. El comitè coordinador dels estudis en Dret andorrà va encomanar a en Ramon Viñas la confecció del programa i la redacció d'un llibre de dret internacional privat per tal de tenir uns materials adients per als alumnes. Aquesta fou l'ocasió de refer temes que ja havien estat objecte d'altres publicacions d'en Ramon Viñas (és prou significativa la relació de les seves publicacions que consta en la bibliografia que acompanya el volum I i aquest volum 2) i de crear-ne de nous, per així poder presentar un text global del Dret internacional privat andorrà que fos entenedor, pràctic i útil per als teòrics i per als pràctics del dret, a Andorra i a tot arreu.

3. Aquest encàrrec no era pas fàcil. Com es veu al llarg de l'obra, hi ha una mancança evident de fonts normatives en aquest sector, de tal forma que, si es pot parlar d'un *sistema* andorrà de dret internacional privat, existeix gràcies a l'obra de la jurisprudència, que, si bé no és una font del dret en sentit estricte, constitueix un factor important per al progrés del dret i per a l'adaptació a les necessitats actuals. Si la Constitució andorrana de 1993 diu (art. 3.2) que l'ordenament jurídic andorrà reposa sobre els principis de legalitat, de jerarquia, de publicitat de les normes jurídiques i de seguretat jurídica, la conseqüència immediata és que el dret internacional privat ha d'obeir a aquestes característiques. Però la Constitució andorrana no és contrària que hi hagi una gran flexibilitat que condueixi a la realització d'uns valors materials de justícia; i en aquest sentit és significativa la sentència del Tribunal Superior de Justícia, sala civil, de 19 de juny de 1997, quan invoca el Conveni de Roma de 1980 sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals –un conveni entre els estats membres de la Comunitat Europea–, en dir que el “podem qualificar d'un veritable *ius commune* europeu sobre la matèria, i en particular el seu article 4, en el qual es preveu que si els

contractants no han fet ús de la facultat d'elegir la llei que ha de regular el contracte, aquest s'ha de sotmetre a les prescripcions de la llei del país amb el qual presenta els vincles més estrets”.

4. El volum I de *Dret internacional privat del Principat d'Andorra* conté el que es denomina la part general del dret internacional privat i inclou la formació històrica, fonts i problemes d'aplicació de les normes del dret internacional privat andorrà, del dret processal civil internacional, del dret de la nacionalitat i d'estrangeria. Adopta, doncs, una concepció àmplia del dret internacional privat, seguint la tradició dels autors francesos i espanyols més destacats.

El volum 2 està destinat a les institucions del dret civil internacional i comprèn les qüestions relatives a la persona física i la seva protecció; les qüestions relatives al matrimoni, els seus efectes i els problemes de les crisis matrimonials; la filiació per naturalesa i per adopció; el punyent problema dels aliments, i, finalment, la successió per causa de mort i el trust. Un panorama, doncs, complet dins de l'àmbit escollit. El dret del comerç internacional serà objecte d'un volum 3 o d'un llibre independent, en tant que presenta els caràcters d'una disciplina amb autonomia pròpia.

5. Com ja s'ha indicat amb anterioritat, els textos legals positius andorrans presenten un caràcter fragmentari i insuficient, cosa que fa sobresortir el paper de la jurisprudència andorrana, que no s'ha limitat a ser un complement de l'ordenament jurídic sinó que, en els supòsits de llacunes legals, ha aportat solucions per curullar-les.

A més, d'altra banda, hi ha a Andorra una quasi absència de convenis internacionals sobre matèries de dret internacional privat. La jurisprudència, una vegada més, ha servit per adaptar el sistema, utilitzant el model del Hinweise-Methode, en incorporar *per referència* algunes solucions contingudes en convenis internacionals, com ara els Convenis de Ginebra sobre lletra de canvi, pagaré i xec o el ja mencionat

Conveni de Roma de 1980. La raó d'aquesta utilització és ben senzilla: l'absència de regulació al Principat i la necessitat d'aplicar la normativa més moderna que ofereix el dret comparat per tal de fer realitat el *valor justícia*, que desenvolupa un paper més rellevant que el dret material. Queda així ben palès que a Andorra existeix una mínima legislació i una més abundant jurisprudència que volen donar resposta a la qüestió de la situació jurídica de l'individu en les relacions privades internacionals.

6. Al llarg de les pàgines d'aquesta obra apareixen opinions de l'autor amb vista al futur. Són opinions doctrinals, que no intenten imposar res però que responen a les tendències actuals i més progressistes, a la vegada que realistes, del dret internacional privat. El que es diu en aquesta obra és important si es pensa en una nova estructuració del sistema, que respondria a les necessitats reals del país i a les exigències de l'entorn més proper.

12

En efecte, cal recordar que un nombre significatiu d'estats europeus han dictat durant els últims anys lleis especials de dret internacional privat, com és el cas, per mencionar només les més destacades a Europa, de la Llei alemanya de 1986, la Llei federal suïssa de 1987, la Llei italiana de 1995, la Llei d'Eslovènia de 1999 o la Llei belga de 2004. És així com podria pensar-se que a Andorra cal endegar un procés de modernització del sistema, sens dubte insuficient, de dret internacional privat. En aquest sentit, la metodologia podria ser la proposada per Julio D. González Campos per a la modificació del sistema espanyol (en el seu treball "La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. Algunas propuestas para un debate". *Revista Española de Derecho Internacional*. 2000, 2, p. 351-369), en plantejar, a més d'alguns aspectes formals i estructurals, una organització per a la reforma que consistiria a obrir un ampli debat sobre les línies de la reforma per passar després a un treball en comissions i, finalment, a un debat sobre un text complet, per culminar en una llei, que exigeix sempre voluntat política.

7. I en aquest procés s'hi haurà d'incorporar el dret convencional a mesura de les necessitats del país, pensant en l'adhesió a alguns convenis internacionals, especialment de la Conferència de l'Haia de dret internacional privat, de la qual Andorra encara no és membre si bé s'ha adherit a dos convenis de l'Haia: el Conveni de la Postil·la i el Conveni sobre adopció internacional. Tot això serviria per completar i modernitzar el sistema de dret internacional privat andorrà (sobre la funció modernitzadora dels tractats, vegeu José C. Fernández Rozas. "Problemas de asimilación de los Tratados internacionales de Derecho internacional privado en un sistema de base estatal: la experiencia española". *Mélanges Fritz Sturm*, vol. II, 1999, p. 1.457 i s.) i de la mateixa manera que l'euro ha arribat sense ser membre Andorra de la Comunitat Europea, podria pensar-se a incorporar, com a normativa interna, determinades regles del dret comunitari. ¿I per què no preveure la introducció de normes internes que reproduïxin els reglaments comunitaris sobre llei aplicable a les obligacions contractuals, sobre notificacions i obtenció de proves, sobre competència i reconeixement de decisions en matèria de divorci i responsabilitat parental o sobre cobrament internacional dels aliments? I per què no imaginar que Andorra arribi a adherir-se al Conveni de Lugano revisat, de 30 d'octubre de 2007, una vegada hagi entrat en vigor?

El que s'acaba de dir en relació amb la conveniència de ser part en determinats convenis no exclou, tanmateix, la necessitat d'una llei interna en matèria de dret internacional privat, com ja hem dit abans. Els convenis internacionals no cobreixen tots els aspectes i per aquesta raó cal legislar prenent el model de les lleis del nostre entorn.

8. Sobre les qüestions generals relatives a la participació en tractats internacionals, relatius als temes que s'inclouen en aquest volum, l'actitud de Ramon Viñas és, com sempre, prudent: dóna les dades de *lege lata*, però informa sobre els més rellevants convenis existents. En aquest punt voldria fer alguna consideració sobre convenis que considero de particular interès per a Andorra en el moment actual.

Sense seguir l'ordre sistemàtic de l'obra, crec, com l'autor, que seria molt important i convenient que l'Estat andorrà acceptés el Conveni de l'Haia de 1980 sobre segrest internacional de menors, ja que ompliria el buit de l'ordenament andorrà en la matèria i significaria posar-se al costat dels més de vuitanta estats que l'han ratificat o acceptat: es trauria un gran profit d'aquesta acceptació.

Si passem a l'àmbit de la protecció de la persona, seria convenient que Andorra fos part en el Conveni de l'Haia de 1996 sobre protecció de menors i en el de 2000 sobre protecció d'adults. En el cas del conveni de 1996, sobre protecció de menors, perquè és un text modern que supera àmpliament el conveni de 1961 i que, a més dels estats als quals ja s'aplica, d'aquí a poc temps estarà en vigor en tots els estats membres de la Comunitat Europea. Pel que fa al conveni de 2000, sobre protecció d'adults, que va entrar en vigor el primer de gener de 2009, com diu Ramon Viñas convindria que Andorra s'hi adherís si els estats nacionals dels quals elegeixen Andorra com a país de jubilació decideixen acceptar dit conveni.

14

Un àmbit particularment sensible, en una societat on cada vegada resideixen persones procedents d'altres països, és el dels aliments. En aquest sentit, la pluralitat d'instruments internacionals obliga a triar aquells que siguin més adients per a Andorra. La Conferència de l'Haia de dret internacional privat va adoptar el 23 de novembre de 2007 un conveni sobre obtenció internacional d'aliments destinats als menors i a d'altres membres de la família que es refereix essencialment a la cooperació d'autoritats i al reconeixement i execució de decisions, i un protocol sobre llei aplicable a les obligacions alimentàries. Es tracta de dos textos moderns i adaptats al moment actual. A aquesta primera dada, cal afegir-hi el següent: el consell de la Comunitat Europea va arribar el 24 d'octubre de 2008 a un acord polític que permetrà l'adopció, abans de la fi del 2008, d'un reglament comunitari sobre competència, llei aplicable, reconeixement i execució, i cooperació d'auto-

ritats en matèria d'obligacions alimentàries. Aquest document, pensat per ser aplicat en el necessari conjuntament amb el Conveni de l'Haia, per determinar la llei aplicable fa una remissió al protocol de 2007, per la qual cosa, i tenint en compte l'efecte general o *erga omnes* d'aquest text, seria convenient que fos incorporat a l'ordenament andorrà. Pel que fa al reconeixement i execució de les decisions en matèria d'aliments, cal plantejar-se si les institucions andorranes es troben en posició de complir totes les mesures de col·laboració d'autoritats previstes en el conveni de 2007, per la qual cosa seria prudent adherir-se, de moment, al conveni de 1973, si bé el de 2007 presenta grans avantatges en relació amb l'efectiu cobrament d'aliments a l'estranger.

El tema de les successions és important en una societat cada vegada més internacionalitzada, com es va mostrar en el Congrés que va tenir lloc a Sant Julià de Lòria el 29 i 30 de novembre de 2007 sobre *Perspectives del Dret successori a Europa*, en el qual en Ramon Viñas va presentar una part del capítol XXVII d'aquest volum 2. En aquest context, convindria que Andorra considerés la possibilitat de ser part del Conveni de l'Haia de 1961 sobre llei aplicable a la forma de les disposicions testamentàries i també del Conveni de l'Haia de 1985 relatiu a la llei aplicable al trust i al seu reconeixement, atesa la importància creixent d'aquesta figura i de les seves particularitats. La complexitat del Conveni de l'Haia de 1989 sobre llei aplicable a les successions per causa de mort aconsella més prudència a la hora de pensar en una possible adhesió, si bé l'aplicació com a llei interna és molt positiva a Holanda, l'únic país que l'ha ratificat.

10. Per concloure, he de destacar que l'obra del professor Viñas és d'un gran rigor, no tan sols quant a la substància, sinó també des del punt de vista sistemàtic, ja que en cada matèria, segons resulti adient, incorpora la qüestió de la competència d'autoritats, llei aplicable, reconeixement i execució, i cooperació d'autoritats.

L'autor, davant la notòria absència de normes positives, utilitza àmpliament la jurisprudència andorrana, però no es queda aquí. Així com la jurisprudència es nodreix sovint d'elements doctrinals, d'elements de dret comparat o de dret convencional del qual Andorra no és part, Ramon Viñas dóna una sèrie d'elements, en particular de dret comparat i de dret convencional, que poden ser útils per tal d'afrontar les necessitats actuals, i cal destacar que es prenen en consideració els profunds canvis que s'han produït en el si de la societat andorrana dels últims anys. En conjunt, doncs, he de dir que es tracta d'un treball d'investigació necessari, que culmina la feina ja feta en el volum anterior i que serà, sens dubte, una obra de referència sobre el dret internacional privat andorrà actual.

Alegría Borrás

Catedràtica de dret internacional privat (Universitat de Barcelona)

Membre associat de l'Institut de Droit International

Membre permanent de la Comisión General de Codificación
de España

Abreviatures

| | |
|---------------|---|
| ADC | Anuario de Derecho Civil |
| ADI | Anuario de Derecho Internacional |
| ADMU | Arxius Delegació de la Mitra d'Urgell |
| Ann. I. D. I. | Annuaire de l'Institut de Droit Internacional |
| BIMJ | Boletín Informativo del Ministerio de Justicia |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| BRUTAILS | <i>La coutume d'Andorre</i> . Andorra la Vella, 1965 (2a edició) |
| BCG | Butlletí del Consell General |
| BOPA | Butlletí Oficial del Principat d'Andorra |
| CA | Constitució Andorrana |
| CNA(1977) | Codi nacionalitat andorrana de 1977 |
| CNA(1985) | Codi nacionalitat andorrana de 1977 modificat el 1985 |
| DALLOZ | <i>Recueil Dalloz, périodique et critique de jurisprudente, de législation et de doctrine</i> |
| D. I. Pr. | Dret internacional privat |
| DOCE | Diario Oficial Comunidades Europeas |

| | |
|-----------------|---|
| DOUE | Diario Oficial de la Unión Europea |
| Dir. Int. | Diritto internazionale |
| E. Dalloz | <i>Encyclopédie Dalloz Droit International</i> |
| Gaz. Pal. | Gazette du Palais |
| ICLQ | International and Comparative Law Quarterly |
| IECL | <i>International Encyclopedie of Comparative Law</i> |
| INAF | Institut Nacional Andorrà de Finances |
| J. Cl-dr. int | <i>Jurisclasseur de droit internacional</i> |
| J. D. I. Clunet | <i>Journal de droit internacional</i> |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LOPJ | Ley Orgánica del Poder Judicial |
| LQIOT | Llei qualificada d'incapacitació i organismes tutelars de 3 de novembre de 2004 |
| LQJ | Llei qualificada de la Justícia |
| LQM | Llei qualificada del matrimoni |
| LQN(1993) | Llei qualificada de la nacionalitat de 1993 |
| LQN(1995) | Llei qualificada de la nacionalitat de 1995 |
| LQRAET | Llei qualificada reguladora de l'activitat de l'Estat en matèria de tractats |

| | |
|------------------------|--|
| LQTC | Llei Qualificada del Tribunal Constitucional de 2 i 3 de setembre de 1993 |
| LQTC (mod.) | Llei qualificada de modificació de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional de 22 d'abril de 1999 |
| TSJA | Tribunal Superior de Justícia d'Andorra |
| LTPJ | Llei transitòria de procediments judicials |
| <i>Manual digest</i> | <i>Manual digest de las Valls neutras d'Andorra. Antoni Fiter i Rossell, 1748</i> |
| NILR | <i>Netherlands International Law Review</i> |
| <i>Politar andorrà</i> | <i>Politar andorrà. Antoni Puig, 1763, inspirat en el Manual digest</i> |
| RabelsZ | Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht |
| RAJ | <i>Aranzadi. Repertorio de Jurisprudencia</i> |
| Recueil des Cours | Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye |
| Recurs en queixa | Dret de suplicació als Coprínceps (abans de la CA) |
| RDEA | <i>Revista de Derecho Español y Americano</i> |
| RDP | <i>Revista de Derecho Privado</i> |
| REDI | <i>Revista Española de Derecho Internacional</i> |

| | |
|-------------------------------|--|
| Rev. crit. dr. int. pr. | <i>Revue critique de droit international privé</i> |
| RGD | <i>Revista General de Derecho</i> |
| Rev. gen. dr. int. pub. | <i>Revue générale de droit international public</i> |
| Rev. int. dr. comp. | <i>Revue internationale de droit comparé</i> |
| RIE | <i>Revista de Instituciones Europeas</i> |
| Riv. dir. int. pr. proc. | <i>Revista di diritto internazionale privato e processuale</i> |
| RIW | <i>Rect. Der internationalen Wirtschaft</i> |
| RJC | <i>Revista Jurídica de Catalunya</i> |
| RSDIE | <i>Revue Suisse de Droit International et Européen</i> |
| TC | Tribunal Constitucional d'Andorra |
| TJCE | Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees |
| Travaux Com. fr. dr. int. pr. | Travaux du Comité français de droit international privé |

19. La personalitat jurídica i la capacitat de les persones físiques



Introducció

En aquest tema destaquen dues paraules: *personalitat* i *capacitat*, referides a les persones físiques. Podríem intentar distingir aquests dos termes com ho ha fet una part de la doctrina, però avui dia el dret considera que la *personalitat* és la qualitat jurídica pròpia de tota persona i que està vinculada a la *capacitat* jurídica, és a dir, a l'aptitud per ser titular de drets i obligacions. Així doncs, *capacitat jurídica* equival a *personalitat*. La pregunta és, en quines condicions un ésser humà és una persona i quan deixa de ser-ho? I als efectes del D. I. Pr., quina llei regula l'existència i l'extinció de la personalitat?

Suposem que en una clínica d'Andorra neix un infant (fill de dos cònjuges italians residents legalment al Principat) però en un estat de salut tan precari que mor al cap de poques hores del part. El nadó va assolir personalitat jurídica i va ser capaç d'heretar els béns que el seu avi patern li havia deixat? S'haurà d'aplicar la llei italiana o la llei andorrana?

La capacitat d'obrar, que implica la idoneïtat per realitzar amb eficàcia actes jurídics, ens portarà al règim de les incapacitats i a les mesures de protecció de les persones que no poden valer-se per elles mateixes.

I. Inici i extinció de la personalitat

I.1. Determinar el començament de la personalitat és una qüestió clau i prèvia perquè una persona pugui ser titular de drets i obligacions. La major part de sistemes jurídics associen el naixement al començament de la personalitat, però les condicions per ser considerat *persona* varien d'un sistema a un altre, amb la qual cosa hi haurà diferències notables a l'hora de determinar l'inici de la personalitat.

Segons el dret italià, la personalitat jurídica s'adquireix pel naixement d'un ésser humà viu.¹ Alemanya i Suïssa segueixen el model italià. El

¹ L'article 1 del Codi civil italià diu: *La capacità giurídica si acquista dal momento della nascita.*

dret francès exigeix el naixement d'un subjecte viu i amb possibilitat de sobreviure, és a dir, que sigui viable. El cas d'Espanya és ben conegut: els articles 29 i 30 del Codi civil exigeixen que el nascut tingui forma humana i hagi viscut enterament després del si matern, almenys, vint-i-quatre hores.²

1.2. Al Principat l'aplicació de diversos textos de dret romà³ ens portarà al model del dret francès: el nadó assolirà la personalitat sempre que pugui mantenir-se viu per si sol. Per tant, l'inici de la personalitat no està sotmès a cap requisit temporal de viabilitat, de manera que comença pel fet de nàixer sempre que el nascut pugui viure per si sol, encara que de moment necessiti ajut per problemes de salut. Això és conforme amb l'article 7 del Conveni sobre els drets de l'infant, fet a Nova York el 20 de novembre de 1989, en vigor a Andorra: "Hom enregistra l'infant immediatament després del seu naixement. A partir del seu naixement l'infant té dret a un nom i a adquirir una nacionalitat i, en la mesura en què sigui possible, té el dret de conèixer els seus pares i d'ésser educat per ells."

1.3. Quina llei serà aplicable per determinar si existeix o no personalitat jurídica?

La llei nacional del subjecte regularà aquesta qüestió o, utilitzant una ficció, diríem que s'aplicarà la llei personal hipotètica; és a dir, la llei del país, la nacionalitat del qual tindria el subjecte si hagués assolit la qualitat de persona.

² L'article 29 del Codi civil espanyol disposa que el naixement determina la personalitat, però, afegeix l'article 30 que per als efectes civils "sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno". A conseqüència, l'article 165 del Reglament del registre civil espanyol només permet la inscripció del nascut després de vint-i-quatre hores del naixement, ja que en cas contrari s'inscriuria el naixement d'un subjecte sense personalitat jurídica. Aquesta exigència va en contra de l'article 7 del Conveni sobre els drets de l'infant, fet a Nova York el 20 de novembre de 1989.

³ El Codi 6, 29, 2 enllaça la personalitat amb el naixement, però s'exigeix una completa separació del nascut respecte del claustre matern (Codi 6, 29, 3; Digest 16, 50, 14) i que tingui figura humana (Digest 2, 29, 8). Una interpretació actual dels requisits exigits pels textos romans condueixen que es tracti del naixement d'un subjecte viu i viable.

Aquesta tècnica de determinació de la llei aplicable pot ser criticada, però el cert és que la trobem en el dret modern, com ara en l'article 8 del Conveni de Roma de 1980 sobre llei aplicable a les obligacions contractuals:

“L'existència i la validesa del contracte, o de qualsevol de les seves disposicions, estaran sotmeses a la llei que seria aplicable en virtut del present conveni si el contracte o la disposició fossin vàlids.”

1.4. La qüestió referent al *nasciturus* —el concebut però no nascut— no està regulada en la major part dels sistemes jurídics, i tampoc al Principat. No és una qüestió de capacitat jurídica, ja que el *nasciturus* no és persona, no té capacitat jurídica. Haurem de recórrer al dret romà, on apareix la figura del *pòstum* per atribuir-li drets hereditaris respecte de l'herència del seu pare. El dret romà va establir la ficció de considerar-lo com si hagués nascut, però només en relació amb els efectes que li poguessin ser favorables i útils.⁴

Avui dia, l'ordenament andorrà té en compte i protegeix el *nasciturus*. Així l'article 8 de la CA diu:

“La Constitució reconeix el dret a la vida i la protegeix plenament en les seves diferents fases.”

Si bé el *nasciturus* no és una persona als efectes civils, és un bé jurídic mereixedor de protecció i atenció del dret.⁵ Seguint el *Digest* 29, 2, 30, s'han de reconèixer al *nasciturus* els efectes útils o favorables, sempre que arribi a néixer amb les condicions abans exposades.

⁴ Cfr. *Digest* 1, 5, 6; 27, 2, 6; 48, 19, 39.

⁵ Des del punt de vista del dret penal, la sentència del Tribunal de Corts de 19 de juny de 1990, causa 89-ED/87, diu: “El delicte d'avortament és un delicte contra la persona l'existència de la qual s'ataca, la del *nasciturus*, és a dir contra la vida en estat de dependència...”

Quina llei regularà els eventuais drets del *nasciturus*? Podríem recórrer a la llei nacional presumpta del *nasciturus*, per tant a la llei personal del subjecte en el supòsit de néixer viu i viable. De totes maneres, una part important de la doctrina es partidària d'aplicar la llei que reguli els drets que s'han de salvaguardar si és que arriba a néixer: si es tracta d'un plet successori, acudiríem a la llei que regula la successió; si es tracta d'una donació, a la llei que regula les donacions.

1.5. La transsexualitat pertany també a l'estatut personal de l'individu afectat. Tindrà rellevància si la llei nacional del subjecte preveu el canvi de sexe i de nom per a qui se sent que pertany a sexe diferent del que li ha estat atribuït. La normativa andorrana no regula el fenomen com a causa de rectificació dels actes de l'estat civil. El problema més difícil seria admetre que els transsexuals poguessin contreure matrimoni amb persones del seu sexe anterior; però podríem trobar una base jurídica favorable en l'article 20.1 CA, sobre el ple desenvolupament de la personalitat humana i al fet que ignorar la síndrome del transsexualisme semblaria que va contra els drets reconeguts al Conveni per a la salvaguarda dels drets humans i de les llibertats fonamentals.⁶

1.6. L'extinció de la personalitat es regula per la llei personal, és a dir per la llei nacional de l'individu. La mort física és l'única causa d'extinció de la personalitat, per la qual cosa el límit de l'ordre públic internacional pot aparèixer amb molta freqüència, ja que no seran aplicables al Principat d'Andorra les lleis estrangeres que admetin la mort civil, l'esclavitud o qualsevol altra causa d'extinció de la personalitat que no sigui la mort física. En el supòsit d'un matrimoni entre andor-

⁶ La Cour d'Appel de Paris, en sentència de 14 de juny de 1994, en el cas d'un argentí que demanava la rectificació de la pròpia *carte de séjour*, va declarar que l'aplicació de la llei nacional del subjecte, que semblava que ignorava la síndrome del transsexualisme, seria contrària als drets de l'home reconeguts en el Conveni europeu, que formen part del dret intern francès (*Cfr. Rev. crit. dr. i nt. pr.*, 1995, p. 308; NORRIE, MCK

Technology, Transsexualism and Homosexuality: New Problems for International Private Law". *JCLQ*, 1994, 43, p. 757-775).

rana i nord-americà, el qual hagi estat condemnat a la pena de mort en un dels estats de la Federació Americana, se li aplicarà la legislació que admet la mort civil, però dita legislació no pot produir efectes a Andorra, en ser contrària a l'ordre públic internacional del Principat.

La llei nacional de l'individu indicarà el moment de la mort, qüestió no pacífica, ja que existeixen criteris diferents sobre el moment en què es produeix la mort.

La prova de la mort serà proporcionada avui pel certificat de defunció, expedit pel registre civil. L'article 115 LRC (Llei del registre civil), per raons d'interès públic general, ordena la inscripció de "la defunció de qualsevol persona, esdevinguda a Andorra". Per tant, els actes de l'estat civil andorrà serviran de prova a l'estranger. En el moment de la declaració de defunció, s'ha de presentar "el certificat mèdic de defunció lliurat per un metge en exercici legal de la professió on hagi esdevingut la defunció". Si hi ha indicis de mort violenta o sospita de crim, o si el metge certificant declara que ignora la causa de la mort, "el registrador ha de comunicar al batlle de guàrdia i al Ministeri Fiscal els fets perquè es promoguin les diligències necessàries per a la investigació de la mort i, si és el cas, perquè es realitzi l'autòpsia" (art. 120 LRC). La presència d'un metge per donar constància de la mort ja apareix a final del segle XVIII a Andorra, junt amb els usos i costums de l'època.⁷ Una vegada practicada la inscripció de defunció, el registre civil constitueix prova de l'extinció de la personalitat. L'article 125.2 LRC estableix:

⁷ En el procés verbal del visori d'un cadàver, de 12 de setembre de 1801, el batlle mana al nunci que es dirigeixi al cadàver per dir-li que s'aixequi, i si fos mort, perquè digui qui l'ha mort: "E lo dit Andreu Ribot Masuvero, nuncio, inseguint lo manament de dit honorable Batlle, a cridat per tres vegades: Cadaver als't que la Justícia te demana. Y vehent que es mort, lo ha cridat que diga qui l'ha mort. Del que fa relació a mi, lo nottari infrascrit, dit nuncio que lo dit cadaver es mort, perque no ou ni parle. Mes avant, dit honorable Batlle, inseguint dit acte de justícia, a manat a Francisco Escabros, cirurgia de ladita vila de Sant-Julia, que segons son art de cirurgia visuras y reconegues si es mort de mort corporal y natural o violenta lodit cadaver que esta aqui llansat en terra ab la forma se ha dit..." (Cfr. BRUTAILS, J.A. *La coutume d'Andorre*, cit. p. LXIV).

“La inscripció fa fe de la mort certa d’una persona i de la data, l’hora i el lloc on ha ocorregut.”

1.7. Com a conseqüència d’un accident de circulació per carretera o d’una catàstrofe, diverses persones poden morir; es planteja aleshores el problema de la llei aplicable a les *presumpcions de supervivència* als efectes de successió per causa de mort o per qüestions d’assegurances. El dret comparat ofereix una gran varietat de solucions: en alguns sistemes jurídics s’estableix la presumpció de la commoriència, de manera que totes les persones han mort simultàniament; en altres, que el més vell sobreviu al més jove, i a la inversa.

En dret romà, la persona era considerada viva mentre no se’n provés la defunció. Això va donar lloc a dificultats per determinar l’època de la mort de diverses persones en relació amb la seva recíproca successió. Si no era possible demostrar qui havia mort en primer lloc, se seguia la regla de la presumpció de mort simultània, ja que el *Digest 34, 5, 18* afirmava: *non videtur alter alteri supervixisse*. No obstant això, hi havia una excepció: si diverses persones haguessin mort durant un incendi, un naufragi o un esfondrament i fossin ascendents o descendents entre si, es presumia la mort anterior del descendent si era impúber, i la mort posterior si era púber.

Segons el que hem dit, podríem admetre que al Principat s’aplica la regla de la commoriència: si no es pot provar qui va morir en primer lloc, es considera que totes les persones moriren al mateix temps.

A manca de norma sobre llei aplicable a la commoriència, com que els problemes importants es refereixen a successions per causa de mort i d’assegurances, seria útil aplicar el dret que reguli la successió per causa de mort, en lloc de la llei personal, especialment si aquesta última i la llei personal no coincideixen.⁸

⁸ Seria bo tenir un text legal com l’article 21 del sistema italià de D. I. Pr.: *Quando occorre stabilire la sopravvivenza di una persona ad un’altra e non consta quale di esse sia morta prima, il momento della morte si accerta in base alla legge regolatrice del rapporto rispetto al quale l’accertamento rileva.*

2. L'absència i la declaració judicial de mort

2.1. La major part dels sistemes jurídics regulen l'absència, o la situació d'una persona que va deixar el seu domicili o la residència habitual i es dubta si viu o està morta, per manca de notícies sobre la seva persona. Podríem distingir tres fases en aquesta institució: a) en la primera es constata l'absència de la persona del seu domicili o residència habitual (amb independència del factor temps) i es prenen les mesures necessàries per a la conservació del patrimoni de l'absent; b) en una segona, una vegada passats un cert nombre d'anys d'absència, es pot demanar una declaració d'absència, per mitjà d'un procediment de jurisdicció voluntària, amb el nomenament d'un representant de l'absent; c) en una tercera, es pot arribar a la declaració judicial de mort.

L'absència ha tingut i té un relleu social important, especialment després de grans esdeveniments, com ara la Segona Guerra Mundial, cosa que obligà a redactar textos internacionals com el Conveni de Nova York, de 6 d'abril de 1950, relatiu a la declaració de mort de persones desaparegudes. Avui dia tenim el Conveni relatiu a la constatació de certes defuncions, de 14 de setembre de 1966, elaborat per la CIEC, i que preveu la competència per declarar la defunció i el reconeixement de les decisions adoptades sobre l'afer.

Les solucions a la problemàtica contingudes en les normatives estatals són variades i divergeixen les unes de les altres. Així, en el sistema del *common law* es presumeix, no de manera absoluta, que una persona és morta si han passat set anys des de les últimes notícies de l'absent. A França, l'absència pot ser presumpta o declarada passats deu anys, i en aquest últim supòsit produeix tots els efectes que tindria la mort. En el dret alemany hi ha un procediment especial per provar els fets que facin presumir la mort d'una persona; acaba amb una sentència que declara la mort del desaparegut i es determina el moment de dita mort.

2.2. En el dret andorrà quasi no existeix normativa sobre l'absència d'una persona, si bé en trobem al·lusions en les obres de Brutails (*La coutume d'Andorre*) i de Pallerola (*El Principado de Andorra y su constitución política*). També hi ha una sentència del Tribunal Superior Civil del Copríncep francès, de 28 de juliol de 1899, que aporta alguna llum a la problemàtica. I actualment, algunes lleis andorranes pres-suposen l'existència de normativa sobre l'absència; així, l'LRC preveu la inscripció de la declaració d'absència en els llibres del registre civil (art. 2.1 i 54.i).

Tampoc en el dret romà no existia una sistematització del règim jurídic de l'absència. Els casos més freqüents d'absència eren deguts a la guerra i eren solucionats per les ficcions *in spoliis* i per la Llei cornèlia; endemés, els absents per causa de la República es consideraven com a presents en tot allò que els era favorable. Hi havia algunes aplicacions particulars en cas d'absència (que equivalia a *no-presència*): així la prescripció dels deu anys entre presents d'una província passava als vint anys entre absents (domiciliats en diferents províncies).

2.3. En una primera fase de l'absència, una persona marxa del seu domicili o residència habitual, no es tenen notícies sobre el seu parador i es tenen dubtes sobre si és viva o ja ha mort. La família o les persones que han establert relacions jurídiques amb l'absent poden demanar mesures per protegir el patrimoni de l'absent i els interessos generals de la família.

En una segona fase, que avui dia podríem situar en els dos anys des de les últimes notícies de l'absent, com en el dret italià, es pot acudir a la Batllia per iniciar un procediment de declaració d'absència, de jurisdicció voluntària. Estan legitimades totes les persones que tinguin un interès de caràcter familiar o patrimonial amb l'absent, amb intervenció del Ministeri Fiscal (art. 3.10 LMF). La decisió del batlle serà apel·lable davant del TSJ.

La declaració d'absència s'inscriu al marge de la inscripció de naixement i es fan constar la identitat del representant de l'absent, les seves facultats específiques, les limitacions en l'exercici del càrrec i la fiança que hagi de prestar, si s'escau (art 81 LRC). També s'ha de tenir en compte que la declaració judicial d'absència és causa de separació matrimonial, a instàncies de l'altre cònjuge (art. 39.6 LQM); que l'absent no pot exercir la pàtria potestat (art. 29.1 LQA), i que es pot procedir a la constitució de la tutela sobre els fills (art. 31 LQA).

2.4. En una tercera fase trobem la declaració judicial de mort, que està regulada en el capítol III de la Llei de reforma del dret de successions, de 21 de juliol de 1989, "als sols efectes de l'obertura de la seva successió".

En la sentència de 28 de juliol de 1899 del TSCCF es va plantejar un cas de successió on intervenia la figura d'un absent, el Sr. S. Fiter, andorrà, que havia marxat del seu domicili l'any 1861, i no es tenien notícies sobre la seva persona. Després de dues sentències contradictòries del batlle francès i del jutge d'apel·lacions, el Tribunal de Perpinyà es va assessorar sobre el dret andorrà aplicable i va afirmar que "d'après les usages andorrans, un absent est présumé ne plus exister alors qu'il a quitté les Vallées depuis plus de 20 années sans donner de ses nouvelles". Els vint anys havia de ser aplicació del termini per a la prescripció entre absents que abans hem citat sobre el dret romà.⁹

2.5. La declaració judicial de mort es pot instar, amb independència que abans s'hagi demanat la declaració judicial d'absència, per part interessada o pel Ministeri Fiscal (art. 3.10 LMF). El procediment és de jurisdicció voluntària i acaba amb una resolució judicial, que s'ha d'inscriure en el registre civil.

Els requisits es troben en l'article 14 de la LRDS:

⁹ BRUTAILS menciona una sentència de la Batllia andorrana de 1892 en què es deia: "lorsque quelqu'un s'absente du pays et que l'on ignore son domicile, après dix ans [...] il convient de confier l'administration de ses biens à ses parents" (*La coutume d'Andorre. Op. cit.* p. 113).

“Quan una persona hagi desaparegut del seu domicili o del darrer lloc conegut de residència, sense que se n'hagin tingut més notícies, podrà instar-se'n la declaració judicial de mort, si concorre alguna de les circumstàncies següents:

- a) Que hagin transcorregut quinze anys des de la data de la desaparició o d'aquella en què se'n tingueren les darreres notícies.
- b) Que hagin transcorregut cinc anys des de la data de la desaparició o de les darreres notícies, quan en el moment de la declaració el desaparegut hagués complert ja l'edat de 85 anys.
- c) Que hagin transcorregut cinc anys des de la data de la desaparició, si aquesta hagués tingut lloc en circumstàncies de perill greu per a la vida.”

La determinació del moment de la mort s'ha de fer constar en la resolució judicial de mort, tot això d'acord amb les proves que es poden aportar. I si n'apareixen de noves, es podrà demanar el canvi de data de la mort. L'article 15 LRDS diu:

“La declaració judicial de mort del desaparegut obrirà la seva successió, testamentària o intestada, segons procedeixi.

La declaració judicial de mort expressarà la data a partir de la qual es presumeix ocorreguda la mort, salvada prova en contrari.”

La declaració judicial de mort determina la dissolució del matrimoni civil, amb la possibilitat de noves núpcies (art. 42.2 LQM). Pel que fa al matrimoni canònic, es aplicable el cànon 1707 del *Codex Iuris Canonici*, que exigeix la certesa moral de la mort d'un cònjuge perquè l'altre cònjuge pugui considerar-se lliure del vincle matrimonial.¹⁰

¹⁰ En dret canònic no existeix la institució jurídica de la presumpció legal de mort, de manera coherent amb la indissolubilitat del matrimoni. Si no hi ha document autèntic, civil o eclesial, que provi la mort d'un cònjuge, s'ha d'obrir un procés davant del bisbe ordinari, el qual emetrà una declaració de mort presumpta si té certesa moral sobre la mort d'un dels cònjuges. Si es tenen dubtes o el cas es complica, s'haurà de consultar la seu apostòlica. Seguint el dret romà, el cànon 1707.2 diu que no és suficient el sol fet de l'absència del cònjuge, encara que es prolongui durant molt de temps.

2.6. L'escassa normativa andorrana aplicable a l'absència i a la declaració judicial de mort no preveu les situacions internacionals, però és aplicable com ho seria una norma estrangera *criada* a ser aplicable per una norma de conflicte andorrana. I el mutisme del legislador andorrà sobre els aspectes internacionals de l'absència no impedeix la transposició de les solucions donades als problemes generals, atès que els aspectes internacionals serien un cas particular d'absència. Com a principi fonamental sobre la competència judicial internacional dels jutges andorrans podríem citar la frase de la cambra civil de la Cour de Cassation francesa, de 30 d'octubre de 1962:

“La compétence se détermine par extension des règles de compétence interne.”¹¹

I en una sentència anterior, de l'any 1959, s'havia afirmat:

“Le principe qui étend à l'ordre internationale les règles françaises internes de compétence.”¹²

Els jutges andorrans seran competents en matèria de declaració d'absència i de declaració judicial de mort quan el desaparegut hagi tingut el domicili o el darrer lloc de residència al Principat d'Andorra. Aquest *fur* de competència garanteix la proximitat del supòsit de fet amb Andorra. Però si els béns i la família del desaparegut es troben al Principat, encara que l'últim domicili fos en un altre estat, els jutges andorrans podrien declarar-se competents en virtut d'un *fur de necessitat*, especialment si fos impossible, difícil o complicat acudir davant un tribunal estranger.

Els jutges andorrans també són competents per adoptar mesures provisionals i cautelars sobre els béns del desaparegut que es trobin en territori andorrà.

¹¹ Cass. Civ. I, 30 oct. 1962.

¹² Cass. Civ. I, 19 oct. 1959.

2.7. La llei aplicable a la declaració d'absència i de mort serà la llei personal de l'absent, normalment la llei nacional. Aquesta llei regularà el procediment de la declaració d'absència i de mort, les causes que motiven dita declaració i la representació de l'absent.

3. Els drets de la personalitat. Especial referència al dret al nom

3.1. La categoria dels drets de la personalitat, ignorada en els drets antics, ha adquirit un relleu especial amb el desenvolupament de la societat tecnicocientífica, com ara les telecomunicacions, la informàtica, la recerca de noves vies en la genètica, etcètera. El concepte de *drets de la personalitat* és relativament recent al Principat i destaca per la seva heterogeneïtat, ja que comprèn aspectes tan diversos com el dret a la pròpia imatge, a l'honor, al respecte a la vida privada, a la integritat física, al nom, al dret moral de l'autor i de l'artista sobre les seves obres...

La Constitució dedica una especial atenció als drets de la personalitat, en el rítol II (art. 4-42). Després d'afirmar que l'origen és la dignitat humana i que constitueixen el fonament de l'ordre públic, la pau social i la justícia (art. 4), recull els que afecten l'existència plena i íntegra de la persona: dret a la vida i a la integritat física i moral (art. 4, 5 i 8); els que afecten la identificació de les persones, el respecte a la seva dignitat com a individus i la seva actuació o exercici de la llibertat (art. 9, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 20 i 21).

Les lesions als drets de la personalitat, especialment els relacionats amb la difusió internacional de les telecomunicacions, presenten sovint un caràcter internacional i ens situen en el camp de la responsabilitat civil no contractual i, al seu costat, la problemàtica creada, en l'àmbit internacional, de les recerques genètiques i dels transplants d'òrgans humans.

3.2. Quina és la llei aplicable als drets de la personalitat en els casos amb elements estrangers? La resposta no és fàcil, per la llacuna legal sobre la matèria i tenint en compte que els drets de la personalitat interessen, en primer lloc, l'estatut personal, en tractar-se de drets personalíssims, inherents a la persona i que, com a conseqüència de la seva intangibilitat, són drets extrapatrimonials;¹³ en segon lloc, la vulneració d'aquests drets ens situa en l'àmbit de la responsabilitat civil no contractual; en tercer lloc, com que es tracta de drets de caràcter fonamental i indisposables, estan afectats per un interès públic i social de tal manera que, moltes vegades, són objecte de protecció penal i continguts en normes d'aplicació necessària o immediata.¹⁴ Ara bé, com que la protecció dels drets de la personalitat pot entrar en conflicte amb altres llibertats, el règim reconegut per la legislació andorrana serà considerat, a la vegada, com a mínim i com a màxim, sense permetre que una legislació estrangera diferent pugui fer variar massa (o gens) el règim de la llei andorrana.¹⁵

Podríem aplicar una norma de conflicte de lleis que està en vigor en els nous sistemes de D. I. Pr. italià i hongarès, segons la qual l'existència i el contingut dels drets de la personalitat han de regular-se per la llei personal de l'individu; la vulneració d'aquests drets es regirà per la

¹³ El tercer fonament jurídic de la sentència del TC de l'11-9-98, causa 98-I-Re, parla del caràcter no patrimonial dels drets de la personalitat: "Els drets inalienables de la persona en els quals es basa la dignitat humana i que suposen l'origen de la resta dels drets (article 4 de la Constitució) no poden supeditar-se a elements patrimonials de tercers per molt respectables i garantits que aquests siguin i estiguin, llevat dels casos en què la subordinació de l'exercici (i no del contingut) d'un dret fonamental pugui derivar-se de forma directa dels mateixos mandats constitucionals."

¹⁴ Delictes contra l'honor de les persones: art. 200 a 203 i 312 CP; delictes contra la intimitat de les persones: art. 218 a 227 i 314 CP.

¹⁵ Si bé són drets absoluts, és a dir que el titular pot exigir-ne el respecte i el reconeixement per tots els qui habiten al Principat, estan sotmesos a límits, com diu l'auto del TSJ, sala civil, de 25 de maig de 1995: "Tots els preceptes constitucionals s'han d'entendre bàsicament com a un context ètic-normatiu que ha de constituir la Llei Fonamental regulant, potenciant i definint els drets especials en els que es fonamenta un conviure social plural, pacífic, enriquidor i progressista. Tot principi té com a límit la pròpia essència que el legitima i l'estructura." Sobre drets de la personalitat, podeu veure BUCHER, A. *Personnes physiques et protection de la personnalité*. Basilea: Helbing and Lichtenhan, 1985; NASCIBENE, B. "Il diritto della personalità nel diritto internazionale ed europeo". *Studi Giuliani*. Verona, 1989, p. 703-729.

norma de conflicte que regula la responsabilitat civil no contractual, en principi, la llei del país on s'ha produït el fet de què deriva el dany.

Així, en el supòsit d'una famosa tennista de nacionalitat russa, resident al Principat, que fou fotografiada en una casa de vacances que té a Mallorca en situacions compromeses, i les fotos foren publicades en diverses revistes espanyoles del cor, la llei personal regularà l'existència i el contingut del dret a la intimitat. La vulneració d'aquest dret serà regulada per la llei del país on s'ha produït el fet del qual deriva el dany: la llei espanyola.

3.3. Entre el drets de la personalitat es menciona el *dret al nom*, que entronca d'una manera directa amb l'estatut personal. La regulació de la matèria en el dret andorrà ha seguit les pautes del dret comparat i ha tingut present l'evolució dels valors en aquest sector de l'ordenament jurídic. El dret al nom i als cognoms continua sent un element de l'estatut personal i està impregnat d'un component juridicopúblic, en tot allò que serveix d'institució de control i d'identificació de les persones.; però avui s'ha transformat en una institució de dret preferentment privat, vinculada als drets de la personalitat i als drets humans. Aquesta és la posició de l'article 7 del Conveni sobre els drets de l'infant, de 1989, en dir: "A partir del seu naixement l'infant té dret a un nom..."

S'ha produït, doncs, una individualització progressiva del dret al nom que ha evolucionat cap a un estatut autònom, en el qual el dret al nom s'ha erigit en una llibertat o dret fonamental. Aquesta individualització progressiva del dret al nom i als cognoms tindrà conseqüències, no solament en l'ordre intern, sinó també en l'ordre internacional, on l'estatut al nom imposa les condicions per a la seva atribució i per a la seva protecció.

3.4. Des de temps antics, el nom i els cognoms (patern i matern) serveixen per identificar la persona individual i la personalitat social de la família a les valls d'Andorra. El dret al nom i als cognoms presenta el caràcter d'estabilitat a partir de les disposicions del Concili de Trento

(segle XVI) i del perfeccionament dels registres parroquials. Però com que la casa pairal ha tingut i continua tenint tanta importància, els andorrans són designats, en la vida diària, pel nom propi i pel nom de la casa de la qual formen part: *Joan de cal Teixidor*.¹⁶ Freqüentment, s'utilitzen abreviatures o diminutius del nom: *Cisco, Cintet, Minguet*...

3.5. A partir de la LRC i del RRC de 1996, el dret al nom comprèn el nom propi o de pila, i el nom de família o els cognoms. El nom propi pot ser simple o compost, si bé en aquest últim cas no pot contenir més de dos noms simples, units per un guió (art. 65.1 LRC). Resten prohibits els noms propis que per si sols o en combinació amb els cognoms resultin contraris a la dignitat de la persona. De la mateixa manera, no es poden inscriure quan facin confusa la designació o induïxin a error sobre el sexe, ni tampoc s'admeten cognoms per noms propis. No pot ser imposat el mateix nom propi a diferents germans (art. 66 LRC). Els noms estrangers estan permesos, però si tenen traducció al català se'n consignarà la versió que esculli la persona que hagi d'indicar el nom (art. 66.1 LRC).

En el sistema andorrà, l'article 65.2 LRC, seguint una llarga tradició, disposa que l'ordre dels cognoms serà, primer, el patern i, seguidament, el matern. S'entén per cognom patern el primer cognom del pare i per cognom de la mare, el primer dels personals de la mare. L'ordre dels cognoms pot ser invertit si els pares conjuntament ho sol·liciten en el moment de la inscripció. També és possible fer-ho més tard, quan l'inscrit assoleix la majoria d'edat, si bé amb justa causa; el representant del menor pot sol·licitar la inversió dels cognoms (art. 65. 5 i 6).

El nom i els cognoms es poden canviar per resolució recaiguda en l'expedient registral, amb audiència del Ministeri Fiscal i audiència de tots

¹⁶ La casa pairal, vertadera aristocràcia del país, encara que canviï d'amo, no muda tot seguit de nom, sinó que conserva el nom primitiu i el dóna als nous posseïdors, ja que el canvi de nom s'ha de conquerir a pols. Cfr. el que diu BRUTAILS a *La coutume d'Andorre. Op. cit.* p. 120-121.

els qui acreditin tenir interès suficient en el canvi o en resultin afectats, a petició del titular d'aquest i si hi ha justa causa (art. 68 LRC). Contra la decisió del registrador es pot interposar recurs davant del batlle en Tribunal Unipersonal.¹⁷

Les resolucions judicials estrangeres relatives a canvis de nom o cognoms que afectin persones no andorranes no cal que siguin sotmeses a *exequàtur* si consta al registrador que la resolució és ferma i compleix l'ordenament jurídic del país on és dictada, salvat el cas de la reciprocitat (art. 68.3 LRC). Serà suficient presentar la resolució estrangera degudament traduïda al català i amb la legalització; si els documents estan escrits en llengua castellana o francesa, el registrador pot eximir-ne de la traducció al català (art. 43.2 LRC). Això suposa que si una resolució judicial estrangera de canvi de nom o cognoms afecta andorrans, serà necessari l'*exequàtur*.

3.6. El tractament del nom i els cognoms en el capítol II de la LRC és exponent del paper que hi juga la qualificació de *matèria que pertany a l'estatut personal* i també de *matèria de dret de la personalitat*, que és una extensió de l'estatut personal, fins a assolir un estatut autònom, on el dret al nom està vinculat a les llibertats fonamentals de l'home.

Si el nom i els cognoms són part de l'estatut personal estaran regulats per la llei personal, que és a Andorra la llei nacional, sense oblidar que aquesta matèria està impregnada d'un component juridicopúblic, ja que el nom i els cognoms interessen l'àmbit públic per mitjà del servei públic de l'estat civil, cosa que implica, almenys, un control de forma del nom i dels cognoms de les persones.

Al Principat d'Andorra hi ha hagut una evolució del dret al nom vers el principi de la seva lliure imposició. En aquest sentit, ha jugat un pa-

¹⁷ Com que el registre civil andorrà segueix el model de registre general únic per a tot el país, adscrit a l'administració central, amb control judicial, contra l'aute del batlle hi ha recurs d'apel·lació davant el TSJ. En aquest sentit, vegeu l'aute del TSJ, secció civil, d'11 de març de 1999, relatiu al canvi de nom de *Carme per Nani*.

per important la lluita per la igualtat de les persones dins de la família, amb el consegüent augment de l'autonomia de la voluntat quant a l'elecció del nom en l'ordre intern i de la llei aplicable al nom en l'ordre internacional.¹⁸

3.7. Si bé el Principat d'Andorra no és part de cap conveni internacional sobre l'estat civil, el dret convencional pot jugar un paper rellevant en matèria de noms i cognoms.

La majoria d'aquests convenis han estat redactats en el si de la CIEC (Comissió Internacional de l'Estat Civil), que té per objecte treballar a favor de l'harmonització de les normes dels estats membres sobre l'estat civil i la identificació de les persones físiques. La major part de convenis de la CIEC posen l'accent sobre els aspectes de dret públic del nom, atès que la seva finalitat principal és millorar la cooperació internacional entre les autoritats públiques interessades pels problemes d'identificació de les persones que es poden trobar en el territori d'un dels estats part, tant si es tracta d'un problema de redacció d'un nom inscrit en un registre, de proves o de fons, com el reconeixement de canvis administratius de noms i cognoms.

Ara bé, alguns d'aquests convenis van més enllà i se situen en el terreny de l'estat civil del nom. Seria el cas del Conveni de Munic de 5 de setembre de 1980 sobre la llei aplicable als noms i cognoms, i el Conveni de l'Haia de 8 de setembre de 1982 relatiu al lliurament d'un certificat de diversitat de noms de família, que contribueixen a la individualització del nom i apliquen la llei nacional de l'interessat.¹⁹

¹⁸ Llegim en el fonament de dret XI de l'auto del TSJ, sala civil, d'11 de març de 1999: "Entrant a analitzar les anteriors raons denegatòries, no podem perdre de vista, per una banda, el principi de llibertat que informa la matèria d'imposició del nom propi, i, per l'altra, la interpretació restrictiva que per la seva naturalesa mereixen les prohibicions legals en aquest punt (*odiosa sunt restringenda*)."

¹⁹ Cfr. FORNER DELAYGUA, J. *Nombre y apellidos. Normativa interna e internacional*. Barcelona: Bosch, 1994; LARA AGUADO, M.A. *El nombre en derecho internacional privado*. Granada: Comares, 1998; STRUYCKEN, A.V.M. "La Convention de Munich sur la loi applicable aux nom et prénoms." *REDI*, 1990, p. 153-170.

Convé no oblidar el Conveni per a la salvaguarda dels drets humans i de les llibertats fonamentals, de 4 de novembre de 1950, que pot arribar a tenir efectes més importants i obligatoris per als estats part (entre els quals, el Principat) a causa de la interpretació extensiva i obligatòria que en fa el Tribunal Europeu dels Drets de l'Home. El tribunal no solament estima que l'article 8 és aplicable al nom i els cognoms en parlar sobre "el dret al respecte de la vida privada i familiar", sinó que n'amplia l'aplicació. Així, el Tribunal d'Estrasburg, en lloc de determinar-se en la protecció del nom, va més enllà i fa referència a una nova llibertat fonamental: la d'elegir l'interessat la seva manera de vida, que amplia fins a l'atribució del mateix nom i cognoms, cosa que, a la llarga, pot significar la llibertat d'elegir o de canviar de nom i cognoms, sempre amb el límit dels *aspectes de dret públic*, atès que justifiquen la intervenció de l'Estat i de la societat.²⁰

3.8. Com que han de constar obligatòriament al registre civil tots els fets i actes relatius a naixements, filiació i adopció, matrimoni, defuncions, etcètera, afectin nacionals o estrangers (art. 3 LRC), el registrador haurà de fer inscripcions d'acord amb la normativa andorrana. Això comporta, pel que fa als actes i fets referents a estrangers produïts a Andorra, en primer lloc que només hi podrà fer constar el que està previst per la normativa andorrana (LRC i RRC), sense poder admetre mencions prohibides, com en el cas de mencionar la raça o la religió dels interessats. En segon lloc, el registrador ha de respectar la llei nacional quant a noms i cognoms, sense imposar la normativa andorrana sobre nom i cognoms, i ha de respectar la grafia adequada per inscriure els noms i cognoms dels estrangers expressats en caràcters no occidentals, com ara el ciríl·lic, l'àrab, el grec, l'hebreu, el xinès o el japonès. El registrador ha d'utilitzar els caràcters de l'alfabet romà i observar, en la mesura del possible, les regles morfològiques de la llengua catalana.

²⁰ Cfr. Sentència del TEDH, de 22 de febrer de 1994, cas Burghartze contra Suïssa.

Per a la reproducció dels noms i cognoms es pot utilitzar la *transliteració* (assignar un caràcter gràfic occidental a cada caràcter gràfic no occidental), la *transcripció* (redacció en alfabet occidental de la pronunciació fonètica del nom escrit en alfabet no occidental) i la *traducció* (triar el nom occidental que correspon a la traducció del nom estranger). La millor solució seria, possiblement, la transcripció, però seria bo deixar-nos guiar per la sentència del TJCE de 30 de març de 1993, *cas Konstantinidis*, sobre el nom d'un ciutadà grec inscrit en un registre alemany utilitzant la tècnica de la transliteració. El TJCE va dir que s'havia d'inscriure el nom grec de l'interessat d'una forma que no suposés la "confusió de persones", ja que en aquest cas es produiria una discriminació per a l'interessat.

3.9. Atesa la presència de ciutadans xinesos i, especialment, de països àrabs i musulmans al Principat, voldríem fer unes observacions sobre noms i cognoms.

Pel que fa als *ciutadans xinesos*, s'ha de tenir en compte que l'idioma xinès pertany al grup dels monosil·làbics; l'escriptura xinesa, encara que sigui ideogràfica, és sil·làbica, ja que cada signe equival a una síl·laba. N'existeixen molts dialectes, ara bé des de Mao s'ha imposat el mandarí com a llengua oficial de la República Popular de la Xina (conegut com a *putonghua*, que significa *llengua comuna*); però al seu costat hi ha el cantonès, parlat per uns cinc-cents milions de xinesos del sud. Com que les diferències en la pronunciació d'un mateix signe poden ser molt importants, en presentar els documents traduïts del xinès al català convé indicar que la traducció ha estat feta del mandarí, per evitar discrepàncies de traducció que hauran de constar en els arxius del Govern o del registre civil. El dret al nom i cognoms xinès estableix que cada persona té dos noms, que es poden escriure junts o separats (per exemple, *Su Hua* o *Suhua*), i un cognom (per exemple, *Kuang*). I en un document notarial xinès, primer va el cognom i després els noms; és a dir, *Kuang Su Hua* (o *Kuang Suhua*).

Pel que fa a les mencions d'identitat dels *ciutadans de països àrabs i musulmans*, les autoritats andorranes han de tenir present que les matèries sobre l'estatut personal es regulen per la llei nacional de cada interessat. I aquest estatut personal, quan es refereix a ciutadans de països musulmans, està format per un conjunt de preceptes la font originària dels quals és l'Alcorà i s'aplica a un individu per les seves creences religioses, és a dir, per la seva pertinença a la Umma o comunitat islàmica dels creients. A partir del moment en què els emigrants (musulmans) formen part de la societat andorrana, el tema de l'estatut personal deixa de ser un problema de tècnica conflictual i passa a convertir-se en un problema sociocultural. Per això, quan un batlle andorrà ha de tenir en compte una llei d'un país musulmà relacionada amb l'estatut personal, haurà d'aplicar drets religiosos, ja que la majoria de les normes de l'estatut personal provenen directament de l'Alcorà. En el cas dels marroquins, l'estatut personal està contingut en la *Mudawana*, que és la reproducció del dret musulmà de ritus *malekita* en vigor a l'Àfrica del Nord.²¹

Pel que fa a la llengua àrab, són nombrosos els problemes de transliteració de l'alfabet àrab als caràcters llatins. La transcripció depèn molt de l'origen del traductor. Així, un mateix cognom àrab pot ser traduït com *Al Fuhaid* o *Alf Head*, segons si el traductor té influències continentals o anglosaxones. Les mencions d'identitat poden estar precedides d'expressions com *Abu* (pare), *Ben* (fill), *Bent* (filla), *Beni* (pertany a la Kabila o Taifa) o de prefixos amb significació religiosa, com *Abdol* o *Gholam* (servidor de).

²¹ Cfr. CARLIER, J.; VERWILGHEN, M. *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*. Brussel·les, 1992; MONEGER, F. "Les musulmans devant le juge français". *JDI Clunet*, 1994, p. 345-374; NASIR, J. J. *The islamic law of personal status*. Londres: Grahamm and Trotman, 1990; VIÑAS FARRÉ, R. "Las menciones de identidad de ciudadanos de países árabes y musulmanes en el Registro Civil Español". *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2002, p. 345-362.

Endemés, les normes consuetudinàries o escrites sobre noms i cognoms dels països àrabs i musulmans són molt diverses. Així a Tunísia, les persones són designades pel nom propi i el cognom de família, però les autoritats del país, amb la finalitat d'evitar confusions, decidiren afegir-hi el nom del pare després del nom propi en els documents d'identitat. Per exemple, després del nom propi masculí *Murad* s'hi afegeix el nom del pare (fent constar que és fill de) *Ben Aomr* i el seguirà el cognom de família, *Bourhayal*. En el cas de Líbia i Egipte, després del nom propi s'hi afegeixen els noms del pare i de l'avi patern, seguits del cognom de família. En el supòsit anterior, els noms i cognoms de l'egipci serien *Murad Ben Aomr Ben Barek Bourhayal*.

En el supòsit de ciutadans marroquins, el nom propi va seguit del cognom familiar o patronímic, que és transmissible de pares a fills. Així, el fill dels pares marroquins *Ahmed Lakdar* i *Rabha el-Mustapha* (però amb el nom familiar *El Malki*) serà inscrit com a *M'hamed el Malki*. El cognom de la mare només apareix en les partides de naixement. Avui dia, les autoritats marroquines intervenen amb normes d'aplicació immediata o necessària en qüestió de noms, ja que no són admissibles noms cristians que no tinguin origen àrab; excepcionalment s'admeten noms de procedència berber. Tot nom que designi d'alguna manera *Al'là* només pot ser utilitzat precedit d'*Abd* (servidor de).

4. Distinció entre capacitat jurídica i capacitat d'obrar

4.1. Hem vist que hi ha una relació íntima entre la capacitat jurídica i la persona, de tal manera que es pot afirmar que la capacitat jurídica és una part integrant de la personalitat de l'individu. A partir d'aquí s'entén per *capacitat jurídica*, d'acord amb Federico de Castro: "la qualitat de la persona de ser titular de les distintes relacions jurídiques que l'afecten", o com diu Díez Picazo: "l'aptitud per ser titular de drets i obligacions". La capacitat jurídica és idèntica per a totes les persones i s'atribueix des de l'origen de la personalitat, i s'ha de tenir en comp-

te que és una matèria que queda fora de l'àmbit de l'autonomia de la voluntat.

La *capacitat d'obrar* implica la idoneïtat per realitzar de manera eficaç actes jurídics concrets i no correspon per igual a totes les persones, ja que varia segons la maduresa de l'individu, però és mesurada per l'ordenament jurídic. La capacitat d'obrar engloba una sèrie de situacions heterogènies que estableixen diverses limitacions a dita capacitat, com ara la minoria d'edat, l'absència, la incapacitació, etcètera. El TSJ, secció civil, en un supòsit de demanda encaminada a obtenir una declaració de nul·litat de diferents actes de disposició per manca de capacitat mental, defineix la capacitat d'obrar:

“La capacitat d'obrar jurídicament no és un concepte estrictament científic-mèdic, sinó senzillament l'existència, en el subjecte agent, d'una situació de suficient normalitat per a qualificar el seu acte, com a humà, és a dir, com a nascut, creat, assumit i configurat des d'una voluntat conscient i suficientment intel·lectualitzada, per a acceptar les conseqüències de la pròpia decisió lliure i realment volguda.”²²

Seguint el *Codi* 4,35,21 i el *Digest* 22,3,5, hi ha una presumpció general de capacitat que adorna i s'integra en tota persona com a valor dimanant de la pròpia personalitat jurídica; com a conseqüència, en comportar les incapacitats una restricció en l'exercici dels drets que corresponen a la persona i una excepció a la regla general de capacitat, tota incapacitat ha d'è ser objecte de prova escaient.²³

4.2. Des de l'estatutària italiana, la capacitat ha estat inclosa dins de l'estatut personal, regulat per la llei personal. La llei que regula la capacitat jurídica i la capacitat d'obrar al Principat d'Andorra és la llei nacional; és a dir se segueix la tesi unitària de la capacitat que presenta

²² Sentència del TSJ, secció civil, de 16 de maig de 1996.

²³ Sentència del TSJ, secció civil, de 21 de març de 1996.

l'avantatge de garantir la unitat i l'estabilitat de la llei aplicable, sigui quin sigui el país on operi el subjecte i l'acte que realitzi. En canvi, segons la tesi anglosaxona de la capacitat, la capacitat d'obrar es regeix per la llei que regula el fons dels actes en qüestió; per tant, la capacitat d'obrar és un requisit més de la validesa substancial dels actes o negocis jurídics, regulats per la *lex causae*. Així, la capacitat per contraure matrimoni, per testar, per donar... estaran regulades per la llei que reguli el contracte, el testament, la donació..., respectivament.

En el supòsit de dos alemanys, residents legals al Principat des de fa cinc anys, els serà aplicable la llei alemanya sobre capacitat jurídica i capacitat d'obrar, com a llei nacional.

Ara bé, l'aplicació de la llei nacional pot quedar subjecta a unes excepcions. En primer lloc, el *reenviament*, que opera en els casos en què la llei nacional de l'individu utilitza com a punt de connexió el domicili o la residència habitual i el subjecte està domiciliat o té la residència habitual al Principat. Seria el cas d'un argentí domiciliat a Andorra, major de 18 anys però menor segons la llei nacional argentina. La capacitat d'obrar estarà regulada per la llei andorrana, ja que la norma de conflicte andorrana fa una remissió a la legislació argentina (llei nacional del subjecte), i la norma de conflicte argentina fa una segona remissió (reenviament) a la legislació material andorrana, i el jutge o l'autoritat andorrana accepta aquest reenviament de retorn.

En segon lloc, per la *intervenció de l'ordre públic internacional*. Una norma estrangera no serà aplicada al Principat si va contra el principi de no-discriminació per raó de sexe, religió, raça, creences, o d'igualtat entre marit i muller.

5. Circumstàncies modificadores de la capacitat

5.1. L'aspecte negatiu de la capacitat és la incapacitat i la incapacitació; ara bé, les causes de la incapacitat poden ser motivades per l'edat, ma-

laltia o qualsevol altra causa; també les declaracions d'incapacitació, l'adopció de mesures de protecció o de mesures urgents susciten problemes de protecció dels incapaços.

Així com la majoria d'edat²⁴ està associada a la plena capacitat d'obrar i constitueix un vertader estat civil, la minoria d'edat suposa una capacitat d'obrar limitada i la submissió a la pàtria potestat o a la tutela, en el supòsit que els pares no existeixin o hagin estat privats de la pàtria potestat.

5.2. Com que la majoria d'edat i la minoria d'edat afecten la capacitat de les persones, ambdues qüestions estan regulades per la llei personal, la llei nacional, que ens indicarà quan un individu assoleix la majoria d'edat, els efectes jurídics dels actes realitzats per menors i quines persones poden completar la capacitat del menor.

L'aplicació de la llei nacional pot plantejar un problema de conflicte mòbil. Com que la normativa dels estats difereix quant a determinació de la majoria d'edat, un canvi de nacionalitat pot provocar que l'individu, capaç segons la llei nacional anterior, esdevingui incapaç segons la nova llei nacional. S'hauria de seguir aquella regla suggerida ja per Von Savigny: *semel major semper major* (qui ha estat major una vegada seguirà essent major), ja que d'aquesta manera es respecten els drets adquirits i el principi de seguretat jurídica.

5.3. Entre la majoria d'edat, que atribueix una capacitat d'obrar plena, i la minoria d'edat, que es caracteritza per la limitació de la capacitat del menor i la necessitat de representació legal, pot haver-hi l'emanci-

²⁴ Segons la Llei de 7 de setembre de 1985, la majoria d'edat legal s'obté a partir dels 18 anys. Diu l'article 1: "Els andorrans assoleixen la major edat legal als divuit anys complerts." Així es va derogar l'anterior Decret de 8 de setembre de 1971, que va rebaixar la majoria d'edat als 21 anys, situada anteriorment als 25, d'acord amb el dret romà. Per al còmput civil no se segueix el sistema romà: de moment a moment (*Digest* 4, 4, 3; 50, 16, 98), sinó el que assenyalava el *Digest* 28, 1, 5 per als testaments, que incloïa el dia sencer del naixement. Per evitar aquesta problemàtica a efectes electorals, l'article 2 de la mencionada Llei de 1985 disposa: "Són electors els andorrans que hagin complert els divuit anys fins al dia anterior a l'escrutini i que gaudeixin de drets polítics, d'acord amb la normativa vigent."

pació, que és una autèntica anticipació de la majoria d'edat i que repercuteix en el règim de la capacitat del subjecte. Les condicions de l'emancipació (edat mínima per obtenir-la), les causes i els seus efectes (capacitat plena o limitada) pertanyen a l'estatut personal i són instruments alternatius a les normes generals relatives a la capacitat. Alguns estats, com el Regne Unit i alguns estats dels EUA desconeixen la institució de l'emancipació.

L'emancipació es pot obtenir a Andorra a partir dels 16 anys i comporta un augment de capacitat que permet a l'emancipat poder regir la seva persona i els seus béns com si fos major d'edat, però amb concretes limitacions i amb el control dels seus pares o d'un curador quan es tracta d'actes d'especial transcendència, com ara alienar o gravar béns immobles, establiments mercantils o industrials, mobles d'extraordinari valor, prendre o donar diners en préstec o avalar o prestar fiança.

5.4. L'emancipació pot procedir per diverses causes; totes han d'estar previstes en la llei personal de l'individu. A Andorra, l'emancipació pot ser concedida, en primer lloc, per als qui exerceixen la pàtria potestat, comptant sempre amb el consentiment del menor, ja que si falta aquest consentiment resultaria afectat l'ordre públic andorrà. L'emancipació es pot fer constar en escriptura pública o se'n pot fer una manifestació davant del registrador civil. En ambdós casos, l'emancipació s'ha d'inscriure en el registre civil, no amb caràcter constitutiu, sinó com a mesura de publicitat i oponibilitat de l'emancipació enfront de tercers (art. 86 i 87 LRC). Si els pares no consenten l'emancipació d'un menor d'edat major de 16 anys, l'afectat pot recórrer al batlle per tal que doni lloc a l'emancipació per resolució judicial.

En segon lloc, l'emancipació, a petició de l'interessat sotmès a tutela, la pot concedir el batlle mitjançant resolució judicial. Aquí es pot plantejar el problema de la competència judicial internacional dels batlles

i magistrats andorrans, especialment en ser un acte de jurisdicció voluntària. Sempre que el menor tingui la residència habitual al Principat, seran competents els batlles i magistrats andorrans.

En tercer lloc, el matrimoni produeix l'emancipació del menor d'edat quan aquest contreu matrimoni amb dispensa judicial i amb llicència dels qui en tenen la pàtria potestat. Així ho va disposar una constitució de Pere III a Perpinyà l'any 1351. Es requereix que el matrimoni sigui vàlid, i la validesa del matrimoni pot dependre de l'aplicació de lleis diverses que s'estenen sobre el consentiment, la capacitat dels contraents i la forma de la celebració.

5.5. Hem dit que l'emancipació ha de constar en el registre civil, i això s'aplica als andorrans, a persones nascudes a Andorra, a estrangers residents que hagin estat emancipats a Andorra d'acord amb la seva llei personal o la legislació andorrana, així com la d'estrangers residents a Andorra efectuada fora del Principat. Com que, normalment, l'emancipació s'inscriu al marge de la inscripció de naixement, si el naixement no consta en el registre civil (cas d'estrangers nascuts fora d'Andorra), s'ha d'aportar, a més de la còpia de l'escriptura d'emancipació, o de la resolució judicial, un certificat literal de naixement. No obstant això, en aquest últim supòsit sempre es podrà practicar una anotació de suport a la inscripció d'emancipació (art. 88 LRC).

20. La protecció internacional de les persones majors incapacitades i dels menors d'edat



Introducció

Una vegada obtinguda la majoria d'edat, es presumeix la plena capacitat de la persona per actuar lliurement i conscientment fins al moment de la seva mort, excepció feta del supòsit de la incapacitació judicial, si concorren malalties, deficiències físiques o psíquiques que la justifiquin. A partir de la sentència judicial d'incapacitació es poden adoptar mesures de protecció, ja que està comprovat que la persona no pot governar-se a si mateixa. El dret romà feia una enumeració de supòsits en què procedia la incapacitació: *furiosi*, *mente capti*, *dementes*, etcètera. (*Digest* 50, 17, 40; 50, 17, 5), però avui dia aquesta enumeració no s'ajusta als coneixements mèdics, pels quals el batlle ha de tenir en compte la manca de discerniment d'una persona per prendre decisions sobre les situacions que afecten la seva persona o els seus béns. La sentència del TSJA, sala civil, de 16 de maig de 1996, parla d'un conjunt deficitari que comporti “una vertadera inexistència o incompatibilitat amb aquella consciència creativa i volitiva respecte a un determinat negoci jurídic”; la Llei qualificada d'incapacitació i organismes tutelars (LQIOT) parla de “les persones majors d'edat i els menors emancipats que [...] es troben en situació habitual de no tenir la potestat d'autogovernar-se” (art. 1).

Així com en el cas de majors d'edat la incapacitació és el pas previ necessari per adoptar mesures de protecció —com ara el nomenament de tutor o de curador—, en el supòsit dels menors les mesures de protecció s'imposen pel fet de tractar-se de menors, sense que sigui necessària la incapacitació, si bé els menors d'edat no emancipats poden ser incapacitats durant el darrer any de la minoria d'edat si concorre una causa possible d'incapacitat que es creu que pot persistir després de la minoria d'edat, però és una mesura preventiva i constitueix una anticipació de la protecció de la majoria d'edat i no impedeix que concorrin mesures de protecció destinades al menor d'edat. L'article 1.2 de la LQIOT diu: “en aquest cas la incapacitació produeix els seus efectes a partir de la majoria d'edat”.

Hem d'assenyalar que s'ha produït una evolució de la protecció tradicional (de tipus familiar) a la protecció de l'autoritat pública. L'article 13. 2 i 3 CA diu: "Els poders públics promouran una política de protecció de la família, element bàsic de la societat [...] els fills són iguals davant de la llei, amb independència de la seva filiació". En aquesta línia hem de situar la Llei qualificada de l'adopció i de les altres formes de protecció del menor desemparat, de 21 de març de 1996 (LQA); la Llei de 17 d'octubre del 2002 de garantia dels drets de les persones amb discapacitat, i la Llei, de 3 de novembre de 2004, qualificada d'incapacitació i organismes tutelars.¹ L'examen d'aquests textos demostra aquella evolució assenyalada en la protecció dels menors i de les persones majors d'edat al Principat. Aquestes reformes s'inscriuen en un moviment legislatiu la tendència del qual és mantenir, reforçar i completar la protecció en l'àmbit familiar, tradicional a Andorra, i desenvolupar els poders de control i d'impuls dels jutges andorrans, com ho veiem, per exemple, en el procés d'incapacitació, on l'organisme jurisdiccional ha d'examinar personalment l'individu objecte del procés d'incapacitació i la facultat d'acordar els mitjans de prova que consideri escaients. Aquesta intervenció creixent de les autoritats públiques andorranes en aquest tema pot comportar problemes en les relacions internacionals, ja que complica els problemes sobre competència internacional i sobre eficàcia de les decisions judicials i àdhuc en l'àmbit dels conflictes de lleis. Endemés, aquesta problemàtica es reflecteix de forma clara en la dialèctica entre normes de conflicte i normes d'aplicació necessària, essencialment com a conseqüència del cas *Boll*, objecte d'una sentència de 1958, en la qual el TlJ no va acceptar la peti-

¹ La Llei 15/2004, de 3 de novembre, qualificada d'incapacitació i organismes tutelars ha derogat el Decret del 18 de juliol de 1973 sobre curadoria dels menors; l'apartat V ("Tutela") del Decret de 15 de novembre de 1975 sobre drets civils concernents a la dona casada; els articles 44 a 49 de la Llei qualificada, de 21 de març de 1996, d'adopció i de les altres formes de protecció del menor desemparat, i l'article 22 de la Llei, de 17 d'octubre del 2002, de garantia dels drets de les persones amb discapacitat. El text de la LQIOT està publicat en el BOPA 1-12-2004.

ció dels Països Baixos en el sentit que Suècia revocà el règim “d’educació protectora” al qual –pel seu caràcter d’aplicació necessària– estava sotmesa una menor, resident a Suècia, filla de pare holandès i de mare sueca (ja morta).²

I. La protecció internacional d’adults que no poden cuidar de la seva persona o dels seus béns. Dret internacional privat autònom

I.1. El dret romà ha tingut una considerable influència sobre els codis civils en l’Europa continental. Això és degut al fet que els codis civils tenen una mesura de protecció similar a la de la cura dels *furiosi*, que tenia dues característiques: la protecció dels béns de l’adult (del *furiosus*) i de la seva família. Durant molts anys això va funcionar, ja que la fortuna de la família estava protegida per la nova generació. Encara que l’adult hagués perdut la major part de la seva llibertat de moviment, no constituïa un gran problema.

I.2. En dret andorrà, la incapacitació d’una persona major d’edat o d’un menor emancipat és un requisit previ a l’adopció de mesures de

² La demanda holandesa estava basada en el Conveni de l’Haia de 12 de juny de 1902 sobre tutela dels menors, en vigor a Holanda i Suècia, que preveia la submissió de la tutela dels menors a la llei nacional. En el supòsit de fet es tractava d’establir si el règim de vigilància protectora instituit a Suècia, d’acord amb la llei sueca sobre protecció de la joventut –amb l’activa intervenció del Comitè suec per a la protecció dels menors i l’atribució de la protecció efectiva als avis materns–, fos compatible amb el Conveni de l’Haia que preveia la custòdia de la menor per part del tutor nomenat segons la llei nacional de la menor (Països Baixos). La posada en pràctica de la normativa sueca impedia posar en pràctica la tutela, basada en normes holandeses. El TJ es plantejà la qüestió si existia contrast entre el conveni i la llei sueca sobre protecció de menors. El Conveni de l’Haia estableix normes de conflicte de lleis per als estats que l’havien acceptat que preveïen la protecció i l’educació dels menors, i aquesta normativa responia a la protecció dels menors tradicional, en l’àmbit de la família. La llei sueca, per la seva part, estava dirigida a salvaguardar la societat dels perills conexas amb la mala educació dels menors, amb la delinqüència dels menors abandonats, amb una joventut abandonada per la seva família; és a dir, l’autoritat pública sueca actuava davant la ineficàcia de la família. Per això, la normativa protectora sueca era aplicable també a menors estrangers que es trobaven a Suècia i prescindia del funcionament de les normes de conflicte de lleis del Conveni de l’Haia (Cfr. BATIFFOL, H.; FRANCESCakis, Ph. “L’Arrêt Boll de la Cour Internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé”. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1959, p. 259-276; MOSCONI, F. *La tutela dei minori in diritto internazionale privato*. Milà: Giuffrè, 1964, esp. p. 233 i s.; SIMON-DEPITRE “La protection des mineurs en droit international privé après l’affaire Boll”. *Travaux com. fr. dr. int. pr.* 1960-62, p. 109 i s.).

protecció, si bé aquestes mesures poden acordar-se en el mateix procediment judicial o en un altre.³ La resolució judicial relativa ha d'expressar l'àmbit de la capacitat afectada i el seu abast, la constitució de l'organisme de protecció en funció de la incapacitat establerta i el nomenament de tutor o curador de l'incapacitat amb expressió de les facultats i limitacions que afectin el nomenament. Totes aquestes precisions han de ser inscrites al marge de la inscripció de naixement de la persona afectada; per això l'organisme jurisdiccional competent, d'ofici, ha d'enviar còpia de la resolució d'incapacitació al registrador civil (art. 90 i 92 LRC). Les mesures de protecció poden ser definitives o provisionals i urgents, com ara l'internament d'una persona.⁴

1.3. Tenen la condició d'òrgans tutelars els organismes jurisdiccionals, el Ministeri Fiscal, el tutor, el curador i el defensor judicial. Els titulars de les institucions tutelars han d'exercir les seves funcions de forma personalíssima en interès de la persona sotmesa a tutela o curatela, que tenen com a finalitat, en el seu cas, "la protecció de la persona, la gestió del seu patrimoni i l'exercici dels seus drets" (art. 17 LQIOT).

La tutela és procedent per als menors d'edat no emancipats que no estiguin sotmesos a la pàtria potestat; els incapacitats per resolució judicial quan la sentència ho hagi establert i en la mesura que ho determini, i els sotmesos a pàtria potestat prorrogada (art. 24 LQIOT). Una persona major d'edat, en previsió d'una futura declaració d'incapacitat, pot nomenar en escriptura pública un tutor, una persona o persones que han de substituir-lo i establir la remuneració que han de percebre les persones que exerceixin el càrrec (art. 27 LQIOT). També es pot constituir un consell de tutela per a la gestió d'una empresa familiar, de la qual forma part el tutelat, amb la facultat que nomeni tutor i que controli la seva gestió (art. 31 LQIOT).

³ El procés d'incapacitació segueix els tràmits del procediment civil abreujat amb les modificacions que introdueix la LQIOT. Acaba amb una sentència (art. 4 i 5 LQIOT).

⁴ L'internament pot ser d'urgència, involuntari amb finalitats terapèutiques i voluntari (art. 11, 12 i 15 LQIOT).

La tutela es constitueix per aute recaigut en procediment de jurisdicció voluntària, que s'ha d'inscriure en el registre civil. El tutor, que ha d'exercir les seves funcions amb la diligència d'un bon pare de família, en el cas d'un menor d'edat n'ha detenir cura, proporcionar-li aliments i una formació integral, i ha d'actuar com a representant legal del tutelat en tots els seus actes civils i de gestió del seu patrimoni; en el supòsit d'una persona incapacitada, el tutor ha de procurar-li aliments i fer tot el que calgui perquè adquireixi o recuperi la seva capacitat i la seva inserció en la societat, gestionar el seu patrimoni i representar-lo (art. 41 LQIOT).

1.4. La curatela, sistema per a la protecció del patrimoni de les persones incapacitades, és procedent per a les persones menors d'edat emancipades i les que han obtingut l'habilitació d'edat; les persones incapacitades per a les quals no es considera escaient la constitució de la tutela; les persones declarades pròdigues, i les persones declarades absents en relació amb els seus interessos patrimonials. En principi, són aplicables a la curatela les normes sobre la tutela (art. 55 LQIOT).

En els articles 62, 63 i 64 de la LQIOT es preveu també la figura del defensor judicial, que és un òrgan tutelar i procedeix en els casos de conflicte d'interessos entre tutor o curador i la persona sotmesa a tutela o curatela, o quan no existeix o esdevé inoperant la tutela o la curatela. El nomenament del defensor judicial es fa en aute dictat en procediment de jurisdicció voluntària, que concreta l'actuació del defensor judicial.⁵

1.5. Pel que fa a la competència judicial internacional per declarar la incapacitació de les persones majors d'edat, els batlles i magistrats andorrans seran competents quan el presumpte incapaç tingui residèn-

⁵ Els batlles i magistrats andorrans sempre han nomenat com a tutor o curador les persones que estimen més idònies, siguin parents o no, tenint en compte la situació de les persones declarades incapaces (cfr. autes del TSJ, sala civil, de 15 de maig de 1997 i 28 de juny de 2001, que destaquen "l'interès absolutament preferent i transcendent de la persona, que per les circumstàncies com les dels autes, requereix un complement de la seva capacitat").

cia habitual al Principat, en tractar-se d'un fur de competència raonable, ja que la persona viu a Andorra d'una manera estable i hi té el seu centre social de vida; els jutges andorrans poden avaluar les causes i la procedència de la incapacitació. Així mateix, els jutges andorrans seran competents per adoptar les mesures de protecció del declarat incaç si té la seva residència habitual al Principat. En aquest cas se seguiran les prescripcions del dret andorrà sobre mesures provisionals o urgents de protecció (art. 65.2 LQIOT). I sempre que intervinguin autoritats judicials o organismes administratius andorrans, les formalitats i els procediments sobre constitució de les institucions protectores de les persones mancades d'autogovern es regulen per la llei andorranca (art. 65.3 LQIOT). De totes maneres, si una persona es troba en territori andorrà i hi ha urgència en adoptar mesures de protecció, els jutges andorrans podran intervenir, si bé s'haurà de tenir compte les prescripcions de la llei de la residència habitual de dita persona, és a dir s'haurà d'aplicar la llei de la residència habitual de l'incaç, que pot ser una llei estrangera, cosa que complicarà les coses. Els jutges andorrans també podran adoptar mesures provisionals si una persona té béns a Andorra, tot això en interès de la persona major d'edat.

L'article 65.3 LQIOT, en parlar de "les formalitats i els procediments sobre constitució de les institucions protectores" es refereix, no solament als aspectes processals, sinó a tots els aspectes del procediment, siguin processals o de fons.

I.6. Quina és la llei aplicable i el seu àmbit d'aplicació? La incapacitació i les seves causes afecten la capacitat; per tant, la llei aplicable a la declaració d'incapacitació serà la llei personal, la llei nacional a Andorra. Es prou clar l'article 65.1 LQIOT:

"Les institucions protectores de les persones mancades de capacitat d'autogovern es regulen per la llei nacional de la persona incapacitada."

Podríem aplicar aquí la fórmula de les Chambres Réunies de la Cour de Cassation francesa: *le statut est personnel lorsqu'il règle directement et indéfiniment la capacité ou l'incapacité générale et absolue des personnes pour contracter.*⁶ La llei nacional regularà les causes per declarar judicialment la incapacitació així com la seva extensió i els seus límits; actes que l'incapacitat pot fer tot sol; actes que li estan prohibits, i actes que pot realitzar degudament habilitat. Ara bé, els efectes de la incapacitació en relació amb actes que l'incapacitat realitzi enfront de tercers es regularan per la llei que regeix cada acte en qüestió.

Un cas pràctic: en Manel Pujal, nacional andorrà de 28 anys domiciliat a casa del pare, Joan, a la ciutat de Tòquio (Japó), té alterades les facultats mentals. El Manel és propietari d'uns béns immobles a Andorra, com a conseqüència d'una herència de l'oncle Pere; el Manel també va adquirir una casa a Tòquio.

Es vol procedir a actes de disposició sobre els béns immobles situats a Andorra, però abans s'ha d'organitzar el règim de protecció d'en Manel Pujal.

Segons el D. I. Pr. andorrà, les qüestions de capacitat depenen de l'estatut personal i estan regulades per la llei nacional de l'interessat. La legislació andorrana és competent per declarar i organitzar la protecció d'en Manel Pujal i precisar les condicions o autoritzacions per procedir a la venda dels immobles situats a Andorra. Però com que l'interessat té la residència habitual a Tòquio, els jutges naturals per entendre del supòsit de fet són els de Tòquio. La justícia japonesa, previ certificat d'un metge especialista japonès, pot declarar la incapacitat d'en Manel Pujal, i amb el certificat de la sentència japonesa d'incapacitat, que no necessita exequàtur a Andorra ja que es tracta de matèria

⁶ Cass. Ch. Réunies, 27 feb. 1817 (Sirey, *Recueil de jurisprudence et de législation*, 1815-1818, I, p. 286).

de capacitat de les persones, que serà inscrita en el registre civil andorrà, es demanarà al batlle andorrà que organitzi les mesures de protecció d'en Manel a Andorra.

Podrà entendre d'aquest supòsit de fet la justícia andorrana? En no tractar-se de competències exclusives, si els interessats (el pare d'en Manel) acudeixen davant la Batllia andorrana amb el certificat d'un metge especialista japonès, el batlle pot entendre sobre el supòsit de fet i disposar sobre les mesures de protecció d'en Manel Pujal i tindrà en compte els interessos immobiliaris en territori andorrà.

Què passa amb la casa de Tòquio? Des del punt de vista japonès, els jutges nipons són els naturals per procedir a la declaració d'incapacitat i disposar les mesures de protecció i de disposició sobre el bé immoble situat a Tòquio. El pare d'en Manel es veuria obligat a obrir dos processos: un a Andorra i un altre a Tòquio, que seria la forma més eficaç per procedir, tenint en compte els béns situats a Andorra i a Tòquio.

1.7. La nova legislació andorrana introdueix un aspecte innovador, ja esmentat abans, amb l'anomenada *autotutela* de l'article 27, en virtut de la qual qualsevol persona major d'edat pot nomenar un tutor en previsió d'una futura declaració judicial d'incapacitat. El nomenament del tutor, de la persona o persones que han de substituir-lo, excloure determinades persones de la tutela i establir la remuneració que han de percebre les persones que exerceixen el càrrec s'han de fer en escriptura pública.

La situació es caracteritza pels fets següents: d'una part, l'exercici de la funció de tutor començarà en el moment en què l'adult ja no tingui l'autogovern; per altra part, les funcions del tutor tindran efecte després de la sentència d'incapacitació en un procediment civil abreujat.

Els nomenaments i les exclusions poden ser impugnats si en el moment de constituir-se la tutela "han sobrevingut circumstàncies que, si

la persona interessada hagués tingut en compte, no haurien determinat el nomenament o l'exclusió" (art. 27 LQIOT).

1.8. La *prodigalitat* és causa d'incapacitat en alguns sistemes jurídics. El dret andorrà considera la prodigalitat com una de les causes que restringeixen la capacitat d'obrar en l'àmbit patrimonial. Ja no se segueix el dret romà (*Digest* 50, 17, 40) ni les *Partides*. Es tracta d'una persona que per la seva conducta habitual en l'àmbit econòmic posa en perill el seu patrimoni en perjudici del cònjuge i dels legitimaris. Perquè la prodigalitat produeixi l'efecte de limitar la capacitat d'obrar és necessari que es faci una "declaració de prodigalitat" per sentència judicial, que s'haurà d'inscriure al marge de la inscripció de naixement (art. 54 LRC); s'hi farà constar l'abast de la limitació a la capacitat de la persona i, en el seu cas, es nomenarà curador i es determinarà l'àmbit en el qual el pròdig pot gestionar els seus interessos patrimonials i l'àmbit en el qual necessita l'assentiment del curador, que sempre tindrà lloc en els supòsits de poder disposar dels seus béns immobles, establiments mercantils o industrials, drets de propietat intel·lectual o industrial, prendre diners en préstec, renunciar a donacions, crèdits, llegats o acceptar herències sense el benefici d'inventari (art. 57 LQIOT).

1.9. L'excepció d'ordre públic internacional pot intervenir davant l'aplicació de lleis estrangeres que permetin una declaració d'incapacitat sense intervenció judicial o sense que concorrin causes físiques o psíquiques rellevants en la persona del declarat incapaç. També la llei estrangera no seria aplicable si declarés incapaç una persona que, d'acord amb la normativa i usos del Principat, fos sana d'esperit.

2. El Conveni de l'Haia de 13 de gener de 2000 sobre protecció internacional dels adults

2.1. La Conferència de l'Haia de D. I. Pr. va adoptar el 1905 un conveni sobre la incapacitació i altres mesures anàlogues de protecció que va

entrar en vigor per a Alemanya, França, Hongria, Itàlia, els Països Baixos, Polònia i Dantzig, Portugal, Romania i Suècia. D'acord amb els criteris vigents en l'època, la norma bàsica era aplicar la llei nacional de l'incapaç; les autoritats de la nacionalitat de l'incapaç tenien competència per pronunciar la incapacitat i adoptar mesures de protecció, si bé les autoritats de la residència habitual podien adoptar mesures provisionals.

Al llarg dels anys hi ha hagut intents per revisar i reemplaçar el conveni de 1905, a causa, especialment, de l'actitud dels estats membres de la Conferència de l'Haia amb relació a la protecció de persones majors i a les tècniques utilitzades per assegurar dita protecció. En nombrosos estats membres, l'envelliment de la població ha accentuat el problema de la senilitat i s'ha estès el coneixement d'algunes malalties específiques que afecten la memòria i la consciència de les persones grans, com ara l'Alzheimer. El nombre de persones jubilades que marxen a residir permanentment a d'altres països més càlids però conservant al país d'origen bona part dels seus béns, ha augmentat considerablement i ha fet sentir la necessitat de normes adequades de D. I. Pr. Hi ha una gran diversitat de mesures de protecció dels més grans en les legislacions internes i això comporta dificultats en la pràctica. En alguns països, el problema d'una incapacitat que pot afectar un individu està prevista de manera preventiva pels interessats, els quals poden donar un *poder general* que serà efectiu quan es produeixi la incapacitat del mandant. Una persona adulta, durant els períodes de plena capacitat, pot donar un poder o un mandat sense límits de durada. Aquest poder segueix vigent quan el mandant es troba incapaç. És la solució admesa als EUA, a Anglaterra i en el dret alemany.⁷ El mandat conferit abans de prendre una mesura de protecció conserva tot el valor i la decisió sobre mesures protectores no afecta la seva validesa, al contrari del que succeeix a França.

⁷ En terminologia dels EUA, *power of attorney*. En dret alemany el poder es denomina: *Vorsorgevollmacht* o *Altersvorsorgevollmacht*.

La qüestió del *trust* pot revestir una gran importància en matèria de protecció de persones grans incapacitades en els països en què es coneix la institució. Un adult pot constituir un *trust actiu* per si mateix, en virtut del qual els béns són transmesos entre vius al *trustee*, i això pot ser una de les mesures per les quals l'adult es protegeixi contra els danys de la senilitat o de tota altra incapacitat. El *trustee* pot ser instituït com a gestor dels béns de l'incapaç quan sorgeixi la incapacitat. En canvi, en els països del *civil law* només podrà organitzar-se la tutela o la curatela quan es constati la incapacitat d'una persona.

2.2. El 2 d'octubre de 1999, la Conferència de l'Haia, en comissió especial de caràcter diplomàtic, va adoptar el text del que és el Conveni de 13 de gener de 2000 sobre protecció internacional dels adults, que s'integra en el marc de la labor d'actualització dels textos elaborats per la mateixa Conferència de l'Haia per a la protecció de menors i de persones incapacitades. El text consta de 59 articles, dividits en sis capítols, i es refereixen a la competència de les autoritats per prendre mesures de protecció, llei aplicable, reconeixement i execució de resolucions i cooperació entre autoritats dels estats contractants.

2.3. Sobre l'àmbit d'aplicació del conveni (capítol I, art. 1-4) hi ha una delimitació, tant en relació amb les persones, com en relació amb la matèria.

Quant a l'àmbit d'aplicació personal, el conveni s'aplica, en situacions internacionals (quan resultin implicats més d'un estat), "a la protecció dels adults que, per una disminució o insuficiència de les seves facultats personals, no estan en condicions de vetllar pels seus interessos" (art. 1.1). Es considera *adult* la persona que hagi assolit els 18 anys, però si abans es varen adoptar mesures de protecció, seguiran en vigor en arribar la persona als 18 anys (art. 2).

Pel que fa a l'àmbit d'aplicació material, l'article 3 dóna una enumeració no exhaustiva de les mesures de protecció que entren dins l'àmbit del conveni; l'article 4 enumera d'una manera exhaustiva les matèries excloses de l'àmbit d'aplicació, com ara obligacions alimentàries, la celebració, nul·litat o dissolució del matrimoni, la seguretat social, les mesures públiques de caràcter general en matèria de salut, etc.

2.4. El capítol II (art. 5-12), dedicat a la competència de les autoritats judicials o administratives, constitueix la columna vertebral del conveni, ja que condiciona la regulació sobre la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions i la cooperació internacional.

El criteri principal de competència és el de la residència habitual de l'adult. Diu l'article 5: "1. Les autoritats, tant judicials com administratives, de l'Estat contractant de la residència habitual de l'adult, seran competents per adoptar les mesures de protecció de la persona o dels béns de l'adult. 2. En cas de trasllat de la residència habitual de l'adult a un altre Estat contractant, seran competents les autoritats de l'Estat de la nova residència habitual."

Ara bé, amb caràcter subsidiari, són competents les autoritats de l'Estat nacional de l'adult "si consideren que es troben en millors condicions per valorar l'interès de l'adult", però llavors les autoritats nacionals hauran de comunicar-ho a les autoritats de la residència habitual (art. 7).

La doctrina del *forum non conveniens* apareix en l'article 8, ja que les autoritats de la residència habitual de l'adult "quan considerin que això redunda en interès de l'adult", poden requerir les autoritats d'una sèrie d'estats, citats al paràgraf 2, a prendre les mesures necessàries per a la protecció dels adults.

2.5. El capítol III (art. 13-21) està dedicat a les qüestions sobre llei aplicable. La norma general és que "les autoritats dels Estats contractants

aplicaran la seva pròpia llei” (art. 13), però podran tenir en compte la llei d'un altre estat amb el qual la situació tingui un vincle estret. Així es flexibilitza la norma.

Un dels aspectes més innovadors del conveni es troba en l'article 15, que recull la situació en què l'adult organitza la seva pròpia protecció per al moment en què no podrà vetllar pels seus propis interessos; és a dir, s'intenta fer prevaler, sempre que sigui possible, la voluntat de l'adult manifestada en moments en què era completament capaç. Llegim en l'article 15:

“1. L'existència, abast, modificació i extinció dels poders de representació, conferits per un adult, en virtut d'un acord o per un acte unilateral, per exercitar-se quan dit adult no estigui en condicions de vetllar pels seus interessos, es regirà per la llei de l'Estat de la residència habitual de l'adult en el moment de l'acord o de l'acte unilateral, a no ser que hagi designat expressament per escrit alguna de les lleis mencionades a l'apartat 2”, entre les quals hi ha la llei de l'Estat de la nacionalitat de l'adult i la llei de l'Estat de situació dels béns de l'adult.

Com que l'exercici de la representació tindrà lloc quan l'adult mandant ja no estarà en condicions de desautoritzar el mandatari, l'article 16 preveu el control per part de les autoritats competents, que aplicaran la seva pròpia llei, si bé per retirar o modificar els poders de representació hauran de prendre en consideració la llei que regula el mandat.

2.6. El capítol IV (art. 22-27) està consagrat al reconeixement i l'execució. La regla base és que el reconeixement es produeix de ple dret en els estats contractants (art. 22); és a dir sense necessitat de cap procediment. Però tota persona interessada pot sol·licitar que es decideixi sobre el reconeixement o no reconeixement (art. 23); en aquest cas se seguirà el procediment de l'Estat requerit. Les causes de

no-reconeixement o de no-execució es troben en l'article 22.2: mesura adoptada per autoritat sense competència; no donar lloc que l'adult pugui ser escoltat, si procedeix; el reconeixement és manifestament contrari a l'ordre públic, i la mesura adoptada és incompatible amb una d'adoptada posteriorment.

2.7. El capítol V (art. 28-52) regula la cooperació a partir de l'establiment d'autoritats centrals, que donaran compliment a les obligacions imposades pel conveni. Endemés, el conveni preveu la possibilitat de comunicacions i peticions directes d'informació entre autoritats dels estats contractants.⁸

2.8. Sobre la conveniència o no que el Principat sigui part en el Conveni de La Haia, hem de dir que si els estats els nacionals dels quals elegeixen Andorra com a país de jubilació decideixen acceptar el conveni, seria convenient que el Principat seguís el mateix camí i el firmés i ratifiqués, o s'hi adherís.

El tema de la protecció de les persones grans és important objectivament, encara que els poders públics i la societat andorrana semblin més preocupats per la protecció dels menors. La població mundial envellaix a una velocitat espectacular i es calcula que el nombre de persones més grans de 80 anys, actualment xifrada en 50 milions, passarà a 137 milions el 2025.

Tècnicament, les respostes del conveni a la problemàtica de la protecció de les persones grans són adequades, tenint en compte les seves circumstàncies, amb el reconeixement de les decisions dels mateixos adults d'organitzar, per al futur, les mesures de protecció, tal com ja preveu la nova normativa andorrana continguda en la LQOIT.

⁸ Cfr. DUTOIT, B. "La protection des incapables majeurs en droit international privé". *Rev. crit. dr. int. pr.* 1967, p. 465-504; GONZÁLEZ BEILFUSS, C. "La protección de adultos en D. I. Pr." A: AA DD *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Colex: Madrid, 2000, p. 85-102; LAGARDE, P. "La convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes". *Rev. crit. dr. int. pr.* 2000, p. 159-179.

3. La protecció internacional de menors. Dret internacional privat autònom

3.1. El mode més freqüent de protecció de menors té lloc en l'entorn familiar i, en cas de manca de protecció parental, tots els sistemes jurídics preveuen uns òrgans tutelars. Si la família falla o existeixen motius d'interès superior, o hi ha necessitat d'assegurar el benefici òptim del menor, les autoritats públiques intervenen per substituir els protectors naturals dels menors.

La normativa andorrana sobre protecció de menors era incompleta i fragmentària fins fa poc; existien diferents protocols administratius d'actuació en matèria d'adopció, acolliment familiar, comissió d'infància i centre d'acolliment per a infants. El primer text normatiu unificador de totes les mesures de protecció de menors, que adaptava la normativa a la realitat social andorrana de final de segle XX, fou la LQA del 1996,⁹ que es basa en dos principis fonamentals: a) actuar com a instrument d'integració en la família i la societat del menor; b) el benefici del menor per sobre de qualsevol altre per legítim que sigui.¹⁰

3.2. L'actual normativa andorrana preveu una gamma de formes de protecció que van des de les institucions tradicionals de la pàtria potestat, la tutela, la curatela i l'adopció, fins a l'internament en un establiment adequat a les característiques dels menors d'edat, que anomenariem *assistència educativa*, tal com descriu l'article 32 de la LQA:

“Si la salut, la seguretat o la moralitat d'un menor es troba en perill, les mesures d'assistència educativa poden ésser ordena-

⁹ BOPA de 24-04-1996.

¹⁰ Comentant el *favor filii*, la sentència del TSJA, sala civil, de 13 de novembre de 1997, diu que qualsevol conflicte o situació de col·lisió en aquest aspecte ha de resoldre's des de la perspectiva essencial i transcendental “de protegir i potenciar al màxim el benestar del menor, determinant i disposant allò que és millor pel seu desenvolupament integral, analitzant i valorant el conjunt de circumstàncies concurrents i evitant sempre solucions que puguin comportar un risc de desestabilització o alteració de la pau i harmonia existencial de l'infant”. Sobre el concepte *interès del menor*, cfr. BORRÁS RODRÍGUEZ, A. “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”. *RJC*, 1994, p. 919-970.

des per la justícia, ja sigui a instància del pare o la mare o el tutor del menor, ja sigui a instància del mateix Batlle, del Ministeri Fiscal o de la Direcció Social del Govern...”

Aquestes mesures d'assistència educativa, que són *normes d'aplicació immediata* o *normes materials imperatives*, comporten problemes en l'ordre internacional, com es veu en el cas **Boll** (sentència del Tribunal Internacional de Justícia (TIJ), de 28 de novembre de 1958, en què el tribunal va afirmar que les mesures d'educació protectora, en virtut de la Llei sueca de 6 de juny de 1924 sobre protecció de la infància i joventut, estaven fora de l'àmbit d'aplicació de les normes de conflicte de lleis, que l'aplicació de dites mesures protectores només depenia de la llei que les regulava i, per altra part, tals mesures, per atendre el seu objectiu de garantia social, afectaven tots els menors que es trobaven en territori suec, a diferència de les normes sobre tutela, que eren normes de protecció individual, regulades per la llei nacional del menor. Per tant, Suècia no va incomplir el Conveni de l'Haia de 1902 sobre la tutela, ja que aquest conveni només regulava *la tutela*, no altres mesures de protecció del menor.

Això vol dir que les mesures d'assistència educativa són aplicables en territori andorrà a tots els menors que s'hi trobin, tinguin o no la nacionalitat andorrana. L'aplicació de la normativa andorrana en aquest cas s'imposa per la finalitat de tals disposicions: preservar l'ordre social amenaçat per l'estat en què es troba el menor, sense que calgui acudir a l'aplicació de la llei personal del menor. Aquesta solució seria molt semblant a la que preveu l'article 8 del Conveni de l'Haia de 1961 sobre competència de les autoritats i la llei aplicable en matèria de protecció de menors, que preveu que, malgrat el cas d'aplicació de la llei nacional “les autoritats de l'Estat de la residència habitual del menor poden prendre mesures de protecció si el menor es troba amenaçat per un perill seriós en la seva persona o en els seus béns”.

Ara bé, el batlle ha de valorar en quin tipus d'estada es troba el menor a Andorra, ja que una cosa és estar de passada per territori andorrà i una altra tenir-hi residència habitual o simple residència. El que sí que queda clar és que el batlle no té competència per aplicar mesures d'assistència educativa a un menor que està a l'estranger. En aquest últim supòsit, el menor no és una amenaça per a la societat andorrana.

3.3. L'aplicació de les normes materials andorranes i de dret internacional privat sobre protecció de menors d'edat exigeix una prèvia delimitació del concepte *menor*, ja que és el beneficiari de les mesures de protecció de menors.

Determinar si una persona és major o menor d'edat correspon a la llei nacional de cada persona. Els andorrans assoleixen la majoria d'edat legal a 18 anys complerts,¹¹ regla que coincideix amb l'article 1 del Conveni de les Nacions Unides sobre drets de l'infant, de 20 de novembre de 1989, al dir: "Als efectes del present Conveni, s'enten per infant tot ésser humà menor de divuit anys, a menys que en virtut de la llei que li sigui aplicable, hagi assolit abans la majoritat".

En la mesura en que Andorra sigui part de Convenis internacionals sobre protecció de menors, s'haurà de tenir compte de les qualificacions autònomes del concepte de "menor", com en el cas del Conveni relatiu a la protecció del nen i a la cooperació en matèria d'adopció internacional, on l'article 3 indica que el Conveni deixa de ser aplicable a l'edat dels divuit anys.¹²

3.4. La protecció de menors en l'àmbit del D. I. Pr. comprèn nombrosos supòsits, ja que el desemparament del menor pot ser degut a la falta de

¹¹ Article 1 de la llei de 7 de setembre de 1985.

¹² Trobem qualificacions autònomes de *menor* en altres convenis internacionals: el Conveni de l'Haia de 19 d'octubre de 1996, sobre competència internacional, llei aplicable, reconeixement i cooperació internacional en matèria de responsabilitat parental i mesures de protecció, s'aplica "als nens a partir del seu naixement i fins que hagin assolit l'edat dels 18 anys" (article 2); el Conveni de l'Haia de 25 d'octubre de 1980 sobre els aspectes civils del segrest internacional de menors diu en l'article 4: "El Conveni deixarà de ser aplicable quan el menor assoleixi l'edat de setze anys".

pare o mare, o a l'exercici impossible o inadequat de la pàtria potestat o de la tutela. La LQA descriu el menor desemparat en l'article 4:

“Es considera menor desemparat el que queda privat de la necessària assistència moral o material, a causa de l'incompliment o de l'exercici impossible o inadequat dels deures de protecció que dimanen de la guarda de menors.”

La normativa andorrana sobre protecció de menors ha d'adaptar-se i ser interpretada d'acord amb els postulats de la normativa internacional, especialment el Conveni de les Nacions Unides sobre drets de l'infant, que recull un catàleg de drets fonamentals del menor: dret inherent a la vida; dret a ser enregistrat després del seu naixement, a un nom, a adquirir una nacionalitat; dret a conèixer els seus pares i de ser educat per ells; el dret a gaudir del millor estat de salut possible i a beneficiar-se dels serveis mèdics i de reeducació, i el dret a un nivell de vida suficient per permetre el seu desenvolupament físic, mental, espiritual, moral i social. Per altra part, els estats han de prendre totes les mesures legislatives, administratives, socials i educatives apropiades per protegir l'infant contra tota forma de violència, d'atacs o de brutalitats físiques o mentals, d'abandonament o de negligència, de maltractaments o d'explotació, inclosa la violència sexual.

Un altre text del qual Andorra forma part és el Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals, de 4 de novembre de 1950, que en l'article 8 garanteix el dret a la vida privada i familiar.

3.5. Les formes de protecció de menors van des de les institucions tradicionals de la pàtria potestat, la tutela (amb nomenament pels pares o per l'autoritat judicial), la curatela i l'adopció, fins a altres mesures anomenades *d'assistència educativa*. Aquesta protecció és objecte de control i seguiment per les autoritats judicials i pels serveis socials del Govern, concretament la direcció de Serveis Socials, adscrita al minis-

teri encarregat de la política en matèria de serveis socials, que és “l'òrgan del Govern competent en matèria de protecció i d'atenció a la infància en situació de risc, d'abandó, de preadopció i d'adopció”.¹³

3.6. La pàtria potestat, tractada per Justinià en el Codi (*De patria potestate*, llib. 8, tit. 48, lleis 3 i 4), atorga als pares una sèrie de drets i deures vers els fills menors d'edat, que l'article 27 de la LQA concreta així:

“La pàtria potestat pertany al pare i a la mare per protegir la seguretat, la salut i la moralitat de l'infant. Els pares tenen el dret i el deure de guarda, de vigilància, de manteniment i d'educació. Ostenten la representació legal dels seus fills menors i administren el seus béns.”

Podríem afegir que pertany als pares també “la facultat d'una correcció personal”, com llegim en les sentències del Tribunal de Corts de 26 de juliol de 1988 i 12 de setembre de 1990.

La pàtria potestat és irrenunciable i intransmissible, però pot ser objecte de delegació en virtut d'una decisió judicial.¹⁴

La privació de la pàtria potestat pot provenir d'una disposició expressa d'una sentència penal i d'un procés civil. La privació de la pàtria potestat pot ésser total o parcial “limitada a certs drets i atributs”.¹⁵

3.7. Des del punt de vista dels conflictes de lleis, la pàtria potestat és una institució regulada per la llei personal del fill, és a dir, per la llei nacional del nen, que determinarà el contingut i l'abast de la pàtria potestat. Ara bé, aquesta norma opera en situacions de normalitat i establiment de la família, ja que davant d'una crisi matrimonial o incom-

¹³ Article 2 del Reglament d'adopció, de 10 de juny de 1998 (BOPA de 17-06-1998).

¹⁴ Article 36 LQA.

¹⁵ Article 42 de la LQA.

pliment dels deures envers els fills, s'han de prendre mesures sobre guarda i custòdia dels fills, cosa que ens situa en les solucions sobre protecció de menors.

La privació total o parcial de la pàtria potestat, que en dret andorrà està prevista en els articles 38 a 43 de la LQA, hauria d'estar regulada per la llei nacional del nen, però opinem que seria més adequat aplicar la llei de la residència habitual del menor, que implica no una simple estada al Principat, sinó una idea de durada i fixesa. S'hauria de tenir en compte el grau d'integració del menor atenent als vincles familiars, socials, escolars, la durada de la residència. Si el menor té la residència habitual al Principat, s'aplicarà la normativa andorrana considerada com a regla de protecció de la infància i de defensa social, aplicable a tota persona que resideixi en territori andorrà, pel seu caràcter d'ordre públic i de necessitat social. Una vegada el batlle hagi dictat aute de privació de la pàtria potestat, els efectes, com el nomenament d'un tutor, es faran d'acord amb la llei nacional del menor.

3.8. La competència judicial internacional dels jutges andorrans per adoptar mesures de protecció de menors deriva, en general, de la residència habitual del menor a Andorra, per la qual cosa s'hauran de declarar incompetents quan el menor resideixi a l'estranger.¹⁶

Pel que fa a la llei aplicable a la tutela i altres mesures de protecció, s'haurà d'elegir la llei nacional del menor.¹⁷

3.9 És convenient examinar la protecció de menors en el marc dels procediments de constitució de l'adopció internacional, que requereix uns controls importants i uns mecanismes de cooperació internacional, tot amb la finalitat que es preservi l'interès superior del nen, es

¹⁶ Seria el cas recollit en la sentència de l'Audiència Provincial de Lleida, secció primera, de 10 de febrer de 2003. Es declara la incompetència dels tribunals espanyols per raó de la residència habitual del menor fora d'Espanya (Cfr. Comentari de la sentència per Ramon Viñas a *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. 2004, p. 927-931).

¹⁷ Sobre l'aplicació de la llei nacional en l'elecció d'un tutor, cfr. STJ, secció civil, d'11 de juliol de 2002.

respectin els drets fonamentals que li reconeix el dret internacional i se'n previngui el segrest, la venda o el tràfic.

El Conveni de l'Haia relatiu a la protecció del nen i la cooperació en matèria d'adopció internacional, de 29 de maig de 1993,¹⁸ és un instrument internacional que estableix garanties en els procediments d'adopció internacional, que són uns mínims que han de respectar els estats part.

L'interès superior del nen justifica l'establiment d'unes condicions que es refereixen a la mateixa actuació de les autoritats de l'Estat d'origen del nen, com ara establir-ne l'adoptabilitat, constatar que aquella adopció internacional respon a l'interès superior del nen, garantir la concurrència dels consentiments necessaris, l'absència de qualsevol pagament o compensació econòmica, tenir en compte els desitjos i l'opinió del nen segons les circumstàncies d'edat i el grau de maduresa del nen (article 4).

Per altra part, les autoritats de l'Estat de recepció han de constatar que els futurs pares adoptius són adequats i aptes, que han estat assessorats degudament i que el nen ha estat o serà autoritzat a entrar i residir de manera permanent en dit estat (article 5).

3.10. Els mecanismes de cooperació que garanteixen el compliment de les exigències assenyalades abans són les autoritats centrals, les funcions de les quals són de cooperació, d'informació i vigilància.¹⁹ El conveni també conté unes exigències de probitat per als organismes acreditats que cooperen amb les autoritats dels estats part. Les funcions de les entitats col·laboradores sense ànim de lucre i degudament acreditades són: a) tramesa a les famílies o persones interessades de la documentació especilitzada referent a l'adopció internacional; b)

¹⁸ Andorra n'és part. Publicat al BOPA de 26-02-1997.

¹⁹ Andorra va designar com a autoritat central el Servei d'Adopció, del departament de Serveis Socials del ministeri d'Afers Socials i Cultura (av. Príncep Benlloch, núm. 30, 4a planta, Andorra la Vella) (BOPA de 26-02-1997).

tramitació de l'adopció en el país d'origen del nen; c) seguiment i valoració de l'adopció durant els sis primers mesos; i d) realització d'informes psicosocials d'acoblament en col·laboració amb el Servei d'adopció.²⁰

3.11. Les condicions de procediment de les adopcions internacionals entre estats part del conveni²¹ es troben en els articles 14 a 22 (capítol IV). Les persones amb residència habitual en un estat contractant que volen adoptar un menor, la residència habitual del qual es trobi en un altre estat part, presenten una sol·licitud a l'autoritat central de l'Estat d'origen amb un informe sobre els sol·licitants. L'autoritat central de l'Estat d'origen elabora un informe sobre idoneïtat del menor, les seves condicions personals, familiars i socioculturals i si l'adopció obeeix a l'interès superior del menor. El desplaçament del nen només tindrà lloc si es compleixen les exigències de l'article 17, relatives a la conformitat i la idoneïtat dels futurs pares adoptius i si s'han pres totes les mesures necessàries sobre entrada i residència permanent en l'Estat de recepció del nen. Àdhuc es regulen les mesures necessàries per a la protecció del nen si l'autoritat central de l'Estat de recepció considera que el manteniment del menor en la família de recepció ja no respon al seu interès superior (article 21).

4. Els convenis de l'Haia de 1961 i 1996

4.1. El Conveni de l'Haia, de 5 d'octubre de 1961, sobre competència de les autoritats i la llei aplicable en matèria de protecció de menors va substituir entre els estats part el mateix Conveni de l'Haia de 12 de juny de 1902, sobre tutela de menors. Així com el Conveni de 1902 és fruit d'una època en què la llei nacional està en plena expansió i la

²⁰ Article 7 del Reglament d'adopció.

²¹ Diu encertadament l'article 30 del Reglament d'adopció: "La tramitació de l'expedient d'adopció es fa segons el procediment previst en el Conveni de l'Haia, si el país d'origen del menor l'ha ratificat." El conveni és un tractat *inter partes*, per tant s'aplica entre estats que en formen part.

protecció del menor s'identifica amb la tutela –respon per tant a una concepció clàssica de protecció del menor, que emmarca la tutela dins de l'òrbita familiar i que només es fixa en els interessos estrictament privats–, el Conveni de 1961 té en compte els caràcters de la societat de la segona meitat del segle XX i l'existència de noves mesures de protecció de menors, com ara la guarda administrativa, l'acolliment familiar, el defensor judicial, etcètera, en què apareix la importància dels interessos públics en matèria de protecció de menors. El contingut de la sentència del TJJ, *Boll* va tenir influència en l'elaboració del Conveni de 1961.²²

4.2. El Conveni de 1961 pertany a la categoria dels anomenats *tractats dobles*, atès que regula la competència judicial internacional i el dret aplicable; també hi ha normes sobre reconeixement de decisions i mesures adoptades (arts 16 i 17). El conveni només s'aplica a les mesures de protecció dels “menors que tinguin la seva residència habitual en un dels estats contractants” (art. 13). No és, doncs, un text de caràcter universal, sinó d'aplicació entre estats part.

Als efectes del Conveni, s'entén per *menor*: “tota persona que tingui la qualitat de tal, d'acord amb la llei interna de l'Estat del que és nacional com amb la llei interna de l'Estat de la seva residència habitual” (art. 12). Es tracta d'una aplicació cumulativa de la llei nacional i de la llei de la residència habitual del menor, per la qual cosa si el subjecte és menor d'edat segons la llei nacional i major d'acord amb la llei de la residència habitual, el conveni no és aplicable.²³

²² Cfr. DROZ, G.A. L. “La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961”. *JDI Clunet*, 1973, p. 603-643; SIMON DEPIRE, M. “La protection des mineurs en droit international privé après l'arrêt *Boll* de la Cour Internationale de Justice”. *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1960-1962. París, 1963, p. 105 i s.

²³ El text castellà publicat al BOE de 20 d'agost de 1987 conté un error de traducció, en considerar *menor* el subjecte que ho és segons la llei nacional o segons la llei de la residència habitual. Seria una interpretació alternativa de la llei nacional i de la llei de la residència habitual.

El concepte *mesures de protecció del menor i/o dels seus béns* és molt ampli i propi del conveni; és a dir, es tracta d'un concepte autònom, que inclou totes les mesures de protecció individuals de dret privat o de dret públic que tendeixin a la protecció de la persona o dels béns del menor. Així comprèn la potestat parental, l'administració legal, la tutela, l'assistència educadora, mesures per prendre en cas de separació, nul·litat o divorci, etcètera. N'estan excloses les mesures de dret penal i de la legislació laboral.²⁴

4.3. El sistema del conveni està basat, per una part, sobre un pilar constituït per normes de competència legislativa i judicial; per altra part, sobre la distinció de les relacions d'autoritat que resultin de ple dret de la llei interna de l'Estat del qual és nacional el menor, i mesures de protecció la posada en pràctica de les quals impliqui la intervenció d'una autoritat.

4.4. En principi, el conveni estableix la competència de les autoritats i de la llei del lloc de residència habitual del menor. D'acord amb els articles 1 i 2, les autoritats tant judicials com administratives de l'Estat de residència del menor són competents per adoptar mesures encaminades a protegir la seva persona o els seus béns i aplicaran la llei interna. Es fa realitat l'aforisme *lex fori in foro proprio*; és a dir, el criteri de la llei aplicable és indissociable de les normes de competència judicial. El paràgraf 2 de l'article 2 concreta que la llei de les autoritats de la residència habitual del menor determinarà "l'establiment, modificació i cessament de dites mesures". L'article 5 del conveni també preveu el conflicte mòbil que pot donar-se pel canvi de residència habitual del menor d'un estat contractant a un altre, supòsit en què seguiran vigents les mesures adoptades per les autoritats de l'anterior residència habitual, fins que les autoritats de la nova residència habi-

²⁴ Si les conseqüències del divorci sobre els fills entren dins de l'àmbit d'aplicació del conveni poden sorgir problemes en el supòsit que els tribunals competents per pronunciar el divorci no ho siguin per regular la guarda i custòdia dels fills en virtut de les regles de competència judicial.

tual les suspenguin o les substitueixin. Quan les autoritats de l'anterior residència habitual siguin també les autoritats nacionals del menor, les mesures adoptades per aquestes autoritats seguiran vigents en l'Estat de la nova residència habitual.

Ara bé, la competència de les autoritats de la residència habitual sofreix la concurrència de les autoritats nacionals del menor sempre que "l'interès del menor ho exigeixi" (art. 4), ja que dites autoritats poden, en aplicació de la seva llei interna i prèvia notificació a les autoritats de l'Estat de la residència habitual, adoptar mesures per protegir la persona o els béns del menor. Està previst que les mesures adoptades per les autoritats nacionals reemplacin les adoptades per les autoritats de la residència habitual.

4.5. El segon pilar del conveni està constituït pel reconeixement de les relacions d'autoritat que resultin de ple dret de la llei interna de l'Estat del qual és nacional el menor, com diu l'article 3. El conveni no dóna una definició sobre les relacions d'autoritat, però es tracta de situacions i mecanismes que protegeixen el menor i els seus béns i que sorgeixen directament per manament legal, sense que sigui necessària una intervenció per part de l'autoritat judicial o administrativa perquè el mecanisme de protecció quedi constituït.²⁵

En el cas en què el menor es trobés amenaçat per un perill seriós en la seva persona o en els seus béns, les autoritats de la residència habitual podran adoptar les mesures adequades sense tenir en compte la competència de la llei nacional. En aquest supòsit, "les autoritats dels altres estats contractants no estaran obligades a reconèixer dites mesures" (art. 8). En els casos d'urgència, les autoritats de cada estat contractant, en el territori del qual es trobi el menor o els seus béns, po-

²⁵ Cfr. LEQUETTE, Y. "Le droit international privé de la famille à l'épreuve des Conventions internationales. *Recueil des Cours*. 1994-II, p. 51-99.

dran adoptar les mesures de protecció necessàries, que tindran un caràcter provisional.

4.6. L'aplicació del Conveni de 1961 ha topat amb moltes dificultats, degudes al desglossament de mesures protectores que resulten de ple dret o no de la llei nacional; endemés, com que el conveni no ha sabut elegir entre els criteris de la residència habitual i de la nacionalitat, trobem els inconvenients d'ambdós criteris en conflictes positius i negatius de competència.²⁶

4.7. En la XVIII sessió de la Conferència de l'Haia es va adoptar el Conveni, de 19 d'octubre de 1996, sobre la competència, la llei aplicable, el reconeixement, l'execució i la cooperació en matèria de responsabilitat parental i mesures de protecció dels menors. Els objectius que n'han presidit la redacció són posar remei a les dificultats d'aplicació del Conveni de 1961.

En primer lloc, s'adopta el criteri de la residència habitual del menor per a la competència judicial internacional, amb la qual cosa surt privilegiat l'objectiu de la proximitat processal; en segon lloc, en regular-se el conflicte mòbil s'intenta la continuïtat jurídica de la situació del menor; en tercer lloc, es reforça la cooperació judicial.

4.8. L'aplicació del nou conveni ja no està subordinada a la residència habitual del menor a un estat contractant, i s'eradica el principi de la competència de la llei nacional.

L'article 2 determina directament la minoria d'edat en dir que el conveni s'aplica "als infants a partir del seu naixement i fins que assoleixin l'edat dels 18 anys".

²⁶ Podem consultar algunes decisions franceses: sentència de 18 de juliol de 1981 del Tribunal de Grande Instance de Créteil (*JDI Clunet*, 1982, p. 452); sentència de 9 de novembre de 1982 del Tribunal de Grande Instance de París (*JDI Clunet*, 1983, p. 99); sentència de 18 de mars de 1985 del Tribunal de Grande Instance de Grenoble (*JDI Clunet*, 1986, p. 1014). El prof. LAGARDE va estudiar la problemàtica en l'article publicat a *Mélanges Giuliano* "La protection du mineur double national talon d'Achille de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961" (p. 529 i s).

El Conveni dóna una llista no limitativa de les mesures que entren dins del seu àmbit d'aplicació material, així com de les matèries excloses. L'article 3 enumera com a mesures l'atribució, l'exercici, la cessació i la delegació de la potestat parental, els drets de guarda i de visita, la tutela, l'acolliment familiar, àdhuc la institució musulmana de la *kafala*. Les matèries excloses es troben en l'article 4: establiment de la filiació, adopció, obligacions alimentàries, els *trusts*, les successions, la seguretats social, les mesures públiques de caràcter general en matèria d'educació i de salut, el dret d'asil i la immigració.

4.9. Els articles 5 i 15 estableixen la doble competència de les autoritats i de la llei aplicable de la residència habitual del menor per adoptar mesures que tendeixin a la protecció de la seva persona i dels seus béns; però es permet que les autoritats de cada Estat contractant, en el territori del qual es trobi el menor o els seus béns, puguin adoptar mesures de protecció en cas d'urgència. També és possible aplicar la llei d'un altre estat amb el qual la situació presenti un vincle estret (art. 15).

La teoria anglosaxona del *forum non conveniens* està present en els articles 8 i 9, en establir que les autoritats de la residència habitual poden desistir a favor de les autoritats d'un altre estat si creuen que estan en una situació millor per apreciar, en un cas concret, l'interès superior del nen.

4.10. Les solucions més complexes es troben en matèria de conflicte mòbil. Segons l'article 14, en cas de canvi de residència habitual, les mesures adoptades d'acord amb la llei de l'anterior residència resten en vigor, però les condicions d'aplicació de dites mesures seran regulades per la llei de la nova residència (art. 15.3). Així, la designació d'un tutor segons la llei de l'anterior residència roman; però els seus poders són regulats per la llei de la nova residència.

Pel que fa a la cooperació entre autoritats, el conveni preveu el reconeixement de ple dret de les mesures adoptades pels altres estats

contractants, amb les habituals reserves i amb l'obligació d'intercanviar informació sobre la matèria (art. 23 a 29).

5. El segrest internacional de menors

5.1. El desenvolupament dels moviments internacionals de mà d'obra, especialment en la construcció i serveis d'hostaleria, i el consegüent augment de matrimonis mixtos o d'unions estables de parella de diferents nacionalitats al Principat ha propiciat l'existència del segrest internacional de menors: el menor és traslladat a través de les fronteres quan un dels progenitors no té la nacionalitat del lloc on vivia i ha estat privat de la guarda i custòdia del menor, o bé hi ha motius per tèmper dita privació o, simplement, com que el matrimoni no funcionava, l'estranger ha marxat al seu país i se n'ha emportat el fill, o bé el cònjuge andorrà retorna al Principat amb el fill menor d'edat quan el seu entorn habitual era París.

Es tracta d'un fenomen relativament freqüent, vinculat moltes vegades als conflictes de civilitzacions, com en el supòsit d'un matrimoni format per una andorrana i un marroquí del qual ha nascut un fill; el matrimoni entra en crisi o ja s'ha demanat la separació o el divorci. Si el pare marroquí ha manifestat el desig de retornar al país d'origen i s'hi vol emportar el fill, el batlle andorrà no estarà gaire motivat per atribuir la guarda i custòdia del fill al pare quan sap que al país d'origen (Marroc) no s'observa el nivell de civilització adequat per al desenvolupament del nen. El que sí que donarà és un dret de visita al pare. En tot cas, les decisions adoptades pels tribunals nacionals sobre guarda i custòdia dels fills, en els supòsits de crisi matrimonial, tendeixen a afavorir al nacional enfront del cònjuge estranger, i això pot motivar que l'estranger segresti el seu fill i se l'emporti al país d'origen, on el pare aconseguirà de les autoritats marroquines una decisió sobre guarda i custòdia del menor segons la legislació musulmana i no hi haurà manera que el menor retorni a Andorra, encara que

endemés de la nacionalitat marroquina tingui també l'andorrana, per *ius sanguinis a matre*.

En les hipòtesis que entren dins d'aquesta temàtica trobem, en primer lloc, el trasllat d'un menor fora del seu entorn natural, social i familiar, on estava sota la responsabilitat d'una persona física o jurídica que exercia un legítim dret de custòdia. En segon lloc, la persona que trasllada el menor confia a obtenir-ne de les autoritats del país de la nova residència el dret de custòdia; és a dir, intentarà aconseguir que una decisió administrativa o judicial legalitzi la situació de fet que ha creat. En alguns casos, el *segrestador* intentarà la consolidació en el temps de la situació creada pel trasllat del menor, amb la qual cosa tindrà una posició avantatjosa, ja que el menor s'integra ràpidament a la nova situació.²⁷

5.2. La via més efectiva per solucionar aquesta problemàtica és un instrument convencional. Convé destacar el Conveni de l'Haia de 25 d'octubre de 1980 sobre els aspectes civils del segrest internacional de menors, del qual són part vuitanta estats, excepció feta del Principat. El conveni ha estat signat i ratificat no solament per estats membres de la Conferència de l'Haia, sinó també per estats no membres.

El Conveni de 1980 és de caràcter fàctic, és a dir, no estableix el règim jurídic del fons de la qüestió. Ho expressa molt bé l'article 19 en dir:

“Una decisió adoptada en el marc del present Conveni sobre la restitució del menor no afectarà la qüestió de fons del dret de custòdia.”

²⁷ Cfr. AA DD *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*. Toledo, 1993; AA DD *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*. A: ADAM-GARCIA (DIR.) Madrid: Colex, 2004; CARELLA, G. “La convenzione dell’Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori”. *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1994, pp. 777-794; DESCHENAUX, B. *L'enlèvement international d'enfants par un parent*. Berna, 1995; HAMILTON, C.; EVERALL, M. *International child abduction*. Londres, 1994; SALZANO, A. *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*. Milà, 1995; SHAPIRA, A. “Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases”. *Recueil des Cours*, vol. 214, 1989, p. 127-250; SAVOLAINEN, M. “The Hague Convention on Child Abduction of 1980 and its Implementation in Finland”. *Nordic Journal of International Law*, núm. 51, 1997, p. 1-66.

L'Estat de refugi no pot prendre una decisió sobre el fons del dret de custòdia; per això el conveni prohibeix a les autoritats competents de l'Estat de refugi que resolguin sobre la qüestió del dret de custòdia fins que es declari que no procedeix retornar el menor o que hagi transcorregut un període de temps raonable sense que s'hagi presentat una demanda en aplicació del conveni (art. 16).

Es pot plantejar el problema si ja s'ha dictat una resolució relativa a la custòdia del menor. L'article 17 ho resol dient que no serà obstacle per al retorn del menor l'existència d'una resolució, però les autoritats judicials o administratives podran tenir en compte els motius de dita resolució per decidir sobre la petició de retorn del menor.

5.3. No estem davant d'un conveni sobre competència judicial internacional, ni de dret aplicable, ni de reconeixement de decisions estrangeres. Aquest conveni instaura un sistema de cooperació internacional d'autoritats que pretén garantir la restitució immediata dels menors traslladats o retinguts il·lícitament. Ja que el factor característic de les situacions que hem mencionat es troba en el fet que el segrestador pretén que la seva acció sigui legalitzada per les autoritats competents de l'Estat de refugi del nen, un mitjà eficaç per dissuadir-lo consistirà que les seves accions estiguin desprovistes de tota conseqüència pràctica i jurídica. L'article 1 estableix amb tota claretat:

"La finalitat del present Conveni serà la següent:

- a) Garantir la restitució immediata dels menors traslladats o retinguts de manera il·lícita en qualsevol Estat contractant.
- b) Vetllar que els drets de custòdia i de visita vigents en un dels Estats contractants es respectin en els altres Estats contractants."

5.4. Respecte de l'àmbit d'aplicació del conveni, en primer lloc l'article 4 declara que s'aplica als menors de setze anys d'edat amb residència

habitual en un estat contractant en el moment del segrest il·legal. En segon lloc, el conveni només s'aplica entre estats part; per tant si el menor prové d'un estat part i ha estat traslladat a un estat no part, el conveni no és aplicable. En tercer lloc, el conveni imposa el retorn del menor quan s'hagi produït un trasllat o una retenció il·lícits. L'article 3 assenyala els requisits que ha de complir una situació per poder ser qualificada com a il·lícita:

“El trasllat o la retenció d'un menor es consideraran il·lícites:

- a) Quan s'hagin produït en infracció d'un dret de custòdia atribuït, de manera separada o conjunta, a una persona, a una institució o qualsevol altre organisme, d'acord amb el dret vigent a l'Estat on el menor tenia la seva residència habitual immediatament abans del seu trasllat o retenció; i
- b) Quan aquest dret s'exercia de forma efectiva, separada o conjuntament, en el moment del trasllat o de la retenció, o s'hauria exercit de no haver-se produït dit trasllat o retenció.”

El dret de custòdia pot ser atribuït: pel dret de l'Estat on el menor residia habitualment; per una decisió judicial o administrativa recaiguda en l'Estat d'origen, i per un acord entre els pares del menor que tingui força obligatòria.

5.5. El funcionament del conveni es basa en l'establiment d'unes autoritats centrals, designades per cada Estat contractant, encarregades del compliment de les obligacions que imposa el conveni (art. 6); però el mateix conveni admet que tota persona, institució o organisme pot dirigir-se directament a les autoritats judicials o administratives competents en aplicació del conveni (art. 29). Això vol dir que el sistema seguit pel conveni és un sistema mixt, ja que, a part de les obligacions de les autoritats centrals, se n'introdueixen d'altres que són pròpies de les autoritats judicials o administratives, ja que no es pot construir un

conveni per lluitar contra el segrest internacional dels menors sense tenir en compte l'important paper desenvolupat per les autoritats judicials o administratives en les qüestions relacionades amb la protecció de menors.

El Conveni de l'Haia no especifica quina ha de ser l'estructura o la capacitat d'acció de les autoritats centrals, aspectes que han de ser regulats pel dret intern de cada estat. Ara bé, l'article 7 conté el resum del paper de les autoritats centrals en la posada en pràctica del sistema instaurat pel conveni. Així, en la primera part del dit article 7 s'estableix l'obligació global de cooperació entre si i promoure la col·laboració entre les autoritats competents de cada Estat, amb la finalitat de garantir la restitució immediata dels menors; en la segona part s'enumeren algunes de les principals funcions de les autoritats centrals: localitzar els menors, prevenir que el menor sofreixi danys o resulti perjudicat, garantir la restitució voluntària del menor, intercanviar informació relativa a la situació del menor, incoar o facilitar l'obertura d'un procediment judicial o administratiu amb l'objecte d'aconseguir la restitució del menor, facilitar l'obtenció d'assistència judicial i jurídica...

5.6. La restitució del menor és imperativa si ha transcorregut un període inferior a un any des que es va produir el trasllat o la retenció il·lícits fins a la iniciació del procediment. Després de l'expiració del termini d'un any, l'autoritat judicial o administrativa pot ordenar la restitució del menor, a menys que "quedi demostrat que el menor s'ha integrat en el seu nou medi" (art. 12). En tot cas es pot denegar la restitució si es dona alguna de les circumstàncies previstes en l'article 13, que són excepcions a l'obligació de garantir el retorn del menor i estan basades en tres justificacions diferents. En primer lloc, les autoritats judicials o administratives de l'Estat requerit no estan obligades a ordenar el retorn del menor quan el demandant no exercia de forma efectiva el dret de custòdia que es reclama. En segon lloc, l'interès del menor a no ser desplaçat de la seva residència habitual sense garan-

ties suficients que la nova residència serà estable cedeix davant de l'interès primari de qualsevol persona a no estar exposada a un perill físic o psíquic, o col·locada en una situació intolerable. En tercer lloc, la pròpia voluntat del menor pot condicionar el seu retorn, especialment si el menor ha assolit un grau suficient de maduresa. Per últim, l'article 20 preveu la denegació de la restitució del menor “quan no ho permetin els principis fonamentals de l'Estat requerit en matèria de protecció dels drets humans i de les llibertats públiques”.

5.7. Seria convenient que l'Estat andorrà acceptés el Conveni de l'Haia de 1980 sobre segrest internacional de menors, ja que ompliria el buit de l'ordenament andorrà sobre la matèria i significaria posar-se al costat dels nombrosos estats que l'han ratificat o acceptat; d'aquesta manera s'evitaria que el territori andorrà pogués servir de refugi a infractors.

Encara que el Conveni de l'Haia sigui dels anomenats *self executing*, la pràctica internacional incideix en les dificultats d'aplicació derivades del seu caràcter atípic, ja que no és utilitzable ni la via de l'exequàtur ni la via de les comissions rogatòries, però és necessari aconseguir el ràpid retorn del menor traslladat o retingut il·lícitament. Llavors, si es decidís l'adhesió per part d'Andorra, s'hauria de presentar, al mateix temps, un projecte de llei sobre mesures processals relatives al retorn del menor en supòsits internacionals.

A partir d'aquestes dades, amb la vigència del conveni per a Andorra, seria possible repatriar un menor que és andorrà o viu a Andorra:

- si el fill residia habitualment al Principat, just abans que fos traslladat o retingut il·lícitament;
- si en el moment del segrest, el conveni era aplicable a Andorra;
- si el menor té menys de setze anys i té la nova residència en un altre estat contractant;

– si des del segrest i la petició de retorn no ha passat més d'un any.

5.8. Hem de fer referència al Conveni europeu relatiu al reconeixement i l'execució de decisions en matèria de custòdia de menors, així com al restabliment de dita custòdia, fet a Luxemburg el 20 de maig de 1980. Es tracta d'un conveni del Consell d'Europa i que presenta semblances però també diferències amb el Conveni de l'Haia de 1980.

5.9. Ambdós convenis pretenen treure obstacles al dret de visita, establint garanties als drets de guarda i visita, alhora que donen un paper rellevant a l'autoritat central; però com a diferències podem enumerar, en primer lloc, que l'àmbit territorial del Conveni de Luxemburg és més limitat; en segon lloc, que és necessari que hi hagi una decisió de l'Estat d'origen i, en tercer lloc, que l'efecte normal del Conveni de Luxemburg és el reconeixement de dita decisió, cosa que no es dona en el Conveni de l'Haia. Resulta, doncs, que l'àmbit del Conveni de Luxemburg afecta exclusivament el reconeixement de decisions relatives als drets de custòdia i visita i a la cooperació judicial en els supòsits de segrest de menors.

21. La família en dret internacional privat



Introducció

La base de la societat andorrana ha estat i és la *família*, entesa com un conjunt de persones lligades per vincles de parentiu entre elles, si bé d'un concepte tradicional molt ampli s'ha evolucionat cap a un concepte més restringit, que comprèn la parella o un dels progenitors i la seva descendència. La família va acompanyada d'un acte constitutiu: el matrimoni. En paraules de l'aute del jutge d'apel·lacions de 8 de febrer de 1966, el matrimoni i la família són “pedra angular de l'estructura social i política del Principat, tan tradicionalment arrelada en el foc familiar”, i recorda que la Declaració universal dels drets de l'home, de 10 de desembre de 1948, en l'article 16 diu: “La família és una institució natural i fonamental de la societat i té dret a ésser protegida per aquesta i per l'Estat.” En aquesta línia està l'article 1.2 de la Llei qualificada del matrimoni (LQM), de 30 de juny de 1995, quan afirma: “La família és l'element bàsic de la societat i té dret a la protecció econòmica, social i jurídica de la mateixa societat i de l'Estat.”

En la societat andorrana la qualitat de ciutadà s'identificava amb la de membre de l'Església, per això la concepció del matrimoni al Principat d'Andorra, abans de la Constitució de 1993, era la de l'Església catòlica,¹ i els fets de l'estat civil de les persones es corresponien quasi exactament amb els fets que el concili de Trento, l'any, 1563, va prescriure que havien de ser registrats. Per tant, el matrimoni, endemés de ser un sacrament, és també un contracte que prové d'un consentiment personal irrevocable, originari d'un mutu lliurament de dues persones, investit d'estabilitat i que exigeix la plena fidelitat dels esposos i una íntima unió indissoluble, oposada a tota forma de divorci. Això vol dir que el dret andorrà seguia les directrius del dret canònic sobre

¹ La tradició canònica del matrimoni la podem resumir citant el cànon 1.057 del *Codi de dret canònic*: “El matrimoni el produeix el consentiment de les parts manifestat entre persones jurídicament hàbils que cap poder humà no pot suplir.”

separació i nul·litat, cosa que comportava que les decisions sobre la matèria s'havien d'obtenir de conformitat amb el Codex Iuris Canonici davant els tribunals eclesiàstics. Competia als batlles l'adopció de les mesures provisionals i l'execució dels efectes purament civils de les decisions sobre la qüestió. El divorci vincular era desconegut; el principi de la indissolubilitat del vincle matrimonial prevalia sobre la norma de conflicte andorrana en matèria d'estatut personal, i això comportava el rebuig d'aplicar lleis estrangeres sobre divorci o reconeixement i execució de sentències estrangeres sobre divorci.²

Després de la Constitució de 1993, el matrimoni segueix sent un negoci jurídic de dret de família que es fonamenta en l'autonomia de la voluntat i la seva celebració dona lloc a un vincle jurídic que genera uns drets i uns deures imposats per la llei de manera imperativa. Llegim en l'article I de la LQM:

“I. L'home i la dona tenen dret a contreure matrimoni entre ells i a fundar una família, d'acord amb les disposicions de la present llei.”

El matrimoni és, doncs, un dret constitucional que exigeix la plena igualtat jurídica entre l'home i la dona. I aquesta norma aporta uns criteris interpretatius importants per al D. I. Pr. En primer lloc, la igualtat

² En una sentència del batlle episcopal, sobre petició de mesures cautelars dimanants de l'admissió de la demanda de separació conjugal per part del Tribunal Eclesiàstic de la Seu d'Urgell de dos súbdits francesos, casats canònicament i residents a Andorra, es diu clarament que, en principi, les qüestions matrimonials pertanyen a l'estatut personal i es regeixen per la llei nacional dels esposos, però aquesta norma de dret internacional privat està subjecta a les excepcions derivades de l'ordre públic internacional i, llavors “el jutge andorrà haurà d'aplicar, en matèria matrimonial, el Dret Canònic, no solament als andorrans, sinó també als no andorrans residents a les Valls, no podent aplicar llur llei nacional en contradicció a aquelles normes d'Ordre Públic” (sentència del batlle episcopal d'01/06/1966, cas J. Janin contra J. Armengol, registre antic: 51/1965). No obstant això, els jutges andorrans no imposaren el dret canònic a un matrimoni de dos súbdits marroquins que van contreure matrimoni religiós jueu a Barcelona i que havia fixat el seu domicili conjugal a Andorra la Vella. L'esposa va instar expedient sobre mesures cautelars civils, ja que volia interposar demanda de separació conjugal. El batlle episcopal va acordar “la separació als efectes civils dels espososVV, i les mesures que considerarà adequades, però advertint: “les anteriors mesures cautelars quedaran sense efecte, si dins el termini d'un mes, no s'acredita la interposició de la corresponent demanda de separació conjugal davant l'autoritat competent” (aute del batlle episcopal, cas M. Shulman contra E. Beniflah, data d'inici: 25/10/1972, data final: 16/09/1974, registre antic: 20/1972).

entre els cònjuges s'erigeix en un principi d'ordre públic, acollit ja en el dret andorrà abans de la Constitució però ara enfortit per la norma suprema, tal com posa de manifest l'exposició de motius de la LQM:

“El principi d'igualtat entre l'home i la dona davant del matrimoni, durant el matrimoni i en les vicissituds posteriors, acollit ja en el dret del Principat d'Andorra abans de la Constitució i enfortit per aquesta, té en aquesta Llei el seu reflex adequat en l'equiparació plena dels contraents tant pel que fa a les condicions per poder contreure matrimoni, com als drets i els deures dels cònjuges i com a la determinació dels efectes de la nul·litat, del divorci o de la separació matrimonial.”

En segon lloc, sembla que la norma doni a entendre que el *ius connubii*, dret inherent a la persona, que només es pot limitar quan una persona no està capacitada per assumir les obligacions que comporta, és factible en l'àmbit de les relacions heterosexuales, si bé, com veurem al seu moment, el dret andorrà admet efectes jurídics de convivències afectives entre parelles homosexuals. Una cosa és que les parelles homosexuals no puguin contreure matrimoni a Andorra i una altra reconèixer efectes de parelles homosexuals que en el seu país d'origen se'ls ha permès la celebració d'un matrimoni.

Però la Constitució de 1993 ha suposat un canvi radical en aquesta matèria, ja que ha deixat de ser un principi d'ordre públic la indissolubilitat del matrimoni i el dret de família ha estat reformat en l'àmbit material i en l'àmbit conflictual, segons les exigències de la Constitució.

El matrimoni és un dels àmbits on es nota més el particularisme de les diverses legislacions. Cada estat regula les condicions de forma i fons del matrimoni, normes que varien profundament d'un estat a un altre. Endemés, la distinció entre fons i forma no opera de la mateixa manera en tots els sistemes jurídics. Alguns països han conservat el caràcter religiós del compromís dels esposos, d'altres el consideren com un

intercanvi exclusivament civil dels consentiments. Llavors, la formació del matrimoni constitueix un terreny apropiat per al dret internacional privat, atès que el matrimoni és la font de nombrosos conflictes de lleis, tal com ho demostren les teories del reenviament i de les qualificacions. I com que és una matèria vinculada a l'estatut personal, apareix amb freqüència la necessitat d'aplicar lleis estrangeres i de posar en joc els correctius de l'ordre públic i del frau a la llei. Ara bé, els conflictes de lleis no es limiten pas a l'àmbit de la formació del matrimoni, sinó que es perllonguen als seus efectes.

I. Els models de família en l'actual societat andorrana multicultural

I.1. En l'actual societat andorrana conviuen diferents models de famílies, que reflecteixen concepcions culturals de la família procedents de les diverses parts del món, si bé encara no tan accentuades com en altres Estats.³ L'article 13.2 CA ordena als poders públics la promoció d'una política de protecció de la família, "element bàsic de la societat", però no diu quin abast s'ha de donar al concepte de *família*. Com que no es fan distincions sobre el seu origen matrimonial o no, s'ha d'entendre en sentit ampli. Concretament, al Principat trobem el matrimoni canònic, el matrimoni civil i les unions de parella estable, obertes a parelles heterosexuales i homosexuals. El cert és que ja fa alguns anys que a Europa i als països occidentals s'han multiplicat les legislacions que reconeixen, organitzen o canalitzen les parelles de fet o unions no matrimonials. Tot va començar als Països Baixos i el fenomen s'ha estès a

³ BISCHOFF, J.M. "Le mariage polygamique en droit international privé". *Travaux com. fr. dr. int. pr.*, 1980-81, t. II, p. 91 i s.; BOURDELOIS, B. *Mariage polygamique en droit positif français*. París, 1993; BUCHER, A. "La famille en droit international privé." *Recueil des Cours*, 2000, vol. 283, p. 19-186; ESPINAR VICENTE, J. M. *El matrimonio y las familias en el sistema español de DIPr*. Madrid: Tecnos, 1996; GONZÁLEZ BELFUSS, C. *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 2004; PALSSON, L. "Mariage and Divorce". *IECL*, vol. III, cap. 16, p. 3-175; 707-721.

d'altres indrets, no sense suscitar vives polèmiques, atès que no podien quedar fora del dret les parelles de fet, cada vegada més nombroses, ja que el nostre món jurídic està caracteritzat per un gran respecte envers la vida privada i les llibertats individuals, amb la qual cosa s'havia de donar un marc jurídic a comportaments societaris no matrimonials.

1.2. Quan parlem d'unions fora del matrimoni ens referim a un grup de situacions caracteritzades per la varietat: algunes entrarien dins d'un marc jurídic preestablert (unions legals), d'altres quedarien fora de tota organització legal (unions lliures). En alguns casos les unions estan obertes tant a parelles heterosexuales com a parelles homosexuals.

1.3. Aquest panorama sobre models de família plantejarà problemes de delimitació, ja que algunes legislacions estrangeres, com per exemple l'espanyola, reconeixen unions que es denominen *matrimoni* i que no corresponen pas a la noció andorrana del matrimoni; també és el cas de les unions poligàmiques del dret musulmà. Si es presenta el cas d'un matrimoni davant dels jutges andorrans i no és matrimoni segons la concepció del dret andorrà, podem fer jugar les normes de conflicte andorranes previstes per als veritables matrimonis?

Bona part de la doctrina estaria d'acord en la resposta positiva, en aplicació dels principis generals de la matèria, que admeten una extensió de les categories de la qualificació del dret intern en funció del dret comparat, per tant s'hauria d'ampliar la nostra qualificació del matrimoni per poder acollir institucions estrangeres. D'aquesta manera, per exemple, la poligàmia podria ser considerada una varietat del matrimoni, encara que es tracti d'una institució diferent de la nostra concepció occidental del matrimoni monogàmic. Ara bé, l'extensió de les categories del dret intern andorrà no significa pas la seva deformació. Només serà admissible al Principat com a *matrimoni* una institució estrangera que en el dret de l'Estat d'origen sigui una unió dotada d'estabilitat i sigui creadora de drets i d'obligacions capaç d'organitzar la

família, com ho és el matrimoni en dret intern andorrà. I si els jutges andorrans consideren que la pluralitat del vincle matrimonial en el cas dels matrimonis poligàmics o poliàndrics és incompatible amb l'ordre públic andorrà, es pot acudir a un efecte atenuat de l'ordre públic, que garanteixi una adequada protecció jurídica i econòmica de la *família*, reconeixent aliments, drets successoris, pensions de viudetat, etcètera als successius cònjuges.⁴

1.4. Actualment hi ha més de mil dos-cents milions de musulmans, i s'ha produït un increment de població islàmica als estats d'Europa, especialment dins de la Unió Europea. És convenient, en el nostre cas, tenir present les qüestions jurídiques matrimonials que estableix l'Islam i que entren sovint, en conflicte amb els ordenaments occidentals. En parlar de *matrimoni islàmic* ens referim a les prescripcions alcoràniques i als ensenyaments de Malik, atès que el règim jurídic matrimonial de l'escola maliki és la majoritària al Magreb.

1.5. L'Alcorà dedica una sèrie de versicles (*aleies*), continguts en vuit sures, a les qüestions matrimonials; algunes d'aquestes normes sobre capacitat, impediments, poligàmia, remeis a les crisis matrimonials, consentiment, obligacions conjugals, drets de les esposes i les seves obligacions, igualtat entre home i dona, autoritat del marit, obligació de casar-se, tractament de les vídues, etcètera, poden resultar conflictives entre el dret diví positiu islàmic i els ordenaments jurídics occidentals. Però la majoria de friccions provenen de la *sunna*, institucions de la tradició. Així, la *Risala*, elaborada per Abú Muhammad Abd Al'là Ibn Abí Zaid (any 923), conté 183 preceptes dedicats al matrimoni, alguns dels quals no tenen precedents en l'Alcorà però poden originar conflictes jurídics. Examinem-ne algunes normes.

⁴ BOULANGER, F. *Droit civil de la famille*, t. I, Economica, 1990, n. 287 i s.; LEVENEUR, L. "Situations de fait et de droit privé" LGD, 1990, p. 345 s.

1.6. El matrimoni islàmic té, exclusivament, naturalesa contractual, encara que se celebri a la mesquita i vagi acompanyat de ritus religiosos; això comporta la llibertat de pactes, si bé amb certs límits. S'admet el matrimoni per delegació, que consisteix en l'acord de voluntats manifestat pel marit i el representant de la dona, però sense incloure-hi el pacte sobre el dot. En aquest cas, no es podrà consumir el matrimoni fins que no es fixi el dot per a l'esposa. Si el marit fixa el dot d'equivalència, és a dir el que correspon a la seva categoria social, la dona haurà d'acceptar-lo, i si és menor del que correspondria i no és acceptat per la dona, el marit pot dissoldre el vincle o millorar el dot.

1.7. El consentiment de l'esposa per contreure matrimoni no és necessari si és verge; serà el pare de la núvia qui donarà el consentiment i pactarà el dot. De totes maneres, el consentiment de la dona mai no serà suficient, ja que necessitarà el permís del tutor matrimonial o d'algun parent.

1.8. Pel que fa a la validesa de la forma del matrimoni, s'exigeix la presència d'un tutor, el pacte sobre el dot i la presència de dos testimonis, si bé la majoria dels països musulmans preveuen la intervenció d'una autoritat religiosa a l'acte nupcial: mul'là, cadí, imam.

1.9. L'origen de les normes sobre impediments o prohibicions per contreure matrimoni són d'origen diví quan s'indica que Al·là ha establert una determinada disposició o que el profeta ha autoritzat o prohibit quelcom. Davant l'absència de suport alcorànic, les normes són d'origen humà. Per raó de consanguinitat, l'impediment abasta set tipus de dones: les mares, les filles, les germanes, les nebodes carnals –de germà o germana– i les ties carnals –de pare o mare–. Per lactància i afinitat també abasta set tipus de dones: les mares i germanes de llet, les sogres i fillastres que es trobin sota la protecció del padrastre, les nores i madrastreres, així com, al mateix temps, amb les germanes entre si i amb les nebodes de la dona.

1.10. La poligàmia, reduïda a la poliginia, s'admet per contraure matrimoni amb dones lliures (no esclaves), siguin musulmanes, cristianes o jueves, amb un nombre màxim de quatre, per la qual cosa si el marit volgués casar-se amb una cinquena dona hauria de repudiar-ne alguna de les quatre. Tunísia i Turquia han prohibit la poligàmia; d'altres països, com Algèria, Indonèsia, Iran, Jordània, el Marroc, el Pakistan, Síria i Somàlia, exigeixen l'autorització de la primera esposa per a les segones núpcies del marit.

1.11. Les més grans friccions entre ordenaments europeus i legislacions islàmiques provenen de la desigualtat entre l'home i la dona davant la llei, a causa de la cultura misògina dels pobles de l'Islam, cosa que es fa palesa en el repudi provisional, durant el qual l'home pot tornar a casar-se amb la repudiada sense el seu consentiment, o en el divorci, al qual té accés la dona però només en cas d'incompliment greu de les obligacions de l'espòs, per malaltia greu o mitjançant pagament.⁵

2. La promesa de matrimoni

2.1. La promesa de matrimoni és la declaració de voluntat de contraure matrimoni amb una persona determinada, però no dóna dret a exigir-ne la celebració, ja que el matrimoni és un negoci jurídic que es fonamenta en el consentiment matrimonial prestat lliurement pels contraents. La prova de l'existència d'una promesa de matrimoni ha de ser documental, si bé seran admeses les proves testificals o per presumpcions greus, precises i concordants si existeix un indicatiu de

⁵ Cfr. AA DD *Comunidades islámicas en Europa*. Madrid: Ed. Trotta, 1995; AA DD *L'Islam in Europa. Lo statuto giuridico delle comunità musulmane*. Bolonya: Ed. Il Mulino, Bologna, 1996; BRAMON, D. *Una introducción al Islam: religión, historia y cultura*. Barcelona: Ed. Crítica, 2002; CATALÀ RUBIO, S. "El matrimonio islámico como origen de conflictos de naturaleza jurídica". A: AA DD *Evolución del derecho de familia en occidente*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, 2006, p. 261-326; HASHIM KAMALI, MOHAMMAD *Principles of Islamic Jurisprudence*. Cambridge: Ed. Islamic Texts Society, 1997; *Freedom, Equality and Justice in Islam*. Cambridge: Ed. Islamic Texts Society, 2002; WAHIDUDDIN KHAN, MAULANA *Concerning Divorce*. Nova Delhi: Ed. Islamic Centre, 1998.

prova documental o quelcom equivalent, o demostrar la impossibilitat de fornir una prova documental (art. 5.3 LQM). Com que el no-compliment d'aquest compromís pot causar danys morals i econòmics, el dret andorrà concedeix certs efectes a la promesa de matrimoni.

2.2. L'incompliment de la promesa de matrimoni dóna lloc a accions per reparar els perjudicis de tipus econòmic, però no els morals. L'article 6 LQM disposa la restitució de les donacions fetes a causa de la promesa de matrimoni. L'acció per demanar dita restitució prescriu en el termini d'un any, comptat des del dia de la negativa a la celebració del matrimoni, notificada fefaentment per qualsevol dels promesos, o a comptar del trentè dia posterior a la data d'haver estat fefaentment requerit un dels promesos, o a comptar des del dia de la mort d'un d'ells.

2.3. L'incompliment sense causa justa de la promesa de matrimoni dóna lloc a demanar el rescabament de les despeses fetes i de les concretes a causa de la promesa. L'acció prescriu en el termini d'un any, comptat des del dia de la negativa a la celebració del matrimoni, notificada fefaentment per qualsevol dels promesos, o a comptar del trentè dia posterior a la data d'haver estat fefaentment requerit un dels promesos i sempre que aquest no hagi donat resposta (art. 7 LQM).

A. Competència judicial internacional

2.4. L'article 5.2 LQM atribueix a la jurisdicció civil determinar l'existència i la validesa de la promesa de matrimoni així com els efectes del seu trencament. Res no es diu per als supòsits amb elements estrangers. Com que l'incompliment de la promesa origina responsabilitat no contractual, seran competents els tribunals andorrans si el fet del qual deriva la responsabilitat és d'Andorra o si s'hi produeixen els efectes principals, o bé el demandat té el seu domicili i residència a Andorra. Es tracta de furs de competència alternatius.

B. Llei aplicable i àmbit d'aplicació

2.5. Com que partim de la tesi que l'incompliment de la promesa del matrimoni origina una obligació no contractual, serà aplicable a la responsabilitat derivada de l'incompliment de dita promesa la llei del país on es va produir el fet del qual deriva la responsabilitat; en tot cas, el país on es varen produir els efectes principals. Aquesta llei regula la restitució dels béns, el rescabament dels danys econòmics, l'existència de culpa per una de les parts i la prescripció de les accions.

2.6. L'ordre públic internacional andorrà intervindria en el supòsit d'haver d'aplicar una llei estrangera que imposés la obligació de contreure matrimoni per l'incompliment de la promesa o imposés la reparació dels danys morals. L'article 5 de la LQM és molt clar sobre la qüestió.

3. L'expedient civil del matrimoni i la inscripció dels matrimonis

3.1. Per imperatiu constitucional de l'article 13 CA, el sistema del matrimoni canònic únic ha estat substituït per un sistema matrimonial facultatiu, en virtut del qual els andorrans i els residents a Andorra poden optar, a l'hora de casar-se, pel matrimoni canònic o pel matrimoni civil. La Llei qualificada del matrimoni, de 30 de juny de 1995, seguint l'article 13.1 de la CA, parla de "formes de celebració del matrimoni", però en realitat es tracta de dos tipus o classes de matrimoni, ja que la LQM recull el matrimoni canònic íntegrament, és a dir, amb la seva íntegra regulació canònica, si bé, com és lògic, l'article 44 de la LQM digui que els efectes civils del matrimoni canònic "es regeixen per les disposicions generals del títol I d'aquesta llei". Per tant, el matrimoni canònic es regeix pel que estableixi l'Església catòlica en la incoació de l'expedient, impediments i dispensa, forma de contreure'l, requisits de validesa, supòsits de dissolució, separació i causes de nul·litat. L'article 106 c) de la Llei del registre civil (LRC) diu que no és necessària la tra-

mitació de l'expedient civil previ per a la celebració del matrimoni canònic.

3.2. L'article 21 LQM i l'article 100 LRC estableixen que les persones que desitgin contreure matrimoni civil a Andorra han de promoure expedient previ a la celebració, han de comparèixer davant del registre civil d'Andorra, personalment o per mitjà de persona amb poder notarial especial, per formular i signar la sol·licitud corresponent, que ha de contenir la declaració circumstanciada, segons el model establert pel Reglament del matrimoni. S'exigeix que almenys un dels contraents resideixi al Principat.

L'expedient previ comprèn:

- a) un escrit signat per ambdós contraents en el qual consta el nom, els cognoms, l'estat, el lloc i la data de naixement, la nacionalitat, la professió, la residència i el domicili de cadascun; el nom i cognoms de llurs pares, així com el lloc de celebració del matrimoni, en què s'ha de manifestar la seva voluntat de contreure matrimoni;
- b) un certificat de naixement dels futurs contraents;
- c) un document acreditatiu de l'estat civil;
- d) els documents que acreditin el domicili i la residència efectiva dels contraents. Si els contraents no poden acreditar el seu estat civil, el registrador civil els ha de demanar l'aportació de noves proves que ho acreditin.

3.3. Una vegada rebuda la declaració circumstanciada, el registrador examinarà la suficiència i la procedibilitat del matrimoni celebrador, amb la comprovació tant dels requisits de validesa com dels de licitud, cosa que comporta vigilar els matrimonis de complaença o simulats de conveniència, la finalitat dels quals és evitar la severitat de les normes sobre estrangeria. Amb tot, el registrador civil, en controlar la veraci-

tat del consentiment matrimonial en els expedients previs a la celebració del matrimoni civil a Andorra, quan un dels contraents estigui domiciliat a l'estranger, no pot perjudicar el dret a contreure matrimoni i a fundar una família. S'ha de tenir present la presumpció de bona fe i que el *ius nubendi* com a dret fonamental de la persona no pot ser coartat o derogat tret que existeixi una certesa racional absoluta d'un obstacle legal que faci nul el matrimoni que es prepara.⁶ Seria més adequat afirmar que el control de la validesa del consentiment matrimonial s'ha de reservar als òrgans jurisdiccionals per mitjà de la corresponent acció de nul·litat.

3.4. El registrador civil pot suspendre, denegar motivadament o manar la continuació de l'expedient. En l'últim supòsit disposarà que es facin les proclames i es publiquin al BOPA i al tauler d'anuncis del registre civil. La suspensió i la denegació de la continuació de l'expedient són recurribles, d'acord amb el que disposa l'article 101 LRC.

3.5. En cas en què el matrimoni civil sigui celebrador a l'estranger entre futurs contraents un dels quals sigui andorrà o resident, hi ha les següents opcions:

- a) instar la instrucció de l'expedient davant del registrador civil d'Andorra i aquest fa les proclames en la forma que hem vist abans;
- b) instar la instrucció de l'expedient matrimonial davant de les autoritats estrangeres del país de celebració del matrimoni, si així ho exigeixen les lleis d'aquest país; en aquest cas l'òrgan estranger pot demanar la pràctica de les proclames a Andorra, per mitjà d'exhort o de comis-

⁶Cfr. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.; GRIEDER MACHADO, H. "El matrimonio de conveniencia". *BIMJ*, núm. 1879, 2000, p. 3.213-3.224; ARTUCH, E. "Matrimonios mixtos: diversidad cultural y D. I. Pr." *Homenaje al Prof. Arroyo Montero*. Madrid: Iprolex, 2003, p. 199-222; CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Matrimonios de complacencia y D. I. Pr." *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*. Madrid: Colex, 2004, p. 119-158; SÁNCHEZ LORENZO, S. "La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia". *Homenaje la Prof. Arroyo Montero*. Madrid: Iprolex, 2003, p. 247-273. Podem afegir-hi "Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios de complacencia" (BOE de 17 de febrer de 2006).

sió rogatòria. Una vegada celebrat el matrimoni a l'estranger i es presenti certificació literal legalitzada de la inscripció al registre civil del país on s'hagi celebrat el matrimoni al registre civil d'Andorra per a inscripció, el registrador civil controlarà que s'han complert els requisits legals.⁷ La inscripció del matrimoni celebrat a l'estranger serà promoguda pel cònjuge andorrà o resident a Andorra. En aquest moment es pot presentar el problema de *controlar* l'existència d'un consentiment matrimonial de conformitat amb la legislació pròpia de cada contractant. Per acreditar que els contraents han volgut formar una unió conjugal com a comunitat de vida, el registrador civil utilitzarà la via de les presumpcions, és a dir, partint d'un fet admès o provat es pot presumir la certesa d'un altre fet, si entre l'admès o demostrat i el presumpte existeix un vincle directe i precís, segons les regles del criteri humà. Així les presumpcions simples o *ab homine* tenen la força que es deriva del seu rigor lògic i serveixen per corroborar i completar el que es pot aconseguir per altres mitjans, permeten deduir, a partir d'una dada o d'indícis, l'existència d'un fet presumpte. Aplicat al nostre cas, el descoïnement per part d'un dels contraents de les dades personals i familiars bàsiques de l'altre contraent, o la inexistència de relacions prèvies entre els contractants, són dades bàsiques de les quals es pot inferir la simulació del consentiment humà. En tot cas s'ha de dir que la presumpció de bona fe i el dret fonamental del *ius nubendi* prevalen sempre, excepte quan es té la certesa moral plena de trobar-se davant d'un matrimoni simulat, i tot això d'acord a criteris valoratius racionals.

Si el matrimoni celebrat a l'estranger és canònic s'ha d'inscriure la certificació literal canònica lliurada per l'òrgan canònic competent, notificada a través de l'ordinari d'Andorra.

⁷ L'article 107 de la LRC disposa: "S'inscriuen en el Registre Civil els matrimonis celebrats a Andorra d'acord amb les lleis andorranes sobre matrimonis i els celebrats d'acord amb la llei canònica. També s'hi inscriuen els matrimonis civils, canònics i els altres establerts en les lleis andorranes sobre matrimonis, celebrats a l'estranger entre cònjuges dels quals almenys un és andorrà o resident a Andorra."

Si el matrimoni és d'una altra classe diferent del canònic i del civil, segons la llei del lloc de celebració, s'ha d'inscriure al registre d'Andorra la certificació literal legalitzada de la inscripció del matrimoni en qüestió al registre civil del país on s'hagi celebrat el matrimoni. En defecte d'inscripció en un registre civil, per poder fer-hi inscriure el matrimoni els dos cònjuges s'han d'adreçar a la jurisdicció civil per obtenir una resolució judicial que declari l'existència, la validesa i la licitud del matrimoni i, en especial, l'absència de frau a la llei nacional i la conformitat de l'ordre públic, així com l'eficàcia a Andorra. El Ministeri Fiscal ha de ser part en el procés (art. 109 LRC).

4. Condicions de fons del matrimoni

A. Consentiment i capacitat

4.1. Per contreure matrimoni vàlid els contraents han de prestar un consentiment conscient i lliure, per això l'article 26 LQM, diu: "No hi ha matrimoni vàlid sense consentiment matrimonial."

El consentiment matrimonial és, doncs, l'exigència primordial de validesa del matrimoni, per això els dos contraents han de manifestar la seva voluntat real, no condicionada i no viciada, de voler constituir un matrimoni com a veritable unió conjugal. El matrimoni no serà vàlid sense consentiment i si s'exclou alguna de les qualitats del matrimoni (art. 26 i 28 LQM). Quant al sotmetiment a condició, termini o mode, l'article 3 LQM afirma que "es consideren sempre no posats", perquè l'autonomia de la voluntat dels contraents no entra a fixar les regles de la relació constituïda, atès que el règim del matrimoni està directament tipificat per la llei, llevat de l'aspecte econòmic, cosa que donarà lloc a un altre negoci jurídic diferent, accessori del matrimoni, que són els capítols matrimonials.

L'article 26 LQM exigeix un "consentiment matrimonial", és a dir un

consentiment dirigit a crear una comunitat de vida entre els esposos amb la finalitat d'assumir les finalitats pròpies i específiques de la unió en matrimoni.

La LQM no ens diu pas explícitament quina és la finalitat del matrimoni, però el capítol 4, dedicat a drets i deures dels cònjuges, conté una determinació legal de quins són els drets i les obligacions dels cònjuges, amb la qual cosa queda clar que quan els contraents s'uneixen en matrimoni han d'assumir aquells drets i deures, i si exclouen les propietats, les finalitats o els efectes essencials del matrimoni, el consentiment matrimonial és simulat, i el matrimoni és nul, per manca de consentiment matrimonial. Per consegüent, en dret andorrà la caracterització del consentiment com a matrimonial exclou tota altra mena de consentiment abstracte, desconnectat de tota relació amb la finalitat institucional del matrimoni.

4.2. El consentiment no és conscient quan un dels dos contraents no té suficient ús de raó en el moment de contreure matrimoni o quan per causes psíquiques no pot assumir les obligacions essencials del matrimoni (art. 27 LQM).

4.3. La capacitat per emetre el consentiment matrimonial es presumeix a partir dels 16 anys, tret que obtinguin dispensa a partir dels 14 anys, oïdes les persones que n'exerceixen la pàtria potestat o la tutela. Si existís incapacitat per sentència judicial però hi hagués dubtes raonables de capacitat i de poder assumir les obligacions matrimonials, el registrador civil haurà d'encarregar un dictamen medicopsiquiàtric (art. 27 LQM).

4.4. El consentiment estarà viciat quan existeixi error sobre la persona (art. 28 LQM) i quan qui contreu matrimoni és enganyat per frau provocat per obtenir el seu consentiment, sobre una qualitat de l'altre contraent, que per la seva naturalesa pot pertorbar greument la vida conjugal (art. 29 LQM).

Per últim, el consentiment no és lliure quan es contreu per violència o por greu provinent d'una causa externa, encara que no s'hagi provocat intencionadament, per alliberar-se'n (art. 30 LQM).

4.5. Per completar els requisits del matrimoni civil, en l'àmbit de les prohibicions absolutes, endemés de l'edat dels 16 anys hem d'afegir els qui estiguin lligats per un vincle matrimonial (art. 18 LQM). I en l'àmbit de les prohibicions relatives, no poden contreure matrimoni civil entre si els parents en línia recta per consanguinitat o adopció; els parents en línia col·lateral per consanguinitat fins al quart grau; els adoptats amb llurs germans adoptius; els condemnats com a autors o còmplices de la mort del cònjuge de qualsevol d'ells (art. 19 LQM).⁸

B. Llei aplicable al consentiment i a la capacitat

4.6. No existeix en D. I. Pr. andorrà una norma específica sobre la llei aplicable al consentiment matrimonial ni a la capacitat matrimonial, però com que es tracta de condicions de fons del matrimoni, un esdeveniment que modifica l'estat de les persones, el consentiment i la capacitat matrimonials seran regulats per la llei nacional de cada un dels futurs cònjuges. Aquesta regla val tant per a matrimonis d'estrangers com d'andorrans.

4.7. La regla vigent al Principat, admesa per nombroses legislacions nacionals, no té un abast universal, ja que els diferents sistemes de D. I. Pr. sotmeten les condicions de fons del matrimoni, uns a la llei del domicili i, d'altres a la llei del lloc de celebració del matrimoni. Segueixen la llei del domicili el dret anglès i altres sistemes que abans seguien la

⁸ El *parentiu per consanguinitat*, que existeix entre persones que procedeixen d'un mateix tronc, és a dir, que tenen un mateix origen o una mateixa sang, es determina d'acord amb el còmput romanístic i es compta per línies i graus. El *parentiu en línia recta* es dona entre persones que descendeixen les unes de les altres, i per al grau de parentiu es compta el nombre de generacions o persones fins a aquella amb la qual es fa el còmput. Hi ha tants graus com persones, descomptant-ne la primera. El *parentiu en línia col·lateral* es dona entre persones que descendeixen d'un tronc comú i per comptar el grau de parentiu es puja fins al primer ascendent comú i es torna a baixar fins a la persona amb la qual es fa el còmput. L'interval entre cada una d'aquestes persones és d'un grau (art. 17 LQM).

lleï nacional, com és el cas del dret suís. Pel que fa a la competència de la lleï del lloc de celebració, és la solució defensada per Story, continguda en el primer Restatement americà, el qual declara la validesa de tota unió contratada segons les condicions prescrites per l'Estat del lloc de celebració; i a la inversa, declara nul el matrimoni celebrat en contra d'aquestes condicions. Ara bé, el segon Restatement americà, fet d'acord amb el mètode de la *proper law*, adopta una actitud diferent, ja que el paràgraf 283 diu: "La validesa del matrimoni serà determinada pel dret intern de l'Estat la relació del qual amb el matrimoni i els contraents sigui la més estreta." I afegeix que "tot matrimoni que segueixi les prescripcions de l'Estat de la seva celebració, serà declarat vàlid en qualsevol altre Estat, excepte en el cas en què sigui contrari a l'ordre públic d'un altre Estat la relació del qual amb el matrimoni i els contraents sigui la més estreta en el moment de la conclusió de la seva unió".⁹ Segueix també la *lex loci celebrationis* el Tractat de Montevideo de 1940, que en l'article 13 diu: "la capacitat dels individus per contreure matrimoni es regula per la lleï del lloc de celebració". En altres països és vigent la tesi de la *lex auctoritatis*, com Austràlia, els Països Baixos, Suïssa i alguns estats dels EUA.

4.8. La Conferència de l'Haia de D. I. Pr. mostra una remarcable evolució des de la nacionalitat cap a la lleï del lloc de celebració del matrimoni. El Conveni de 2 de juny de 1902 relatiu als conflictes de lleï en matèria de matrimoni, elaborat en un moment en què dominaven les tesis personalistes, deïa en l'article 1: "el dret a contreure matrimoni està regulat per la lleï nacional de cada un dels futurs esposos, a menys que una disposició d'aquesta lleï es refereixi a una altra lleï". Si bé en l'article 2 hi afegia: "La lleï del lloc de celebració pot impedir el matrimoni d'estrangers que sigui contrari a disposicions relatives: 1) als

⁹ Cfr. HANOTIAU, B. *Droit international privé américain. Du premier au second Restatement of the Law, Conflicts of Law*. LGDJ, 1979, p. 267 i s.

graus de parentiu o d'aliança sempre que hi hagi una prohibició absoluta sobre la matèria; 2) a la prohibició absoluta de casar-se relativa a les persones condemnades per haver atemptat contra la vida del cònjuge d'una d'elles; 3) a la prohibició absoluta de casar-se decretada contra els culpables d'adulteri a causa del qual ha estat dissolt el matrimoni d'una d'elles". I l'article 3 precisava que "la llei del lloc de celebració pot permetre el matrimoni dels estrangers, malgrat les prohibicions de la llei indicada per l'article 1 quan aquestes prohibicions estiguin fonamentades exclusivament en motius de tipus religiós".

El Conveni posterior de l'Haia de 14 de març de 1978 sobre la celebració i el reconeixement de la validesa del matrimoni intentarà destacar el principi de la *lex loci celebrationis*, però, en conjunt, aquest conveni no es caracteritza per la simplicitat ni claredat. L'article 3 disposa: "El matrimoni ha d'ésser celebrat: 1) quan els futurs cònjuges responen a les condicions de fons previstes per la llei interna de l'Estat de celebració i que un d'ells té la nacionalitat d'aquest Estat o hi té la seva residència habitual; 2) o quan cada un dels futurs esposos respon a les condicions de fons previstes per la llei interna designada per les normes de conflicte de lleis de l'Estat de celebració." La complicació vindrà per l'article 6, que preveu una reserva. "Tot estat contractant podrà reservar-se el dret, per derogació de l'article 3, paràgraf 1, de no aplicar la seva llei interna a les condicions de fons del matrimoni al cònjuge que no tingui la nacionalitat d'aquest Estat i tampoc no hi tingui la seva residència habitual."

C. Dificultats que es poden derivar de l'aplicació de la llei nacional

4.9. L'aplicació de la llei nacional de cada un dels futurs esposos pot comportar dificultats en la pràctica, unes degudes a la determinació de la nacionalitat, d'altres als matrimonis mixtos, on poden concórrer una pluralitat de lleis nacionals diferents.

4.10. Com que Andorra és un país on la nacionalitat andorrana és incompatible amb qualsevol altra (art. 7.2 CA), la llei aplicable a la capacitat matrimonial d'una persona que tingui la nacionalitat andorrana serà la llei andorrana, encara que dita persona pugui tenir, en realitat, una altra nacionalitat. Si un dels contraents (no andorrà) té dues nacionalitats estrangeres, s'haurà de buscar quina de les dues és la més efectiva. En el supòsit d'apatrídia, s'aplicarà la llei del domicili o, en tot cas, la llei de la simple residència, solució confirmada pel Conveni de Ginebra de 28 de juliol de 1951 relatiu a l'estatut dels refugiats polítics i del Conveni de Nova York de 28 de setembre de 1954 sobre l'estatut dels apàtrides.

4.11. El reenviament pot operar en relació amb la capacitat matrimonial, en la hipòtesi en què la llei nacional estrangera d'un dels futurs esposos declinés la competència reconeguda pel D. I. Pr. andorrà i retornés la competència legislativa a Andorra.

4.12. Si el matrimoni tingués per efecte el canvi en la nacionalitat d'un dels futurs esposos haurem de recórrer a la nacionalitat originària, és a dir, a la que tenia en el moment de contreure matrimoni, que seria examinada en fer l'expedient matrimonial, o en el moment de la inscripció en el registre civil.

4.13. Els matrimonis mixtos, entre andorrans i estrangers i entre estrangers a Andorra són cada vegada més freqüents i fan que aparegui la dificultat de la concurrència de dues lleis personals diferents, tant en la formació de la unió matrimonial com en els efectes i la dissolució. El problema es resoldrà mitjançant l'aplicació distributiva de les lleis nacionals en presència, que consisteix a exigir del futur cònjuge que compleixi les condicions d'aptitud previstes per la seva llei nacional. Aquesta és la posició del D. I. Pr. andorrà, com també la d'Àustria, la RF Alemanya, Espanya, Grècia, Itàlia, Portugal i Polònia.

El sistema de l'aplicació distributiva de la llei dels futurs esposos que no tenen la mateixa nacionalitat pot plantejar problemes sobre els impediments matrimonials. Els impediments qualificats com a *unilaterals*, que afecten exclusivament un dels esposos, com l'edat, es regulen per la llei nacional de cada un dels futurs esposos; els qualificats com a *bilaterals*, que afecten els dos cònjuges, es regulen per la llei nacional que estableixi el règim jurídic més estricte. Així, un projectat matrimoni a Andorra entre un alemany resident al país i la seva neboda, de nacionalitat italiana, toparia amb un impediment bilateral, que, en tot cas, hauria de ser dispensat, si la legislació italiana preveu aquesta possibilitat. Per part del nacional alemany no hi ha problema.

D. Incidència de l'ordre públic andorrà

4.14. Fer regir el consentiment matrimonial i la capacitat per a l'estatut personal dels cònjuges no vol pas dir que la llei estrangera s'hagi d'aplicar sempre i en tot cas, sinó que en certes circumstàncies no podrà aplicar-se per vulnerar els principis bàsics i irrenunciables de l'ordenament jurídic andorrà. Així, el principal límit a l'àmbit d'aplicació de la llei nacional respecte de les condicions de fons del matrimoni serà l'ordre públic. Per això haurem de distingir el matrimoni celebrat a Andorra i el matrimoni celebrat a l'estranger.

L'ordre públic contra lleis estrangeres intervindrà d'una manera més forta respecte de situacions jurídiques que es creïn a Andorra, especialment en defensa de la concepció fonamental del matrimoni, com a unió d'un home amb una dona lliure de tot altre vincle conjugal.

4.15. Ara per ara, l'article I de la LQM, que conté principis derivats de la Constitució, considera l'exigència de la monogàmia com a disposició d'ordre públic i s'oposa a l'aplicació a Andorra de lleis estrangeres que admetin la poligàmia. Això vol dir que un estranger casat fora d'Andorra no pot contreure nou matrimoni en territori andorrà abans de la dissolució del primer, encara que ho permeti la seva llei personal.

4.16. Atemptaria contra l'ordre públic l'aplicació de lleis estrangeres que admetessin el matrimoni entre parents molt propers, com en el cas d'ascendents i descendents o entre germans. Pel que fa a l'edat, podríem afirmar que no és admissible el matrimoni entre infants, és a dir, que no han assolit la pubertat; en tot cas, que tinguin menys de 14 anys (art. 20 LQM) seria un problema, ja que l'edat requerida per contreure matrimoni respon a la necessitat d'expressar clarament el consentiment i evitar els inconvenients fisiològics i socials dels matrimonis prematurs. També una llei estrangera que admeti la validesa del matrimoni amb consentiment simulat, atemptaria contra l'ordre públic andorrà.

4.17. Pel que fa a les persones transsexuals que han canviat legalment de sexe, no se'ls podria impedir casar-se amb persones del seu antic sexe. El sexe afecta la capacitat i l'estat civil de les persones i, per tant, el sexe actual es determina d'acord amb la llei nacional de la persona.

4.18. En els casos de matrimonis celebrats fora d'Andorra, l'ordre públic andorrà intervindrà amb efectes atenuats i, de vegades, amb un efecte reflex.

L'ordre públic actua de manera atenuada quan la situació jurídica no es crea a Andorra, sinó a l'estranger; llavors es tracta de reconèixer alguns efectes a Andorra. Així, no serà possible contreure matrimoni poligàmic a Andorra, però una unió poligàmica celebrada a l'estranger pot produir efectes, com ara reconèixer drets successoris a la segona esposa, el dret a pensió de viduïtat per a les diverses esposes, etcètera.¹⁰

Hem dit que també existeix un efecte reflex de l'ordre públic, problema que per primera vegada fou estudiat per Niboyet i després per

¹⁰ La Cour d'Appel d'Algèria ja havia decidit el 9 de febrer de 1910 que l'oposició de l'ordre públic a la poligàmia "ne fait pas obstacle à ce qu'une des femmes d'un étranger, régulièrement épousée dans son pays selon la loi applicable, agisse en pétition d'hérédité alors que nous n'admettrions pas la conclusion en France d'un mariage polygamique" (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1913, p. 103). Cfr. també MERCIER, P. *Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*. Ginebra: Lib. Daloz, 1972, p. 33 i s. Recorden BATIFFOL-LAGARDE que l'expressió *efecte atenuat* fou adoptada per la Cour de Cassation en la sentència de 7 de gener de 1964 (*Droit international privé*, t. I, núm. 367).

Batiffol i Lagarde.¹¹ La qüestió pot plantejar-se mitjançant una pregunta: es pot considerar vàlid a Andorra un matrimoni que només ha pogut celebrar-se en virtut de l'ordre públic local i, en conseqüència, deixant de banda les lleis nacionals competents segons el D. I. Pr. andorrà? Seria el cas d'estrangers la llei nacional dels quals prohibeix la unió matrimonial a causa d'una disparitat de religió, per això es casen en un país on aquests impediments no es poden aplicar per anar contra l'ordre públic local. La resposta serà positiva sempre que hi hagi concordança entre l'ordre públic local i l'ordre públic andorrà.

5. Forma de celebració del matrimoni. Llei aplicable

5.1. El matrimoni és un acte *solemne* que exigeix una determinada forma en la manifestació del consentiment, que haurà de prestar-se, segons l'article 32 de la LQM, davant del cònsol major, el cònsol menor o un membre del consell de comú de la parròquia on un dels contraents tingui la residència efectiva o on hagin decidit lliurement celebrar el matrimoni, i en presència de dos testimonis majors d'edat.¹² Això no vol dir pas que sigui impossible admetre a Andorra la validesa dels matrimonis informals o consensuals, previstos per les legislacions d'estats on està vigent la pràctica anterior al concili de Trento dels matrimonis clandestins o secrets, com passava a Andorra abans del mencionat concili de Trento.¹³ Llavors, seran considerats vàlids els matrimonis informals celebrats en un país estranger, com ara a Escòcia o en alguns dels estats dels EUA, on s'admet la validesa formal del matrimoni per *possessió d'estat*, per viure els cònjuges *by cohabitation and*

¹¹ NIBOYET *Traité de droit international privé*, t. III, núm. 1.048; BATIFFOL, H.; LAGARDE, P. *Droit international privé*, t. I, núm. 368.

¹² En aquest sentit, l'article I del Conveni relatiu al consentiment per al matrimoni, edat mínima per a contreure matrimoni i registre de matrimonis, fet a Nova York el 10 de desembre de 1962: "No podrà contreure's matrimoni legalment sense el ple i lliure consentiment d'ambdós contraents, expressat per aquests en persona, després de la deguda publicitat davant de l'autoritat competent per formalitzar el matrimoni i testimonis, d'acord amb la Llei..." Andorra no n'és part.

¹³ Els matrimonis concrets clandestinament, és a dir sense coneixement ni consentiment dels pares o sense testimonis, sense la benedicció per part de l'Església, estaven prohibits pel dret canònic, però aquesta prohibi-

reputation o *solo consensu*, si bé les legislacions que admeten el matrimoni purament consensual tenen tendència a reduir-se, com seria el cas de l'estat de Nova York. No es podrà al·legar l'ordre públic andorrà respecte dels matrimonis informals, especialment si els contractants tenien en aquell país la seva residència habitual. Aquest tipus de matrimonis són diferents de les unions de parella estables, ja que en aquest últim cas falta el consentiment matrimonial. Ara bé, el problema serà l'acreditació de la realitat de la celebració de la unió matrimonial, atès que l'absència d'una autoritat pública o de testimonis que certifiquin l'intercanvi de voluntats impedirà acreditar davant del registre civil d'Andorra la realitat del fet de la unió matrimonial.

5.2. La llei normalment aplicable a la forma del matrimoni serà la *lex loci celebrationis*, és a dir, la llei del lloc de celebració. El recurs a la forma local la deduïm del capítol 5 de la LQM (articles 32-35) i del capítol II de la LRC (articles 107-109), cosa que ens portarà a distingir diversos grups de supòsits: a) matrimoni celebrat a Andorra entre andorrà i estranger; b) matrimoni celebrat a Andorra entre estrangers; c) matrimoni celebrat a l'estranger entre andorrans o entre andorrà i estranger; d) matrimoni celebrat a l'estranger entre dues persones estrangeres.

5.3. Podria discutir-se si seria més adequat afirmar que la normativa andorrana de D. I. Pr. sobre forma del matrimoni, més que vinculada a la llei del lloc de celebració estaria regulada per un altre adagi, *auctor regit actum*, segons el qual l'acte només seria vàlid en emanar de l'autoritat qualificada en la matèria; però a Andorra se segueixen les categories clàssiques de fons i de forma, en què es mantenen les condicions

ció s'havia convertit en inútil des del moment en què conservaven la validesa, i això era un abús. La causa era la discrepància entre la teoria del consentiment i la pràctica en els judicis eclesiàstics. La teoria del consentiment s'havia imposat al segle XII sota la influència del dret romà, però també de la sacramentalitat del matrimoni, reconeguda com a tal. La teoria deia que només era vàlid el matrimoni contractat amb lliure consentiment d'ambdós cònjuges i, en ser vàlid, era sagrament. Per altra part, el dret canònic exigia la demostració d'aquest consentiment, cosa que era impossible si el matrimoni s'havia contractat de manera clandestina (cfr. JEDIN, H. *Historia del Concilio de Trento. T. III*. Pamplona: Euns, 1975, p. 218).

de forma en el marc dels conflictes de lleis i s'aplica la regla *locus regit actum*. I aquesta manera de procedir la trobem en la majoria dels drets internacionals privats del món i, endemés, està consagrada en els convenis de la Conferència de l'Haia de D. I. Pr. Ja el Conveni de 12 de juny de 1902, relatiu als conflictes de lleis en matèria de matrimoni precisava: "Serà reconegut a tot arreu com a vàlid, quant a la forma, el matrimoni celebrat segons la llei del país on ha tingut lloc." I l'article 2 del Conveni de 14 de març de 1978 sobre celebració i reconeixement de la validesa dels matrimonis indica: "Les condicions de forma del matrimoni estan regulades pel dret de l'Estat de la seva celebració."¹⁴

A) MATRIMONI CELEBRAT A ANDORRA ENTRE ANDORRÀ I ESTRANGER

5.4. En aquesta hipòtesi, la llei aplicable és la llei andorrana, com a *lex loci celebrationis*. I com que ara per ara s'admet el matrimoni civil i el matrimoni canònic, els contraents optaran per l'un o per l'altre. I es deixa la porta oberta per a altres formes de matrimonis en el futur (article 108 de la LRC).

B) MATRIMONI CELEBRAT A ANDORRA ENTRE ESTRANGERS

5.5. La validesa formal del matrimoni celebrat a Andorra entre estrangers exigeix que un dels contraents tingui residència al Principat (art. 2.2 LQM). S'aplicarà la llei andorrana com a llei del lloc de celebració, cosa que permet optar entre la forma civil i la canònica (i les que puguin admetre's en el futur). No es pot exigir del contraent estranger no resident que la seva situació no sigui il·legal al Principat. Limitar el seu dret al matrimoni aniria contra l'article 12 del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals, fet a Roma el 4 de novembre de 1950:

¹⁴ Cfr. BENATTAR, R. "Problèmes relatifs au droit international privé de la famille dans les pays de statut personnel". *Recueil des Cours*, 1967, t. II, p. 48 i s.; HANOTIAU, B. *Le droit international privé américain. Du Premier au Second Restatement of the Law, Conflict of Laws*. París: LGDJ, 1979, esp. p. 267 i s.; MORRIS, J. H. C. "L'évolution récente du droit international anglais". *Clunet- DI*, 1973, p. 165 i s.

“A partir de l’edat núbil, l’home i la dona tenen dret a casar-se i a fundar una família segons les lleis nacionals que regeixin l’exercici d’aquest dret.”

C) MATRIMONI CELEBRAT A L’ESTRANGER ENTRE ANDORRANS O ENTRE ANDORRÀ I ESTRANGER

5.6. Dos andorrans o un andorrà i un estranger poden contreure matrimoni fora del Principat segons la forma establerta per la llei del lloc de celebració; però s’han de respectar les disposicions andorranes relatives al matrimoni civil sobre condicions d’edat, impediments i publicació de les proclames matrimoniales, tal com preveuen els articles 18, 19 i 22 de la LQM. Els contraents poden elegir que el matrimoni se celebri segons la forma civil prevista en la llei del país estranger o segons les formes religioses admeses per la llei de l’Estat de celebració, encara que es tracti de formes no previstes pel dret andorrà.

D) MATRIMONI CELEBRAT A L’ESTRANGER ENTRE DUES PERSONES ESTRANGERES

5.7. En aquest cas s’exigeix que un dels estrangers sigui resident a Andorra, el qual haurà de promoure la inscripció del matrimoni en el registre civil andorrà. La llei aplicable serà la *lex loci celebrationis*.

5.8. Entren dins de l’àmbit de la llei aplicable, en primer lloc, les qüestions de competència; així, la llei local indicarà l’autoritat competent per contreure matrimoni i determinar-ne els poders. En segon lloc, les normes de procediment per contreure matrimoni, amb la qual cosa la llei del lloc de celebració regularà el tema de les proclames matrimoniales i les condicions de la seva dispensa. Les formes de les oposicions i dels terminis depenen igualment de la llei local, però la determinació de les persones habilitades a presentar oposicions i els motius que es poden invocar es regulen per la llei nacional dels futurs esposos. Diu l’article 103 LRC que si de resultes de les proclames fetes, el registre civil rep denúncies d’impediments o es formulen oposicions a Andor-

ra, les lleis aplicables per entendre dels impediments i de les oposicions són les respectives lleis nacionals dels contraents.

La *lex loci celebrationis* regula la documentació que cal aportar per a la celebració del matrimoni i les formes de redacció de l'acta on consta el matrimoni. Amb el que acabem de dir deduïm que és impossible separar les qüestions de forma i les de prova per sotmetre-les a dues lleis completament diferents; les dues qüestions participen de la mateixa naturalesa i el vincle estret de dependència que les uneix no permet separar-les des del punt de vista de la llei aplicable.¹⁵

¹⁵ Cfr. FLOUR "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme". *Mélanges Ripert*, t. I, 1950, p. 93 i s.

22. Els efectes del matrimoni



Introducció

El matrimoni vàlidament celebrat produeix efectes o té conseqüències en esferes jurídiques molt diferents, també fora de les estrictes relacions jurídiques entre els cònjuges. Així, en l'àmbit de la filiació, en el de les obligacions alimentàries envers l'altre cònjuge, en les successions, en el nom de les persones... En aquest tema interessen les especials relacions personals i patrimonials entre els cònjuges, és a dir, els efectes que es produeixen amb caràcter directe sobre la persona i els béns dels cònjuges. Com que les relacions de naturalesa no patrimonial estan afectades per principis constitucionals, que exclouen l'aplicació de lleis estrangeres contràries al principi d'igualtat entre els cònjuges (articles 6 i 13 CA), i els "drets i deures dels cònjuges" del capítol 4 de la LQM són més aviat principis generals, amb un contingut més moral i ètic que jurídic, interessa destacar les normes reguladores del règim econòmic matrimonial. El Principat d'Andorra, com tot altre estat, té el seu dret sobre règim econòmic matrimonial i el seu sistema de dret internacional privat sobre llei aplicable a les relacions patrimonials.

I. Els règims econòmics matrimonials a Andorra

I.1. Els documents notarials andorrans demostren que fins a la segona meitat del segle XX (dècada dels anys setanta), el règim dels béns dels cònjuges o consorts estava regulat per un contracte de matrimoni, els *capítols matrimonials*, amb les seves possibles addicions i modificacions, que han estat "el fonamental Codi de dret econòmic familiar, sorgit d'una solemne i transcendental manifestació de la voluntat, formulada dintre dels límits de la llei".¹ Els capítols matrimonials, per regla gene-

¹ Sentència del Jutjat d'Apel·lacions de 15 de gener de 1962. BRUTAILS recordava que la regla sobre els capítols matrimonials no es feia realitat en el cas de cònjuges pobres: "Il n'y a de mariage sans contrat que dans la classe la plus pauvre: pour associer leur misère et leur amour, les malheureux n'ont que faire de tabellion et d'écriture." (*La coutume d'Andorre*. Andorra la Vella: Casal i Vall, 1965. Monumenta Andorrana, 2a ed., p. 122). Cfr. també *La família als Pirineus*, edició a cura de COMAS D'ARGEMIR; SOULES. Govern d'Andorra. Ministeri d'Educació, Cultura i Joventut, 1993.

ral, han estat redactats abans de la celebració del matrimoni però no hi cap obstacle que es facin una vegada celebrat i consumat el matrimoni, àdhuc després del naixement dels fills. Així, es troben contractes en què consta el naixement dels fills: *et jam proles fuit procreata*. Són irrevocables, salvats els supòsits en què se'n preveu la modificació o per acord unànime, solemnitzat en escriptura pública; poden ser atacats per inexecució o per vici del consentiment, i com que és un dret personal només pertany a qui se'n pot prevaldre, és a dir el contractant.² Llavors, si es tracta de capítols matrimonials atorgats únicament pels cònjuges, s'exigeix el consentiment d'ambdós per modificar-los.

Bona part dels pactes convinguts en organitzar la família i consignats en escriptura pública comprenen les dues modalitats pròpies de l'heretament fiduciari: la denominada *clàusula de confiança*, si la facultat d'elecció d'hereu entre els fills comuns s'atribueix al pare o a la mare, i la menys utilitzada de l'*heretament fiduciari pròpiament dit*, quan la potestat electiva correspon a tercers, generalment a dos parents, un de cada branca, que com és ben sabut, és una institució d'origen marcadament consuetudinari. És freqüent trobar la següent fórmula:

Ytem los mateixos (esdevenidors) cònjuges, librement prometen heretar al fill o filla procreador del present matrimoni o aquell o aquella que millor los apareixerà i més ben vist los serà, i morint lo un de ells sens haber fet nominació d'hereu volés que lo sobrevivint la fasa, donan facultat a dos parents los més props un de cada part pera que entre els fills o fillas del present matrimoni elegendan per hereu al que regoneixeran més útil per lo bon govern y conservació dels béns.

² La decisió del Tribunal Superior Civil del Copríncep francès, de 30 de gener de 1989, és un compendi abreujat dels capítols matrimonials al Principat (PIGOT; MARTY MEIFREN *Recueil des Décisions du Tribunal Superieur Civil du Co-Prince Français*, Vol. 3. Andorra la Vella: Institut d'Estudis Andorrans, 1997, p. 1.087-1.090). Cfr. també la sentència del Tribunal Superior de la Mitra de 9 de maig de 1975. La sentència del jutge d'apel·lacions de 15 de gener de 1962, abans esmentada, exigeix l'escriptura pública com a requisit *ad solemnitatem*; valen els capítols matrimonials en document privat, però llavors no tindran accés al registre civil (art. 8, 42 i 110 LRC).

1.2. L'atorgament de capítols matrimonials, que té com a funció primordial elegir el règim econòmic matrimonial que millor s'adapti a les necessitats o conveniències dels cònjuges o futurs cònjuges, no sempre té com a finalitat substituir el règim legal o supletori de separació de béns per un altre sistema, sinó que moltes vegades s'utilitza per moderar els efectes d'una separació absoluta de béns entre els cònjuges i per a l'establiment d'uns beneficis viduals a favor del consort supervivent a l'empara del principi de l'autonomia privada. Així trobem, freqüentment, en les escriptures notariales l'establiment d'un usdefruit universal a favor del consort supervivent.

Com que els capítols matrimonials són un negoci accessori al negoci del matrimoni, aquest opera com a requisit d'eficàcia dels capítols matrimonials.

Podem veure que algunes fórmules utilitzades res no diuen sobre el règim econòmic del matrimoni, cosa que podria plantejar problemes en el moment de reclamar la llegítima. Un cas el tenim en la sentència del Tribunal Superior de Justícia, sala civil, de 27 de juliol de 1995. El supòsit de fet era el següent: el 16 d'abril de 1915 es va atorgar una escriptura de capítols matrimonials que comprenia les dues modalitats pròpies de l'heretament fiduciari, amb una fórmula quasi idèntica a la qual abans hem fet esment. El marit, Isidre, va morir el 7 d'agost de 1948. L'esposa sobrevivent, Concepció, vivia amb el fill Lluís, qui es cuidava de les terres de la casa pairal. L'any 1971 va decidir anar a viure amb una de les filles, Francesca, i va atorgar, el 15 de març de 1972, una altra escriptura pública de capítols matrimonials, d'acord amb el que s'havia convingut l'any 1915, i feia donació i heretament universal dels seus béns propis i els del seu marit a favor de la filla Francesca, amb reserva de l'usdefruit a favor de l'heretant, i dotava cadascun dels altres fills amb la quantitat de 80.000 pessetes, en concepte de dot i pagament dels drets legítimaris patern i matern. Podem deduir dels fets posteriors que la Sra. Concepció es va cansar d'estar amb la filla

Francesca i el seu marit, i decidí retornar a la casa pairal amb el fill Lluís. El 10 d'agost de 1977 va revocar per testament la institució d'hereu feta a favor de la filla Francesca, per causa d'ingratitude, i designà un nou hereu en la persona del fill Lluís. La Sra. Concepció va morir el 22 de juliol de 1983.

1.3. Interessa ara, deixant de banda la gran problemàtica del supòsit de fet, saber quin era el règim econòmic dels difunts Isidre i Concepció, ja que els fills del matrimoni (Francesc, Lluís, Genoveva, Adelina i Montserrat) reclamaren a qui al final fou hereva, Francesca, els drets de llegítima paterna i materna. Era necessari resoldre la qüestió de la procedència paterna o materna dels béns.

Abans del Decret de 15 de novembre de 1975 eren aplicables els articles 7 i 9 de la *Compilació de dret civil especial de Catalunya*, que declarava el caràcter legal o supletori del règim de separació de béns, ja que no es tractava d'una nova llei, sinó d'una arrelada tradició jurídica fonamentalment constituïda pel dret escrit o consuetudinari vigent a la regió abans de la promulgació del decret de Nova Planta, el 16 de gener de 1716. Aquest dret escrit o consuetudinari estava investit d'un valor interpretatiu de primera categoria a Andorra, territori vinculat per diferents i coneguts motius a les institucions històriques rectores de la vida civil dels catalans.³

Després del Decret de 15 de novembre de 1975, i en virtut de l'article 6, "A manca de pacte en capítols matrimonials sobre règim econòmic conjugal, el matrimoni andorrà queda subjecte al règim de separació de béns, que comporta un gaudiment, administració i disposició dels béns propis de cadascun dels consorts sense cap intervenció de

³ Deien MASPONS i ANGLASELL que dels tres règims familiars acostumats, el de separació de béns, per raó de la seva intrínseca simplicitat, no necessitava constatació escrita, però els altres sistemes, el dotal i d'associació, per la quantitat i complexitat de les seves estipulacions, era obligatori que constessin per escrit: "són dos règims que legalment no existeixen si no consten en capítols". (*La llei de la família catalana*. Barcelona, 1935, p. 21 i 22).

l'altre." Per tant, el règim de separació de béns governa l'economia dels matrimonis andorranos amb caràcter legal o supletori.

2. Les relacions patrimonials entre cònjuges en els casos internacionals

2.1. Hem de dir que existeixen profundes divergències entre els sistemes materials de règim econòmic matrimonial, derivades de les disparitats entre el dret romà i el dret germànic. Podem distingir quatre grans sistemes econòmics matrimonials:

a) *Sistema de comunitat universal de béns* (Països Baixos, Brasil, Àfrica del Sud i països nòrdics). Segons la legislació holandesa, si els cònjuges res no diuen sobre el règim econòmic matrimonial, se'ls aplicarà el règim de comunitat universal de béns: tots els béns i deutes dels dos cònjuges formaran una unitat en el moment del matrimoni i així romandrà fins a la dissolució del matrimoni, o per causa de mort o per divorci. Després de la dissolució del matrimoni, la comunitat de béns i de deutes serà repartida per meitats.

b) *Sistema de separació de béns* (Andorra, Catalunya, Balears, Àustria, Grècia, Xile, Hondures, Nicaragua, Panamà, països de Common Law i països de dret islàmic). Segons aquest règim, cada cònjuge té la propietat, el gaudi, l'administració i la lliure disposició de tots els seus béns, sempre dins dels límits establerts per la llei. En els països regits pel dret hindú, els béns no pertanyen als individus, sinó a les famílies.

c) *Sistema de societat en els guanys* (*ganancial*; Codi civil espanyol, França, Itàlia i Bèlgica). Es fan comuns per al marit i la muller els guanys o beneficis obtinguts indistintament per cada un d'ells i els seran atribuïts per meitat en dissoldre's la societat.

d) *Sistema de participació en els guanys*, o de *comunitat diferida* (Alemanya, Finlàndia, Suïssa, Quebec). Mentre dura el règim, cada cònjuge té el seu patrimoni separat; en dissoldre's, cada cònjuge té dret a partici-

par en els guanys obtinguts per l'altra part durant la vigència de la unió, sia com a dret de crèdit, sia com a dret de propietat dels béns adquirits.

2.2. Hi ha també grans diferències en els sistemes de dret internacional privat relatius al règim econòmic matrimonial en el moment de precisar la llei aplicable a les relacions econòmiques. Podem distingir dos grups de sistemes de dret internacional privat:

a) *Principi d'unitat i d'immutabilitat* del règim econòmic del matrimoni: sotmeten el règim econòmic matrimonial a una llei única, determinada en funció de la llei nacional comuna (Espanya, Portugal, Andorra); la llei del domicili conjugal (països escandinaus, Suïssa); la llei elegida per les parts (França, Luxemburg); la llei del lloc de celebració del matrimoni (alguns països iberoamericans), i la *lex fori* (Bulgària, Federació Russa). Bona part d'aquests països solen optar pel principi d'immutabilitat legal del règim econòmic matrimonial.

b) *Principi de pluralitat i mutabilitat* del règim econòmic matrimonial. Un grup d'estats distingeixen entre béns mobles i béns immobles: els últims estan regulats per la llei del país de situació; els mobles, per la llei del domicili (Argentina, països del Common Law). S'admet la mutabilitat constant de la llei reguladora de les relacions econòmiques del matrimoni.

No obstant això, hi ha una gran expansió de l'autonomia de la voluntat, és a dir, llibertat als cònjuges per elegir la llei aplicable al règim econòmic matrimonial. En el cas d'Espanya, en primer lloc la llei elegida per les parts i a manca d'acord, la llei prevista pel legislador.⁴

⁴ De l'extensa bibliografia sobre els efectes del matrimoni esmentem els següents autors: AMORES CONRADI, M. A. "Las relaciones entre cónyuges en el nuevo D. I. Pr. de la familia: valores jurídicos y técnicas de reglamentación". A. D. C., 1987, p. 89-138; BORRÁS RODRÍGUEZ, A. "Artículos 9.2 y 9.3". *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Madrid, 1993, p. 447-456; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Matrimonio y elección de ley: Estudios de DIPr*. Granada: Comares, 2000; LEQUETTE, Y. "Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales". *Recueil des Cours*, 1994, vol. 246, p. 9-234; RODRÍGUEZ PINEAU, E. *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*. Granada: Comares, 2002; SIMÓ SANTOJA, V. L. *Regímenes matrimoniales. Legislación comparada*. Pamplona: Aranzadi, 1991; VIARENGO, I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*. Pàdua: Cedam, 1996.

2.3. Quina ha estat la norma de conflicte andorrana sobre relacions patrimonials entre cònjuges en presència d'elements d'estrangeria?

Per als temps antics, ens falten dades però ens atreviríem a dir que a manca de llei elegida per les parts seria aplicable la llei del primer domicili dels cònjuges, que normalment era el domicili del marit. En el cas de les pubilles, ja es cuidaven els pares d'ella de fer capítols adequats, però el primer domicili era la casa pairal a Andorra.

Més tard, com que el matrimoni i els seus efectes s'inclouen en l'estatut personal, la llei aplicable serà la llei nacional, però la llei nacional del marit, inspirant-se en la concepció jeràrquica de la família andorrana. Ara bé, aquesta connexió serà discriminatòria i injusta després de la Constitució andorrana. Ja l'article 4 de la LQM establí:

“A manca de capítols matrimonials o en allò en què aquests siguin insuficients, el règim econòmic matrimonial es fixa per la llei nacional comuna dels cònjuges; altrament, per la llei de la residència del matrimoni, i, en cas de conflicte de lleis, preval el règim de separació de béns.”

Es tracta d'una norma de conflicte de lleis amb dos punts de connexió, ordenats de forma subsidiària —o com també es diu, *en cascada*—, d'acord amb un ordre de prelación, de tal manera que hi ha un punt de connexió principal: llei nacional comuna dels cònjuges; si aquesta circumstància no apareix, es passarà al segon punt de connexió: llei de la residència del matrimoni. A manca de nacionalitat comuna i de residència, el legislador andorrà recorre a una solució de dret material: preval el règim de separació de béns. Observem que en l'ordre de prelación figura, en primer lloc, la nacionalitat comuna dels cònjuges, però no apareix l'element temporal del punt de connexió. Ara bé, tenint en compte que el sistema andorrà actual parteix d'un principi de següetat jurídica en la determinació del règim econòmic matrimonial, que ha de quedar determinat en el moment de la celebració del matrimo-

ni, sense perjudici de poder canviar-lo posteriorment, diríem que el legislador ha volgut dir: llei nacional comuna dels cònjuges en el moment de la celebració del matrimoni. Aquesta sembla la interpretació del TSJ, sala civil, en la sentència de 13 d'abril de 2000.

El supòsit de fet d'aquesta sentència és el següent: el Sr. Alfons i la Sra. Waltraud van contreure matrimoni a Alemanya el 20 de juny de 1981 sense atorgar capítols matrimonials. Decidiren establir-se al Principat, i el 5 de març de 1983 van atorgar escriptura pública en què van protocol·laritzar un contracte privat de promesa de venda, en la qual els cònjuges adquiriren un pis a la parròquia d'Encamp. Aquest bé immoble va ser la causa d'unes accions davant la jurisdicció andorrana, per a la resolució de les quals era necessari, com a qüestió prèvia, determinar el règim econòmic matrimonial dels consorts Alfons i Waltraud. El magistrat ponent va precisar:

“que ambdós cònjuges gaudien de la nacionalitat alemanya al temps de contreure matrimoni, motiu pel qual no s'ha posat en dubte que el seu règim econòmic matrimonial s'ha d'establir d'acord amb les disposicions del dret civil alemany. I com que no resulta de les actuacions que els cònjuges esmentats haguessin atorgat uns capítols matrimonials amb la finalitat de conve-nir un règim econòmic matrimonial determinat, el seu règim econòmic matrimonial va ser el que amb el caràcter de legal o supletori estableix el paràgraf 1363 del Codi civil alemany amb referència a un matrimoni celebrat l'any 1981, és a dir, el règim de participació en els guanys. Com resulta també de la sentència de divorci que va dictar el Tribunal alemany de Schöenberg, atesa la referència que fa al patrimoni final del marit, ja que el patrimoni final és una figura típica i característica del règim de participació en els guanys, segons resulta del paràgraf 1375 del mateix Codi civil alemany”.

A manca de nacionalitat comuna opera la llei del lloc de residència del matrimoni. Podríem interpretar-ho en el sentit següent: llei del lloc de la residència habitual comuna immediatament posterior a la celebració del matrimoni. És fonamental aquí l'aspecte intencional, i això anirà a favor d'una resposta positiva a l'anterior opinió: el lloc de residència del matrimoni serà l'elegit pels cònjuges com a primera llar conjugal. En aquest sentit resulta un punt de connexió raonable, en la mesura en què designa el medi social en què es desenvoluparà el matrimoni després de la celebració i, per altra part, en queda garantida l'estabilitat.

Si els cònjuges no tenen nacionalitat comuna ni hi ha residència del matrimoni immediatament a la celebració, especialment per raons laborals que justifiquin el manteniment de residències diferents, el legislador andorrà dóna una solució material directa: preval el règim de separació. Es podrà haver elegit un punt de connexió, com per exemple la llei del lloc de celebració del matrimoni, però aquest punt de connexió pot ser purament circumstancial. La redacció no és gaire adequada, ja que es parla "en cas de conflicte de lleis", quan tot l'article 4 és una norma de conflicte de lleis o de llei aplicable, ja que hi ha conflicte de lleis quan les legislacions de diversos estats podrien regular una situació jurídica, com ara en el cas del règim econòmic matrimonial de dos esposos de nacionalitat diferent, o que fixen el domicili conjugal en un tercer estat o quan el matrimoni s'ha celebrat fora de llur país d'origen.

2.4. Què succeeix si una andorrana va contreure matrimoni amb una persona estrangera, per exemple un espanyol, subjecte al Codi civil, o amb un altre estranger la llei del qual preveia el règim de ganancials-guanys, i no establiren res en capítols matrimonials?

Els esposos es casaren abans de la Constitució, a la parròquia d'Encamp i immediatament fixaren el domicili conjugal a Encamp, però el marit anava i venia de Madrid, ja que hi tenia la feina. Els esposos després es traslladaren a viure a Madrid i hi residiren deu anys. L'esposa

va conservar la nacionalitat andorrana; era la segona de casa i el seu germà, l'hereu, però mancat de salut. En morir el seu germà, ella passa a ser la pubilla i el matrimoni es traslada al Principat. La dona va heretar de la família i el marit va adquirir la nacionalitat andorrana.

Resulta que, per aplicació de la llei nacional del marit en el moment de contreure matrimoni, el règim econòmic conjugal era el sistema de guany-ganancials. La utilització del punt de connexió de la llei nacional del marit per determinar la llei aplicable al règim econòmic matrimonial introdueix una diferència de tracte entre marit i muller, malgrat que ambdós cònjuges es troben, en relació amb el matrimoni, en la mateixa situació jurídica.

El punt de connexió aplicable –la llei nacional del marit en el moment de la celebració del matrimoni– fou derogat, implícitament, per la Constitució de 1993, atès que els punts de connexió, amb independència si són establerts en primer terme o amb caràcter supletori, han d'ajustar-se a la Constitució. I pensem que la utilització d'un punt de connexió que dona preferència al marit suposa la vulneració del dret a la igualtat, superada en si mateixa la neutralitat formal de les normes de conflicte. Per tant, les relacions patrimonials del matrimoni posteriors a l'entrada en vigor de la Constitució ja no podien regular-se per la llei nacional del marit.

2.5. El que acabem de dir ho fonamentem, en primer lloc, en la disposició derogatòria de la CA:

“Amb l'entrada en vigor d'aquesta Constitució queden derogades totes les normes anteriors en allò que la contradiguin”

Aquesta disposició constitucional té un efecte immediat.⁵ Quines són les normes constitucionals afectades? Els articles 1.2, 6 i 13.3 de la CA,

⁵ Queda clar que els dubtes sobre la constitucionalitat d'una norma impliquen un judici subjectiu de valor que, en principi, pot ser formulat tant per les parts com per l'òrgan jurisdiccional competent. Ara bé, als efectes de la interposició de l'acció d'inconstitucionalitat només és rellevant el judici de l'òrgan jurisdiccional, no el de les parts, que només podran al·legar el que estimin pertinent. (Cfr. sentència del TCA de 3 d'abril de 1995, causa 95-I-PI).

especialment el que fa referència al dret a la igualtat i a les prohibicions de discriminació.

Recordem la doctrina del Tribunal Constitucional del Principat d'Andorra sobre el dret a la igualtat i les prohibicions de discriminació, començada en la sentència 93-I-L de 15 de març de 1994, en què estableix que el principi d'igualtat "implica que, en situacions similars, han d'ésser aplicades normes similars".

És un dret subjectiu de totes les persones obtenir un tracte igual, que obliga i limita els poders públics a respectar-lo i que exigeix que els supòsits de fet iguals siguin tractats de manera idèntica en les seves conseqüències jurídiques; per introduir diferències entre elles, ha d'existir una justificació fonamentada i raonable de tal diferència. És el que diu la sentència del TCA abans esmentada:

"Per contra, el principi d'igualtat no s'oposa al fet que el legislador dicti disposicions diferents per regular situacions diferents, a condició, tanmateix, que les disposicions diferents siguin justificades per la diferència de situacions i siguin congruents amb l'objecte de la llei que les conté."⁶

Aquest raonament és conforme també amb la doctrina del Tribunal Europeu de Drets Humans sobre l'article 14 del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals, fet a Roma el 4 de novembre de 1950, en vigor per al Principat.⁷

Però, endemés, l'article 6 CA, una vegada exposada la clàusula general d'igualtat, a continuació es refereix a la prohibició d'una sèrie de motius o raons concrets de discriminació, sense ser una llista tancada de supòsits de discriminació. Només fa referència a determinades dife-

⁶ Podem consultar també altres sentències del TCA: sentència de 7 d'abril del 2000, causa 99-I-L; sentència de 12 de maig del 2000, causa 2000-3-RE; aute de 9 de febrer del 2001, causa 2000-I-DP; sentència de 10 de juny del 2002, causa 2002-2-RE.

⁷ Podem citar la sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans de 22 de febrer de 1994, cas *Burghatz*.

rències històricament arrelades en la societat andorrana i que han situat sectors de la població en posicions de desavantatge o són contràries a la dignitat de la persona.

En virtut del que acabem d'exposar som partidaris de dir que està justificada la inconstitucionalitat d'aplicar el punt de connexió *Llei nacional del marit* per regular el règim econòmic matrimonial. La utilització d'un punt de connexió que dóna preferència a l'home suposa en si mateix, superada la neutralitat formal de les normes de conflicte de lleis, una vulneració del dret a la igualtat.

En aquest mateix sentit es van expressar la sentència del Tribunal Constitucional Federal alemany de 22 de febrer de 1983, la sentència de la Cort Constitucional italiana de 26 de febrer de 1987 i la sentència del Tribunal Constitucional espanyol de 14 de febrer de 2002.

Com a conseqüència de la inconstitucionalitat es produeix una llacuna en la normativa que era aplicable. És necessari integrar la llacuna produïda en l'ordenament jurídic andorrà.

No correspon aquesta integració al Tribunal Constitucional, sinó als òrgans judicials. En concret, al Tribunal Superior de Justícia, la més alta instància judicial del Principat, o el suprem intèrpret de la legalitat. Recordem que ja el Tribunal Suprem espanyol s'havia manifestat en el sentit d'aplicar el punt de connexió residència habitual comuna després del matrimoni.

Com a síntesi podríem dir el següent: en primer lloc, la prevalença de la llei del marit en el supòsit esmentat anteriorment és inconstitucional, per l'eficàcia directa de la Constitució, si bé es produiria un buit legislatiu. En segon lloc, les situacions consolidades no són susceptibles de ser revisades com a conseqüència d'una inconstitucionalitat sobrevinguda. En parlar de *situacions consolidades* ens referim, fonamentalment, a les decidides per sentències o per actuacions administratives

fermes. Endemés, els actes dispositius realitzats amb tercers d'acord amb la legislació anterior han de quedar consolidats per la bona fe contractual, l'interès públic i la seguretat del tràfic jurídic.

2.6. Quin és l'àmbit de la llei aplicable en virtut de l'article 4 LQM?

La llei aplicable regeix, en primer lloc, la possibilitat d'estipular i modificar els pactes i capítols matrimonials; en segon lloc, l'àmbit de l'autonomia material reconeguda als cònjuges, i en tercer lloc, la liquidació del règim econòmic matrimonial després de la dissolució del vincle matrimonial.

La capacitat per estipular capítols matrimonials es regula per la llei nacional de cada cònjuge; dita llei determinarà si el subjecte és capaç o incapaç per atorgar capítols matrimonials. En el supòsit d'una incapacitat relativa, la llei nacional determinarà els modes de completar la capacitat, així com les conseqüències de la no-intervenció de les persones que haurien de completar el consentiment dels individus. Ara bé, si existeixen uns mínims vincles amb el territori andorrà, podríem admetre que la capacitat per atorgar pactes o capítols matrimonials es regeix per la llei aplicable al contingut del negoci, ja que es tracta de capacitats especials. Així doncs, seria adequat dir que la capacitat serà regulada per la llei, d'acord amb la qual s'atorguen els capítols matrimonials.

Pel que fa a la llei aplicable a la forma dels pactes o capítols matrimonials, si la llei que regula el contingut exigeix per a la seva validesa una determinada forma o solemnitat, serà sempre aplicada, encara que l'acte es faci a l'estranger, com ara exigir escriptura pública per als capítols matrimonials.

3. El Conveni de l'Haia de 14 de març de 1978 sobre llei aplicable als règims matrimonials

3.1. Com que cada Estat té les pròpies normes de dret internacional privat, que són o poden ser diferents de les dels altres estats i que poden produir resultats diferents, contradictoris, la Conferència de l'Haia

va redactar el Conveni sobre Llei aplicable als règims matrimonials. És un dels convenis anomenats *erga omnes*, és a dir no subjecte a reciprocitat, fet que suposa la substitució de les normes internes estatals sobre la llei aplicable als règims matrimonials quan hi ha elements estrangers. En el cas d'Andorra, on manquen normes sobre aquesta matèria, seria l'ocasió de tenir-ne de noves, que serien iguals a les que ara estan en vigor, per exemple, a França, Luxemburg o els Països Baixos.

3.2. El conveni dóna la possibilitat d'elegir la llei aplicable al règim matrimonial abans de contreure matrimoni o durant el curs del matrimoni. Aquesta llibertat està limitada, ja que els esposos només poden designar com a llei aplicable la llei de l'Estat de la nacionalitat de cadascú un dels esposos, la llei de l'Estat on cada un d'ells té la residència habitual o la llei del primer Estat en el territori del qual qualsevol dels esposos establirà una nova residència després del matrimoni (art. 3). La designació de la llei aplicable ha de ser expressa o resultar d'una manera indubitada de les disposicions d'un contracte de matrimoni (art. 11). Aquesta llei designada serà la que regularà les qüestions de capacitat o del consentiment dels esposos (art. 10). Les qüestions de forma estan regulades pels articles 11, 12 i 13: bàsicament s'exigeix que la voluntat sigui expressa o que no es presti a dubtes, que la designació revesteixi la forma prescrita pels pactes o capítols matrimonials per la llei interna designada o a la llei del lloc de l'atorgament i, en tot cas, que la designació sigui escrita, datada i firmada per les parts. La llei elegida s'aplica, en principi, al conjunt dels béns; però els esposos poden decidir que els béns immobles, presents o futurs, estaran subjectes a la llei del lloc on estan situats (art. 3.3).

3.3. En el supòsit que les parts no designin la llei aplicable, el Conveni de l'Haia estableix una sèrie de normes imperatives per determinar la llei aplicable al règim econòmic matrimonial. Aquestes normes tenen present la nacionalitat de les parts i el lloc de la primera residència després del matrimoni:

a) En primer lloc, el règim estarà sotmès a la llei interna de l'Estat sobre el territori del qual els esposos estableixin la seva primera residència habitual. Per exemple, una part és andorrana i l'altra part és francesa; estableixen la primera residència a Andorra: serà aplicable la llei andorrana. Una francesa i un andorrà es casen a Bordeus i s'instal·len en aquesta ciutat després del matrimoni: estaran sotmesos al règim legal francès de *communauté d'acquêts*.

b) En segon lloc, el règim econòmic estarà subjecte a la llei interna de l'Estat de la nacionalitat comuna dels esposos:

– quan l'Estat de la nacionalitat comuna ha fet una declaració en el moment de la ratificació o de l'adhesió, en aquest sentit (art. 4.1, art. 5), i el seu efecte no estigui exclòs per la segona part de l'esmentat article 5,

– quan aquest Estat no és part del Conveni de l'Haia, si la seva llei interna és aplicable segons el seu dret internacional privat i els cònjuges varen establir la seva primera residència habitual: en un estat que hagi fet la declaració prevista en l'article 5 o en un estat que no sigui part del conveni i el dret internacional privat del qual prescriu l'aplicació del seu dret nacional,

– quan els cònjuges no estableixin en el territori del mateix Estat la seva primera residència habitual després del matrimoni. Per exemple: un andorrà es casa amb una andorrana a Andorra la Vella, però el marit viu a París i l'esposa segueix vivint a Andorra. En absència de residència habitual comuna, els esposos s'han casat sota el règim econòmic legal andorrà de separació de béns.

En principi, la llei que regula el règim econòmic matrimonial és immutable; és a dir, una vegada fixat no canvia pel fet d'haver adquirit un nou domicili o una nova nacionalitat. Ara bé, l'article 6 del conveni preveu un canvi voluntari del règim econòmic matrimonial, i l'article 8 regula les conseqüències d'aquest canvi.

4. Unions estables de parella. Relacions i efectes personals i patrimonials. Els conflictes de lleis

4.1. La Llei 4/2005, de 21 de febrer, qualificada de les unions estables de parella (publicada al BOPA de 23-03-2005, i que entrà en vigor el 24-03-2005), d'acord amb la disposició final segona⁸ regula un fenomen social que ja feia temps que havia estat motiu d'atenció per alguns legisladors i que presentava denominacions diverses: la convivència duradora de dues persones, homosexuals o heterosexuals, amb vincles estrets, o del fenomen de l'acceptació no matrimonial de la família. Es tracta del trànsit de la família tradicional, fonamentada en el vincle matrimonial, a la família originada en unions convivencials que es basen en l'acord de voluntats i en la relació d'afectivitat dels convivents. Aquest fet social evolucionarà de tal manera que esdevindrà un fet jurídic, i un canvi d'idees sobre la qüestió farà que el que avui és contrari a l'ordre públic demà ja no ho sigui. Estem davant d'un tema que d'aquí a uns anys tindrà una gran importància per a la teoria general del D. I. Pr. i que posa fi al desinterès legislatiu sobre el tema, que Napoleó implantà amb la frase: *Les concubeins se passent de la loi, la loi se déssintresse d'eux.*

La normativa andorrana estaria inclosa dins dels sistemes que no assimilen la unió estable de parella al matrimoni, sinó que la consideren com un pacte de convivència durable entre dues persones unides per uns vincles afectius o estrets, amb el reconeixement d'uns efectes personals i patrimonials. No es tracta, doncs, d'una institució que presenta vincles amb el matrimoni,⁹ però sembla que, implícitament, el legislador andorrà tendeix a una configuració legal autònoma de la institució cap a un nou estat civil. Tampoc el legislador no es preocupa del

⁸ La llei fou sancionada i promulgada només amb la signatura del Copríncep francès. Es un dels casos previstos en el número 3 de l'article 45 de la CA.

⁹ Ho reconeix l'exposició de motius de la llei: "Tot i partint de la tesi que no té perquè haver-hi identitat entre matrimoni i unió estable de parella, ja que obeeixen a opcions i plantejaments distints..."

problema referent al tractament dels membres de la unió estable de parella per part dels altres sistemes estatals, especialment pels sistemes que consideren aquesta convivència extramatrimonial com a contrària a l'ordre públic.¹⁰

4.2. La LQUEP suposa una important evolució de la societat i del dret andorrà en reconèixer i donar solució als problemes derivats de la convivència de fet o convivència extramatrimonial. Abans de la Constitució, la unió de fet estava considerada un concubinat,¹¹ com una institució situada fora del dret, i si el dret hi intervenia era per condemnar el fet en si mateix i declarar, en l'àmbit civil, la nul·litat dels pactes per immorals i en l'àmbit penal, per punir-la.¹² Després de la CA, la LQA ja va permetre l'adopció per part de parelles estables heterose-

¹⁰ Cfr. CARRILLO CARRILLO, B. L. "Ley aplicable a las parejas de hecho en Derecho internacional privado". *Mundialización y Familia*. Madrid: Colex, 2001, p. 385-451; FONTANELLAS MORELL, J. M. "Noves perspectives per una regulació de les unions de fet en el Dret internacional privat espanyol". *XI Jornades Jurídiques: Unions de fet*. Lleida, 1998, p. 235-245; KHAIRALLAH, G. "Les partenariats organitzats en droit international privé". *Rev. crit. dr. int. pr.* 2000, p. 317-330; LÁZARO GONZÁLEZ, I. *Las uniones de hecho en el Derecho internacional privado español*. Madrid: Tecnos, 1999; QUIÑONES ESCÁMEZ, A. "Las uniones estables de pareja". *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1. 2003, p. 127-164; PÉREZ VERA, E. "Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho internacional privado español." *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Madrid: Colex, 2000, p. 131-138; ROSSOLILLO, G. "Registered Partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano". *Riv. dir. int. pr. proc.* 2003, p. 353-362; SÁNCHEZ LORENZO, S. "Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado". *REDI*, 1989, p. 487-531.

¹¹ Ho descriu molt bé la sentència del Tribunal de Corts de 7 de juny de 1990 (causa 8-FD/86): "La vida de parella en règim de concubinat és una unió marginada del Dret però no prohibida, [el Dret] ni l'ignora ni la rebutja, no crea vincles jurídics [els convivents] estan units solament per la voluntat d'estar-ho, però la convivència crea una reciprocitat d'interessos, amb un suport econòmic que genera una comunitat de béns amb una destinació predeterminada pel mutu afecte, on difícilment es pot parlar d'una lesió patrimonial des del punt de vista punitiu per l'ús que cadascú hagi fet dels diners per atendre les necessitats personals i de convivència..."

¹² Diu un considerant de la sentència del jutge d'apel·lacions de 20 de març de 1962: "Que la possible existència a les Valls d'Andorra, al·ludida en l'escrit de greuges, d'unes esporàdiques unions de fet, renyides amb indeclinables postulats morals i jurídics i, per consegüent, formes impures i reprovables, no cohonesta cap situació d'aquesta naturalesa ni en destrueix la seva intrínseca malignitat, perquè és tanta l'admiració i el respecte que produeix la institució matrimonial, base de la vida familiar, precisament de molt rellevant tradició i transcendència a Andorra, que qualsevol fet o conducta que pugui ofendre o mermar la seva existència o dignitat, s'estima ja, *prima facie*, impropri per naturalesa per a rebre el patrimoni de la llei, i, molt més, de la moral..." A final dels anys vuitanta, el concubinat era perseguit penalment en dotze cantons de Suïssa (cfr. MÜLLER-FREIENFELS, W. "Les problèmes juridiques posés par les couples non mariés". A: *Colloque de Messine*. Conseil de l'Europe, 1982, p. 61 i s. El Consell d'Europa fou la primera organització internacional que es va interessar pels problemes jurídics de les parelles de fet, com ho demostra l'Onzè Col·loqui de dret europeu que tingué lloc a Messina l'any 1981.

xuals després de cinc anys de convivència (art. 2 LQA). La jurisprudència del TSJA també va contribuir a omplir el buit legislatiu sobre la matèria.¹³ La base d'aquest canvi estaria fonamentada en l'article 6 CA, que garanteix el principi d'igualtat jurídica i prohibeix tota mena de discriminació, així com en "el necessari i inalienable lliure desenvolupament de la personalitat de cadascú, que podria resultar afectat si s'intentés impedir o limitar la convivència *more uxorio*".¹⁴

4.3. Endemés, podríem esmentar alguns instruments internacionals, adoptats per Andorra, i jurisprudència d'organismes internacionals. En primer lloc, la Declaració universal dels drets humans, adoptada i proclamada per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 10 de desembre de 1948 i que l'article 5 de la CA declara vigent a Andorra, conté el principi fonamental que tots els éssers humans neixen lliures i iguals en dignitat i drets. Aquest principi fonamental comprèn també les lesbianes i els gais. En segon lloc, el Pacte internacional de drets civils i polítics, fet a Nova York el 19 de desembre de 1966, segons la interpretació del Comitè de drets humans de les Nacions Unides pro-

¹³ Destaquem la sentència del TSJA, secció civil, de 13 de març de 1997 en el cas d'una parella de fet que va conviure maritalment durant quinze anys, sense regular per escrit la seva relació *more uxorio* i en uns moments en què l'ordenament jurídic andorrà no contenia normes que reguessin les conseqüències que es derivaven d'una unió estable constituïda fora del matrimoni. Corresponia al TSJA omplir el buit legislatiu i buscar la solució més adient, d'acord amb els principis generals que informen l'ordenament jurídic andorrà. En primer lloc, el ponent fa unes consideracions als fets basant-se en el dret romà, i afirma que l'ordenament jurídic andorrà no estableix entre els convivents "els mateixos drets i deures que la llei deriva del matrimoni", però una relació *more uxorio* origina una situació familiar emmarcada per un conjunt de solidaritats i dependències "que imposen als convivents el deure d'actuar segons el principi de la bona fe en l'execució dels seus drets i de fer honor a la confiança recíproca que genera una unió estable". Mentre perdura la situació de parella estable, els convivents tenen el deure de contribuir al sosteniment de les despeses familiars, encara que es tracti d'un deure que no es pot exigir judicialment, i després no es pot demanar la repetició o restitució d'allò que s'ha pagat per aquests conceptes, ja que segons la doctrina romana sobre obligacions naturals "d'aquest tipus d'obligacions se'n deriva que si el deutor paga o compleix la prestació que ha assumit, no pot després recular allò que ha pagat com si es tractés d'un pagament indegut —l'anomenada *solutio retentio*—, ja que s'entén que ha pagat allò que realment deu (*Digest 46, 1, 16-4*)". Per tant, la Sra. Mercè O. no podia reclamar les despeses originades per la vida en comú amb el Sr. Charles F. En segon lloc, les despeses familiars tenen un límit quantitatiu en el nivell de vida de la parella de fet. En tercer lloc, si els convivents haguessin redactat uns pactes de convivència sobre aspectes patrimonials, aquests regularien la situació i llavors podria haver prosperat la pretensió de la Sra. Mercè O. En quart lloc, la parella de fet no té drets en el cas de successió intestada.

¹⁴ Exposició de motius de la llei.

hibeix tota discriminació basada en l'orientació sexual.¹⁵ En tercer lloc, el Pacte internacional de drets econòmics, socials i culturals, fet a Nova York el 19 de desembre de 1966, abasta la discriminació basada en l'orientació sexual, segons aclariment fet pel Comitè de drets econòmics, socials i culturals de les Nacions Unides.¹⁶ En quart lloc, el Tribunal Europeu de Drets Humans d'Estrasburg en una sèrie de decisions fins al 1981 sostingué que el Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals, fet a Roma el 4 de novembre de 1950, inclou el dret de tota persona a no ser discriminada per la seva orientació sexual. Un canvi es va produir en el cas *Dudgeon vs. el Regne Unit*¹⁷ de 1981, posició seguida en altres casos posteriors.¹⁸ Per primera vegada, el tribunal va declarar admissible un cas sobre drets d'arrendament per al membre sobrevivent d'una parella homosexual.¹⁹ Podem destacar que el tribunal, en els ultims temps, en parlar del matrimoni no fa referència a la definició tradicional, com a unió de dues persones de diferent sexe. Ara bé, el Tribunal Europeu mai no ha reconegut l'existència d'una *vida familiar* entre dues persones del mateix sexe; com a conseqüència, no ha estès la protecció garantida per l'article 8 del CEDH.²⁰

4.4. Les unions estables de parella s'inclourien dins la categoria general d'*unions de convivència*, sense necessitat que hi hagi *afectio maritalis*; és a dir, parelles unides per vincles afectius semblants als dels cònjuges en el matrimoni. Certament, no hi ha una assimilació amb el matrimoni, com hem vist, i, per tant les unions estables de parella no consti-

¹⁵ *Assumpte Toonen vs. Australia*.

¹⁶ Comentari general número 14, d'11 d'agost de 2000 (E/C 12/2000/4, CESCR).

¹⁷ *Dudgeon vs. el Regne Unit*. Sèrie A, núm. 45.

¹⁸ *Norris vs Irlanda*, 1988. Sèrie A, núm. 142; *Modinos vs. Xipre*, 1993. Sèrie A, núm. 259; *Lusting-Prean i Beckett vs el Regne Unit*, 1999; *Smith i Grady vs. el Regne Unit*, 1999.

¹⁹ *Cas Karner vs Àustria*, d'11 de setembre de 2001.

²⁰ *Cfr.* MEYER, C. A. "L'homosexualité dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission Européennes des droits de l'Homme". A: *Homosexualité et Droit*. París: PUF, 1998, p. 153 i s; FULCHIRON, H. "Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé". *J. D. I. Clunet*, 2000, p. 889-913; BOELE-WOELKI, K; FUCHS, A. (ed.) *Legal recognition of same-sex couples in Europe*. Antwerp, Oxford, Nova York: EFL, 2003.

tueixen un estat civil, però sí que hi ha el reconeixement d'uns efectes personals i patrimonials molt similars als del matrimoni. L'exposició de motius de la llei diu que s'intenta establir "un sistema de drets i obligacions durant la convivència i també en el supòsit de dissolució de la unió". Així com el matrimoni s'ha d'inscriure al marge de la inscripció de naixement (art. 54 LRC), la unió estable de parella només s'ha d'inscriure en el registre d'unions estables de parella, sense que consti la menció al marge de l'acta de naixement. Ara bé, la inscripció en el registre d'unions estables de parella és una condició de formació de la unió exigida *ad validitatem*. Es diferencia del cas de cohabitació de fet de dues persones, de manera estable i prolongada, sense necessitat del registre, com la unió de fet del dret portuguès,²¹ del dret del Paraguai,²² del concubinatge del dret francès,²³ de la unió matrimonial del dret de Panamà,²⁴ de la cohabitació del dret suec,²⁵ de la unió lliure del dret de Bolívia²⁶ i del concubinatge de Veneçuela.²⁷ En tots aquests supòsits no s'exigeix cap formalitat d'inscripció *ad validitatem*.²⁸

La unió estable de parella és una *unió legal*, i com que està regulada per un conveni privat sorgeix la qüestió sobre si la unió estable entra dins la categoria de l'*estatut personal* o en la categoria dels *contractes*. L'eventual classificació en la categoria dels contractes estaria fonamentada en la forta *contractualització* de les relacions individuals en el seu naixement, extinció i efectes. Estem davant d'un contracte no ordinari, atès que el conveni privat organitza la vida comuna dels inte-

²¹ Llei de l'11 de maig de 2001 que adopta mesures de protecció de les unions de fet.

²² Article 217 del Codi civil.

²³ Article 515-8 del Codi civil.

²⁴ Article 53 del Codi de família.

²⁵ Llei de 14 de maig de 1987.

²⁶ Article 158 del Codi de família.

²⁷ Article 767 del Codi civil.

²⁸ Cfr. SÁNCHEZ LORENZO, S. "Las parejas no casadas ante el derecho internacional privado". *REDI*, 1989-2, p. 487 i s. Per al cas de les legislacions autonòmiques espanyoles, ASIN CABRERA, A. "Le partenariat en droit espagnol: quel avenir pour une réglementation en droit international privé". *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*. Schultess, 2004, p. 71 i s.

ressats en les dimensions personals i patrimonials; aquesta organització contractual es troba limitada o completada per una sèrie de normes legals. Podríem dir que la unió estable de parella basada en un conveni privat en tant que *instrumentum* és un contracte, sotmès en dret intern a les normes dels contractes i a algunes normes pròpies; ara bé, pel seu objecte, és un mode legalment emmarcat en una vida de parella. Per altra part, la connexió amb l'estatut personal queda reflectida en el fet que correspon al registrador civil inscriure la unió estable de parella. Amb aquestes dades convindrà, doncs, combinar les regles de l'estatut personal amb les dels contractes, però considerant la *unió legal de la parella estable* com una categoria autònoma dins de l'estatut personal.²⁹

4.5. La primera qüestió que es pot plantejar és sobre si estem o no davant d'una *unió estable de parella*. L'article 2 ens en dóna una definició en què apareixen elements importants sobre edat, vincles de parentesc, necessitat i prova de convivència i inscripció en un registre especial. Si es tracta d'una convivència heterosexual, els requisits exigits estaran encaminats que els convivents siguin capaços de contreure matrimoni entre si; en els supòsits de convivència homosexual, es important que no es donin determinats vincles de parentesc o límits d'edat. Diu així l'article 2:

“És unió estable de parella la formada de forma duradora per dues persones, majors d'edat o menors emancipades, sense vincle de parentesc en línia recta per consanguinitat o adopció i en línia col·lateral per consanguinitat fins al quart grau, que conviuen en parella i que consten inscrits al registre corresponent.”

Hi ha, doncs, una sèrie d'impediments, que estan justificats per motius d'interès general en relació amb l'objecte de la llei. En primer lloc, el

²⁹ La qualificació en la categoria dels contractes ens portaria a resultats no satisfactoris. Cfr. HUET, A. “La séparation des concubins en droit international privé”. *Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*. Litec, 2002, p. 539 i s.

menor no emancipat, ja que la minoria d'edat comporta un límit en la realització de determinats actes o negocis amb plena eficàcia i el conveni privat de convivència té per objecte, essencialment, organitzar les relacions patrimonials entre dues persones. A partir dels setze anys es pot obtenir l'emancipació, que comporta un augment de capacitat per actuar vàlidament en l'esfera patrimonial, excepció feta d'actes que comportin especial transcendència. En segon lloc, el legislador es preocupa, especialment, dels efectes patrimonials dels convivents, però és conscient que en la majoria dels casos el conveni privat serà fet per dues persones que comparteixen la mateixa casa i llit, per això exigirà requisits previstos per poder contreure matrimoni civil, com són la no-existència del vincle de parentesc en línia recta per consanguinitat o adopció, i en línia col·lateral per consanguinitat fins al quart grau (article 2 LQUEP i articles 18 i 19 LQM).

4.6. Les relacions personals i patrimonials dels membres de les unions estables de parella són regulades per conveni privat o pacte, que jurídicament és un contracte. El legislador andorrà precisa l'objecte d'aquest contracte, fixant les modalitats de la formació i dissolució del vincle contractual, i atribueix al contracte legalment format un cert nombre de conseqüències jurídiques, tant pel que fa a les relacions entre els membres de la unió estable de parella com per a les relacions d'aquests amb tercers. Aquesta normativa repercutirà sobre altres branques del dret, com ara la seguretat social, la immigració, la funció pública, les transmissions patrimonials immobiliàries i el dret de successions.

L'objecte del conveni privat és organitzar les relacions personals i patrimonials de les persones que viuen en comú, així com "les compensacions econòmiques que convinguin per al cas de cessament de la convivència, amb el mínim dels drets i deures que regula aquesta Llei, els quals són irrenunciables fins al moment en què són exigibles" (article 5.1). Les parts gaudeixen de llibertat en la determinació del con-

tingut del conveni privat, segons el principi de llibertat contractual, sempre amb la reserva de l'ordre públic. Però el legislador fixa uns mínims, que tenen la categoria de normes imperatives; així, el número 2 de l'article 5 diu:

“Com a mínim el pacte entre els convivents estipula que els membres de la unió estable de parella contribueixen al manteniment de la casa i a les despeses comunes:

- a) Amb el treball domèstic;
- b) Amb llur col·laboració personal o professional no retribuïda o amb retribució insuficient, a la professió o a l'empresa de l'altre membre;
- c) Amb els recursos procedents de llur activitat o de llurs béns, en proporció a llurs ingressos i, si aquests no són suficients, en proporció a llurs patrimonis;

Cada membre de la parella conserva el domini, el gaudi i l'administració dels seus béns.”

La noció *despeses comunes* queda determinada per l'article 6, que abasta els deures, contractuals o no contractuals, vinculats als actes habituals de la vida i n'exclou les despeses excessives tenint en compte els usos i el nivell de vida dels membres de la parella i de les persones que convisquin amb ells. En aquest mínim entraria l'obligació de prestar-se aliments. Diu l'article 8:

“Els membres de la parella estable tenen l'obligació de prestar-se aliments, amb preferència a qualsevol altra obligació.”

Quant a les *despeses comunes*, cada membre de la unió estable de parella és responsable solidàriament dels deutes contrets per l'altra part.

4.7. Cada membre de la parella conserva el domini, el gaudi i l'administració dels seus béns (art. 5.3). Sobre el règim dels béns que es poden adquirir durant la convivència, en principi l'escriptura pública o el

document privat d'adquisició permetrà determinar el règim de la propietat del bé adquirit, tant a Andorra com a l'estranger.

Els membres de la unió estable de parella poden estipular un règim de separació o de ganancials per als béns adquirits durant la convivència.

Pel que fa a les transmissions patrimonials immobiliàries, la llei equipara les unions estables de parella al matrimoni, fet que comporta avantatges fiscals importants (art. 14). La LQUEP obliga la parella a tenir un *habitatge comú*, és a dir imposa tenir una *residència* –o lloc on viu la parella i on hi ha els mobles d'ús ordinari–. Es tracta d'una noció de fet. El domicili ja és una noció jurídica: lloc del principal establiment de la persona on hi ha el centre dels interessos de la vida civil i professional. El convivent titular de l'habitatge comú o dels mobles d'ús ordinari no pot portar a terme cap acte de disposició del seu dret que en comprometi l'ús sense el consentiment de l'altre o amb autorització judicial. La part afectada disposa del termini d'un any per demanar-ne la nul·litat (art. 10).

En matèria d'arrendaments de finques urbanes, la persona unida per una relació estable de parella amb l'arrendatari s'equipara al cònjuge (art. 11). En el supòsit que mori el membre de la unió estable de parella que fos l'arrendatari de l'habitatge, el sobrevivent té dret a subrogar-se al difunt (art. 19.c).

En el supòsit de successió intestada, el membre de la unió estable de parella sobrevivent té el dret a rebre l'usdefruit d'un quart de l'herència, si els hereus són ascendents, descendents, germans o fills de germans del premort. Quan concorre amb altres col·laterals té dret a rebre l'usdefruit sobre la meitat de l'herència. En defecte de descendents, d'ascendents i de col·laterals dins dels límits assenyalats en la legislació vigent relativa al dret successori del Principat, ha de ser cridat a la successió el membre de la unió estable de parella sobrevivent, sempre que no constés extingida la unió al registre (art. 20).

En cas de mort d'un dels convivents, el membre sobrevivent té dret a la propietat de les robes, del mobiliari i dels estris que constitueixen el parament de l'habitatge comú, sense computar-los, si s'escau, en el seu haver hereditari. Tanmateix no accedeix a la propietat dels béns que consisteixen en joies, objectes artístics o històrics o altres que tinguin un valor extraordinari atès el nivell de vida de la parella i el patrimoni relict, en especial els mobles de procedència familiar de propietat del convivent premort o en la part que li pertany. També té dret a viure a l'habitatge comú durant l'any següent a la mort del convivent, si bé el dret es perd si, durant l'any, l'interessat es casa o passa a conviure en unió estable de parella, de fet o de dret, amb una altra persona, d'acord amb l'article 19, lletres a) i b).

4.8. L'adopció d'un menor per part de les unions estables de parella està condicionada pel que disposa la Llei qualificada de l'adopció i altres formes de protecció del menor desamparat, de 21 de març de 1996 (LQA). Ara com ara, quan es tracta de l'adopció conjunta només pot ser demanada per parelles estables heterosexuales després de cinc anys de matrimoni o de convivència (art. 2.1 LQA i art. 7 LQUEP).

En el cas que un dels membres de la parella sigui declarat incapaç, el convivent ocupa el primer lloc en l'ordre de preferència de la delació dativa (art. 9).

En les relacions derivades de l'acció protectora de la seguretat social, el membre de la unió estable de parella s'equipara, a tots els efectes, al cònjuge (art. 12). I als efectes d'aplicació de la legislació laboral i de la funció pública, les unions estables de parella s'equiparen al matrimoni (art. 15).

Pel que fa a l'aplicació de la Llei qualificada d'immigració, les unions estables de parella s'equiparen al matrimoni, amb unes salvetats. En primer lloc, la persona que hagi donat dret al reagrupament familiar de la seva parella, segons la legislació vigent d'immigració, no donarà dret al

reagrupament familiar d'una nova parella fins que no hagin transcorregut almenys cinc anys de l'anterior inscripció. En segon lloc, si s'extingeix la unió estable de parella d'una persona que hagi obtingut una autorització d'immigració en el marc del reagrupament familiar, de conformitat amb la legislació vigent sobre immigració l'eventual nova unió estable de parella d'aquesta persona no podrà donar lloc al reagrupament familiar de la nova parella fins que no hagin transcorregut cinc anys de la cancel·lació al registre de la unió estable de parella (art. 13).

4.9. Els membres de la unió estable de parella que han fet un conveni privat de convivència i desitgen acreditar la seva unió estable han de promoure l'expedient previ davant del registre civil i han de provar que cap dels dos convivents no està unit per vincle matrimonial o per unió estable de parella amb una altra persona.

Per procedir a la inscripció al registre d'unions estables de parella, els convivents han de presentar una sol·licitud, acompanyada dels documents següents: a) declaració jurada de convivència; b) còpia del passaport o document d'identitat en vigor dels dos membres de la unió estable de parella; c) certificat de residència dels dos membres, excepte per als nacionals andorrans; d) el conveni privat degudament signat entre els membres de la unió estable de parella, el contingut del qual és com a mínim el que assenyalava la llei; e) declaració jurada de dos testimonis conforme tenen constància de la convivència duradora (art. 22). La inscripció de la unió estable de parella al registre civil tindrà lloc transcorregut el termini de sis mesos d'ençà la referida declaració, però prendrà efecte "des del moment en què es promou l'expedient previ" (art. 3).

El registrador civil, per tant, haurà de comprovar que el conveni privat conté els mínims que assenyalava la llei en el capítol segon, en ser disposicions imperatives. En cas contrari, el registrador es negarà a fer la inscripció. La violació d'aquestes disposicions mínimes constituirà una

causa de nul·litat relativa; és a dir, un membre no podrà invocar davant d'un batlle la manca d'aquelles disposicions per exonerar-se de les obligacions que li corresponien.

La inscripció de la unió al registre servirà per fixar una data certa al conveni, oposable a tercers.

4.10. L'extinció i els efectes de les unions estables de parella estan previstos en el capítol tercer de la llei (articles 16 al 20). En cas de ruptura de la convivència, la llei exigeix l'anotació de l'extinció en el registre i prohibeix als convivents tornar a formalitzar una unió estable amb altres persones mentre no consti l'anotació de l'extinció en el registre (art. 16).

Les causes d'extinció de la unió estable de parella són, seguint l'article 17:

- a) Per defunció o declaració judicial de mort d'un dels membres de la parella. El membre sobrevivent o qualsevol altre interessat trametrà còpia de l'acta de defunció o de declaració judicial al registre.
- b) Per comú acord. Els convivents instaran la cancel·lació al registre mitjançant notificació per escrit signada per ambdós membres. L'extinció produeix efectes a comptar de la data d'inscripció en el registre.
- c) De forma unilateral. La decisió s'ha de comunicar fefaentment a l'altre convivent i, simultàniament, s'ha d'instar la cancel·lació de la inscripció al registre. L'extinció pren efecte tres mesos després de la notificació escrita feta de forma fefaent a l'altra part.
- d) Per matrimoni d'un dels membres, cosa que comporta, d'ofici, la cancel·lació al registre de la unió estable de parella. En aquest cas s'ha de fer la notificació fefaent a l'altra part i, si s'escau, s'ha de procedir a liquidar els drets i les obligacions que resultin de l'acord signat entre les parts.

Com que la unió estable de parella no és una forma de matrimoni, sinó un contracte privat de convivència, la ruptura de la convivència no està assimilada a un divorci. Llavors el legislador no ha subordinat l'extinció a una decisió judicial, sinó que ha utilitzat una regla general, segons la qual es pot posar fi als pactes conclosos per a una durada indeterminada. Aquesta regla està vinculada al principi de la *llibertat contractual*.

4.11. La LQUEP conté un criteri d'aplicació en l'espai, de manera que la normativa és aplicable quan es verifiqui el vincle entre els subjectes i l'Estat de què es tracta. Es requereix, almenys, que un dels convivents tingui nacionalitat andorrana o la seva residència principal i permanent al Principat. Diu l'article 1:

“La present Llei regula els efectes personals i patrimonials de les unions estables de parella, sempre que almenys una de les parts tingui nacionalitat andorrana o la seva residència principal i permanent al Principat d'Andorra.”

El sistema andorrà ha previst una norma legal específica que designa la llei aplicable a les relacions jurídiques que susciten les unions estables de parella en supòsits internacionals. Llegim en la disposició final primera:

“Per determinar la llei aplicable a les unions estables de parella i amb caràter supletori a la present Llei i a la Llei qualificada del matrimoni, de 30 de juny del 1995, s'ha d'estar a allò previst amb caràcter general en les normes de Dret internacional privat respecte a les relacions matrimonials.”

Aquesta redacció recorda el que estableix la Llei de 16 de juliol de 2004 de Bèlgica. Després de donar una norma de conflicte de lleis pròpia per a la vida en comú, exclou de l'àmbit d'aplicació les unions de parella estables registrades, a les quals seran aplicables les normes de conflicte del matrimoni.³⁰

³⁰ Cfr. CARLIER, J.Y. “Le Code belge de droit international privé”. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, p. 11 i s.

La disposició final primera fa una remissió a “les normes de dret internacional privat respecte a les relacions matrimonials”, i això planteja una sèrie de qüestions, que es podrien resumir de la següent manera: ¿el legislador andorrà pretén utilitzar les normes de conflicte de lleis del matrimoni per *assimilació* de les unions estables de parella al matrimoni, o vol que hi hagi una elaboració d’unes normes pròpies de la unió estable de parella, per *analogia* amb les normes de conflicte del matrimoni?

4.12. La LQUEP no assimila pas la unió estable amb el matrimoni, ja que entre les dues institucions hi ha una diferència fonamental, com hem vist, si bé algunes vegades el legislador procedeix per mitjà de *remissions* d’una institució a l’altra. La proximitat de la unió estable amb el matrimoni porta el legislador a buscar solucions inspirant-se en les normes de conflicte elaborades per al matrimoni, tenint en compte que aquestes normes necessiten ser adaptades, esmenades o completades. En realitat, es tracta de normes de conflicte autònomes per a les unions estables de parella, i no de normes del matrimoni utilitzades per extensió a les unions estables de parella.

Quines són les normes aplicables en virtut de la remissió de la disposició final primera de la LQUEP?

Les *condicions de forma* del registre de la unió estable de parella estan sotmeses a la llei de la institució, com seria el cas de la competència de l’autoritat que procedeix a registrar la unió, els documents necessaris, el termini entre l’inici de l’expedient i els efectes, l’exigència de testimonis; també regula la sanció de la violació d’una de les condicions de la forma.

Les *condicions de fons* del registre de la unió estable de parella estan sotmeses a la llei sota l’imperi de la qual la unió està registrada. Aquesta llei s’aplica al conjunt de condicions de fons del registre sense distingir entre condicions *unilaterals* (edat o consentiment) o condicions *bilaterals* (impediments).

Sigui quina sigui la llei aplicable, el fet que un dels convivents estigui casat és un impediment per poder formalitzar la unió en el registre. L'article 2.2 LQUEP diu:

“Per poder formalitzar la unió al Registre cap dels dos convivents pot estar unit per vincle matrimonial o per unió estable de parella amb una altra persona.”

La capacitat per constituir una unió estable de parella per inscriure en el registre serà sotmesa a la llei sota l'imperi de la qual la unió serà registrada. Així, serà vàlida una unió efectuada segons la llei de la institució, encara que la llei personal dels convivents ignori la institució.

4.13. Quina serà la reacció andorrana envers un matrimoni homosexual entre un espanyol i un andorrà celebrat a Espanya? Com es procedirà per resoldre el problema de la qualificació del matrimoni homosexual en l'ordenament jurídic andorrà?

Una resposta ràpida seria: l'ordre públic andorrà podria intervenir per no reconèixer l'existència d'un veritable matrimoni a Andorra, però, certament, no podrà impedir que es produeixin certs efectes en nom de l'efecte atenuat de l'ordre públic.

Intentarem examinar el que hem dit i buscarem la base de les afirmacions anteriors.

El sistema andorrà de dret internacional privat està fonamentat, avui dia, en normes de conflicte multilaterals, és a dir, normes que determinen l'àmbit d'aplicació tant del dret del fòrum com del dret estranger; per tant, la recerca de la norma que cal aplicar al cas concret, o l'operació de la qualificació, s'ha de fer segons la *lex fori*. Ara bé, la norma de conflicte, concebuda com un instrument d'obertura de l'ordenament andorrà vers l'exterior, ha de ser idònia per admetre en el seu propi àmbit institucions diferents de les del fòrum, àdhuc desconegudes. El jutge, en realitzar l'operació de la qualificació sobre la base de

la *lex fori*, ha de tenir present com està configurada en l'ordenament d'origen aquella institució; haurà d'existir una qualificació preliminar, segons la llei estrangera (la d'origen), cosa que serà indispensable per identificar la institució nascuda a l'empara d'un dret estranger. Una vegada efectuada aquesta anàlisi, es procedeix a una segona fase de decisió, en què es classifica la relació de dret en la categoria apropiada de l'ordenament del fòrum, segons la qualificació *lex fori*.³¹

Quan el batlle hagi de determinar la llei aplicable a una institució desconeguda per l'ordenament andorrà, no podrà aplicar d'una manera automàtica una norma de conflicte del propi ordenament, ja que no trobarà la norma que s'ha d'aplicar; llavors haurà de fer un esforç complementari per a trobar-la. Haurà, doncs, d'examinar els caràcters de la institució estrangera per trobar afinitats i diferències amb les institucions del propi ordenament. Es tracta d'utilitzar la tècnica de la *transposició d'institucions*, fonamentada en l'equivalència d'institucions. Per mitjà d'aquesta *qualificació funcional* s'incideix en la funció social o econòmica d'aquella institució per trobar la institució que en l'ordenament andorrà desenvolupi la funció social o econòmica més propera a aquella estrangera.

Si les semblances entre la institució estrangera i la del fòrum són parcials, s'haurà de veure en quina mesura aquestes semblances són suficients per incloure la institució del dret estranger en la norma de conflicte del fòrum.

4.14. En el cas del matrimoni homosexual, previst en les legislacions d'Espanya, de Bèlgica, del Canadà i dels Països Baixos, es tracta d'una institució desconeguda al Principat, ja que la diferència de sexe entre els dos cònjuges és condició essencial per a la celebració d'un matrimoni a Andorra. Llavors, a falta d'aquest element essencial, la institu-

³¹ Cfr. BUCHER, A.; BONOMI, A. *Droit international privé*. Bâle: Helbing and Lichtenhahn, 2001, p. 141 i s.. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho internacional privado*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, p. 130.

ció estrangera no podrà automàticament ser assimilada al matrimoni tal com està configurat en l'ordenament jurídic andorrà.

Si una persona andorrana vol celebrar matrimoni amb una altra persona del mateix sexe en un país on la legislació nacional permeti el matrimoni entre dues persones del mateix sexe, des del punt de vista de l'ordenament andorrà aquesta unió no serà vàlida, ja que la persona andorrana no té capacitat matrimonial. Ens trobaríem en una de les situacions *claudicants*, freqüents en dret internacional privat. És a dir, situacions vàlides al lloc de celebració del matrimoni homosexual però nul·les en un altre país (Andorra). L'única manera d'evitar aquesta situació claudicant consistiria que els estats que admeten el matrimoni homosexual exigissin la pura aplicació de la llei nacional de cada contraent sobre capacitat matrimonial; però no es pot exigir a les autoritats d'un estat que siguin els guardians dels sistemes legals estrangers.

De totes maneres, es poden destacar els aspectes contractuals d'aquella unió diferent del matrimoni tradicional i fer entrar, en el cas d'Andorra, el matrimoni homosexual en la categoria d'unió estable de parella, prevista en la legislació del Principat, cosa que repercutirà en el reconeixement d'alguns efectes, especialment en l'àmbit patrimonial.

23. Crisis matrimoniales



Introducció

La LQM conté normes sobre celebració del matrimoni, unes relatives al fons i altres sobre la forma, però totes imperatives i, per consegüent, el seu incompliment comporta sancions. I ens referim a les hipòtesis en què el negoci matrimonial no ha respectat els impediments diriments, que afecten la validesa del matrimoni (art. 18 i 19, impediments absoluts i relatius), el consentiment matrimonial (art. 26-31) o l'observança de formes prescrites (art. 32 i s.). Dels articles 36 a 38 es desprèn que la nul·litat del matrimoni civil opera quan el negoci matrimonial no reuneix els pressupòsits continguts en la LQM sobre validesa del matrimoni. I hem de dir que les causes de nul·litat no són il·limitades, això és configuren un *numerus clausus*, per la qual cosa la nul·litat d'un matrimoni només es pot declarar per una de les causes previstes en la llei.

La separació i la dissolució del matrimoni són, en sentit estricte, fruit d'una crisi de convivència, que significa una interrupció, temporal o definitiva, de la vida matrimonial. S'ha de tenir en compte que si bé el matrimoni comporta una sèrie de drets i deures per als cònjuges (articles 8 i següents de la LQM), també existeixen una sèrie de principis informadors de la vida matrimonial o directrius generals de comportament dels cònjuges, com ara intentar i fer efectiu el perfeccionament material, corporal i espiritual de l'altre cònjuge i dels fills; respectar la personalitat de l'altre cònjuge i evitar tot acte de menyspreu, si bé ningú no és perfecte; viure junts, i guardar-se fidelitat. Seran causes de separació i de divorci les conductes que lesionin greument alguns d'aquests principis i que estan enumerades en els articles 39-43 de la LQM. El que antecedeix s'aplica al matrimoni civil i al matrimoni canònic, però les causes de nul·litat del matrimoni civil no són aplicables a les causes de nul·litat canònica.¹

¹ Hauríem d'incloure aquí les resolucions canòniques sobre el privilegi paulí, o la possibilitat de dissolució d'un matrimoni contret per dues persones no batejades, de les quals una, convertida a la fe cristiana, es bateja; també el privilegi paulí o dissolució *a lege* de matrimonis no sacramentals, fonamentada en el poder ministerial del Papa. Aquesta normativa es troba en els cànons 1.143-1.150.

Fins ara estem parlant de la regulació de les crisis matrimonials segons el dret intern andorrà, però el tema es complica quan entrem en l'àmbit del D. I. Pr., ja que existeixen diferències molt pregones entre els diversos drets estatals a l'hora de regular les crisis matrimonials, per la qual cosa poden sorgir nombrosos conflictes de jurisdiccions i conflictes de lleis. Encara més, darrere dels conflictes de lleis podem trobar conflictes de civilitzacions, és a dir, conflictes entre maneres de contemplar i regular les relacions socials, que són difícils de resoldre amb els tradicionals *conflictes de lleis*. Per veure algunes de les diferències entre legislacions estatals, direm que mentre que la normativa andorrana admet la nul·litat, la separació matrimonial i el divorci, en altres països no existeix ni la nul·litat ni la separació, però sí el divorci, com a Finlàndia i Suècia; la legislació d'alguns països musulmans admet el *repudi* com a forma de dissolució del matrimoni, que només pot ser sol·licitat per l'espòs, per la qual cosa té un caràcter unilateral; el divorci procedeix, segons la diversitat normativa, per declaració judicial (Andorra, Espanya, França); sense intervenció judicial, per notaris (Cuba), davant d'autoritats municipals (Japó), per autoritats administratives (Dinamarca) o per acord privat entre cònjuges (Tailàndia, Ghana). Si bé la major part d'estats admeten el divorci, les causes, el procediment i els efectes varien sensiblement d'un país a un altre. Pel que fa a l'Europa occidental, s'observa una clara evolució cap a la liberalització del divorci; en aquesta evolució destaca la igualtat entre marit i muller i són molt significatives les declaracions d'inconstitucionalitat de les regles de conflicte que donen preeminència a la llei del marit.

I. La nul·litat del matrimoni

I.1. Hem dit que la nul·litat opera quan el negoci matrimonial no reuneix els pressupòsits que la legislació andorrana exigeix per a la seva validesa. El capítol 6 de la LQM (articles 36 a 38) preveu unes determinades causes de nul·litat que afecten els diferents elements essen-

cials del matrimoni. La nul·litat ha de ser pronunciada per un tribunal a partir de les causes previstes i constitueixen un *numerus clausus*.²

1.2. En primer lloc, els *impediments* o conjunt de figures que constitueixen obstacles per part de les persones per a la validesa del matrimoni, com ara contreure matrimoni abans dels 16 anys, llevat de dispensa per la jurisdicció civil (art. 18.1 i 20.1), ja que Andorra considera que, donades les circumstàncies ambientals i culturals específiques, la maduresa biològica s'assoleix en aquesta edat; l'impediment *del vincle matrimonial*, en ser conseqüència de les propietats essencials del matrimoni, especialment la unitat (art. 18.2); els impediments *de parentiu*, que són uns instruments tècnics que el dret aporta per tutelar la família, l'objectiu dels quals és protegir la dignitat familiar i prohibir contreure matrimoni entre parents, en línia recta per consanguinitat o adopció entre parents en línia recta per consanguinitat, i en línia col·lateral per consanguinitat fins al quart grau, i els adoptats amb llurs germans adoptius (art. 19); i l'impediment *de crim*: els condemnats com a autors o còmplices de la mort del cònjuge de qualsevol d'ells.

1.3. En segon lloc, la manca de consentiment matrimonial o la concurrència de vicis en l'emissió del mateix consentiment (articles 27, 28 29 i 30 LQM): prestar consentiment qui no té la necessària capacitat d'actuar o qui no pot assumir les obligacions essencials del matrimoni per causes psíquiques, per existència d'error sobre la persona o per refusar una de les qualitats del matrimoni; contreure matrimoni enganyat per frau; i contreure matrimoni amb violència o por greu provinent d'una causa externa.

1.4. En tercer lloc, celebrar matrimoni sense respectar els requisits de forma i d'altres formalitats, és a dir sense la intervenció del cònsol o

² Per distingir entre nul·litat i inexistència de matrimoni, cfr. POUSSON-PETIT *La détermination en droit comparé. Etude comparative des causes d'inexistence, de nullité de mariage, de divorce et de séparation de corps, dans les systèmes européens*. Brussel·les, 1981, p. 62 i s.

de la persona delegada per ell, sense la presència de testimonis (art. 36.3) o sense l'autorització de la celebració del matrimoni civil donada pel registrador civil, excepció del cas d'imminent perill de mort (art. 34).

1.5. Les accions referents a la nul·litat de matrimoni civil poden fer aparèixer dificultats davant dels tribunals andorrans. En primer lloc, els tribunals andorrans s'hauran de pronunciar sobre el valor a Andorra d'una decisió estrangera referent a nul·litat de matrimoni, hipòtesi que abasta els conflictes de jurisdiccions i els efectes internacionals de sentències estrangeres. Perquè la sentència de nul·litat produeixi efectes a Andorra, se n'ha d'exigir el reconeixement i, en el seu cas, l'execució? Opinem que en tractar-se de matèria d'estat i capacitat de les persones, la sentència estrangera que complís els requisits d'autenticitat i legalització ja tindria l'autoritat de cosa jutjada al Principat d'Andorra, i per tant permetria als interessats contreure nou matrimoni sense necessitat d'exequàtur. Seguiríem la jurisprudència francesa continguda en la sentència de la Cour de Cassation de 9 de maig de 1900, afer *Wrède*:

“L'anul·lació d'un matrimoni, legalment i definitiva pronunciat, ha d'estar fora de l'abast de qualsevol atac, sigui de tercers, sigui dels mateixos esposos, doncs l'estat de les persones no pot ser incert ja que es produiria un trastorn greu en la família i un atemptat greu a l'ordre social: això ha d'ésser així, principalment, quan en base a la fe d'aquesta anul·lació, els esposos han contret noves unions; no hi ha lloc a excepcions en el supòsit d'un matrimoni entre estrangers anul·lat de manera regular pels tribunals del seu país.”³

³ Text a J. D. I. Clunet, 1900, p. 613.

De totes maneres, el TSJA podrà aplicar la normativa sobre exequàtur, és a dir fer superar un control, amb limitació dels motius de rebuig del reconeixement, com ara no-contrarietat manifesta amb l'ordre públic processal o rebel·lia del demandat. Aquest exequàtur serà necessari sempre que s'hagin de portar a terme actes d'execució sobre béns materials o coerció sobre persones.

1.6. En segon lloc, els tribunals andorrans hauran de pronunciar-se sobre la validesa d'un matrimoni celebrat a Andorra o a l'estranger entre andorrans o entre estrangers. Com que s'exigeix una sentència judicial, apareixeran problemes de competència judicial i de procediment, que es resoldran a partir del principi de la *lex fori*. En canvi, les condicions de l'acció de la nul·litat, és a dir, persones que estan legitimades per demandar, causa d'admissibilitat, estaran sotmeses a la llei que regula la formació del matrimoni.

A. Competència judicial internacional

1.7. El títol IV de la LQM, destinada a les disposicions generals comunes a tots els règims jurídics de matrimoni, dedica el primer capítol a la jurisdicció competent, és a dir a la potestat emanada de la sobirania de l'Estat andorrà, que no queda afectada per l'existència d'elements estrangers en el procés, si bé aquesta jurisdicció no abasta totes les situacions privades internacionals, ja que les normes de competència judicial internacional determinen i delimiten les situacions privades internacionals que poden ser conegudes pels tribunals andorrans.

1.8. Quan es tracti d'una acció relativa a la nul·litat del matrimoni civil, els tribunals andorrans són competents, en primer lloc si el matrimoni civil fou celebrat al país, regit per la LQM (art. 49.1); en segon lloc, si el demandat o demandant és nacional andorrà, encara que s'hagi d'aplicar una llei estrangera per decidir el fons del litigi (art. 48 LQM). El fur basat en la nacionalitat pot resultar exorbitant, per la qual cosa seria adequat exigir la concurrència de nacionalitat i residència habitual al Principat.

Podem observar que la LQM, en l'article 48, segueix la doctrina segons la qual els tribunals andorrans no poden entendre de la nul·litat d'un matrimoni quan correspongui pronunciar-s'hi a les autoritats estrangeres del lloc de celebració, que aplicaran la pròpia legislació en la matèria,⁴ llevat del supòsit en què un, almenys, dels cònjuges sigui andorrà.

I.9. Pel que fa a la nul·litat d'un matrimoni canònic, el seu coneixement està reservat als tribunals eclesiàstics, els quals aplicaran les causes de nul·litat previstes en el Codi de dret canònic (art. 44 a 46 i 58 de la LQM). Es pot plantejar el problema de la nul·litat d'un matrimoni corànic o rabínic quan una de les parts és andorrana. Sembla que el tema no té fàcil solució, ja que la legislació estrangera competent pot haver incorporat o permès una celebració confessional o en forma religiosa del matrimoni. Es podria seguir aquí la doctrina continguda en l'afer *Levinçon*, d'acord amb la qual la jurisdicció andorrana no tindria competència quan persones de fora porten davant els tribunals andorrans un litigi referent al seu estat civil, que hauria de ser resolt aplicant la llei nacional de les parts, especialment si es reserva el coneixement de l'afer a una autoritat religiosa.⁵

I.10. Quant als actes de procediment, administració de proves, incidents i recursos, pertany a la *lex fori*, que l'article 59 LQM concreta dient:

⁴ Cfr. NIBOYET *Traité de droit international privé français*. T. IV, núm. 1.579, p. 23 i s.; PRADALLE, G. DE LA *Les conflicts de lois en matière de nullité*. Bibliothèque de droit international privé, vol. 8, 1967, núm. 262.

⁵ Llegim en la sentència de la Cour de Cassation francesa de 29 de maig de 1905, exponent de la influència de l'escola de Mancini sobre la Cour de Cassation francesa (text a *J. D. I. Clunet*, 1905, p. 1-006), que en aquest cas la legislació nacional "enlève la connaissance du litige à l'autorité judiciaire pour la réserver à l'autorité religieuse et la soumet, quant à la forma, à des rites de nature confessionnelle, la défense faite par nos lois à nos tribunaux de s'ingérer dans les matières religieuses élève alors un fin de non-recevoir absolue contre l'action dont ils sont saisis". Aquesta posició fou reafirmada en l'afer *Frenkel* de 20 de juliol de 1911 (*Clunet*, 1912, p. 205) i fou seguida per nombroses decisions del Tribunal civil de la Seine, per exemple del 26 de juny de 1912, 27 de maig de 1913, 10 de desembre de 1918. A partir de 1921 hi ha decisions contràries a la sentència *Levinçon*, que reconeixen la competència dels tribunals francesos en el cas que la llei estrangera aplicable al fons del divorci prescrivís la intervenció de l'autoritat rabínica (sentència del Tribunal civil de la Seine, de 12 de desembre de 1921; sentència del Tribunal civil de Tolosa de 8 de juny de 1938) (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1939, p. 105).

“Les causes de nul·litat i de divorci del matrimoni civil es tramiten segons les normes comunes del procediment declaratiu abreujat, amb les excepcions contingudes en els articles d’aquest títol.”

B. Objecte i condicions de l’acció de nul·litat

1.11. Es podria establir un principi general sobre aquestes matèries, segons el qual la llei competent per fixar les normes de formació del matrimoni determina també si hi ha nul·litat i en quines condicions, és a dir, les exigències de fons corresponen a la llei nacional, i les de forma a la *lex loci celebrationis*. És la solució admesa per una doctrina unànime i consagrada per la jurisprudència i constituiria una aplicació particular al matrimoni d’un principi que val per al conjunt de les matèries sobre nul·litat.⁶

1.12. Sobre la determinació dels titulars de l’acció per demanar la declaració de nul·litat del matrimoni civil, la LQM reconeix en l’article 60 la legitimació activa als cònjuges; al Ministeri Fiscal; a qui hagi estat víctima de violència, de por greu o d’engany, i a qui tingui un interès directe i legítim, amb intervenció del Ministeri Fiscal. El que és clar en l’àmbit intern andorrà pot comportar delicats conflictes de lleis si hi ha elements estrangers. Hem de dir que la doctrina unànime considera que pertany a la llei que regula la formació del matrimoni determinar les persones legitimades per exercir l’acció de nul·litat. Així, si es tracta de la violació d’una condició de fons per part de l’espòs, serà la seva llei personal qui dirà si la nul·litat és absoluta o relativa i quines persones estan legitimades per presentar la demanda. En el supòsit que

⁶ Llegim en la nova redacció de l’article 107 del Codi civil espanyol: “La nulidad de matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.” Comentarís a la reforma de l’article 107: *cfr.* AA. DD. *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*. Madrid: Colex, 2004. Destaquem també BARATTA, R. *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*. Milà: Giuffrè, 2004; GAUDEMET-TALLON, H. “La désunion du couple en droit international privé”. *Recueil des Cours*, 1991, vol. 226, p. 9-206.

els esposos tinguin diferents nacionalitats, les condicions de fons del matrimoni són regulades per les lleis nacionals aplicades de manera distributiva. Si un cònjuge ha canviat de nacionalitat, s'haurà d'aplicar la llei nacional contemporània de la unió matrimonial,⁷ tenint en compte els casos d'impediments bilaterals, atès que la condició establerta per la llei nacional d'un cònjuge s'aplica també a l'altre. Seria el cas d'un marit bigam casat amb dona andorrana: si bé la llei personal del marit admet la poligàmia, la dona andorrana podrà presentar l'acció de nul·litat del matrimoni.

I.13. L'article 60 LQM, que esmenta el Ministeri Fiscal com a titular de l'acció de nul·litat de matrimoni, pot presentar problemes en l'àmbit internacional. En la concepció andorrana de l'organització judicial,⁸ el Ministeri Fiscal és part integrant del tribunal, el qual és l'emanació de la sobirania nacional. La seva intervenció serà d'acord amb la llei que defineix les seves funcions, és a dir la *lex fori*. Llavors si els tribunals andorrans són competents, el Ministeri Fiscal actuarà sempre de conformitat amb la legislació andorrana, encara que la llei estrangera aplicable al fons de la qüestió n'ignori l'actuació o la presència.

C. Efectes de la nul·litat

I.14. Una vegada declarada la nul·litat del matrimoni civil, s'han de determinar les conseqüències pel que fa als vincles d'àmbit personal i patrimonial, cosa que pot plantejar problemes de conflictes de lleis a causa de les divergències de les normatives nacionals aplicables. Així, algunes legislacions consideren que el matrimoni anul·lat desapareix de manera retroactiva, tant si hi ha o no bona fe per part d'un dels cònjuges; d'altres consideren que el matrimoni produeix, almenys per al període anterior a la declaració de nul·litat, efectes de matrimoni vàlid, especialment per al cònjuge de bona fe.

⁷ Un exemple el tenim en la sentència del Tribunal civil de la Seine de 4 d'abril de 1951. Text i comentari a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1953, p. 587.

⁸ *Cfr.* Títol IV de la CA.

l.15. Andorra forma part de les legislacions que preveuen, en primer lloc, la convalidació del matrimoni nul en cas de convivència durant un any a comptar des de la majoria d'edat si el matrimoni s'ha celebrat invàlidament per raó d'aquest impediment, i des del moment en què s'esvaeixi l'error o es descobreixi el frau o cessin la violència o la por (art. 37 LQM); en segon lloc, que reconeixen els efectes produïts respecte dels fills i del contraent o contraents de bona fe; és a dir, la institució del matrimoni putatiu, inspirada en el dret canònic. L'article 38 LQM diu:

“La declaració de nul·litat del matrimoni civil no invalida els efectes produïts respecte dels fills i del contraent o contraents de bona fe, la qual es presumeix si no es prova el contrari.”

Quina llei determinarà l'existència del matrimoni putatiu? En dret andorrà, el matrimoni putatiu és una ficció de validesa del matrimoni; llavors haurà d'ésser regit per la mateixa llei a la qual estarien sotmesos els efectes del matrimoni, si aquest fos vàlid. És a dir, una mateixa llei ha de regular els efectes d'un matrimoni vàlid i els d'un matrimoni nul, encara que sigui un matrimoni putatiu. Per tant, la llei que reguli l'eventual nul·litat del matrimoni ha de regular la seva presumpta validesa.⁹

⁹ Seguiríem la jurisprudència francesa en el cas *Moreau* del 6 de març de 1956. Text a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 305. El matrimoni putatiu o aparent és una figura jurídica reconeguda pel dret romà (*Digest*, XXIII, tit. II, 57, 1) i pel dret canònic (*Decretals*, llib. IV, tít. III i XVII). En la jurisprudència andorrana abunden els casos de reconeixement d'efectes d'un matrimoni nul al contraent de bona fe, com el següent: el Senyor F. Rivas va contreure matrimoni canònic a Pontevedra amb la Sra. M. D. Villaverde l'any 1947. Simulant ser solter, va contreure matrimoni civil a Montevideo (Uruguai) amb la Sra. C. Vilar i els nous esposos es traslladaren a viure a Ordino. El marit mor a conseqüència d'un accident de treball i s'inicia l'expedient per recurs contra decisions de la CASS (Caixa Andorrana de Seguretat Social), ja que apareixen les dues esposes com a beneficiàries del dret a percebre la pensió de viduïtat. El batlle episcopal i el jutge d'apel·lacions, reconeixent el dret a percebre la pensió de viduïtat tant a l'esposa del matrimoni canònic com a la contraent del matrimoni civil, la qual ignorava l'existència de l'anterior matrimoni legítim, decidiren que "la CASS deurà pagar a cadascuna la meitat de la renda estimada, salvant el cas de renúncia o mort d'una d'elles, en el qual cas pagarà la renda íntegra a l'altra" (sentència del batlle episcopal de 15/11/1973 i sentència del jutge d'apel·lacions de 03/07/1974, cas C. Vilar i M. D. Villaverde contra CASS, registre antic: 25/1973).

2.- Separació i dissolució del matrimoni. Especial referència al divorci

A. Naturalesa jurídica de les causes de separació i divorci

2.1. La LQM segueix el model dels ordenaments jurídics que disciplinen les situacions de crisi matrimonial conforme al sistema de separació o divorci-reme. És a dir, una vegada constatada la ruptura de la normal convivència i de la impossibilitat de continuar-la, es decreta la separació com a mesura de trencament temporal o la dissolució del vincle matrimonial pel divorci, amb l'establiment d'una sèrie de mesures personals i patrimonials que regularan la nova situació. Per tant, no s'adequa als sistemes anglosaxons, en què la separació i el divorci apareixen com a sanció al consort culpable i atribueixen al consort innocent totes les mesures al seu favor.¹⁰

La separació matrimonial comporta la suspensió de la vida en comú i altres efectes previstos per la llei, amb subsistència del vincle conjugal. La LQM regula dues classes de separació judicial: per mutu acord i la separació causal, amb la qual cosa la separació procedirà i serà viable quan un dels consorts acrediti que l'altre es troba en una de les causes de separació previstes en l'article 39: abandonament injustificat de la llar, infidelitat conjugal, maltractaments, injúries greus i d'altres causes que facin la vida conjugal massa difícil i, en general, qualsevol altra causa que sigui suficient per considerar que no és possible ni convenient la normal cohabitació entre consorts.¹¹

¹⁰ Sobre la naturalesa jurídica de les causes de separació i divorci, *cfr.* sentència del TSJA, sala civil, de 27 de març de 2003.

¹¹ Llegim al fonament II de la sentència del TSJA, sala civil, de 27 de març de 2003: "Malgrat això, i degut a que en moltes ocasions si bé és fàcil constatar la fallida de la convivència i la inviabilitat d'una normal i adequada convivència conjugal en el futur, esdevé difícil imputar exclusivament a un dels dos consorts la responsabilitat d'aquest trencament convivencial, perquè o bé les causes queden reservades al coneixement exclusiu del nucli familiar o bé, com sol ésser habitual, la situació de separació no és exclusivament atribuïble a un dels dos esposos, sinó a ambdós."

2.2. Pel que fa a la dissolució del vincle matrimonial, l'article 42 LQM preveu tres causes: la mort d'un dels cònjuges, la declaració de mort d'un dels cònjuges i el divorci. Aquesta última institució es caracteritza per ser causal, judicial i divorci-remei, és a dir, es tracta d'un mecanisme que permet dissoldre el vincle matrimonial quan ha fracassat. No es preveu, doncs, com a sanció a l'actitud o conducta d'un consort.

L'article 43 LQM enumera unes causes per poder iniciar l'acció de divorci, el principi rector de les quals és l'existència d'un trencament previ de la convivència matrimonial i la condemna ferma d'un dels cònjuges per haver atemptat contra la vida de l'altre (ascendents i descendents) o per haver estat condemnat a una pena efectiva de privació de llibertat superior a un any, sempre que es tracti d'un delictes dolós.

B. Incidència de la pluralitat i diversitat dels drets estatals sobre separació i divorci

2.3. En les relacions internacionals, la separació i el divorci plantegen tres categories de qüestions: la competència judicial internacional dels tribunals andorrans, la llei aplicable per la justícia andorrana i les condicions exigides perquè una sentència estrangera de separació o divorci produeixi a Andorra els efectes processals. També pot aparèixer el tema de la conversió d'una separació en divorci. El dret comparat mostra que la diversitat de regulacions estatals sobre aquests aspectes és molt remarcable. On es troba la base d'aquesta disparitat i diversitat de normatives? Certament, en la concepció de la separació i del divorci que els països tenen en el seu dret intern.¹²

I les diferències dels drets interns estatals tenen influència sobre les solucions del D. I. Pr. Mencionem, per exemple, el paper del dret intern

¹² Per a una visió històrica de la matèria, ANCEL, M. *Le divorce à l'étranger. La documentation française*. París, 1975; AA. DD. *Le divorce en Europe occidentale, la loi et le nombre*. GIRD, CETEL, INED, 1983; DURANTE, F. "Problèmes contemporains du divorce en droit international privé". *Recueil des Cours*, vol. 152, 1976; AA. DD. "Le droit de la famille à l'épreuve des migrations internationales". *Actes du colloque du LERADP de l'Université de Lille II*. París: LGDJ, 1993; Gaudemet-Tallon, H. "La désunion du couple en droit international privé". *Recueil des Cours*, vol. 226, 1951, p. 9-206.

sobre la concepció de l'ordre públic internacional en matèria de divorci, o les respostes a la qüestió de la competència judicial internacional, la llei aplicable i els efectes d'un divorci obtingut a l'estranger.

2.4. Pel que fa a la competència judicial internacional, a Anglaterra els tribunals són competents per pronunciar el divorci si un dels esposos està domiciliat a la Gran Bretanya a l'inici del procés o hi ha residit l'any que ha precedit la demanda.¹³ A la R. F. Alemanya les regles són complexes actualment; així, en el cas de dos esposos estrangers, els tribunals alemanys són competents si un dels esposos és apàtrida i té la seva residència habitual a Alemanya, o si els dos esposos de nacionalitat estrangera resideixen habitualment en territori alemany. Ara bé, si només resideix a Alemanya un dels esposos, els tribunals no seran competents en la hipòtesi que la decisió alemanya estigui amenaçada, de manera manifesta, per un no-reconeixement a l'Estat de la nacionalitat dels esposos.¹⁴ A Itàlia la competència judicial internacional dels tribunals italians està fonamentada, entre altres furs, en la nacionalitat italiana dels esposos i si Itàlia és el lloc de celebració del matrimoni.¹⁵

2.5. Els furs de competència judicial internacional dels tribunals espanyols estan recollits en l'article 22 LOPJ: quan ambdós cònjuges tinguin residència habitual en territori espanyol al temps de la demanda; quan el demandant sigui espanyol i tingui la residència habitual a Espanya; quan els cònjuges tinguin nacionalitat espanyola, sempre que promoguin la petició de comú acord o un amb el consentiment de l'altre; quan el demandat tingui domicili a Espanya, i quan ambdós cònjuges s'hagin sotmès als tribunals espanyols.

2.6. A la Unió Europea, el Reglament (CE) núm. 2201/2003 del Consell, conegut com a *Reglament Brussel·les II bis*, conté normes sobre com-

¹³ *Matrimonial and Family Proceedings Act of 1984*.

¹⁴ Article 600 del ZPO reformat per la Llei de 28 de juliol de 1986. Cfr. BASEDOW, J., "Les conflits de juridictions dans la réforme du droit international privé allemand". *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1987, p. 87 i s.

¹⁵ Articles 3 i 32 de la Llei de reforma del sistema de dret internacional privat de 1995.

petència i reconeixement en assumptes matrimonials. Pel que fa als furs de competència judicial internacional, es tracta d'una llista àmplia de furs de competència, de caràcter alternatiu i són controlables d'ofici: residència habitual dels cònjuges en el moment de presentació de la demanda; última residència habitual dels cònjuges, quan un d'ells encara resideix allí en el moment de presentar la demanda; residència habitual del demandat en el moment de presentació de la demanda; residència habitual d'un dels cònjuges en cas de demanda conjunta; residència habitual del demandant si ha residit allí almenys un any abans de la presentació de la demanda, o si ha residit allí els sis mesos immediatament anteriors a la presentació de la demanda i, o bé és nacional de l'Estat membre, o té allí el *domicili* en el cas del Regne Unit i Irlanda; nacionalitat d'ambdós cònjuges o, en el cas del Regne Unit i Irlanda, *domicili*.

2.7. Una vegada iniciat un procés de divorci internacional davant dels òrgans jurisdiccionals d'un Estat, la legislació aplicable es determina de conformitat amb les normes nacionals de conflicte de lleis, entre les quals hi ha una acusada diferència. La complexitat i divergència entre les normes nacionals de conflicte de lleis fa difícil preveure quina legislació nacional serà aplicable, especialment en el cas de situacions familiars en què els cònjuges no tenen una residència habitual o nacionalitat comuna, però el problema també apareix quan parelles de la mateixa nacionalitat se separen i es traslladen a diferents Estats.

2.8. En els països del *common law*, el problema de la llei aplicable té fàcil solució: els tribunals competents apliquen la seva pròpia llei material, cosa que no succeeix en la resta de països de l'Europa continental, on és fonamental la distinció entre competència judicial i llei aplicable. Les normes nacionals de conflictes de lleis poden preveure, en principi, només una regla per a una determinada situació, per exemple aplicació de la llei nacional dels cònjuges o la *lex fori*, i aquesta solució pot no correspondre a les legítimes perspectives dels cònjuges, ja

que poden sentir-se més estretament vinculats a una altra legislació estatal, encara que no en siguin nacionals.

2.9. El nou article 107.2 del Codi civil espanyol conté criteris de determinació de la llei aplicable a la separació i al divorci estructurats en *cascada*. En primer lloc, la separació i el divorci seran regulats per la llei espanyola si concorren dues circumstàncies de manera cumulativa: que la separació o el divorci es demani per ambdós cònjuges o per un amb el consentiment de l'altre, i que un dels cònjuges sigui espanyol o tingui la residència habitual a Espanya; en segon lloc, la separació i el divorci es regularan per la llei nacional comuna dels cònjuges en el moment de presentació de la demanda; en tercer lloc, la separació i el divorci es regularan per la llei de la residència habitual comuna del matrimoni en el moment de la presentació de la demanda; en quart lloc, la separació i el divorci es regularan per la llei de l'última residència habitual comuna del matrimoni, si un dels cònjuges encara resideix habitualment en aquest estat; en cinquè lloc, s'aplicarà la llei espanyola si un dels cònjuges és espanyol o resideix habitualment a Espanya.¹⁶

2.10. A Itàlia, la separació i el divorci es regeixen per la llei nacional comuna dels esposos; a falta de nacionalitat comuna, per la llei del lloc on la vida familiar està localitzada de manera preponderant, i si la llei estrangera ignora el divorci, serà aplicable la legislació italiana.¹⁷

2.11. Actualment no hi ha disposicions comunitàries sobre legislació aplicable al divorci, si bé és un tema que afecta un considerable nombre de ciutadans. L'harmonització de les normes de conflictes de lleis garantiria la seguretat jurídica i es procuraria assegurar que el divorci

¹⁶ ARENAS GARCIA, R. *Crisis matrimoniales internacionales*. Universidad de Santiago de Compostela, 2004. DIAGO DIAGO, M. P. "La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad". A: AA DD *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*. Madrid: Colex, 2004, p. 271-294.

¹⁷ Article 31 de la Llei de 31 de maig de 1995 que conté la reforma del sistema de dret internacional privat italià. Cfr. PICONE, P. *La riforma italiana del diritto internazionale privato*. Pàdua: Cedam, 1998. POGAR, F. *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*. Milà: Giuffrè, 1997.

es regís per l'ordenament jurídic més estretament vinculat amb els cònjuges, i es podria preveure el principi de llibertat d'elecció de la llei aplicable.¹⁸

2.12. Quant als efectes d'un divorci obtingut a l'estranger, a Anglaterra el divorci es reconeix sobre el pla de la competència dels jutges estrangers, sempre que hi hagi una vinculació estreta entre els esposos i el país on s'ha dictat la decisió sobre el divorci.¹⁹ A Itàlia, una decisió estrangera de separació o divorci serà reconeguda sempre que es compleixin les condicions previstes per l'article 64 de la Llei de 31 de maig de 1995, que utilitza com a element central de control de la regularitat o validesa internacional l'existència d'una legítima competència internacional dels jutges estrangers.²⁰ Espanya admet el reconeixement de decisions dictades en els supòsits de crisis matrimonials al règim genèric de reconeixement i execució de decisions judicials estrangeres previstes en el règim autònom. A França, una de les condicions del reconeixement del divorci obtingut a l'estranger és que la llei aplicada correspongués amb la que preveuria el D. I. Pr. francès, com es desprèn de l'article 310 del Codi civil.²¹

2.13. Tot el que precedeix explica que els esposos que pretenen evitar legislacions prohibitives o restrictives sobre divorci intentin treure profit de la pluralitat i diversitat de les legislacions estatals. Els ciutadans de la Unió Europea aprofiten cada vegada més els beneficis del mercat

¹⁸ Cfr. article 55.2 de la llei que conté el Codi de dret internacional privat de Bèlgica, de 16 de juliol de 2004, publicat el 27 de juliol del mateix any. Pel que fa a la Unió Europea, mencionem el *Llibre verd sobre normes de conflicte de lleis en assumptes relatius al divorci*, Doc COM (2005) 82 final, de 14 de març de 2005.

¹⁹ *Recognition of Divorces Legal Separations Act of 1971* i *Matrimonial and Family Proceedings Act of 1984*. Cfr. GRAVESON, R. H. "La nouvelle loi anglaise sur la reconnaissance du divorce et de la séparation de corps". *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1972, p. 543.

²⁰ L'article 64 diu: "La sentenza straniera é riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quanto: a) il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano..." Cfr. PICONE, P. *La riforma italiana...* cit. p. 490.

²¹ Cfr. COURBE, P. "Le divorce international. Premier bilan d'application de l'article 310 du Code civil". *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1989-1990, p. 123 i s.

interior i es traslladen d'un estat a un altre per raons professionals, i s'adonen que les condicions de divorci poden canviar de manera dràstica amb motiu del trasllat. Alguns estats aprofiten l'existència de legislacions rigoroses sobre divorci i faciliten de tal manera el divorci dels estrangers en el seu territori, que més aviat seria un simulacre d'un procés de divorci, amb violació, moltes vegades, dels drets de la defensa. Aquí apareix el tema de la indústria del divorci, que vol promoure el turisme i que provoca problemes de reconeixement i execució dels divorcis de complaença, com els obtinguts a l'estat de Nevada, als EUA.

C. Competència judicial internacional. Mesures provisionalíssimes i provisionals

2.14. Al Principat d'Andorra només els tribunals poden pronunciar una separació o un divorci. Si no és de mutu acord, el procediment es resol segons les normes comunes del procediment declaratiu abreujat, amb les excepcions i especificitats contingudes en el títol IV LQM (articles 43.2, 59, 60, 61, 63, 64, 65). Si la separació o el divorci és de mutu acord, els articles 43.2 i 61 preveuen la proposició d'un conveni per protegir els drets d'ambdós cònjuges i dels fills, que ha de comprendre tots els aspectes exigits per les disposicions dels articles 52 a 57 LQM.²²

2.15. El capítol I del títol IV LQM, articles 48 i 49, conté les normes de competència judicial internacional del dret andorrà per entendre de les causes de separació o divorci; però els diversos supòsits previstos són complexos i de difícil interpretació. El primer fur previst en l'article 48, amb formulació negativa, exclou la competència dels tribunals andorrans:

“Els tribunals andorrans no tenen competència per entendre en les causes que afectin el vincle matrimonial i que hagin de ser

²² Els articles 52 a 54 parlen de les mesures sobre pàtria potestat, educació, guarda, drets de visita dels fills; l'article 55 fa referència a la dissolució del règim econòmic del matrimoni; els articles 56 i 57 estan dedicats a l'ús del domicili familiar i la fixació d'una pensió compensatòria.

substanciats en aplicació d'una llei estrangera, llevat del supòsit en què un, almenys, dels cònjuges sigui andorrà.”

Per tant, declara no competents els tribunals andorrans per conèixer les causes que afectin el vincle matrimonial i que hagin de ser substanciades en aplicació d'una llei estrangera, si bé tot seguit trobem una excepció a la norma general, ja que es preveu la competència dels tribunals andorrans si almenys un dels cònjuges és andorrà. Aquesta redacció, que pot portar a confusions, deixa irrelevants les previsions dels números 4 i 5 de l'article 49 LQM, que fan referència a cònjuges casats a Andorra amb anterioritat a la LQM, i el cònjuge andorrà casat canònicament o civil a l'estranger, si el matrimoni figura inscrit a Andorra. Seria un cas semblant a la competència dels tribunals francesos fonamentada sobre els articles 14 i 15 del Codi civil: quan els tribunals francesos no són competents en virtut de les normes ordinàries de competència internacional, ho seran si un, almenys, dels cònjuges té nacionalitat francesa.²³ Podem afirmar, doncs, que els tribunals andorrans seran competents per entendre de causes de separació i divorci sempre que un, almenys, dels cònjuges tingui nacionalitat andorrana. En quin moment ha d'existir la nacionalitat andorrana? Opinem que en el moment de la presentació de la demanda, i si la persona andorrana perd la nacionalitat després d'haver-se iniciat el litigi, seguirà vigent el privilegi atorgat per la nacionalitat.

2.16. La competència judicial internacional dels tribunals andorrans pot donar-se també en el cas de dos cònjuges estrangers. Els supòsits estan previstos en els números 1, 2, 3 i 4 de l'article 49 LQM:

- a) Quan es tracta de separació o divorci de matrimoni civil celebrat a Andorra regulat per la LQM (art. 49.1).

²³ Encara que els articles 14 i 15 del Codi civil prevegin les “obligacions contractades”, la Cour de Cassation ha reconegut un àmbit d'aplicació més gran, per tant també aplicables al divorci (Cass. 1ère civ., 17 de novembre de 1981, 21 de gener de 1992 i 27 de gener de 1993).

b) De la separació i divorci de cònjuges units per matrimoni canònic, si la part demandada té domicili i residència a Andorra (art. 49.2).

c) De la separació i divorci de matrimoni civil celebrat fora d'Andorra, si la part demandada té domicili i residència a Andorra (art. 49.3).²⁴

d) De la separació i divorci de dos cònjuges residents, casats a Andorra, amb anterioritat a la LQM.

Si bé el número 3 de l'article 49 només parla de "separació", el TSJA, aplicant els principis generals del dret, ha arribat a la conclusió que l'esmentada disposició també és aplicable al divorci.²⁵

2.17. En el supòsit que cap jurisdicció estrangera no es declarés competent en un litigi sobre separació o divorci, la incompetència dels tribunals andorrans podria constituir un cas de denegació de justícia. Per tant seríem partidaris en aquestes circumstàncies de la competència judicial internacional dels tribunals andorrans, sempre que el cas presenti uns vincles amb Andorra.²⁶

2.18. L'article 51 LQM, que està dins del capítol 2, dedicat a *Mesures provisionals per demanda de nul·litat, de separació o de divorci*, regula les dues classes o grups de mesures cautelars: les *provisionalíssimes* i

²⁴ El TSJA ha declarat la incompetència dels tribunals andorrans en un supòsit de separació matrimonial en què cap dels cònjuges no tenia nacionalitat andorrana i el demandat ja no residia al Principat en el moment de presentació de la demanda; és més, es trobava en parador desconegut des que va abandonar territori andorrà. Afirmar la STSJA, sala civil, de 25 de febrer de 1999: "perquè l'únic fonament de la declaració d'incompetència és la de no concórrer en el demandat el requisit ineludible de tenir domicili i la residència a Andorra quan s'interposa la demanda de separació, i no la caducitat de les mesures adoptades en l'acte de la Batllia..."

²⁵ La sentència del TSJA, sala civil, de 28 de setembre de 1998, considera que en una interpretació purament formalista i privada de perspectiva "es podria entendre que en el cas concret solament es refereix a la separació i no a les causes per divorci, al contrari que el precedent que inclou la segona acció, més solament referida al matrimoni canònic, tal conclusió repugna a la més elemental lògica i correcta interpretació de la llei", i continua enumerant els paràmetres que s'han de resoldre per a una correcta interpretació de la llei.

²⁶ Seguiríem la jurisprudència francesa en el cas *De Bendern* (Cass. 1ère civil, de 13 de gener de 1981): "Les tribunaux français n'ont pas vocation à corriger les dénis de justice commis dans le monde entier; il faut encore qu'une circonstance particulière rattache à la compétence française l'objet du litige" (Text i comentari a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1981, p. 331).

les denominades pròpiament *provisionals*. La jurisdicció civil, a instància del cònjuge que es proposa interposar o que ha formulat la demanda de separació, nul·litat o divorci i quan existeixen raons de necessitat o urgència, pot adoptar mesures provisionalíssimes que abastin la separació dels cònjuges, l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, la contribució a les càrregues del matrimoni, la conservació i l'administració dels béns del matrimoni, la fixació d'una pensió per als fills, tot això abans de traslladar la demanda a l'altra part o en qualsevol moment posterior a aquest i anterior a la compareixença.

Les mesures pròpiament provisionals són anteriors o concomitants a la presentació de la demanda. Si aquestes últimes són adoptades abans de l'admissió de la demanda “queden sense efecte si en el termini de 30 dies naturals no s'hi interposa aquella demanda”. Llavors, queda clar que les mesures provisionalíssimes són de naturalesa excepcional i solament per raons d'urgència o casos de necessitat.²⁷

2.19. Els tribunals andorrans seran competents per adoptar mesures provisionalíssimes o provisionals en el supòsit d'una demanda de separació o divorci a l'estranger i, per exemple, uns béns es troben en territori andorrà. Si aquestes mesures han estat decidides per un tribunal estranger, els tribunals andorrans procuraran respectar la decisió estrangera, sempre que no s'atempti contra l'ordre públic andorrà.

Hi ha una nombrosa jurisprudència andorrana sobre la competència dels tribunals andorrans i la llei aplicable a les mesures provisionals: pel que fa a la competència judicial, els batlles “com a jutges del domicili dels consorts no poden apartar-se del coneixement dels autes sobre mesures cautelars dimanants de l'admissió de demanda de separació conjugal”.²⁸

²⁷ Sobre la distinció entre mesures provisionalíssimes i provisionals, *cf.* aute del TSJA, secció civil, de 18 de desembre de 1997, i 16 d'abril de 2003.

²⁸ Aute del batlle episcopal, cas *J. Janin contra J. Armengol*, data d'inici: 28/04/1965, data final: 01/06/1966, confirmat pel jutge d'apel·lacions i pel Tribunal Superior d'Andorra a Perpinyà, registre antic: 51/1965.

Quant a la llei de fons, diverses sentències recorden que “les mesures provisionals relatives a la situació d’anormalitat en la vida matrimonial es regeixen per la llei nacional dels esposos, és a dir, per l’estatut personal”,²⁹ si bé en cas d’esposos de diferents nacionalitats, concretament d’esposa de nacionalitat andorrana i marit de nacionalitat espanyola “serà oportú aplicar cumulativament, per una part, el costum i els drets supletoris vigents a les Valls i, per altra part, el disposat a la llei espanyola...”³⁰

D. Llei aplicable

2.20. Hi ha una total absència de disposicions legislatives sobre llei aplicable a la separació i al divorci, però els tribunals andorrans, quan tenen competència judicial internacional, han de saber quina llei s’aplicarà al fons del litigi: l’andorrana o una d’estrangera. Podríem iniciar el tema distingint entre esposos de nacionalitat comuna i esposos de diferents nacionalitats, partint de la base que la separació i el divorci, com les altres institucions sobre estat de les persones, estan sotmeses, en principi, a la llei nacional, amb la possible incidència de les normes sobre competència judicial internacional sobre la matèria.

2.21. El divorci d’esposos de nacionalitat comuna està sotmès a la llei nacional comuna en el moment de presentar la demanda. Aquesta solució està fonamentada en la tradició andorrana de regular l’estat de les persones per la llei nacional.³¹ No hi ha cap dificultat, doncs, si els dos cònjuges són andorrans: serà aplicable la llei andorrana. Si un dels

²⁹ Aute del batlle episcopal de 19/09/1969 i aute del jutge d’apel·lacions de 24/04/1970, cas A. *López contra M. Rozados*, registre antic: 25/1969.

³⁰ Autes del batlle episcopal i del jutge d’apel·lacions, cas M. T. *Castells contra J. Fontanet*, data d’inici: 19/09/1975, data final: 22/04/1976, registre antic: 125/1975.

³¹ Seguint la jurisprudència francesa anterior al 1975, que es basava en la interpretació tradicional de l’article 3.3 del Codi civil; també és conseqüent amb el principi de la nacionalitat que regeix l’estat civil i el dret de família a Espanya (article 9.1 Codi civil). El TSJA, sala civil, en la sentència de 15 de maig de 1997, en un procediment d’executur d’una sentència italiana de separació, afirma que es donen els requisits de l’article 49 de la llei transitòria de procediments judicials, entre els quals el de la llei aplicable: “va ser la llei italiana, llei personal de les parts que va ésser aplicada, d’acord amb els principis del dret internacional privat...”

esposos és andorrà i l'altre estranger, casats fora del Principat, amb domicili i residència en territori andorrà, serà aplicable la llei andorrana, pel domicili i la residència comuns, ja que hi ha una forta integració en el medi local andorrà.³²

2.22. En el supòsit de dos cònjuges estrangers, de nacionalitat comuna o de diferents nacionalitats, casats a Andorra, amb domicili i residència al Principat, o la part demandada té domicili i residència en territori andorrà, serà aplicable la normativa andorrana. La celebració del matrimoni i la residència i domicili a Andorra justifiquen l'aplicació de la llei andorrana. La mateixa solució en el cas que la legislació comuna o la d'un dels esposos no reconegui o prohibeixi el divorci.³³

2.23. Quant als esposos estrangers, de nacionalitat comuna o de diferents nacionalitats, que s'han casat al Principat i hi ha una forta integració de la família en el medi andorrà pel domicili i residència, educació dels fills, intenció de romandre en territori andorrà, etc., podria entrar en acció la competència subsidiària de la llei del domicili i residència efectius, amb caràcter estable. En aquestes circumstàncies hi hauria coincidència entre competència judicial i competència legislativa, argument essencial a favor d'aplicar la llei del domicili.³⁴

Si les lleis nacionals dels cònjuges estrangers no es declaraessin aplicables en un cas en què són competents els tribunals andorrans, la legislació andorrana entraria en acció. En el supòsit d'apàtrides o refugiats, el país del domicili (Andorra) fa de país nacional, i això sense tenir en compte el Conveni de Ginebra de 28 de juny de 1951.

³² Seguint la jurisprudència francesa en l'afar *Rivière* (Cass. 1er civ., de 17 d'abril de 1953. Cfr. FRANCESCAKIS, PH. "Le divorce d'époux de nationalité différente après l'arrêt Rivière". *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1954, p. 325 i s.).

³³ Sentència *Del Torchio* (Cass. 1re civ., de 17 de novembre de 1958) i afar *Corcos*, de 22 de febrer de 1961. (Textos i comentaris a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1959, p. 482; 1961, p. 734).

³⁴ Cfr. BATIFFOL-LAGARDE escriuen: "L'introduction d'une compétence subsidiaire de la loi du domicile répond rationnellement à la difficulté d'appliquer la loi nationale quand une relation de famille concerne deux époux de nationalité différente..." (*Droit international privé*, t. II, cit., núm. 443).

E. Efectes del divorci i de la separació

2.24. La separació o el divorci produeixen diversos efectes. Així com la *lex fori*, que ha regulat el procediment, serà competent per fixar, en l'àmbit processal, els efectes de la separació i el divorci, la *lex divortii* o la *lex separationis* regularan la majoria dels efectes de caràcter personal i de caràcter patrimonial.

Entre les qüestions regulades per la llei del divorci o de la separació podem enumerar l'admissió de la separació i del divorci; les causes de la separació i del divorci; l'exigència o no d'un conveni regulador; la fixació d'aliments i de la pensió compensatòria; si s'ha de procedir o no a la dissolució de règim econòmic matrimonial; si la declaració de mort dissol o no el matrimoni; l'assignació del domicili conjugal, etc. Queden exclosos de dita llei, les pensions i prestacions de la seguretat social; els noms i cognoms de les persones després del divorci; els drets successoris, etcètera.

2.25. El divorci pronunciat pels tribunals andorrans o per una autoritat estrangera, reconegut a Andorra, dissol el vincle matrimonial i el règim econòmic matrimonial (art. 42 i 55 LQM). Si el divorci concerneix a un espòs la llei del qual ignora el divorci, l'espòs podrà tornar a casar-se, atès que la concepció objectiva del vincle matrimonial i com que aquest afecta de manera indivisible ambdós cònjuges, porta a afirmar l'aptitud de tornar a contreure matrimoni per part dels dos cònjuges.³⁵ La llei andorrana (llei del divorci) indicarà també a partir de quin dia els espòs estan divorciats. Des d'un punt de vista general, es podrà afirmar que les condicions en les quals els espòs divorciats poden tornar a contreure matrimoni pertany a la llei personal, però a Andorra respectarí-

³⁴ Cfr. BATIFFOL-LAGARDE escriuen: "L'introduction d'une compétence subsidiaire de la loi du domicile répond rationnellement à la difficulté d'appliquer la loi nationale quand une relation de famille concerne deux époux de nationalité différente..." (*Droit international privé*, t. II, cit., núm. 443).

³⁵ D'una manera clara ho va dir la sentència del Tribunal de la Seine (1re ch.), de 17 de març de 1948 (cfr. text i comentari, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1948, p. 112). És la solució de l'article 11 del Conveni de l'Haia de 1970 sobre reconeixement de divorcis i separacions de còssos (no en vigor a Andorra).

em aquella concepció objectiva, abans esmentada, i, endemés, l'ordre públic internacional andorrà interviendria si s'hagués d'aplicar una llei estrangera que anés contra la llibertat de tornar a celebrar matrimoni o significués una discriminació contra un dels cònjuges. Per aquesta raó, la Llei 14/2004, de 3 de novembre, qualificada de modificació de la Llei qualificada del matrimoni, va suprimir l'article 13 de la LQM.³⁶

2.26. Els articles 52 a 54 LQM preveuen les mesures definitives sobre educació, guarda, pàtria potestat i dret de visita, on el principi rector és el *favor filii*, ja que s'adopta en interès i benefici seu (art. 53). Podria sorgir el problema sobre si la llei aplicable a la guarda i protecció dels menors és de competència de la llei del divorci, de la llei personal o de la residència habitual del menor. Opinem que la llei del divorci és preferible a la llei personal del menor, però cal tenir en compte que el Conveni de l'Haia de 19 d'octubre de 1996, referent a la competència, la llei aplicable, el reconeixement, l'execució i la cooperació en matèria de responsabilitat parental i de mesures de protecció dels menors, s'inclina per la llei de la residència habitual del menor. L'aplicació d'una llei estrangera a la qüestió de la guarda i custòdia dels fills menors d'edat podria ser descartada per l'ordre públic internacional andorrà si anés contra els principis fonamentals de l'ordenament andorrà, com ara donar automàticament la guarda i custòdia al pare o a la mare segons l'edat i el sexe del menor. S'haurien de respectar les disposicions de l'article 54 sobre exercici de la pàtria potestat, que correspon a ambdós cònjuges i només es pot perdre per una decisió judicial motivada i ferma, i sobre dret de visites, que només excepcionalment es pot limitar o suspendre.³⁷

³⁶ L'article 13 estava destinat a prohibir el casament en segones núpcies a la dona vídua o divorciada o que hagués obtingut la nul·litat matrimonial en un termini anterior a tres-cents dies de la mort del marit o a comptar de la data de la providència o l'aute de mesures provisionals dels articles 51, 63 i 64 LQM (BOPA, 01-12-2004). En aquest sentit, *cf.* sentència del TEDH, afer *F. contra Suïssa*, de 18 de desembre de 1987, sèrie A, núm. 128.

³⁷ Per determinar fins on pot arribar l'acció de l'ordre públic internacional en aquestes matèries, vegeu el dret que ha sorgit del Conveni europeu de drets de l'home. Per exemple, la sentència de 23 de juny de 1993, afer *Hoffmann contra Àustria*, sèrie A, núm. 255 C, referent a la no-atribució de drets parentals a la mare després del divorci pel fet de la seva pertinença als Testimonis de Jehovà.

2.27. Quant als efectes patrimonials del divorci, distingim els referents als esposos i els referents als fills, si bé alguns repercutiran al mateix temps en els esposos i en els fills, com ara l'ús del domicili familiar i dels seus objectes, que es determinen, a manca d'acord, tenint en compte el cònjuge més necessitat i l'interès dels fills (art. 56 LQM). Si un cònjuge experimenta un desequilibri econòmic en relació amb l'altre que ocasiona un empitjorament respecte de la seva situació anterior en el matrimoni, té dret a una pensió, que es fixarà en una resolució judicial que podrà ser modificada, substituïda o es podrà extingir (art. 57 LQM).

Els efectes patrimonials respecte dels fills es refereixen a la pensió alimentària a càrrec del cònjuge que no en té la guarda i custòdia. La jurisprudència, basada en el dret romà, considera l'obligació d'aliments com una obligació natural, moral, pública, transcendental, consubstancial i irrenunciable, que no es pot embargar, no es pot sotmetre a transacció o arbitratge i és imprescriptible, però variable.³⁸

En supòsits amb elements estrangers, hi haurà l'aplicació del divorci, matissada o complementada amb la llei andorrana, especialment per l'excepció de l'ordre públic internacional per assegurar el mínim vital en aliments, entesos com tot allò que és necessari per a la vida d'una persona.³⁹

F. Reconeixement de decisions estrangeres sobre separació i divorci

2.28. La gran majoria de divorcis pronunciats a l'estranger són resultat de decisions judicials, és a dir, amb intervenció dels òrgans judicials, si bé en nombrosos sistemes jurídics estrangers és possible un divorci

³⁸ Cfr. Autes del TSJA de 27 d'abril de 1995, 26 d'octubre de 1995, basant-se en el Codex 6, 61, 5 i 1 i 3, tit. 19, partida 4a; *Constitucions de Catalunya*, vol 5, l, 1, li. 30 llei única.

³⁹ El dret romà considerava inclosos en el concepte d'aliments les despeses de malaltia, el menjar, la beguda, el vestit i tot allò que servís per protegir i tenir cura del cos (*Digest* 7, l, 45; 50, 16, 43, 44 i 234). L'acceptació del Conveni de l'Haia de 2 d'octubre de 1973, sobre llei aplicable a les obligacions alimentàries, faria variar i modernitzar els punts de connexió. Cfr. HELZFELDER *Les obligations alimentaires en droit international privé*. París, 1981. La Conferència de l'Haia de dret internacional privat està treballant en el text d'un nou conveni sobre aliments que substituïria tots els convenis existents.

ci sense intervenció judicial, com ara el divorci acordat per autoritats públiques no judicials, divorcis privats sota supervisió d'autoritats públiques estrangeres o divorcis privats pactats per les parts sense intervenció de cap autoritat.

El reconeixement a Andorra de les decisions dictades a l'estranger en supòsits de crisis matrimonials està sotmès al règim genèric del reconeixement i l'execució previst en l'article 19 LQJ, però apareixen algunes especialitats referents a les resolucions judicials canòniques, definitives i fermes, ja que l'article 58.2 LQM estableix que aquestes decisions "tenen plena eficàcia civil d'acord amb l'ordenament jurídic del Principat". Llavors, l'eficàcia de les sentències o altres resolucions canòniques fermes i definitives relatives a la dissolució o nul·litat del vincle matrimonial no és automàtica, sinó que s'ha de procedir a un judici d'exequàtur i comprovar que s'ajusta a l'ordenament jurídic andorrà.⁴⁰

2.29. L'aplicació, per la jurisprudència andorrana, de l'article 19 de la LQJ i de l'article 49 de la Llei transitòria de procediments judicials a l'exequàtur de decisions judicials de separació i divorci indica que una decisió estrangera serà reconeguda si es compleixen cumulativament els requisits següents:

- a) la competència de la jurisdicció que l'ha dictat;
- b) la regularitat del procediment emprat davant dita jurisdicció;
- c) l'aplicació de la llei competent segons les regles nacionals de conflictes;
- d) la conformitat a l'ordre públic nacional i internacional;
- e) l'absència de tot frau a la llei nacional.⁴¹

⁴⁰ L'article 48.3 LRC preveu l'anotació amb valor simplement informatiu: "la sentència o la resolució canònica l'execució de la qual no hagi estat decidida per la jurisdicció civil, en els casos en què tal decisió sigui necessària..."

⁴¹ *Cfr.* Sentències del TSJA, secció civil, de 22 de gener de 1998; 8 d'abril de 1998; 18 de juny de 1998; 28 de setembre de 1998.

Examinarem cada un d'aquests cinc requisits o condicions aplicades a la separació i al divorci.

2.30. En primer lloc, *la competència de la jurisdicció que l'ha dictat*. Es tracta, com és obvi, de la competència judicial internacional del jutge estranger, del qual dimana la decisió a reconèixer a Andorra.

Hi ha tres sistemes per respondre a la qüestió. El primer consisteix a verificar la competència del jutge estranger d'acord amb les normes estrangeres de competència judicial internacional directa, partint de la idea que no es pot demanar a un jutge que apliqui normes sobre competència judicial internacional diferents de les del propi estat. El segon sistema parteix de la base de verificar la competència judicial internacional estrangera segons les normes andorranes de competència judicial internacional. El tercer sistema consisteix a elaborar normes andorranes especials per a la competència judicial internacional indirecta. Serien normes andorranes, ja que es tracta de fer produir efectes al Principat d'una decisió estrangera, però serien normes pròpies, ja que les normes andorranes de competència judicial directa no serien apropiades per apreciar la competència judicial indirecta. La doctrina és favorable a aquest últim sistema, com també bona part de la jurisprudència francesa, especialment després de l'afer *Simitch*, de 6 de febrer de 1985.⁴²

2.31. El segon requisit és *la regularitat del procediment emprat davant la jurisdicció estrangera*. Els tribunals andorranos han de verificar si el desenvolupament del procés davant la jurisdicció estrangera ha estat *regular*, i aquesta regularitat només s'ha d'apreciar en relació amb l'ordre públic internacional andorrà i amb el respecte als drets de la de-

⁴² Entre la doctrina destaquem HOLLEAUX, D. *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*. Paris: Dalloz, 1970. Cfr. l'afer *Simitch*, de la Cour de Cassation francesa, en què la condició essencial perquè el jutge estranger, que ha dictat la resolució, sigui considerat competent és l'existència d'un vincle entre el litigi i el jutge estranger, com llegim: "le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi, et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux". (Text a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1985, p. 369.) La mateixa solució en la sentència del 6 de gener de 1987 (text a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1988, p. 337.)

fensa. En aquest moment convé destacar que es tracta d'evitar el reconeixement de decisions estrangeres recaigudes en processos, en el desenvolupament dels quals s'han vulnerat els drets de la defensa del demandat. I aquesta vulneració pot derivar, bé d'una manca de forma de la notificació de la demanda al demandat que hagi impedit una defensa real en el procés d'origen, bé per manca de temps per preparar adequadament la defensa processal del demandat.⁴³

Serien considerades contràries al principi andorrà de respecte dels drets de la defensa les sentències, admeses en alguns estats americans, pronunciades en un procés de rebel·lia sobre fets al·legats pel cònjuge demandant.⁴⁴ Pel que fa a l'absència de motivació en una sentència estrangera de divorci, pràctica habitual en alguns països anglosaxons en què el jutge emet *decrees* i no *judgements*, hem de dir que això només constituirà motius de denegació de l'exequàtur si el conjunt de la decisió estrangera permetés apreciar una contradicció amb l'ordre públic andorrà. Tampoc no es pot oblidar que l'article 6 del CEDH, del Consell d'Europa, de 1950, exigeix que tot Estat ha de controlar que les sentències estrangeres hagin estat dictades amb total respecte de les garanties que exigeix el dret a un procés equitatiu.⁴⁵

2.32. El tercer requisit és *l'aplicació de la llei competent segons les regles nacionals de conflictes*. Consisteix a examinar si el tribunal estranger va aplicar al litigi la mateixa llei que haurien aplicat els tribunals andorrans o una llei que conduís a un resultat equivalent al que hauria donat lloc l'aplicació de la norma de conflicte andorrana.

⁴³ Els motius de vulneració als drets de la defensa es troben a l'article 34.2 del reglament comunitari 44/2001. També és conforme amb la jurisprudència francesa, continguda en l'afer *Bachir*, Cour de Cassation 1ère civil, del 4 d'octubre de 1967 (text a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1968, p. 98), i altres decisions de la Cour de Cassation: 19 de desembre de 1972, 22 de febrer de 1978 i 6 de juny de 1990.

⁴⁴ En aquest sentit, la sentència de la Cour de Cassation, de 22 de gener de 1951, afer *Weiller*. Es tractava d'una sentència de Reno (EUA) en què el jutge "a statué sans la moindre précision, sur la simple affirmation par la dame Weiller de faits de cruauté et sans autre preuve que le serment de la demanderesse". Text a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1951, p. 167.

⁴⁵ *Cfr.* Sentència del TEDH de 20 de juliol del 2001, afer *Pellegrini*.

Convindria no ser massa exigents en aquest requisit, que està exclòs del Reglament Comunitari núm. 2.201/2003 del Consell d'Europa, de 27 de novembre del 2003 (article 25), ja que sembla il·lògic admetre que un tribunal estranger sigui judicialment competent i acte seguit posar-nos en el tema de la llei aplicada per aquest tribunal. La teoria de l'equivalència de resultats ens permetria limitar l'àmbit de la llei aplicada pel jutge estranger: és suficient que la solució donada al litigi sigui substancialment la mateixa que hauria resultat d'aplicar als fets la llei competent segons el dret internacional privat andorrà.⁴⁶

2.33. El quart requisit és *la conformitat a l'ordre públic nacional i internacional*. No produirà efectes a Andorra una sentència estrangera sobre divorci que vulneri els principis fonamentals bàsics i irrenunciables del dret andorrà en el moment en què es demana l'exequàtur; tampoc no serà reconeguda una decisió estrangera que suposi la vulneració dels drets humans i dels drets fonamentals recollits en la Constitució i en el Conveni europeu de drets humans de 1950.

Convindria destacar la distinció entre l'adquisició de drets a Andorra i els efectes al Principat de drets adquirits a l'estranger, com fou establert per la sentència de la Cour de Cassation francesa de 17 d'abril de 1951, afer *Rivière*, a propòsit del reconeixement a França d'un divorci estranger per consentiment mutu, de caràcter administratiu i no judicial, en què es parlava d'una atenuació dels efectes de l'ordre públic: l'efecte de l'ordre públic respecte d'un divorci pronunciat a l'estranger es troba atenuat quan es tracta simplement de posar en obra un dret nascut i adquirit a l'estranger.⁴⁷

No serà reconeguda una sentència estrangera que sigui inconciliable amb una decisió andorrana de data anterior; tampoc no ho serà si la sentència estrangera no respecta la igualtat de drets entre l'home i la dona.

⁴⁶ L'origen d'aquesta teoria es trobaria en la sentència de la Cour de Cassation, de 29 de juliol de 1929, afer *Drichemont contra Dame Schmidt*. Text a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1931, p. 334.

⁴⁷ El text de la sentència a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1953, p. 412. Una confirmació del principi en la sentència del Tribunal de la Seine, 5e ch., de 22 d'octubre de 1956.

2.44. El reconeixement del *repudi* o del divorci *inter privatos*, procedents de països islàmics, pot plantejar problemes. El repudi de la dona pel marit és una institució complexa, ja que pot donar-se existint els consentiment dels dos esposos o ser imposat pel marit utilitzant un poder discrecional, ja que els *aduls* (jutges) no poden ignorar o permetre que continuï el vincle matrimonial contra la voluntat del marit. El repudi pot ser revocable o irrevocable; en el primer cas el marit té la facultat de tornar a admetre la repudiada com a esposa dins d'un termini de temps, però no es tracta de la separació del dret andorrà.

En el supòsit de repudi amb consentiment dels dos esposos o d'un repudi decidit pel marit i acceptat per la dona, hi hauria una assimilació amb el divorci.⁴⁸

2.45. El cinquè requisit és *l'absència de tot frau a la llei nacional*. El frau a la llei fou identificat i sancionat en matèria de divorci en la sentència de la Cour de Cassation francesa de 8 de març de 1878, afer *Princesa de Beaufremont*. Una dona francesa, en una època en què el divorci estava prohibit a França, adquireix la nacionalitat del ducat de Saxònia-Altemburg amb l'única finalitat d'obtenir el divorci i poder-se casar amb el príncep Bibesco. El divorci i el nou matrimoni foren declarats ineficços a França, ja que s'havia realitzat en frau de la llei francesa. Hi va haver la modificació d'un punt de connexió: la nacionalitat, que va provocar l'aplicació d'un dret diferent del que s'havia d'haver aplicat. El frau a la llei per modificació d'un punt de connexió pot donar-se en els nostres dies, bé per un canvi de nacionalitat, bé per un canvi del domicili. El text andorrà preveu només el frau a la llei andorrana, però seria més lògic sancionar tant el frau a la llei nacional com a la llei estrangera, ja que en ambdós casos es vol evitar l'aplicació de la "lleï que seria normalment aplicable".

⁴⁸ Cfr. FADLALLAH, I "Vers la reconnaissance de la repudiation musulmane par le juge français? *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1981, p. 17 i s.; MERON, Y. "L'accomodation de la repudiation musulmane". *Rev. int. dr. comp.*, 1995, p. 921 i s.; QUIÑONES, A. "La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico" A: *La multiculturalidad: especial referencia al Islam. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2002, p. 259-342.

24. La filiació per naturalesa



Introducció

La filiació és una institució inclosa tradicionalment en l'àmbit del dret de família, que ha estat i continua sent una matèria en què els particularismes nacionals es manifesten de manera especial i reflecteix les mentalitats i els costums d'un determinat poble; per això, en principi, es refractària a tota unificació material. Però el cert és que hi ha hagut una profunda evolució i un apropament entre els drets materials dels diversos països. Davant les dificultats per obtenir un dret europeu de família, o d'un àmbit geogràfic més ampli, s'ha començat una gestió coordinada dels conflictes de lleis, mètodes propis del dret internacional privat, que permeten preservar les identitats nacionals i, en- sems, conciliar-les.

Dins dels problemes referents al dret internacional privat de la família destaca el tema dels conflictes de lleis sobre filiació, de manera que ha permès fer una important contribució a la teoria general del dret internacional privat; per exemple, ordre públic, reenviament, qualificació, conflictes transitoris, aplicació del dret estranger, etc. Això és degut, en primer lloc, al desenvolupament del turisme, de les migracions dels treballadors i al desplaçament de poblacions, cosa que ha afavorit la multiplicació dels contactes entre individus de diferents països i l'augment del nombre de matrimonis mixtos i d'unions estables de parella; en segon lloc, l'aparició de drets pertanyents a sistemes jurídics diferents dels nostres, especialment el musulmà, que ha provocat un xoc o un enfrontament de cultures i civilitzacions.¹ Ens trobarem amb les qüestions jurídiques bàsiques sobre filiació amb l'afegit de la presència de l'element d'estrangeria: en primer lloc, l'establiment de la filiació; és a dir, fixar en cada cas, per una part, qui és el pare i/o la mare, i per l'altra, el fill i distingir per separat la determinació legal de la filiació per naturalesa i la constitució de la filiació adoptiva; en segon lloc,

¹ Cfr. HUNTINGTON *The Crash of Civilizations and the Remaking of the World*. Nova York, 1996.

els efectes de la filiació una vegada ha estat determinada, és a dir el conjunt de drets i obligacions que vinculen el pare i/o la mare amb el fill i que s'anomenen *relacions paternofilials*.

Europa ha conegut una sèrie de reformes dels drets materials sobre filiació, cosa que ha propiciat una convergència de polítiques legislatives, si bé estem encara lluny d'una desitjada unificació material.² Cal solucionar, doncs, els nombrosos litigis relatius a l'establiment i als efectes de la filiació.

Les legislacions dels estats occidentals han abolit la major part de les diferències de tractament entre fills *legítims* (nascuts dins del matrimoni) i fills *naturals* (naturals simples o adulterins), i reconeixen el dret a l'establiment de la filiació.³ El dret musulmà segueix ignorant la filiació natural, pels principis fonamentals del dret musulmà sobre organització de la família. En primer lloc, la filiació només s'estableix respecte del pare; això vol dir que exclusivament la filiació paterna fa entrar el fill en la família, i que la pertinença al llinatge no es transmet per una dona. En segon lloc, la filiació només s'estableix en el marc de la legitimitat. No pot existir filiació paterna natural, doncs aquesta seria il·legítima. En tercer lloc, la filiació només s'estableix pels llaços de sang. Resta exclosa, doncs, l'adopció, que està expressament prohibida al Marroc i a Argèlia. La *kafala* i el *tanzil* no tenen per efecte crear una nova filiació. La *kafala* és un acolliment legal d'un menor musulmà per una família musulmana, generalment després d'un acord amb la família d'origen. Seria una mesura de protecció del menor. Pel que fa al *tanzil*, és una institució de dret de successions que permet al testador llegar al beneficiari un terç dels béns.

² Cfr. BOULANGER, F. *Droit civil de la famille. Aspects comparatifs et internationaux*, t. II. Economica, 1994.

³ El Tribunal Europeu dels Drets Humans ha condemnat els estats que encara mantenen discriminacions envers els fills naturals simples o adulterins, especialment en matèria successòria (cfr. TEDH, 13 de juny de 1979, *Marckx*, 1979, 2, sèrie A, núm. 31; 29 de novembre de 1991, *Vermeire*, 1991, 56; 1 de febrer de 2000, *Mazurek* 2000, 45).

Si es presenta davant d'un batlle andorrà una acció de recerca de la paternitat sotmesa al dret musulmà per la norma de conflicte andorrana, ¿haurà de declarar la no-admissió de l'acció, ignorar la prohibició de dret material musulmà utilitzant l'excepció de l'ordre públic aplicable a les lleis personals que prohibeixin la recerca de l'establiment de la filiació paterna natural, o declarar admissible l'acció en casos en què la situació presenti vincles estrets amb l'ordenament andorrà o el territori andorrà, com seria la residència habitual del menor, de la mare o del presumpte pare?⁴

I. La filiació en dret andorrà abans de la Constitució. Dret material i conflictes de lleis

I.1. La regulació del matrimoni a les Valls d'Andorra pel costum, basat en el dret romà i en la normativa del dret canònic, fins a èpoques recents i la rigidesa sobre moralitat, especialment pel que fa a les dones, sense tolerància en territori andorrà per a l'existència d'un vincle irregular, va comportar la important diferenciació dels fills per naturalesa en *fills legítims* i *fills no legítims*. La *legimitat* es donava quan el fill havia estat engendrat per pares units en aquell moment en matrimoni vàlid, que era una qualitat jurídica que tenien els fills i que els atorgava certs efectes jurídics en el fur públic. En aquestes èpoques, la filiació legítima era dignificada sobre la purament natural, que era determinant d'un estat jurídic de grau inferior, en què els drets i deures eren menors, el mateix en vida que en la vocació successòria.⁵ La nor-

⁴ Cfr. FOYER, J. "Problèmes de conflit de lois en matière de filiation". *Recueil des Cours*, t. 193, 1985-IV, p. 13 i s.; GANNAGÉ, P. "L'adoption d'un Libanais par un étranger". *J.D.I. Clunet*, 2000, p. 871 i s.; MERNISSI, Salima *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West*. Londres, 1999.

⁵ Documents dels segles XVIII i XIX indiquen que en els casos, no freqüents (oficialment), del naixement d'un fill natural il·legítim, la família de la noia que havia donat a llum el portava, discretament, a Espanya o a França. Moltes vegades, acabava en una maternitat. Cfr. BARBIER, P. *La coutume privée d'Andorre envisagée dans ses sources et dans ses institutions les plus originales*. París, 1938, especialment p. 42). En la sentència del jutge d'apel·lacions del 2 de juny del 1961, es parla de la filiació no legítima com de "l'àrea reduïda de persones que per la reprobleu unió que les engendrà són estranyes a l'autèntica entitat familiar i a la saba pairal que l'enforteix". La filiació no matrimonial sempre fou considerada com a irregular, al marge de l'ordre social i ètic, i com un atemptat i un perill per a la família tradicional.

mativa del *Corpus iuris canonici* determinaria la classe que dins de la filiació il·legítima corresponia a l'inscrit com a fill natural.⁶ No es reconeixia la legitimació dels fills adulterins, els quals només tenien dret a aliments.⁷ Haurem d'esperar al Codi de la nacionalitat de 1977, reformat el 1985, per donar el mateix tracte a la filiació legítima i la no legítima en matèria de nacionalitat, i el text va utilitzar termes més respectuosos amb els fills nascuts de relacions extramatrimonials.⁸

1.2. Sobre justificació o prova de la classe de filiació d'una determinada persona, se seguïen les disposicions de l'article 1218 del Codi civil espanyol i la doctrina del Tribunal Suprem d'Espanya, segons els quals, les partides de naixement i de matrimoni són els documents a propòsit per justificar el parentiu, mentre que les partides de defunció no-

⁶ Diu la sentència del jutge d'apel·lacions del 2 de juny de 1961 que fill natural "és el nascut de pare i mare no units en matrimoni, però sense impediment per a contreure'l al moment de la concepció, *naturalis ex soluta genitus et soluta*, de pare i mare lliures, diu un Decretal del Papa Alexandre III (X, llib. 4, tit. 17, cap. 1), excepte si la muller té la condició de concubina, malgrat ésser el pare i la mare lliures, afegeix una disposició del Concili de Trento (sessió 24, cap. 8), i en virtut del cànon 1116 del Codi de Dret Canònic, són fills naturals els nascuts fora del matrimoni de pares hàbils per a contreure'l entre si en el temps en que la prole fou concebuda, o durant la seva gestació, o quan va néixer".

⁷ És interessant el cas de Gabriel E. Masqué, nascut a París el 19 d'abril de 1911, fill del Sr. Ramon Masqué, que al temps de la concepció era solter, és a dir, podia casar-se, però que en el moment en què va néixer Gabriel el seu pare feia pocs dies que havia contret matrimoni canònic amb la Sra. Antònia Sagalés, que no era pas la mare d'en Gabriel. El fill tenia, doncs, la consideració de fill natural. Del matrimoni canònic va néixer una nena, anomenada Teresa. L'any 1922, el Sr. Ramon reconeix legalment el fill Gabriel. L'any 1931, un tribunal francès dicta sentència de divorci entre el Sr. Ramon i la Sra. Antònia Segalés, i el Sr. Ramon es casa amb la Sra. Philomène Queysallier, que era la mare d'en Gabriel. Posteriorment, el Sr. Ramon es divorcia de la Sra. Philomène a Barcelona i es casa amb la Sra. Ernestine Valesi. El Sr. Ramon mor l'any 1966, però havia fet un testament en què instituïa la seva tercera esposa, Ernestine, com a legatària universal "deixant intactes els drets dels hereus reservataris". El Sr. Gabriel Masqué va promoure judici verbal civil en reclamació d'herència i/o drets legítims sobre uns béns existents al Principat d'Andorra del seu pare, Sr. Ramon. Per sentència del batlle episcopal (17/12/1970) i del jutge d'apel·lacions (16/06/1972), va quedar clar que malgrat el subsegüent matrimoni del causant amb la mare del demandant, Sr. Gabriel, existint, endemés una filla del primer matrimoni canònic, Teresa, la situació del Sr. Gabriel era de "fill adulteri", i per consegüent no se li reconeix cap dret a l'herència del pare, fora dels aliments. El cas va arribar al Tribunal Superior Civil del Copríncep francès. Llegim en la sentència del TSCF de 26 d'abril de 1975: "Mais attendu que la coutume andorrane ayant sa source en l'espèce dans le droit canonique, ne reconnait ni le divorce ni la légitimation des enfants adulterins, que ces dispositions sont d'ordre public et que l'enfant adultérin en supposant que sa reconnaissance puisse être considérée comme valable, n'a d'autres droits que ceux que lui confère l'article 252 de la compilation de droit catalan, c'est-à-dire le droit des aliments."

⁸ L'article 1 del Codi de la nacionalitat andorrana de l'11 de març del 1977, modificat per la Llei del 8 de setembre de 1985, deia: "Són andorrans els fills, legítims o no legítims, nascuts a Andorra, de pare o mare andorrans, o nascuts a l'estranger, si el pare o la mare andorrans són nascuts a Andorra."

més acrediten la mort i la data, sense incidència sobre el tema de la filiació.⁹

En tema de prova de filiació paterna quan es tracta del fill d'una dona casada es presumeix que el pare és el marit de la dona, mentre no es provi el contrari amb raons evidents, és a dir, que no hi hagi possibilitat de dubte raonable. Es considera insuficient la declaració contrària de la mare a l'hora de la mort, encara que ho juri. Seria prova suficient en contra de la paternitat del marit la impossibilitat física per part d'aquest d'haver tingut accés al seu cònjuge durant els deu mesos que precediren el naixement del fill, seguint la doctrina dels canonistes, com ara Wernz, Vidal i Aguirre, Vlaming-Bender i Gasparri.¹⁰

1.3. La virtualitat del matrimoni putatiu quant a la legitimitat dels fills està present a les valls d'Andorra, tal com fou reconegut en el dret de les *Decretals* (c. 2, 8, X, 4, 11), però sempre que el matrimoni dels pares tingui aparença de matrimoni i se celebri de forma legítima.

1.4. Pel que fa als conflictes de lleis, la filiació, part integrant de la família, és un element de l'estatut de les persones sotmès al principi de la llei personal (nacional), però en alguns casos hi ha problemes de determinació de la llei aplicable. Fins a èpoques recents, la llei aplicable a la filiació era la llei personal del pare, atesa la unitat jurídica de la família, si bé ha jugat un paper important la nacionalitat i la residència a Andorra en els supòsits de matrimoni entre pubilla andorrana i estranger.

⁹ El Tribunal Superior de Perpinyà va dir: "Attendu qu'il n'est pas possible au vu des documents produits de dénaturer un acte de naissance régulier établissant une filiation naturelle et non légitime et que les actes dont fait état la veuve Victor A. F ne pouvant suppléer ou remplacer un acte de mariage inexistant duquel il résulterait que la mère attribuée à Joaquim A.S. était alors de la naissance de celui-ci unie en justes noces avec le père de l'enfant; attendu que les actes invoqués ne confèrent pas plus la possession d'état d'enfant légitime à Joaquim A.S. qu'ils n'entament la volonté et la portée de l'acte de naissance du 11 octobre 1917..." (Arrêt du Tribunal Supérieur de Perpignan, de 27 de novembre de 1964).

¹⁰ Cfr. WERNZ; VIDAL; AGUIRRE *Ius canonicum*, t. 4 i 5, Roma, 1946, núm. 613; VLAMING-BENDER *Praelectiones iuris matrimonii*. Bussum, 1950, p. 482; GASPARRI *De matrimonio*, Roma, 1932, núm. 1113.

1.5. Mai no s'han pogut tenir compte les fonts internacionals en tema de les normes de conflicte de lleis, perquè no hi ha convenis internacionals sobre la matèria dels quals Andorra formi part. Aquest és el lloc per recordar les principals fonts internacionals per regular els conflictes de lleis sobre filiació:

- Conveni sobre llei aplicable a les obligacions alimentàries, fet a l'Haia el 2 d'octubre de 1973.
- Conveni sobre competència d'autoritats i la llei aplicable en matèria de protecció de menors, fet a l'Haia el 5 d'octubre de 1961.
- Conveni relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement, l'execució i la cooperació en matèria de responsabilitat parental i de mesures de protecció dels menors, fet a l'Haia el 19 d'octubre de 1996.
- Convenis adoptats sota els auspicis de la Comissió Internacional de l'Estat Civil: Conveni de Roma, que estèn la competència de les autoritats qualificades per rebre el reconeixement de fills naturals; Conveni de Brussel·les de 12 de setembre de 1962 relatiu a l'establiment de la filiació natural dels menors naturals; Conveni de Roma de 10 de setembre de 1970 sobre la legitimació per matrimoni; Conveni de Munic de 5 de setembre de 1980 relatiu al reconeixement voluntari dels fills nascuts fora del matrimoni.
- Hem de mencionar també el Reglament CE núm. 2.201/2003 del Consell, de 27 de novembre, relatiu a la competència, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria matrimonial i de responsabilitat parental. El reglament situa en l'espai judicial europeu el contenciós de l'autoritat parental vinculat a la dissolució del matrimoni. Els furs de competència judicial internacional previstos en el Reglament Brussel·les II bis per als litigis matrimonials tenen una *vis atractiva* per entendre del tema de la responsabilitat parental.¹¹

¹¹ Cfr. BORRÁS, A. "Bruselas II". *Derecho Civil, Cooperación Judicial Europa*. Luxemburg: Consell de la Unió Europea, 2005, p. 55-96.

2.- Dret andorrà postconstitucional sobre filiació

A. Normes i principis sobre la relació de filiació

2.1. L'article 6 CA proclama el principi d'igualtat de totes les persones i la no-discriminació per raó de naixement i l'article 13.3 reconeix la igualtat dels fills davant la llei "amb independència de la seva filiació". Tot això comporta un canvi de la normativa anterior, en particular, davant la tradicional estratificació dels fills en classes separades i amb diferents estatuts segons la situació dels pares.¹² Predomina la concepció *realista* de la filiació, presidida pel *principi de veracitat*, ja contingut en el dret romà i en el dret canònic, que habilita mecanismes jurídics per cercar la coincidència entre la filiació jurídica i la realitat biològica, en via judicial, i facilita la investigació de la vertadera paternitat o maternitat amb l'admissió de tota classe de proves. Aquest principi juga un paper diferent en la determinació extrajudicial de la filiació, en què s'observa una gran concessió a la voluntat dels afectats. La concepció *formalista* de la filiació també és present en el sistema jurídic andorrà. Per tant, hi ha una combinació de les dues concepcions en diferents proporcions.

La recerca de la veritat biològica en la filiació ha estat una reivindicació d'un dret a favor dels fills no reconeguts i de les seves mares en el context en el qual prevalia la unitat familiar davant el dret individual derivat de la filiació biològica. Avui dia preval el dret a saber la veritat biològica, però per iniciar un procés judicial de paternitat s'ha d'aportar un principi de prova, interpretat això d'una manera molt oberta, en el sentit, per exemple, d'oferir la pràctica de determinades proves en el moment adequat del procés. Si un tribunal andorrà decideix fer una anàlisi d'ADN per determinar la filiació, ja no regeix el principi del

¹² Afirmar el TC, sentència de 15 de març de 1994, causa 93-I-L, en matèria de nacionalitat: "Aquestes disposicions combinades no permeten al legislador dictar normes diferents per als fills, que es troben en situacions similars, o que col·locarien un dels cònjuges en una situació inferior en relació a la de l'altre."

consentiment, pel qual la persona objecte de prova està obligada a sotmetre's al requeriment judicial; ara bé, aquest requeriment no pot imposar-se coactivament. Si la persona objecte de prova es nega a realitzar la prova d'ADN d'una manera injustificada, el tribunal pot declarar la filiació sempre que hi hagi altres indicis de paternitat.¹³

Així doncs, encara que l'extracció de sang no sigui una intervenció degradant i contrària a la dignitat humana, com que afecta el cos humà no pot ser realitzada sense el consentiment de la persona interessada, com diu la STSJA, secció civil, de 15 de març de 2001: "ja que en tots els països que respecten els drets humans, com Andorra amb la seva Constitució, tot dany al cos humà, fins i tot el més mínim, que no estigui justificat per la protecció d'un dret fonamental, no pot ser imposat a la persona, sinó que necessita la seva autorització expressa". Endemés, una prova d'ADN efectuada sense consentiment no es pot fer valer davant del jutge, ja que la valoració processal de les proves obtingudes en vulneració d'un dret fonamental, com la vulneració del dret a la intimitat de l'article 14 CA, suposa una infracció de les garanties del procés i la tutela efectiva de l'article 10 CA.¹⁴

2.2. Sobre normativa actual de la filiació en dret andorrà, continuen vigents, en tot allò que no s'oposi als principis constitucionals i a les lleis positives, les regles del dret romà (*Digest 22, 3, 29, 1; Digest 22, 3, 13; Digest 35, 183; Codex 5, 4, 9*) i del dret canònic (*Decretals llib. IV, tít.*

¹³ Cfr. "Document sobre les proves genètiques de filiació". *Observatori de Bioètica i Dret del Parc Científic de Barcelona*, elaborat per CARRACEDO, CASADO i GONZÁLEZ DUARTE. Barcelona, novembre del 2006. Pot consultar-se la sentència del TSJA, secció civil, d'11 de novembre de 2000, núm. 1831, en què es diu que encara que l'actor manifesti la disposició a sotmetre's a tantes proves biològiques com s'escaiguin, si al final no se sotmet a la prova de l'ADN, a manca d'altres proves inequívokes, s'ha de desestimar la demanda de filiació. En el fonament IV llegim: "el provar, i al provar inequívocament, com és exigible en les demandes de filiació, correspon a l'actor; i com que en aquest cas l'actor ha refusat provar inequívocament –com li corresponia (pràctica de l'ADN)– i ho ha fet voluntàriament, no altra ha de ser la conclusió que la desestimació de la demanda." En la sentència del TSJA, sala civil, d'11 de novembre de 2002, núm. 1835, la negativa del presumpte pare a realitzar la prova d'ADN fou qualificada "d'irraonable" i, existint altres proves complementàries, es va declarar la paternitat de l'agent.

¹⁴ Cfr. Sentència del TEDH, de 12 de juliol de 1988, cas *Schenk contra Suïssa*.

XVII, cap. 3 i llib. II, tít. XIX, cap. 10) referents als principis i el règim de les accions de filiació, amb admissió de tota classe de proves per a la investigació de la paternitat i la maternitat, ja que com afirma el TJSJ: “la determinació de la paternitat comporta beneficis per a l’infant ja que li atribueix els drets que deriven de la filiació tals com la prestació d’aliments, el sosteniment econòmic i els drets successoris, i això es troba més afermat pels principis constitucionals d’igualtat de drets i obligacions dels pares respecte dels fills.¹⁵

Els textos positius més recents es troben en la Llei ordinària del registre civil, d’11 de juliol del 1996; la Llei qualificada de l’adopció i altres formes de protecció del menor desemparat, de 21 de març de 1996, i en la Llei qualificada del matrimoni, de 30 de juny de 1995.¹⁶

2.3. En la filiació per naturalesa es distingeix la filiació matrimonial (legítima) i la no matrimonial, i ha desaparegut l’anomenada *filiació il·legítima*, especialment l’adulterina. La filiació adoptiva és una creació legal en què no hi ha coincidència entre relació biològica i jurídica de la filiació però estan equiparades funcionalment i efectivament a la filiació per naturalesa. Quant a la procreació assistida per donació de gàmetes, que planteja el problema de determinar qui és el pare o la mare, no està regulada, per la qual cosa s’hauran de tenir en compte les normes sobre filiació per naturalesa. El més adequat seria atribuir la funció de pare i de mare a les persones que varen obtenir el consentiment en la fecundació i varen assumir les funcions corresponents de pare i mare, no els qui els en naturalesa va fer. En el supòsit d’una parella d’andorrans, amb residència i domicili a les Valls, que no poden tenir fills i decideixen recórrer a les tècniques de fecundació assistida: viatgen a un poble al costat de Londres i fan amb una noia anglesa un contracte de *lloguer de l’úter* i n’estipulen un preu just. Aquest contracte és vàlid a

¹⁵ STSJA, sala civil, 11 de novembre de 2002.

¹⁶ Cfr. BOPA núm. 57 de 1996, núm. 29 de 1996, núm. 42 de 1995, respectivament.

Anglaterra, per això quan neix el nen en un hospital de Londres és inscrit en els registres anglesos com a fill de la parella andorrana. Tornats a Ordino volen fer la corresponent inscripció al registre civil. Aquí es plantejarà el problema de qui és el fill des del punt de vista andorrà. Segons l'ordenament andorrà, el nen és fill de la dona anglesa i del pare andorrà; en canvi, des del punt de vista anglès, el nen és fill de la parella andorrana. L'encarregat del registre civil, ara per ara, haurà d'inscriure el nen com a fill de pare andorrà i de mare substituïda anglesa.

El dia en què el legislador andorrà decideixi regular aquest tema podrà establir l'anonimat dels donants i determinar que la paternitat legal es deriva del consentiment formalment manifest abans del tractament de la reproducció mèdicament assistida i podrà, igualment, manifestar-se sobre el dret a la recerca dels ancestres biològics i dels seus límits, així com sobre els requisits per dur a terme proves d'ADN i, si és el cas, prohibir expressament que es facin anàlisis genètiques identificatives extrajudicialment.

2.4. La filiació matrimonial, com hem dit, es dona quan el pare i la mare estan casats entre si. Per tant, els requisits són: en primer lloc, la maternitat de la dona casada, cosa que no crearà especials problemes de prova; en segon lloc, el matrimoni, que és l'element característic d'aquesta filiació i que pot tractar-se de matrimoni vàlid o putatiu, i en tercer lloc, la procreació del fill per obra del marit, que és el pressupòsit de més difícil prova (es recorre a una presumpció legal de paternitat; això no obstant, si es demostra, per acció d'impugnació, que el fill no ha estat engendrat pel marit, el fill perd la condició de matrimonial).

Respecte dels fills nascuts d'unions estables de parella, segons la Llei 4/2005, de 21 de febrer, tindran la consideració de legítims, però no matrimonials. En tot cas, en el registre civil hauran de constar que són nascuts d'una unió estable de parella inscrita; si els pares amb posterioritat al naixement celebren matrimoni, els fills assoliran des d'aquell

moment la condició de matrimonials. En aquest supòsit ja no serien equivalents les paraules *legítims* i *matrimonials*.

B. Competència judicial internacional

2.5. Els tribunals andorrans seran competents en matèria de filiació i de relacions paternofilials si el fill té la residència habitual i el domicili al Principat o si el demandant és nacional andorrà i té la residència habitual al Principat.

2.6. En el supòsit d'impugnació d'una inscripció de filiació en el registre civil, seran competents en exclusiva els tribunals andorrans. Diu l'article 146 LRC que correspon a la jurisdicció civil, a través dels batlles i els tribunals que la integren i pels tràmits del procediment declaratiu ordinari, "el coneixement de les accions civils que tinguin per objecte la declaració de la nul·litat o la ineficàcia de les inscripcions que es troben en el Registre civil andorrà i dels corresponents títols que li serveixen de base".

Un cas freqüent és el del pare d'un menor registrat només com a fill de la mare biològica que presenta demanda judicial, acompanyada d'uns principis de prova que certifiquen la seva paternitat, i que vol rectificar la inscripció de naixement del menor en el registre civil. Al demandant no se li pot negar legitimació activa per presentar l'acció a fi que es declari la seva paternitat considerant l'interès del fill i el dret del presumpte pare, tot això refermat avui pels principis d'igualtat de drets i obligacions dels pares respecte dels fills. Com diu la STSJA, secció civil, d'11 de novembre de 2002, "malament podria el pare –si ho fos– exercir els seus drets i complir les obligacions que comporta la paternitat, si no se li concedeix la condició de pare i si no pogués reclamar el seu reconeixement judicialment". També hi ha supòsits en què la mare d'un menor formula davant la Batllia demanda de reconeixement de paternitat contra el presumpte pare.

C. Determinació de la filiació. Normes de conflictes de lleis

2.7. La vigència del principi realista o de veracitat de la filiació per naturalesa a Andorra indica que el fet determinant de la filiació jurídica és la procreació biològica, però el fet de la procreació biològica i, especialment, la paternitat algunes vegades són difícils de determinar. Per això el sistema andorrà preveu mecanismes jurídics per suplir aquella dificultat de constatació formal d'un fet de difícil demostració directa. El capítol IV de la LRC (articles 73-80) i l'article 38 RRC contenen dues vies de determinació jurídica de la filiació: la determinació judicial i la determinació extrajudicial.

La primera via (judicial) és conseqüència d'una sentència judicial civil ferma que determina la filiació, o d'una sentència penal ferma que, en la seva decisió, determini una filiació que declari provada. En aquests supòsits, els assentaments al registre civil només faran constar els elements que es fixin en la part dispositiva de les sentències (article 37 RRC). La segona via (extrajudicial) fa referència a altres elements de determinació de la filiació: en primer lloc, la inscripció de naixement en el registre civil, que és un mitjà de prova dels fets inscrits i dona fe de la filiació ja determinada (article 73 LRC); en segon lloc, la presumpció de paternitat legítima, que és un mitjà indirecte i legal de determinació de la paternitat marital, donada la dificultat d'una prova directa (articles 74, 75 i 76 LRC); en tercer lloc, el reconeixement formal (articles 76, 77 i 78 LRC), i en quart lloc, per resolució derivada d'un expedient registral (article 78 LRC).

2.8. Partint de la base que la filiació forma part de l'estatut personal, la norma de conflicte que regularà la determinació legal de la filiació, el caràcter matrimonial o no matrimonial, així com el contingut serà la llei nacional, tenint en compte, endemés, els valors juridicoconstitucionals de la igualtat i de la protecció dels fills; si la nacionalitat no pogués ser determinada, seria aplicable la llei del domicili o de la residèn-

cia habitual del fill. Resulta una norma de conflicte bilateral i neutre: en aquesta matèria el fill és el principal interessat, en la mesura que la determinació del vincle de filiació comporta fer néixer per a ell drets importants. Com que la preocupació del legislador andorrà, amb la consagració del principi *favor filii*, és l'interès del fill, en dret internacional privat convé confiar la solució del problema a la llei del menor, com a punt de connexió més característic de la relació de filiació.¹⁷

L'aplicació personal del fill resulta encara més clara en la hipòtesi de dues dones que pretenguin ésser autores del nen (cas de substitució de nens) o en els casos de naixements per obra de tècniques de procreació assistida, com ara la hipòtesi de fecundació *in vitro* amb òvul d'una tercera persona anònima, en el cas de clonació humana i en el de gestació per encàrrec d'una altra persona.

2.9. La llei aplicable a la filiació comprèn la seva determinació legal, que concerneix els títols d'atribució de la filiació; el seu caràcter, que es refereix a la seva naturalesa matrimonial o no matrimonial, i el seu contingut, que afecta el conjunt de drets i obligacions que conformen els efectes de la filiació.

Pel que fa a la prova de la filiació, la llei que regula el fons de les qüestions de filiació determina l'admissibilitat dels modes de prova i en quines condicions poden ser admesos. Aquesta mateixa llei regula l'objecte i la càrrega de la prova, especialment les presumpcions relatives al moment de la concepció, la presumpció de paternitat i de maternitat. La *lex fori*, en canvi, regula l'administració de la prova; per exemple, si una llei estrangera, aplicable al cas, admet la llibertat de la prova, el batlle tindrà en compte tots els mitjans de prova admissibles a Andorra i ordenarà les mesures pertinents per obtenir la veritat biològica, sempre amb reserva de l'ordre públic.

¹⁷ Cfr. FOYER, J. "Filiation". *Rep. Droit international privé*. Dalloz, 1998, núm. 13; PALLARD, R. "La filiation illégitime en droit international privé français". *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1952, p. 623 i s.; 1953, p. 61 i s.

2.10. L'article 77 LRC parla de la legitimació per subsegüent matrimoni dels pares. El nascut de progenitors no casats és un fill no matrimonial, però esdevé matrimonial des de la celebració dels matrimoni dels pares i una vegada quedi determinada la maternitat i la paternitat. Tot això s'ha de fer constar per nota marginal en la inscripció del naixement. La condició de fill matrimonial té efectes a partir de la celebració del matrimoni i és irretroactiva.

La llei nacional del fill serà aplicable a la legitimació per subsegüent matrimoni. La raó seria: la legitimació, que té com a finalitat donar legitimitat al fill, és un efecte del matrimoni. Sembla lògic aplicar-hi la mateixa llei que regula l'establiment de la filiació legítima.

2.11. La determinació de la paternitat no matrimonial s'efectua per mitjà de sentència judicial ferma o pel reconeixement voluntari realitzat: a) en acta de naixement; b) en testament vàlid; c) en document públic; d) mitjançant expedient registral, a instància del reconeixedor (art. 78 LRC).

La llei aplicable a la prova voluntària de la filiació no matrimonial és la llei nacional del fill.

2.12. L'ordre públic internacional pot intervenir enfront de lleis estrangeres l'aplicació de les quals resulti incompatible amb els principis bàsics del dret andorrà. Això tindria lloc en els supòsits en què la llei estrangera prohibeixi la investigació de la paternitat o limiti els mitjans de prova de manera no raonable, i quan fixi terminis molt breus per a l'exercici de les accions judicials relatives.

D. Efectes de la filiació

2.13. La llei aplicable a la determinació de la filiació, el seu contingut i les relacions paternofilials es regulen per la llei nacional del fill, amb una clara orientació vers el *favor filii*. L'àmbit material de la llei que regula els efectes de la filiació, això és, el contingut jurídic del conjunt de

relacions paternofilials que sorgeixen com a conseqüència de la determinació de la filiació, són els mateixos per a la filiació matrimonial que per la filiació no matrimonial, sobre la base dels postulats constitucionals d'igualtat i de protecció dels fills. Hi ha relacions de caràcter específicament protector, com l'atribució a ambdós cònjuges, o a un d'ells, de la pàtria potestat sobre els fills (art. 27.2 LQA), la representació legal, tutela, guarda i custòdia; relacions de caràcter personal, com la imposició dels cognoms dels progenitors, primer del pare i després de la mare, si bé se'n pot invertir l'ordre (art. 65 LRC), i la nacionalitat, i relacions de tipus patrimonial, com aliments i successions. En matèria de drets successoris, els fills matrimonials i els no matrimonials ocupen la mateixa posició i tenen els mateixos drets, però la Llei de reforma del dret de successions (LRDS) estableix que els fills no matrimonials, quan concorrin a la successió del pare o la mare, o dels altres ascendents, amb altres fills matrimonials, haguts de matrimoni existent en el moment de la concepció, rebran una part o porció legitimària igual a la meitat de la que correspongui a cada un dels fills legítims.

2.14. Hem de precisar que la legitimitat dels menors nascuts d'un matrimoni declarat nul serà regulat per la Llei del matrimoni. Els efectes successoris de la filiació estan tradicionalment vinculats a la Llei successòria, i la Llei de la filiació està destinada a determinar el vincle de parentiu entre hereu i difunt. La Llei nacional del fill no regula la nacionalitat del fill, ja que avui és suficient a Andorra acreditar el fet físic de la generació; una persona serà considerada andorrana si existeixen indicis racionals de la seva generació física de progenitor andorrà. Pel que fa a les mesures de protecció del menor o incapac, diferents de la pàtria potestat, serà aplicable la Llei nacional del menor, si bé en els nostres dies s'haurien de tenir en compte les noves tendències contingudes en els Convenis de l'Haia de 5 d'octubre de 1961, que reemplaça el Conveni de l'Haia de 12 de juny de 1902, i especialment el Conveni de l'Haia de 19 d'octubre de 1996, destinat a substituir el de 1961.

El Conveni de l'Haia de 1961, seguint les idees de la seva època, no va saber fer una elecció entre la nacionalitat i el domicili, i va instaurar, per prendre les mesures de protecció dels menors, competències concurrents de les autoritats de la residència habitual del menor i les de l'Estat de la nacionalitat del menor, amb una teòrica preferència per les de la nacionalitat, excepte en el cas d'urgència o de danys seriosos per als menors. La protecció a distància exercida per les autoritats nacionals del menor és, normalment, mal vista per les autoritats de la residència habitual, les quals volen mantenir la seva competència interpretant en sentit ampli la noció de *danys seriosos per al menor*. El Conveni de l'Haia de 1961 disposa que les autoritats competents, tant les de l'Estat de la residència habitual, com les de l'Estat de la nacionalitat del menor, adopten "mesures per protegir la persona o els béns del menor", segons "la seva llei interna" (art. 4). El Conveni de l'Haia de 1996 manté la vinculació entre competència i llei aplicable (correlació entre *forum* i *ius*), però es decanta per les autoritats de l'Estat de la residència habitual del menor, amb la possibilitat d'aplicar, excepcionalment, la llei d'un estat amb el qual la situació presenti un vincle estret "sempre que ho exigeixi l'interès del menor" (art. 15). Seria el cas de la venda d'un bé del menor i la llei de situació del bé exigeix una autorització. L'autoritat competent pot aplicar aquesta llei en interès de la protecció del menor i acordar dita autorització, àdhuc si la mateixa llei no exigeix en aquest cas l'autorització.¹⁸

2.15. Sigui quina sigui la llei que reguli la filiació, existeix el dret dels fills a relacionar-se amb els pares i el d'aquests a relacionar-se amb els fills, d'acord amb els articles 9.3 i 10.2 del Conveni sobre els drets del

¹⁸ Cfr. BOULANGER, F. "De la Convention de La Haye de 1961 à celle de 1996 sur la loi applicable à la responsabilité parentale et la protection des enfants. Requiem pour la loi nationale?" *Mélanges Fritz Sturm*, vol. II, Editions Juridiques de l'Université de Liège, 1999, p. 1.399-1.408; LAGARDE, P. "La nouvelle Convention de La Haye sur la protection des mineurs". *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997, pp. 217-237; PCONE, P. "La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori". *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1996, p. 705-748.

nen, fet a Nova York, el 20 de novembre de 1989, en vigor a Andorra. Diu l'article 9.3: "Els Estats parts respectaran el dret del nen que estigui separat d'un o d'ambdós pares a mantenir relacions personals i contacte directe amb ambdós pares de manera regular, excepte si això és contrari a l'interès superior del nen."

Aquest mateix conveni recull, en normes materials, una sèrie de drets irrenunciables del nen: a) dret a ser inscrit immediatament després del naixement, dret a un nom, dret a adquirir una nacionalitat, dret a conèixer els seus pares i a ser cuidat per ells (art. 7); b) dret a no estar separat dels seus pares contra la voluntat d'aquests, excepte quan les autoritats competents, a reserva de revisió judicial, determinin que dita separació és necessària en interès superior del nen (art. 9); c) dret a mantenir relacions personals i contactes directes amb els pares quan aquests resideixen en estats diferents (art. 10.2); d) dret a la protecció i assistència especials de l'Estat si el nen està, temporalment o permanent, separat del seu medi familiar (art. 20.1); e) dret a no ser explotat en les seves relacions laborals (art. 32).

E. Reconeixement de decisions estrangeres sobre filiació i accés al registre civil d'Andorra d'una filiació que consta en registres estrangers

2.16. Una sentència estrangera que decideixi sobre qüestions relatives a la determinació de la filiació o a les relacions paternofilials ha de passar per la normativa andorrana sobre exequàtur. El fet que un jutge estranger es pronunciï sobre la filiació d'una persona andorrana no suposa vulneració de cap fur de competència dels tribunals andorrans, ja que no és un fur exclusiu dels tribunals andorrans. Una còpia de la sentència d'exequàtur serà tramesa al registre civil i es procedirà a la inscripció en el termini de tres dies. En l'assentament només constaran els elements que es fixin en la part dispositiva de la sentència, sense necessitat de reproduir-hi els fonaments (art. 37 RRC).

2.17. Quan la filiació d'una persona andorrana consti en un registre estranger, serà títol d'inscripció o anotació en el registre civil andorrà un "document públic i autèntic" estranger, com seria la certificació d'un registre civil estranger. En aquest cas s'exigirà la Postil·la de l'Haia o la legalització tradicional del document estranger: cadena de reconeixement de signatures, sense perjudici de l'excepció de l'ordre públic i l'absència de tot frau a la llei. Els documents escrits en llengua estrangera hauran d'anar acompanyats de la traducció corresponent al català, si bé el registrador "pot eximir d'aquests requisits quan els documents siguin redactats o les declaracions realitzades en llengua francesa o castellana" (art. 43 LRC). El registrador civil andorrà farà constar el número d'ordre de l'assentament, el nom complet de les persones a què es refereix l'assentament i el número d'expedient o del document que ha servit de base per a l'assentament, amb la indicació de la provinença, la natura i la data d'emissió del títol estranger (art. 29, 30 i 31 RRC).

El certificat del registre civil sobre la inscripció realitzada servirà com a document per donar d'alta el fill en el registre de la parròquia del domicili i residència dels pares, o del pare o de la mare.

25. Adopció internacional



Introducció

L'adopció fou una institució important a Roma i va servir per a nombroses finalitats, especialment possibilitar a les parelles sense fills de tenir-ne, en assimilar els fills adoptats als fills legítims. Interessa destacar que es partia del principi que l'adopció produïa la pàtria potestat i imitava la naturalesa: “*adoptio est aemula naturae, seu naturae imaginis*”. Justinià va distingir entre *adopció plena* i *adopció simple*, segons que l'adoptant fos un ascendent o no de l'adoptat, i disposà que només l'adopció plena produís els efectes peculiars del dret antic, ja que aquesta forma d'adopció es basava en la idea que ha de reemplaçar o imitar la filiació natural; l'adopció menys plena, és a dir, l'adopció incompleta o simple, garantia els drets de l'adoptat sobre els béns de l'adoptant. Podem afirmar que, si bé les pràctiques en matèria d'adopció varien segons els països i els temps, l'adopció forma part de la universalitat cultural, excepció feta de la major part de les societats islàmiques, ja que segons la interpretació que preval en aquestes societats, l'Alcorà ha prohibit la creació artificial dels vincles familiars (*nasab*) per mitjà del *tabani*, pràctica preislàmica d'integració completa del menor en la nova família.¹ L'Alcorà, en la sura 33:4/5 especifica que els fills adoptius no seran considerats com a fills naturals i no rebran el nom dels pares adoptius. Els juristes islàmics dedueixen que l'adopció no pot existir en dret islàmic.

L'adopció ha estat una figura pràcticament desconeguda a Andorra, atès que els pressupòsits sociològics i familiars de les disposicions de Justinià sobre la matèria eren difícilment aplicables a la família andorrana. Podem ben dir que l'adopció ha sigut una institució en desús a les Valls; el poble andorrà es va allunyar d'aquesta institució pel moviment irreflexiu del costum.² Si l'objectiu preponderant de l'adopció en

¹ Cfr. MILLIOT, L. *Introduction à l'étude du Droit musulman*, Paris, 1953. ANCEL, M. *L'adoption dans les législations modernes*, Paris, 1958.

² Una comprovació que l'adopció fou aliena als costums del passat a Espanya la tenim en els escrits de Mucius Scaevola, en què apareix l'adopció com a causa de trastorns en la família i com a foment de la immoralitat. “Si

el dret romà era procurar-se un successor o hereu, aquest objectiu s'obté a Andorra per mitjà de la institució de l'heretament, introduïda per via consuetudinària i que és un pacte que comprèn les dues modalitats pròpies de l'heretament fiduciari: la denominada *clàusula de confiança*, si la facultat d'elecció d'hereu entre els fills comuns s'atribueix al pare o a la mare, i l'altra en què la potestat electiva correspon a tercers, generalment dos parents, un de cada branca.³ En els pocs casos extrets de la pràctica, veiem com l'adoptat es presenta com un continuador de la *casa* i, per tant, tenia drets sobre els béns de la família adoptiva. L'adopció es donava en circumstàncies extremes en què hi havia el perill que la *casa* desaparegués.⁴

La normativa anterior al Codi de la nacionalitat andorrana de 1977 (CNA 1977) no esmentava l'adopció com a mode d'adquisició de la nacionalitat, si bé algunes vegades s'havia atorgat per adopció, "per ha-

la costumbre nacional debe ser el molde en que deba fundirse la ley, forzoso es reconocer que siendo la adopción en España institución de la que el pueblo se aleja, no por cálculo, sino por movimiento irreflexivo de la costumbre, los preceptos que de ella se ocupan huelgan en el Código [ja que es donava] al célibe libertino un medio para que al llegar a la ancianidad encuentre los cuidados que no quiso buscar en el matrimonio." Per aquestes raons la gent no era partidària de l'adopció i havia de quedar fora del Codi civil. (MUCIUS SCAEVOLA, M. *Código civil, comentado y concordado extensamente*, t. III, Madrid, 1890, p. 346-348). El legislador espanyol de 1889 va introduir l'adopció menys plena en el Codi civil inspirant-se en el Codi civil de Napoleó, de 1804, però la va fer extensiva als menors d'edat. Els codis de França i d'Espanya varen servir d'exemple a estats d'Iberoamèrica, per exemple Colòmbia, on l'adopció existeix des del 1873.

³ La possibilitat de confiar en altri la disposició de darrera voluntat va contra la legislació *comuna*, ja que era un principi sancionat per la llei "Illa institutio" del *Digest* (llib. 28, tít. 5, fr. 32, pr.) i el títol "De testamentis et ultimis voluntatibus" de les *Decretals* de Gregori IX (llib. 3, tít. 26), no neutralitzat per la decretal "Quum tibi de beniginitate" d'Innocenci III (X, llib. 3, tít. 26, cap. 13). Llegim en la sentència del jutjat d'apel·lacions de 15 de gener de 1962: "el Dret canònic, influït pels corrents espirituals dominants a l'edat mitjana i propici a dedicar més text a raonar que a preceptuar, mostrant-se inclinat a solucions equitatives i a la persistència del testament, ignorat dels primers invasors bàrbars, creà un ambient favorable a la facultat de confiar el nomenament d'hereu a l'arbitri alié, i al mateix resultat dugué l'evolució del Dret germànic vers un règim de contractació successòria, advers a la primitiva preeminència de la successió legítima a favor dels descendents i el clàssic principi *solus Deus fecit heres*, propis d'aquell Dret, coses totes de les quals s'esdevingué que el *ius commune* de lletra justiniana, perfeccionada en sentit cristià, i la jurisprudència consagraren la possibilitat remarcat pel cardenal De Luca en el tractat *De fideicomis* (número 1, discussió 183)".

⁴ BRUTAILS cita un cas del 13 d'agost de 1788. Es tractava d'un matrimoni andorrà que havia rebut del Sr. X, domiciliat a casa d'ells, la suma de 850 lliures de Barcelona "lasquals han de servir per auments i sustento nostre, per motiu de haver-lo adoptat com a fill nostre, a causa de no tenir successió i veuremos sens la esperança de tenirne, essent nosaltres de una edat molt avansada, lo que nos contemplabam com a impossibilitats de cultivar los nostres bens" (*op. cit.*, pàg. 122).

ver-hi jurídicament motius de legalitat”.⁵ En aquesta època trobem la iniciació d’alguns expedients d’adopció, especialment de menors abandonats, per part de consorts de nacionalitat andorrana, la idoneïtat dels quals per adoptar estava comprovada i, endemés, l’adopció era “beneficiosa [...] ateses les condicions personals dels adoptants”. A manca de normativa, el batlle aplicava els requisits essencials exigits pel dret romà.⁶ L’adopció comença a ser considerada, explícitament, com a mode d’adquisició de la nacionalitat en el CNA, de 1977.⁷ La Llei qualificada de la nacionalitat, de 5 d’octubre de 1995 (LQN 1995), ja va normalitzar l’adquisició de la nacionalitat per adopció plena. L’Estat andorrà, vigent la Constitució de 1993, no atribuïa la nacionalitat andorrana a l’adoptat, sinó que en permetia l’adquisició si es donaven unes determinades circumstàncies.⁸ Posteriorment, es va voler equiparar la situació dels fills adoptius amb la dels fills biològics de persones

⁵ Diu el Decret núm. 77.4 d’11 de març del 1977: “J. B. C., nascut a Bilbao (Espanya), als 10 de novembre del 1956, adoptat a l’edat de 17 anys pels consorts andorrans Srs. Ll. B. G. i A. C. M., segons resulta de l’acte del Hble. Sr. Batlle Episcopal del 29 d’octubre del 1976 i de l’escriptura d’adopció del 30 del mateix mes i any; el sol·licitant obtingué del M. l. Consell General de les Valls informe favorable per majoria, amb l’esperit de que políticament la concessió de la nacionalitat andorrana al present cas no és equitativa, però jurídicament hi han motius de legalitat [...] DECRETEM: El sol·licitant J. B. C. adquireix la nacionalitat andorrana. Per a l’exercici dels drets polítics resta sotmès als articles 29.2 i 32 del Codi de la nacionalitat andorrana [...]” Se li va exigir, doncs, passar pel Tribunal d’assimilació i esperar fins als 28 anys per poder exercir drets polítics.

⁶ En el cas d’un menor abandonat, L. M. l., d’origen espanyol, el batlle episcopal va resoldre favorablement l’expedient d’adopció, de 9 de desembre de 1976, per les raons que exposem: “En l’adopció projectada es donen els requisits essencials exigits pel Dret romà: la persona que ha d’ésser adoptada és menor d’edat o *alieni iuris* (*Digest*, llib. I, tit. VIII, fr. 1-1); els adoptants tenen 18 anys més que la persona que ha d’ésser adoptada (*Digest*, llib. I, tit. VIII, fr. 40-1); tampoc tenen fills legítims i, per tant, no pot haver-hi perjudici per aquests (*Digest*, llib. I, tit. VIII, fr. 17-3); altrament, el costum andorrà autoritza l’adopció feta conjuntament per marit i muller (*Brutails*, pàg. 122, nota 1); considerant, igualment, que l’adopció imita la naturalesa (*Instituta*, llib. I, tit. XI, 4) i que, segons l’esmentat costum i allò disposat en els articles 178 i 180 del Código civil espanyol, també cal tenir en compte l’origen del nen a adoptar”. (Aute del batlle episcopal Joan Canturri Roca; data d’inici de l’expedient: 24/07/1976, data final: 09/12/1976, registre antic: 301/1976).

⁶ L’article 4 CNA 1977 disposava: “Pot esdevenir andorrà un menor d’edat adoptat per una persona de nacionalitat andorrana, si: –l’adoptat resta sotmès a la pàtria potestat de l’adoptant fins a la majoritat; –el procés d’adopció ha estat incoat abans que el menor hagi arribat a l’edat de 14 anys”.

⁷ El legislador andorrà es va situar en la línia majoritària del dret comparat, seguint la tendència fixada per l’Institut de Dret Internacional (IDI) en la Resolució de Roma de 1973, que recomanava a les autoritats competents de cada Estat establir normes, procediments i pràctiques que permetessin a l’adoptat adquirir la nacionalitat dels adoptants. Tant la resolució de l’IDI com el Conveni d’Estrasburg sobre adopció, de 24 d’abril de 1967, no exigeixen que als adoptats se’ls atribueixi la nacionalitat dels adoptants, sinó que es faciliti l’adquisició de la nacionalitat per als qui seran adoptats.

estrangeres residents a Andorra, amb la qual cosa els fills adoptius nascuts a l'estranger, tant de pares andorrans com de pares estrangers residents al Principat, podien adquirir la nacionalitat. Actualment, s'han fet progressos en la línia d'equiparar al màxim els drets dels fills biològics i els dels adoptats, tant de pare o mare andorrans nascuts a Andorra, com els de pare o mare estrangers residents al Principat, de tal manera que la Llei 15/2006, de 27 d'octubre, qualificada de modificació de la LQN de 1995, reconeix a l'infant adoptat que es troba en una de les situacions esmentades l'atribució o l'adquisició de la nacionalitat des del moment en què es efectiva l'adopció.⁹

Avui dia l'adopció presenta també una finalitat assistencial relacionada amb la protecció de menors. La normativa interna del Principat es troba en la Llei qualificada de l'adopció i de les altres formes de protecció del menor desemparat, de 21 de març de 1996;¹⁰ en el Decret de 10 de juny de 1988, en el qual es regula el Reglament de l'adopció,¹¹ i en el Reglament del registre civil.¹²

Les estadístiques de l'Europa occidental i del Principat d'Andorra confirmen que la major part de les adopcions són internacionals, és a dir, adopcions amb elements estrangers, especialment per la nacionalitat de l'adoptat.¹³ L'absència de menors nacionals adoptables fa que hi hagi una creixent demanda d'adopcions de nens i nenes estrangers,

⁹ L'article 2 de la LQN 1995, modificat el 2006, disposa: "És andorrà l'infant adoptat en adopció plena per una persona de nacionalitat andorrana nascuda al Principat d'Andorra." Pel que fa a l'infant adoptat en adopció plena per una persona de nacionalitat andorrana nascuda a l'estranger i resident al Principat, així com l'infant adoptat per una persona estrangera que tingui la residència principal i permanent al país, l'article 8 atribueix la nacionalitat andorrana a l'infant adoptat si es compleixen una sèrie de requisits. En altres supòsits, l'infant adoptat pot adquirir la nacionalitat andorrana mitjançant expedient administratiu (art. 9).

¹⁰ BOPA de 24-04-1996.

¹¹ BOPA de 17-06-1998.

¹² BOPA de 27-12-1996, modificat diverses vegades.

¹³ L'expressió *adopció internacional* ha estat criticada, ja que sembla que es tracta d'adopcions que tenen l'origen en un acord entre estats, quan és, principalment, fruit de la voluntat dels individus. S'han proposat altres denominacions que indicarien millor el tipus de situacions previstes: *adopcions interestatals, transnacionals, transfrontereres, de menors vinguts de l'estranger*, etcètera. El Conveni de l'Haia sobre protecció dels infants i la cooperació en matèria d'adopció internacional utilitza la fórmula *adopció internacional*, si bé es reconeix

amb la qual cosa ens trobem davant una nova via d'immigració: l'adopció internacional.¹⁴

Les dificultats que presenten les adopcions internacionals se situen, en primer lloc, en el pla dels conflictes de lleis, a causa de les divergències existents entre les legislacions dels diversos estats; en segon lloc, en els conflictes de jurisdicció i d'autoritats competents, ja que l'adopció constituïda a l'estranger tindrà efectes a Andorra si es compleixen certes condicions. Endemés els processos d'adopció revelen la intervenció creixent del poder judicial i de l'administració.

Hem vist que hi ha una normativa interna andorrana que regula l'adopció, però convé destacar que dita normativa pren com a base les disposicions dels dos convenis dels quals Andorra és part: el Conveni de l'Haia de 29 de maig de 1993 relatiu a la protecció dels infants i a la cooperació en matèria d'adopció internacional¹⁵ i el Conveni de les Nacions Unides de drets de l'infant, de 20 de novembre de 1995.¹⁶ Amb tot, hem de recordar que no existeixen normes de dret internacional privat convencional que proporcionin una reglamentació unificada de dret internacional privat vàlida per a diversos països.

A Andorra només existeix l'adopció plena i es fonamenta en dos principis bàsics: en primer lloc, l'interés del menor, que es manifesta en la configuració de l'adopció com a acte judicial, en l'acolliment familiar preadoptiu i en la intervenció de l'administració; en segon lloc, la creació d'un estatus familiar per a l'adoptat, amb la qual cosa hi ha una re-

que no es tracta d'una expressió satisfactòria. En canvi, els termes anglesos *intercountry adoption* foren acceptats sense dificultat. (Cfr. "Rapport explicatif de M. G. Parra-Aranguren". A: *Actes et Documents XVII*, tom II, p. 550.)

¹⁴ Cfr. TRILLAT, B. "Une migration singulière: l'adoption internationale". A: AA. DD. *L'adoption des enfants étrangers*. París: Centre National de l'Enfance, 1993, p. 15 i s.

¹⁵ BOPA de 26-02-1997.

¹⁶ BOPA de 24-01-1996.

lació de filiació entre l'adoptat i l'adoptant, ensems que s'equiparen els efectes entre la filiació adoptiva i la filiació per naturalesa.¹⁷

I. Concepcions metodològiques sobre la creació del vincle adoptiu

Podem distingir dues concepcions metodològiques sobre la creació del vincle adoptiu: l'enfocament conflictual i l'enfocament jurisdiccional.

A. L'enfocament conflictual

I.1. Alguns sistemes consideren l'adopció en funció de les relacions que crea; llavors la qüestió consisteix a saber quina llei en regula les condicions i els efectes. Aquests sistemes es basen sobre la llei aplicable, amb la qual cosa el problema de la competència de les autoritats queda en segon terme o presenta un caràcter subsidiari, com seria el cas de França, la República Federal d'Alemanya, Àustria, Portugal i la major part dels països iberoamericans, que fan una distinció entre normes de fons i normes de forma.

La llei personal dels adoptants i, eventualment, la llei personal de l'adoptat tenen una importància primordial. Així, a França, partint que l'adopció és un acte de la voluntat entre dues persones que crea un vincle jurídic de paternitat i filiació, s'afirma que l'adopció depèn de l'estatut personal i, en conseqüència, està sotmesa a la llei nacional de les parts, si bé en certes circumstàncies, especialment en cas d'adopció per adoptants de nacionalitat diferent, es proposa substituir la llei nacional per la llei del domicili. L'article 23 de Codi de dret internacional privat alemany disposa que l'adopció està regulada per la llei nacional de l'adoptant o, si és una parella, per la llei que regeix els efec-

¹⁷ *Cfr.* articles 15 a 24 LQA i articles 2, 3, 4, 24 a 35 RA. Aquests principis es troben també a França, una vegada ha caigut en desús l'adopció simple per la voluntat dels adoptants de realitzar una adopció plena, que d'acord amb els articles 343 i s. del Codi civil comporta una ruptura irrevocable del menor adoptat amb la seva família d'origen i l'assimilació del seu estatut personal als dels fills per naturalesa.

tes del matrimoni, excepció feta de les qüestions relatives al consentiment del menor o dels seus genitors, regulats, en principi, per la llei nacional del menor. Aquest és el sistema seguit pel Codi de dret internacional privat japonès i belga.¹⁸

B. L'enfocament jurisdiccional

1.2. D'altres sistemes veuen en tota adopció una decisió dels tribunals judicials o de les autoritats administratives que crea una situació nova en virtut del poder que els confereix la mateixa llei: la *lex fori*. Les condicions de validesa de l'adopció són considerades condicions de caràcter jurisdiccional, regides per la llei de l'Estat on té lloc l'adopció. En aquest cas la competència judicial internacional té una importància primordial i la llei aplicable serà, en principi, la pròpia de les autoritats competents. Seria el cas dels països del Common Law o influenciats per aquest sistema, com el Regne Unit, els EUA, el Canadà, Austràlia, Suïssa, Itàlia, Espanya i el Principat d'Andorra.

L'enfocament jurisdiccional presenta l'avantatge de la simplicitat i d'aconseguir un resultat que es correspon amb el medi social de la futura família adoptiva. El tribunal aplica la pròpia llei (*lex fori*) per determinar si s'ha de fer una adopció, però el factor decisiu per portar-la a terme és l'interès del menor. Així ho disposa el *Restatement dels EUA, Conflicts of Laws Second*: “*a court applies its own law in determining whether to grant an adoption*”.¹⁹

1.3. En realitat, tant en la primera com en la segona concepció no es pot oblidar la importància de la intervenció dels tribunals en la creació del vincle adoptiu, per la qual cosa s'haurà de tractar de la compe-

¹⁸ ERAUW, J.; SARRE, F. “The new regime governing international adoptions in Belgium”. *NILR*, 1988, núm. 35, p. 117-134; GAUDEMET-TALLON, H. “Le droit français de l'adoption internationale”. *Rev. int. dr. comp.*, 1990, p. 567 i s.; OPERTTI BADAN, D. “L'adoption internationale”. *Recueil des Cours*, 1983, II, p. 295 i s.

¹⁹ Al comentari del text citat llegim: “*this rule is mitigated by the fact that under the local law of at least the great majority of States the welfare of the child is the most important factor that a court should consider in determining whether to grant an adoption*” (*Restatement of the Law Second, Conflict of Laws Second*, vol. 2, 1971, par. 289).

tència judicial internacional, de la llei aplicable i del reconeixement de les adopcions realitzades a l'estranger per autoritats estrangeres.

2. Constitució de l'adopció per autoritat andorrana

A. Competència judicial internacional

2.1. L'adopció està configurada a Andorra com un acte judicial. Així doncs, només el batlle pot pronunciar l'adopció, sense que l'aute hagi de ser motivat, a excepció del supòsit de la denegació o si s'ha efectuat contra la voluntat dels genitors (art. 21 LQA). Hem de destacar la rellevància de l'acolliment preadoptiu (preadopció) com a fase prèvia a l'adopció, regulada en els articles 15 a 18 LQA, que té per objectiu verificar que existeix una correcta integració del menor amb la família i que la convivència és beneficiosa per a l'adoptat. En la seva constitució intervé el servei d'adopció dels Serveis Socials del Govern (art. 2 i 3 RA), però la decisió de preadopció és sempre judicial, amb la participació del Ministeri Fiscal.

2.2. Sobre competència judicial internacional dels tribunals andorrans en matèria d'adopció amb elements estrangers, no es poden aplicar les criteris de "competència de jurisdicció del dret comú", en terminologia del TSJA, ja que l'adopció és un acte de jurisdicció voluntària. Per això, processalment no hi ha un demandat (fur del domicili del demandat) ni dues parts amb interessos contraposats (fur de la submissió de les parts). Amb la finalitat d'evitar furs exorbitants de competència judicial internacional i de les adopcions claudicants, haurem de cercar elements que manifestin una vinculació del cas amb el Principat.

2.3. Els criteris habituals de competència judicial internacional en matèria d'adopció són: el domicili o la residència habitual dels adoptants en el fur, el domicili o la residència habitual de l'adoptat en el fur, la nacionalitat del fur dels adoptants i la nacionalitat del fur de l'adoptat.

El dret comparat mostra que hi ha sistemes que utilitzen i combinen alguns d'aquests criteris. Seguir les pautes dels articles 14 i 15 del Codi civil francès o l'article 22.3 de la LOPJ espanyola, en què es declaren competents els jutges espanyols per a la constitució de l'adopció quan l'adoptant o l'adoptat sigui espanyol o tingui residència habitual a Espanya, poden resultar furs exorbitants, de manera que la mera nacionalitat espanyola o francesa de l'adoptant o de l'adoptat haurien de concórrer amb altres criteris que demostrassin una vinculació més estreta amb Espanya o amb França.

Avui dia hi ha una tendència legislativa que considera l'interès superior del menor com a base de selecció dels criteris de competència judicial internacional. Llavors seria molt adequat seguir l'exemple del Regne Unit, on no és suficient el domicili dels adoptants en territori britànic, sinó que els futurs pares adoptius han d'haver tingut una vinculació familiar amb l'adoptat per permetre a les autoritats locals comprovar la convivència entre adoptants i adoptats. La mesura de la preadopció al Principat aniria en aquest sentit.

2.4. Els tribunals andorrans seran competents per constituir una adopció, per modificar-la o declarar-la nul·la quan es tracta d'adoptants de nacionalitat andorrana encara que visquin a l'estranger, si bé en aquest cas haurà d'existir prova del consentiment a l'adopció dels pares biològics, formalitzat davant autoritat andorrana, dins o fora d'Andorra, o de notari estranger, també d'adoptants estrangers amb residència habitual i domicili al Principat. No seria suficient la simple "estada" a Andorra dels adoptants. Els tribunals andorrans han de tenir l'oportunitat de comprovar les circumstàncies i les condicions de l'adopció.

Certament, els batlles no seran competents si cap de les parts no és andorrana o no té la residència habitual al Principat.

B. L'expedient d'adopció

2.5. L'expedient d'adopció pot iniciar-se per dues vies diferents: a) a proposta del servei d'adopció de la direcció del Servei Social del Govern, quan ha tingut lloc l'acolliment familiar; b) a proposta directa dels adoptants quan l'adoptat és orfe i parent d'un dels adoptants a partir del tercer grau de consanguinitat o afinitat, quan l'adoptat és fill del cònjuge de l'adoptant; quan l'adoptant mori després d'haver acollit regularment l'infant en preadopció, la demanda d'adopció pot ser presentada en nom seu pel cònjuge sobrevivent o per un dels seus hereus (art. 19 LQA).

2.6. Es important sempre l'informe psicosocial o l'informe d'idoneïtat o de capacitat adoptiva, especificat en els articles 9 a 24 RA. En tots els casos, la proposta d'adopció ha d'expressar les condicions personals, familiars, socials i econòmiques dels adoptants i les seves relacions amb l'adoptat; i si els pares de l'adoptat han formalitzat el consentiment a l'adopció davant de l'entitat pública, fora o dins d'Andorra (art. 20 LQA). Si els adoptants són estrangers, s'ha de presentar el certificat d'inscripció lliurat per l'oficina d'immigració i el certificat de residència del comú (art. 10 RA).

2.7. En tot expedient d'adopció és necessària la presència i la participació dels adoptants, de l'adoptat i d'altres persones que puguin resultar-ne afectades.

El consentiment del menor és vinculant a partir dels 12 anys; això no obstant, es demanarà el parer de l'infant que tingui els 10 anys complerts i si es considera oportú, el de l'infant menor d'aquesta edat (art. 9 LQA). També hi han de consentir (però en el sentit d'aprovar o permetre l'adopció) els genitors. Serà suficient el consentiment d'un sol genitor si l'altre ha mort o si ha estat privat de la pàtria potestat, o bé la filiació només ha quedat establerta amb relació a un dels genitors (art. 10 LQA).

C. Llei aplicable

2.8. L'establiment de la filiació adoptiva a Andorra es fonamenta en la intervenció d'autoritat andorrana, ja que és el batlle qui pronuncia l'adopció, que és efectiva a partir del dia en què es disposa a la Batllia la demanda d'adopció (art. 24 LQA). Aquesta dada situa la normativa andorrana dins de l'enfocament jurisdiccional, sistema propi del Common Law. El principi constitucional de protecció integral dels fills "amb independència de la seva filiació" (art. 13.3 CA) informa la regulació de la constitució de la filiació adoptiva i atorga una prioritat absoluta a l'interès del menor.²⁰

2.9. Això implica que s'ha de tenir sempre present el *favor filii*. I si el centre de gravetat de la constitució de l'adopció és l'autoritat judicial, aquesta haurà d'aplicar, en principi, el seu ordenament intern, per la qual cosa els requisits de l'adopció, nacional o internacional, constituïda per autoritat andorrana hauran de regir-se per la legislació andorrana com a *lex fori in foro proprio*. La normativa andorrana regularà, doncs, la capacitat per adoptar i ser adoptat, els consentiments i els assentiments o parers necessaris per portar a terme l'adopció, la intervenció del Ministeri Fiscal i del Servei d'Adopció del Govern, el contingut de les propostes d'adopció, etcètera. L'aplicació de la *lex fori* en determinades circumstàncies pot exigir la intervenció complementària de la llei personal de l'adoptat, especialment si resideix fora del Principat, ja que es podria donar una *adopció claudicant* (vàlida a Andorra però nul·la al país de la nacionalitat, domicili o residència habitual de qui serà adoptat). L'aplicació de la *lex fori* i d'altres lleis complementàries obeeix a l'interès superior de l'infant.

2.10. En els sistemes que segueixen l'enfocament jurisdiccional, la *lex fori* no només regula les condicions de l'adopció, sinó també els efec-

²⁰ L'exposició de motius de la LQA destaca la prioritat absoluta de l'interès de l'infant "per sobre de les persones o institucions afectades, ja sigui família d'origen, família acollidora, família adoptant o centre d'acolliment", així com la pretensió de "reforçar les garanties i els controls judicials i administratius de la defensa de l'infant".

tes, si bé per evitar les esmentades *adopcions claudicants* s'ha de prendre en consideració, com a element de fet, la llei personal del menor, atès que aquestes adopcions poden donar-se quan l'Estat d'origen del menor no preveu l'adopció o el tipus d'adopció que es pretén realitzar. El Conveni de l'Haia de 15 de novembre de 1965 sobre competència de les autoritats, la llei aplicable i el reconeixement de decisions en matèria d'adopció, ja seguia l'enfocament jurisdiccional, però anava més lluny en preveure en l'article 5 que les autoritats competents "apliquen la llei nacional del menor als consentiments i consultes diferents als de l'adoptant, la seva família o del seu cònjuge".

3. Constitució de l'adopció per autoritat estrangera

3.1. El legislador andorrà preveu que les adopcions es poden realitzar davant d'autoritat andorrana o davant d'autoritat estrangera per a andorrans o per a estrangers residents a Andorra. En aquest segon supòsit es planteja el problema dels efectes legals i que dita adopció es consideri vàlida al Principat. Els textos legals bàsics són la LQA i el RA. L'article 22 LQA diu:

“Les adopcions realitzades a l'estranger per andorrans o per estrangers residents a Andorra només són considerades vàlides si els adoptants i l'adoptat reuneixen, al moment de l'adopció, els requisits establerts en aquesta llei. És imprescindible que, abans de la formalització de l'adopció a l'estranger, un batlle dicti un aute autoritzant els adoptants a adoptar, tenint en compte l'informe psico-social del Servei d'Adopció del Govern.”

3.2. El reconeixement de les adopcions realitzades a l'estranger té una gran importància pràctica, especialment per l'adopció internacional, perquè nombrosos països exigeixen que els menors siguin adoptats al país d'origen abans de la seva sortida o al país d'acolliment una vegada han obtingut un permís de sortida.

3.3. Dins dels països que permeten que l'adopció es realitzi en el territori de l'Estat d'acolliment trobem Corea, l'Índia, el Nepal, les Filipines, Tailàndia i Xile. El que caracteritza aquest mètode d'adopció és l'exigència d'una autorització especial expedida pel Govern o els seus òrgans o un tribunal de menors. Encara que no hi hagi una decisió d'adopció, el procediment és bastant semblant, ja que s'imposen algunes condicions sobre el menor que es vol adoptar i als futurs adoptants, l'autorització pot ser o no subordinada a un període de prova, i es pot exigir que es notifiqui oficialment a les autoritats de l'Estat d'origen la realització de l'adopció.

3.4. Altres estats exigeixen que l'adopció es realitzi al país d'origen de l'adoptat o bé imposen condicions que fan impossible l'adopció a l'estranger. És el sistema vigent a Costa Rica, el Perú, Hondures, a l'Àfrica, i en nombrosos països d'Àsia (Sri Lanka, el Vietnam) i de l'Europa de l'Est (Romania i Polònia).

És també freqüent exigir als futurs adoptants que presentin la petició d'adopció per mitjà d'institucions aprovades pels governs o que aportin prova que dites institucions els han considerat aptes per fer l'adopció. Seria el cas de Colòmbia, l'Índia, Corea, les Filipines, Sri Lanka, Tailàndia i Brasil, a la pràctica.

3.5. Per reconèixer una adopció realitzada a l'estranger no és necessari l'exequàtur a Andorra, atès que es tracta d'un acte de jurisdicció voluntària i és susceptible d'un reconeixement material de caràcter automàtic. El legislador andorrà fixa les condicions a les quals se subordina la vàlidesa i els efectes que poden produir les adopcions realitzades a l'estranger per autoritat estrangera, vetllant sempre per tal que "l'adopció es realitzi amb totes les salvaguardes i garanties, promovent amb aquests fins les concertacions bilaterals o multilaterals",²¹ i exigeix la se-

²¹ Introducció al Reglament d'adopció, BOPA de 17-06-1998.

va inscripció en el registre civil perquè sigui eficaç i pugui ser oposable a tercers. Tot seguit exposem les condicions per al reconeixement.

3.6. En primer lloc, abans de formalitzar una adopció a l'estranger, el batlle ha de dictar un aute en què autoritza els adoptants a adoptar, tenint en compte l'informe psicosocial del Servei d'Adopció del Govern. Es pot delegar en entitats col·laboradores, degudament acreditades pel Govern, la realització dels informes psicosocials, així com la tramitació de l'adopció al país d'origen del menor (articles 22 LQA i 7 RA). L'aute del batlle pel qual autoritza els sol·licitants a adoptar és un requisit previ acreditatiu per a les autoritats de l'Estat d'origen de l'adoptat, perquè l'Estat andorrà permeti l'entrada del menor al país i perquè el batlle pugui finalment dictar aute de declaració o confirmació de l'adopció (art. 28 RA).

3.7. En segon lloc, com que les adopcions realitzades a l'estranger es regeixen per la mateixa normativa i cal complir els mateixos requisits establerts per a les adopcions nacionals, cal examinar el requisits subjektius de l'adopció.

A. Capacitat per adoptar

3.8. En l'adopció internacional, s'ha de tenir capacitat d'obrar plena i hom ha de ser major de 25 anys. En l'adopció conjunta, després de cinc anys de matrimoni o de convivència en parelles estables heterossexuals, el resultat de la mitjana entre les edats dels dos adoptants no pot ser inferior a 25 anys. En l'adopció d'un nounat d'edat compresa fins a dotze mesos, el resultat de la mitjana entre les edats dels dos adoptants no pot ser superior a 45 anys. Hi ha d'haver una diferència d'edat de quinze anys entre adoptants i adoptat (articles 2, 3, 4 LQA).

B. L'adoptat

3.9. Només pot ser adoptat el menor no emancipat que es trobi en alguna de les circumstàncies següents:

- Els infants per als quals els genitors han de consentir vàlidament l'adopció, o bé un sol genitor en els supòsits previstos en l'article 10 LQA.
- Els orfes.
- Els infants declarats abandonats, prèvia declaració del batlle en aquest sentit. Determinats menors no emancipats no podran ser adoptats: els descendents i els parents en segon grau de la línia col·lateral per consanguinitat o afinitat (articles 8, 10, 12 LQA).

C. Consentiments i assentiments

3.10. El consentiment del menor és vinculant a partir dels 12 anys; es demanarà el parer de l'infant que tingui 10 anys complerts o un menor d'aquesta edat si es considera oportú.

Han d'assentir a l'adopció el pare i la mare biològics del menor. Serà suficient l'assentiment d'un sol genitor en cas de mort o la impossibilitat de manifestar la seva voluntat per part de l'altre cònjuge (articles 9, 10, 12 LQA).

S'hauria de tenir en compte la llei nacional de l'adoptat sobre consentiments exigits per a l'adopció, cosa que es podria portar a terme amb posterioritat a l'adopció, bé davant les autoritats del país d'origen, bé davant les autoritats andorranes.

D. Efectes de l'adopció

3.11. Només es podrà reconèixer l'adopció constituïda a l'estranger si els efectes són els mateixos que els previstos per la normativa andorrana, per evitar la transformació en adopció d'institucions que no són adopcions plenes, com la *kafala* o el *dham*. Així, doncs, l'adopció implica l'extinció dels vincles jurídics entre l'adoptat i la família d'origen i confereix a l'infant una filiació que substitueix la filiació original; és irrevocable; confereix a l'infant els cognoms del pare i de la mare adop-

tants; si l'infant té menys d'un any, el batlle pot acordar modificar-ne el nom a instància dels adoptants; si té més d'un any, es privilegia el nom d'origen, excepte en casos excepcionals; si l'infant té més de 12 anys, el seu consentiment és imprescindible en els canvis de nom (articles 24, 25 LQA).

3.12. En tercer lloc, sobre competència judicial internacional, res no diu el sistema de dret internacional privat autònom andorrà, per la qual cosa haurem de respectar els furs de competència judicial internacional de l'ordenament de l'Estat de l'autoritat estrangera que ha realitzat l'adopció i, en tot cas, acceptar la competència d'aquestes autoritats si l'adopció es va constituir en l'Estat de la nacionalitat o la residència habitual de l'adoptat. El Conveni de l'Haia de 1993 relatiu a la protecció dels infants i a la cooperació en matèria d'adopció internacional, que dedica el capítol V al "Reconeixement i efectes de l'adopció", només disposa que una adopció certificada conforme al conveni per l'autoritat competent de l'Estat contractant on ha tingut lloc "es reconeix de ple dret en la resta dels Estats contractants", i aquestes autoritats són notificades oficialment al dipositari del conveni.

4. Conveni relatiu a la protecció dels infants i a la cooperació en matèria d'adopció internacional, fet a l'Haia el 29 de maig de 1993 (CH 1993)

A. Precedents, objecte i àmbit d'aplicació

4.1. La Conferència de l'Haia de dret internacional privat va adoptar el 1965 un conveni sobre la competència de les autoritats, la llei aplicable i el reconeixement de decisions en matèria d'adopció. Es tracta del primer text dedicat exclusivament a l'adopció de menors i un dels objectius essencials era la protecció del menor: en virtut del conveni només es poden realitzar adopcions si són en interès del menor. En

l'articulat figuren disposicions de procediment que preveuen una cooperació entre els tribunals i les autoritats del país de residència habitual dels adoptants, de l'adoptat, així com disposicions materials dirigides a consolidar la situació del menor en el si de la família adoptiva.

4.2. L'àmbit personal del conveni són les adopcions internacionals de menors de menys de 18 anys, no casats; no s'apliquen als adults ni a les persones casades. Només inclou els adoptats i adoptants vinculats per la nacionalitat i la residència habitual a un estat contractant.

4.3. Les autoritats del país de la residència habitual o de la nacionalitat dels adoptants estan habilitades per pronunciar una adopció, no les autoritats del país de residència habitual o de la nacionalitat del menor. Les autoritats competents apliquen la seva pròpia llei a les condicions de l'adopció. La llei nacional del menor és aplicable quant a consentiments i consultes diferents a les de l'adoptant i de la seva família. Les adopcions realitzades per una autoritat competent en virtut del conveni seran reconegudes en els altres estats contractants.²²

4.4. El Conveni de l'Haia de 1993 no pretén pas realitzar la unificació de les normes de competència d'autoritats encarregades de pronunciar l'adopció, ni de les normes de conflictes de lleis. El seu objectiu és menys ambiciós, però més pragmàtic. Tal com diu l'article I, el conveni té per objecte:

“Establir garanties a fi que les adopcions internacionals s'efectuïn en l'interès superior de l'infant i en el respecte dels drets fonamentals que li són reconeguts pel dret internacional.”

4.5. El seu àmbit espacial està limitat per la noció restrictiva de l'adopció internacional que dóna el conveni, per la qual cosa no és aplicable

²² El Conveni de 1965 fou signat, en primer lloc, pel Regne Unit el 15 de novembre de 1965, fou ratificat per Àustria el 1968, per Suïssa el 1973 i finalment pel Regne Unit el 1978. El conveni va entrar en vigor el 23 d'octubre de 1978 en virtut de les tres ratificacions, però recentment ha estat denunciat pels tres estats que el van ratificar (Cfr. “Rapport explicatif” de M. R. Maul. *Actes et Documents Dixième Session*, 1964, t. II, p. 409-431).

a qualsevol adopció amb elements estrangers. Llegim en l'article 2:

“1. El Conveni s'aplica quan un infant resident habitualment en un Estat contractant (Estat d'origen) ha estat, és o ha de ser desplaçat cap a un altre Estat contractant (Estat d'acolliment), ja sigui després de la seva adopció en l'estat d'origen per cònjuges o per una persona resident habitualment a l'estat d'acolliment, o bé amb la finalitat de realitzar dita adopció a l'Estat d'acolliment o a l'Estat d'origen. 2. El Conveni s'aplica únicament a les adopcions que estableixen un vincle de filiació.”

Observem que preval el criteri de la residència habitual de les parts i no la nacionalitat de l'adoptat o dels adoptants. Només entren dins del conveni les adopcions que impliquen un desplaçament de l'adoptat des d'un estat contractant cap a un altre estat contractant.

No es regula el supòsit del conflicte mòbil per un canvi de la residència abans de la fase final del procés d'adopció. Sembla que no hauria de ser un obstacle en la pràctica, ja que s'exigeix l'acord dels dos estats per prosseguir l'adopció.

Pel que fa a l'àmbit d'aplicació material, el conveni s'aplica a tot tipus d'adopció que estableixi un vincle de filiació –amb la qual cosa hi entren les adopcions plenes i les adopcions simples– però no a les *adopcions* només de nom, com seria el cas de la *kafala* als països musulmans.

4.6. Com que és un instrument de cooperació interestatal, el conveni no intenta regular la decisió de l'adopció; es limita a establir normes comunes relatives a la fase prèvia, determina les condicions de fons i de forma a què està sotmés el projecte d'adopció. El conveni confeireix un abast internacional a la decisió de l'adopció i defineix les normes aplicables al seu reconeixement.²³

²³ Cfr. ADAM MUÑOZ, M. D.; GARCÍA CANO, S. *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*. Madrid: Colex, 2004. CARRILLO CARRILLO, B. L. *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo 1993*. Granada: Comares, 2003. GONZÁLEZ BEIFUSS, C. “La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29

B. Condicions de fons i de forma de l'adopció

A. CONDICIONS DE FONTS

4.7. Un dels objectius del conveni és la instauració “d’un sistema de cooperació entre els Estats contractants per assegurar el respecte d’aquestes garanties i prevenir així el rapte, la venda o el tràfic d’infants” (art. 1, lletra b). El conveni es presenta, doncs, com un instrument de cooperació i estableix un repartiment de responsabilitats entre l’Estat d’origen i el d’acolliment.

4.8. L’article 4 precisa les obligacions de l’Estat d’origen referents a les condicions de fons que les seves autoritats han de verificar abans de cada adopció regulada pel Conveni sobre: si l’infant és adoptable, si han constatat que l’adopció projectada respon a “l’interès superior de l’infant”, si s’han donat els consentiments necessaris de persones diferents a l’adoptat i s’han tingut en compte els consentiments, desitjos i opinions de l’infant.

4.9. Les responsabilitats de l’Estat d’acolliment estan enumerades en l’article 5: les autoritats competents han de comprovar que els futurs pares adoptius estan qualificats i són aptes per adoptar, han rebut l’assessorament necessari, i si l’infant serà autoritzat a entrar i residir de manera permanent en el seu territori.

B. CONDICIONS DE FORMA

4.10. Com que la realització de l’adopció internacional implica nombroses i complexes gestions que els interessats difícilment podran portar a terme de manera individual, el conveni instaura una cooperació interestatal, els actors principals de la qual són les autoritats centrals,

de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional”. *RJC*, 1996, p. 313-345. JASPER, M. *International adoption*. Oceana Pub., 2003. MUIR-WATT, H. “La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”. *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1993-95, p. 49-63. STUBER, G. *Anerkennung internationaler*

Stuttgart: Boorberg, 2003.

que poden actuar amb el concurs d'organismes acreditats. S'imposa a cada Estat contractant l'obligació de designar una autoritat central "encarregada de complir les obligacions que el Conveni li imposa" (art. 6). El Principat d'Andorra ha designat com autoritat central el servei d'adopció del departament de Serveis Socials. Destaquem que les autoritats centrals constitueixen l'eix del conveni.

4.11. Les autoritats centrals han de cooperar entre elles i promoure una col·laboració entre les autoritats competents dels seus estats a fi d'assegurar la protecció dels infants i assolir la resta d'objectius del conveni (art. 7). Algunes d'aquestes tasques han de ser executades directament, però d'altres poden ser portades a terme en col·laboració amb altres autoritats públiques o organismes acreditats. Les autoritats centrals prenen directament totes les mesures adequades per proporcionar informacions sobre la legislació dels seus estats en matèria d'adopció i altres informacions generals, com ara estadístiques i formularis; informar-se mútuament sobre el funcionament del conveni i suprimir els obstacles per a la seva aplicació. Directament o amb la col·laboració d'altres autoritats públiques, les autoritats centrals prenen totes les mesures adequades per tal de prevenir els beneficis materials indeguts produïts per raó d'una adopció i impedir tota pràctica contrària als objectius del conveni (articles 7 i 8).²⁴

4.12. Algunes de les funcions atribuïdes a les autoritats centrals poden ser delegades en organismes acreditats, és a dir, organismes designats o creats per cada Estat contractant, que responguin a les condicions

²⁴ L'article 8 s'ha de posar en connexió amb els articles 32 i 33 del conveni, que prohibeixen obtenir beneficis materials indeguts per raó d'una intervenció referents a una adopció internacional. Tanmateix, se'n podran reclamar els "costos i les despeses", inclosos els honoraris professionals que siguin raonables, així com les remuneracions pels serveis prestats, sempre que no siguin desproporcionats. La traducció catalana del conveni parla d'"els costos i les despeses directes"; aquest adjectiu no consta en el text autèntic del conveni. S'observa una gran diferència entre els estats sobre costos i despeses; el cost és en molts casos conseqüència directa de l'edat de l'infant, mentre que les despeses estan en relació inversa amb l'edat del menor. Hi ha la pràctica de sol·licitar als futurs pares adoptius una contribució per a la protecció dels infants a l'Estat d'origen, cosa que pot ser perillosa sempre que no hi hagi un adequat control.

enumerades en l'article 11 del conveni: perseguir finalitats no lucratives; ser dirigides i gestionades per persones qualificades per la seva integritat moral, formació i experiència en l'àmbit de l'adopció internacional. I tot això, sota el control de les autoritats competents de l'Estat. Un organisme acreditat en un estat contractant només podrà actuar en un altre estat contractant si les autoritats competents d'ambdós estats ho han autoritzat (art. 12).

4.13. El tema de les *adopcions privades* o *independents* fou debatut àmpliament en el si de la Conferència de l'Haia. La solució final representa un compromís raonable entre les posicions antagoniques. L'article 22 permet, per una part, que organismes o individus no acreditats puguin desenvolupar funcions atribuïdes a les autoritats centrals en virtut dels articles 15 a 21, sempre que compleixin unes normes mínimes; per altra part, els estats contractants no estan obligats a acceptar la participació d'organismes o de persones no acreditades si fan una declaració expressa a l'efecte. Llavors, els estats contractants tenen la facultat d'adoptar una actitud de silenci o d'objecció a aquesta participació.²⁵

4.14. El conveni estableix un procediment destinat a protegir els interessos fonamentals de totes les parts que concorren a l'adopció internacional, en particular l'infant, els pares biològics i els futurs pares adoptius, però al mateix temps s'intenta simplificar al màxim els procediments existents, fer possible l'adopció i el seu reconeixement.

4.15. El procediment d'adopció comença amb una petició a l'autoritat central de l'Estat de residència habitual dels futurs pares adoptius, no a l'autoritat de l'Estat d'origen:

²⁵ El Principat d'Andorra ha fet una declaració en què s'oposa a la participació d'organismes no acreditats: "De conformitat amb l'article 22.4 del Conveni, el Principat d'Andorra declara que les adopcions d'infants amb residència habitual al Principat només podran ésser realitzades per persones residents en els Estats on les funcions atribuïdes a l'Autoritat Central siguin exercides per autoritats públiques o organismes acreditats segons el previst al paràgraf primer de l'article 22 del Conveni."

“Les persones que resideixen habitualment en un Estat contractant, que desitgin adoptar un infant la residència habitual del qual se situï en un altre Estat contractant, han d'adreçar-se a l'Autoritat de l'Estat de la seva residència habitual” (art. 14).

Ara bé, d'acord amb l'article 22, la petició pot ser presentada a una altra autoritat pública o a un organisme acreditat si la llei del país de residència habitual dels futurs pares adoptius ho permet. Les condicions de forma de la petició són determinades per la llei de la residència habitual dels futurs pares adoptius. Una vegada presentada la demanda d'adopció, l'autoritat central de l'Estat d'acolliment (o una altra autoritat) ha d'establir un informe sobre si els sol·licitants són adequats i aptes per adoptar; aquest informe serà transmès a l'autoritat central de l'Estat d'origen. Després d'aquesta verificació, l'autoritat central de l'Estat d'origen estableix un informe amb les dades sobre la identitat de l'infant, la seva adoptabilitat, el seu entorn social, la seva evolució personal i familiar, el seu historial mèdic i de la seva família, les condicions d'educació..., seguint les indicacions de l'article 16, si bé l'enumeració no és limitativa. Aquest últim informe serà transmès a l'autoritat central de l'Estat d'acolliment, tenint cura de no revelar ni la identitat de la mare ni la del pare en cas que, en l'Estat d'origen, no se'n pugui divulgar la identitat.

4.16. La segona fase del procediment implica una cooperació estreta entre les autoritats centrals dels dos estats concernits i té per objecte assegurar que no hi ha obstacles a l'adopció i al seu reconeixement tant a l'Estat d'origen com al d'acolliment. L'article 17, que permet l'adopció i el trasllat de l'infant al país d'acolliment, associa estretament les autoritats dels dos estats a la decisió presa per l'Estat d'origen de confiar l'infant als futurs pares adoptius, i exigeix que aquesta decisió només pugui ser presa amb l'acord dels sol·licitants i de l'autoritat central de l'Estat d'acolliment, a l'ensens que l'acord de les dues autoritats centrals en què se segueixi el procediment:

“L'Estat d'origen només pot prendre la decisió de confiar un infant a futurs pares adoptius si:

- a) l'Autoritat central d'aquest Estat s'ha assegurat que els futurs pares adoptius han donat el seu acord;
- b) l'Autoritat central de l'estat d'acolliment ha aprovat aquesta decisió, quan ho requereix la llei d'aquest Estat o l'Autoritat central de l'Estat d'origen;
- c) les Autoritats d'ambdós Estats han acceptat que se segueixi el procediment per a l'adopció; i
- d) s'ha constatat, de conformitat amb l'article 5, que els futurs pares adoptius estan qualificats i són aptes per adoptar i que l'infant és o serà autoritzat a entrar i a residir de manera permanent a l'Estat d'acolliment.”

4.17. El conveni preveu el supòsit que, abans de confiar l'infant als futurs pares adoptius i desplaçar-lo cap a l'Estat d'acolliment, l'autoritat central d'aquest Estat consideri que mantenir l'infant en la família d'acolliment ja no respon al seu interès superior. L'article 21 imposa algunes mesures destinades a protegir l'infant, especialment retirar l'infant a les persones que desitjaven adoptar-lo i fer-se'n càrrec de manera provisional; assegurar un nou emplaçament de l'infant, prèvia consulta amb l'autoritat central de l'Estat d'origen, i assegurar, en últim recurs, el retorn de l'infant, que ha de ser consultat, tenint en compte la seva edat i maduresa. La previsió de l'article 21 per als supòsits de fracàs en l'adopció no s'ha donat, fins ara, a la pràctica.

4.18. L'infant pot ser desplaçat de l'Estat d'origen al d'acolliment abans o després de la decisió d'adopció, ensems abans o després de la decisió de desplaçar-lo. L'article 19 subordina aquesta operació a algunes condicions que tenen com a finalitat facilitar la decisió d'adopció i el seu reconeixement. Prèviament, s'han de respectar les condicions que hem vist a l'article 17; endemés, les autoritats centrals d'ambdós estats

vetllen per tal que el desplaçament s'efectuï amb tota seguretat, en condicions adequades i, si és possible, en companyia dels pares adoptius o dels futurs pares adoptius.

C. Reconeixement i efectes de l'adopció

4.19. Els articles 23, 24 i 25 tracten del reconeixement de les adopcions certificades conforme al conveni per l'autoritat competent de l'Estat contractant on han tingut lloc. L'article 26 està dedicat als efectes de l'adopció i l'article 27 regula un cas particular de conversió de l'adopció. Certament, el conveni hagués perdut bona part d'interès si s'hagués limitat a regular el projecte i la decisió sobre l'adopció. Per això vol instaurar un règim de circulació internacional de la decisió d'adopció, a fi d'evitar les adopcions claudicants. Al mateix temps, reconeix un mínim d'efectes al contingut del vincle de filiació adoptiva.

4.20. L'article 23 crea un règim privilegiat de reconeixement "de ple dret" de tota adopció regulada pel conveni, en exigir el lliurament d'un "certificat" d'adopció, que té per objecte constatar que l'adopció s'ha portat a terme segons el que preveu el conveni.²⁶ El certificat ha de precisar, com a mínim, que les autoritats centrals d'ambdós països varen acceptar que se seguís el procediment per a l'adopció. Tot Estat contractant ha de notificar la identitat i les funcions de l'autoritat o autoritats que tinguin competència per lliurar el certificat.²⁷ Tot Estat contractant és lliure per regular les condicions de forma del mencionat certificat, però seria convenient adoptar el model proposat per l'oficina permanent de la Conferència de l'Haia de dret internacional privat. Una vegada lliurat el certificat, el reconeixement d'una adopció només

²⁶ Les paraules de *ple dret* volen expressar que el reconeixement és automàtic, sense necessitat de cap procediment de reconeixement, d'execució o d'enregistrament. Llavors no hi ha necessitat d'un exequàtur previ. Ara bé, el conveni no prohibeix pas el procediment d'exequàtur si aquest procediment és regulat per la *lex loci*.

²⁷ En el moment de dipositar l'instrument d'adhesió, les autoritats andorranes varen declarar: "En aplicació de l'article 23.2 del Conveni, el Principat d'Andorra declara que l'autoritat competent per certificar la conformitat de les adopcions amb el Conveni, segons amb el previst a l'article 23.1, és el ministre de Relacions Exteriors del Govern d'Andorra" (BOPA de 26-02-1997).

pot rebutjar-se en un estat contractant “si aquesta adopció és manifestament contrària al seu ordre públic, tenint en compte l’interès superior de l’infant” (art. 24). La fórmula utilitzada indica que convé interpretar de manera estricta la noció d’*ordre públic*, és a dir, tot el que sigui contrari als principis fonamentals de l’Estat de reconeixement.

El conveni no exclou la legalització dels documents; per tant s’haurà de complir aquest tràmit, llevat que es tracti d’estats part en el conveni de l’Haia de 1961 sobre supressió de la legalització i substitució per la postil·la.

4.21. Com que el conveni preveu totes les formes d’adopció, era necessari establir uns efectes a l’adopció realitzada en un altre estat contractant amb la finalitat de garantir un mínim de coherència a l’estatut jurídic de l’adoptat. D’acord amb l’article 26, el reconeixement de l’adopció comporta el reconeixement del vincle de filiació entre l’infant i els pares adoptius, així com la responsabilitat dels pares adoptius respecte de l’infant. Pel que fa a la ruptura del vincle de filiació preexistent, és a dir amb la família biològica, serà admès si “l’adopció té aquest efecte en l’Estat contractant on ha tingut lloc”. Llavors, a la pràctica, si l’adopció es realitza a l’Estat d’origen de l’infant, la ruptura del vincle de filiació no tindrà efecte a l’Estat d’acolliment si la legislació de l’Estat d’origen ho prohibeix. I a l’inrevés, si la legislació de l’Estat d’acolliment, on s’ha realitzat l’adopció, s’oposa a la conservació del vincle de filiació, aquesta conseqüència haurà de ser admesa en tots els estats contractants, inclòs l’Estat d’origen, si bé en aquest últim no hi haurà reconeixement.

4.22. Alguns estats d’origen coneixen l’adopció simple, de forma única o juntament amb l’adopció plena, i es poden plantejar problemes de reconeixement en els Estats d’acolliment. Per això l’article 27 aporta alguna correcció al que hem dit sobre la ruptura del vincle de filiació per mitjà de la conversió de l’adopció. És a dir, és possible admetre la

ruptura del vincle de filiació a l'Estat d'acolliment encara que aquest efecte no estigui previst a l'Estat d'origen, on ha tingut lloc l'adopció, i això convertint l'adopció en una adopció que produeixi aquesta ruptura. Llegim en l'article 27:

“1. Si una adopció realitzada en l'Estat d'origen no té com a efecte la ruptura del vincle de filiació preexistent aquesta adopció pot, en l'Estat d'acolliment que reconeix l'adopció de conformitat amb el Conveni, ser convertida en una adopció que tingui l'efecte esmentat,

- a) si el dret de l'Estat d'acolliment ho permet; i
- b) si es donen o s'han donat els consentiments previstos a l'article 4, apartats c) i d) per a la dita adopció.

2. L'article 23 s'aplica a la decisió sobre la conversió.”

Andorra no té previst un procediment específic de conversió d'una adopció simple en plena, amb la qual cosa s'haurà de procedir a la constitució de l'adopció *ex novo*. En cas que s'hagi realitzat a França una adopció simple d'un infant de Madagascar per part d'adoptants andorranos i l'autoritat competent francesa lliuri el certificat d'adopció “conforme al Conveni”, l'adopció serà considerada per Andorra com a vàlida (article 23 del conveni), malgrat que l'article 38 RA digui: “no són reconegudes per l'Estat andorrà les adopcions constituïdes a l'estranger per andorranos o estrangers legalment residents al Principat que no s'ajustin al previst en la legislació andorrana vigent i en el present Reglament.” Aquesta adopció simple no es podrà inscriure en el registre civil, ja que els seus efectes no són els de l'adopció plena, l'única coneguda al Principat, però podrà ser objecte d'una anotació marginal. L'adopció simple no produirà l'efecte d'adquisició de la nacionalitat andorrana.

4.23. Sobre l'ús de llengües en la documentació que es trameti a un altre estat, Andorra va declarar que tota documentació que es trame-

ti al Principat en aplicació del conveni, si no està redactada en català, castellà, francès o anglès, haurà d'anar acompanyada d'una traducció oficial a un d'aquests idiomes.²⁸

D. Acords bilaterals

4.24. Alguns estats part en el conveni han fet acords bilaterals en matèria d'adopció, no solament amb estats que no en són part, sinó també amb estats part. La finalitat és aprofundir en la col·laboració amb d'altres estats en matèria d'adopcions internacionals i procurar-ne el reconeixement, però sempre amb el màxim respecte pel Conveni de l'Haia de 1993. Es tracta de textos molt diversos quant a la naturalesa jurídica; alguns són vertaders tractats internacionals i d'altres són simples acords de naturalesa administrativa entre òrgans de les administracions dels dos països concernits.

El Principat d'Andorra ha signat acords bilaterals en matèria d'adopció amb alguns països, com ara el Brasil, Colòmbia, Filipines, Hondures, Perú i la República Dominicana.

²⁸ BOPA de 26-02-1997.

26. Obligacions alimentàries



Introducció

Des de la segona meitat del segle xx, caracteritzat per una gran mobilitat de persones entre diversos països per raons de treball; pel creixent nombre de persones desplaçades, asilades o refugiades, i pel fenomen de la disgregació de la institució familiar, els mereixedors d'aliments, especialment menors i persones desvalgudes, han topat amb moltes dificultats per veure satisfets els seus drets quan l'obligat resideix en un país diferent. Si el deutor d'aliments paga el que li correspon, no hi ha cap problema, però en cas contrari pertoca al mereixedor utilitzar els procediments necessaris per recobrar les quantitats degudes a títol de prestació o de pensió alimentària. La qüestió s'agreuja quan hi ha una resolució estrangera i es vol reconèixer o executar al Principat, o es vol que una decisió andorrana tingui efectes a l'estranger. El mereixedor d'aliments, doncs, pot trobar-se amb obstacles importants per fer valer els seus drets contra el deutor. Aquests obstacles poden resultar de la diversitat de legislacions, tant pel que fa al dret material, com al procediment.

En quasi tots els països, l'ordenament jurídic preveu una obligació d'aliments que incumbeix, en primer lloc, les persones designades per la comunitat de la sang; és a dir els parents més propers i, subsidiàriament, correspondrà a la societat subvenir els més necessitats. Mentre l'obligació d'aliments correspon als membres de la família, estem dins del dret privat, però si competeix la societat, l'obligació entra dins del dret públic.¹ El legislador estatal fixa el cercle dels parents deutors en atenció als vincles naturals o legals entre els membres de la família,

¹ La distinció entre *dret públic* i *dret privat* és típicament continental. La legislació anglesa vincula l'obligació alimentària no al dret de família, sinó a la legislació sobre assistència pública (*poor law*): tota persona que es trobi en la indigència o sigui incapaç de satisfer les seves necessitats pot beneficiar-se de l'assistència pública i dels serveis socials. Llavors hi ha una connexió amb el dret públic i no hi ha deutor de l'obligació alimentària (en el sentit de persona física), llevat dels casos de divorci, en què l'esposa i –en el seu cas– el fill siguin beneficiaris d'una obligació alimentària, basada en les relacions de família, si bé es reconeix a l'espòs aquest mateix dret, però en circumstàncies excepcionals. Pot consultar-se: *Matrimonial Proceedings (Magistrates' Courts) Act*, de 1960.

amb la qual cosa hi ha una gran diversitat de regulacions sobre la matèria i això explica la freqüència dels conflictes de lleis en els casos internacionals. El problema de qualificar la situació d'indigència es farà d'acord amb la *lex fori*, i la determinació de l'import de l'obligació alimentària es relaciona amb el nivell de vida que es poden permetre els cònjuges. Serà molt difícil trobar un denominador comú per avaluar la noció de *pobresa* o d'*indigència*. Serà difícil assolir una definició precisa de la noció d'*aliments* en dret internacional privat, i si bé existeixen convenis internacionals en aquest sentit, es limiten a adoptar una noció suficientment àmplia per incloure-hi les diverses institucions dels estats part en els convenis internacionals.²

L'ordenament jurídic andorrà segueix els principis del dret romà quant a concepte, característiques, subjectes i contingut de l'obligació d'aliments entre parents, concretada i desenvolupada per la jurisprudència i la legislació positiva andorrana. D'acord amb els textos del *Digest* (7, 1, 45; 25, 3, 4 i 16; 50, 16, 43, 44 i 234), el concepte d'*aliments* és ampli; inclou tot el que és necessari per a la vida d'una persona i presenta les característiques de ser un dret personalíssim, irrenunciable, intransmissible, inembargable, imprescriptible, variable, no pot ser sotmès a transacció o arbitratge ni pot ser compensat.³ La interpretació àmplia de la noció d'*aliments* del dret andorrà està d'acord amb la no-

² El conveni sobre llei aplicable a les obligacions alimentàries respecte dels menors, fet a l'Haia el 24 d'octubre de 1996, no conté cap definició de la noció d'*obligació alimentària*. El mateix passa amb el Reglament de Brussel·les I, de 22 de desembre de 2000 i amb el Conveni de Lugano de 16 de setembre de 1988. En l'article 1 del Conveni sobre la llei aplicable a les obligacions alimentàries, fet a l'Haia el 2 d'octubre de 1973, trobem un cúmul de termes que tenen per objecte englobar tots els vincles de família, però evitant els problemes de qualificació: "El present Conveni s'aplica a les obligacions alimentàries que es deriven de les relacions de família, parentiu, afinitat o matrimoni, incloses les obligacions alimentàries respecte d'un fill no legítim." Llavors, *a sensu contrario* resulta que estan excloses del conveni les obligacions alimentàries derivades d'una font distinta de la familiar.

³ L'auto del TSJA de 26 d'octubre de 1995 (cas M. Lluïsa F.M. contra Ramon R.A.), seguint una línia jurisprudencial clàssica, considera la prestació d'aliments com una obligació natural, moral, pública, transcendental, variable i irrenunciable. De l'anterior context normatiu-jurisprudencial transcrit i d'aplicació al supòsit d'autes se'n deriven les següents premisses de conclusió: a) naturalesa i caràcter d'ordre públic per raó de la seva pròpia transcendència de la prestació alimentària; b) mutabilitat de la mateixa, tant en relació a les necessitats de qui l'ha de rebre com de qui l'ha de satisfer; c) necessitat per part de l'obligat –com a excepció a la seva obligació d'ordre natural i moral– de provar les limitacions que afirma respecte a la seva capacitat econòmica [...].

ció d'aliments en dret internacional privat convencional, ja que inclou totes les categories de prestacions que una persona necessita per a la seva subsistència, sigui quina sigui la denominació o classificació conceptual en els sistemes jurídics.⁴

La majoria dels sistemes jurídics estatals consagren l'obligació alimentària entre parents en línia directa ascendent i descendent; alguns sistemes l'estenen a les relacions entre col·laterals, limitada als germans i germanes; d'altres consagren l'obligació alimentària a les relacions d'afinitat.

El dret andorrà reconeix, en primer lloc, el dret d'aliments dels cònjuges entre ells, obligació definida en el dret romà (*Codi* 6, 61, 5) i avui ampliada a qualsevol dels cònjuges per l'article 9 de la LQM, seguint els principis constitucionals.⁵ Hem de precisar que l'obligació alimentària entre cònjuges està vinculada a l'obligació d'ajuda, que és un efecte directe del matrimoni, per tant no vinculada al règim matrimonial; endemés, després de la Constitució l'obligació està sotmesa al principi de reciprocitat: una persona obtindrà d'un membre de la família una pensió alimentària, però aquella estarà obligada a prestar aliments a aquest membre, avui deutor, si les circumstàncies canvien i ara es troba en estat d'indigència i l'antic beneficiari ha millorat la seva situació.⁶

En segon lloc, es reconeix el dret d'aliments als descendents i ascendents, recíprocament, seguint el dret romà (*Codi* 5, 25, 1-3; *Digest* 23, 5, 17). Pel que fa als fills, l'obligació alimentària s'adquireix per generació, per legítimació i per adopció. La nova legislació del Principat sobre matrimoni i adopció destaca que el matrimoni imposa a ambdós cònjuges l'obligació de mantenir i educar els fills, d'acord amb els mitjans econòmics de la fa-

⁴ Cfr. HERZFELDER, F. "Les obligations alimentaires en droit international privé conventionnel. Les deux conventions de La Haye". *LGDJ*, 1985, núm. 5.

⁵ L'article 9 de la LQM diu: "Els cònjuges estan obligats a viure junts, llevat de justa causa que ho impideixi, a respectar-se mútuament, a guardar-se fidelitat, a ajudar-se moralment i material i a actuar sempre en interès de la família."

⁶ Cfr. sentència de la Cour d'Appel de París de 6 de març de 1958, cas *Franchitti c. Franchitti* (text i comentari a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1959, p. 108 i s).

mília (art. 10 LQM; art. 27 LQA). I la jurisprudència ha concretat l'abast d'aquesta obligació en el cas dels menors i de les persones majors d'edat.⁷ Pel que fa a aquestes últimes, s'ha de tenir compte el grau de necessitat en cada cas, i si el beneficiari deixa de tenir necessitat d'ajuda, el dret d'aliments s'extingeix.

En tercer lloc, la persona que exerceix la tutela queda obligada al manteniment i l'educació del menor.⁸ No hi ha fonament per afirmar que els germans tinguin dret a l'obligació d'aliments entre si.

La regulació de les obligacions alimentàries en l'àmbit internacional s'encara amb el problema inicial referent a l'autonomia del deute alimentari, ja que les obligacions alimentàries poden derivar i connectar-se directament amb institucions jurídiques dotades d'un règim propi legal, com ara la separació de cossos, el divorci, la nul·litat matrimonial, la tutela, el llegat successori, el contracte... En aquest capítol ens limitem als supòsits d'aliments entre parents. L'autonomia de les obligacions alimentàries és necessària per assegurar la protecció dels mereixedors d'aliments, però cal tenir en compte que realitza al mateix temps una fragmentació de les normes de competència judicial internacional i dificulta l'articulació de les normes de conflicte de lleis a causa de la vinculació amb l'estatut personal.

I. Competència judicial internacional

A. Normativa andorrana

I.1. Al Principat d'Andorra no hi ha normes de dret autònom o convencional sobre competència judicial internacional en matèria d'obligacions alimentàries. Per això hem de seguir les pautes assenyalades

⁷ Cfr. sentència del TSJA de 26 d'octubre de 1995, en relació amb les despeses escolars. Sentència del TSJA de 12 de març de 1998, referent a la determinació de l'obligació, segons el nivell de vida dels progenitors.

⁸ Cfr. art. 44 LQA; Digest 27, 2, 1, 2.

per la jurisprudència andorrana sobre l'extensió de les regles de competència interna en els litigis amb elements estrangers; això no obstant, aquestes regles de dret comú estaran mediatitzades per la mateixa naturalesa del deute alimentari, perquè, com hem dit, hi ha una diversitat de títols que poden justificar el deute alimentari, amb la qual cosa s'haurà de recórrer a les normes de competència judicial internacional pròpies dels contractes, de la responsabilitat extracontractual, de les successions, etc. Ara interessa determinar els criteris de competència judicial internacional de les reclamacions d'aliments fonamentades en una relació de parentiu o de relacions conjugals, criteris que hauran d'estar orientats a la protecció de la part dèbil o necessitada, sense oblidar la capacitat econòmica del deutor d'aliments.

1.2. Els criteris de competència en matèria d'aliments en els casos internacionals, serien els següents:

- a) Són competents els tribunals elegits per les parts de forma expressa o bé el tribunal davant del qual comparegui el demandat sense impugnar la competència.
- b) Són competents els tribunals del domicili o de la residència habitual de la part demandada; ens referim al cas en què el deutor estigui domiciliat o tingui residència habitual a d'Andorra.
- c) Els tribunals andorrans són competents per decidir sobre una demanda de prestació de pensió alimentària en el supòsit de resolucions relatives a divorci, nul·litat matrimonial o separació dictades a Andorra o a l'estranger; de resolucions canòniques fermes i definitives relatives a la dissolució o nul·litat del vincle matrimonial, especialment si el deutor resideix a Andorra o bé, encara que no hi resideixi, es demostra l'existència de béns o d'ingressos monetaris en territori andorrà.

1.3. Com que els criteris de competència judicial han d'estar orientats cap a la protecció de la part dèbil o necessitada, el mereixedor d'ali-

ments, els supòsits d'urgència i de denegació de justícia poden constituir un fur excepcional de competència judicial internacional dels tribunals andorrans, encara que això no estigui previst per les normes positives o jurisprudencials. D'aquesta manera, la urgència pot justificar l'adopció de mesures provisionals, com ara la fixació d'una pensió alimentària, àdhuc quan els tribunals andorrans no siguin competents per decidir sobre el fons del litigi o ja s'hagi presentat demanda de divorci a l'estranger.⁹ Aquest fur de competència és útil, ja que permet satisfer les necessitats del cònjuge i dels fills que li han estat confiats.

Els tribunals andorrans també són competents quan hi hagi perill de denegació de justícia. Avui en dia l'ús d'aquest fur serà molt excepcional, però podrà conservar la seva utilitat en la mesura en què no es pogués acudir a cap tribunal andorrà o estranger. Ara bé, s'hauran de complir dues condicions per posar-lo en pràctica. En primer lloc, els tribunals andorrans no han de ser competents en virtut de les regles de competència judicial ordinàries, ni tampoc una jurisdicció estrangera. Per verificar aquest extrem, el jutge andorrà comprovarà, segons les normes de conflicte de jurisdiccions estrangeres, que el jutge estranger no és competent. En segon lloc, ha d'existir un vincle, una connexió suficient del litigi amb el Principat; per exemple, el demandant té domicili a Andorra o, almenys, una residència estable.¹⁰

1.4. Els criteris de competència judicial internacional en els casos internacionals continguts en el Reglament de Brussel·les I i en els convenis de Brussel·les de 1968 i de Lugano de 1988 estan orientats a la protecció de la part dèbil o necessitada. Són competents: a) els tribunals de l'Estat membre elegit per les parts, sigui de forma expressa, sigui de forma tàcita, si bé en el primer cas una de les parts ha d'estar domiciliada en territori comunitari (art. 23 i 24 Reglament de Brus-

⁹ L'article 51 LQM preveu aquest supòsit, però no els casos internacionals.

¹⁰ En aquest sentit, la sentència del Tribunal de Grande Instance de París d'1 d'octubre de 1976 (text i comentari a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1977, p. 535).

sel·les I); b) els tribunals de l'Estat membre on el demandat tingui el seu domicili (art. 2, Reglament de Brussel·les I); c) els tribunals del lloc del domicili o de la residència habitual del mereixedor d'aliments (art. 5.2.I Reglament de Brussel·les I). Podem afegir-hi un fur de competència per accessorietat: en el supòsit d'una demanda incidental d'aliments, vinculada a una acció relativa a l'estat civil de les persones, els tribunals competents, segons la *lex fori* per conèixer de la demanda principal, poden conèixer de la sol·licitud incidental d'aliments.¹¹

B. Reglaments comunitaris, especialment el Reglament (CE) núm. 4/2009 del Consell, de 18 de desembre de 2008, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions i la cooperació en matèria d'obligacions d'aliments

1.5. Les obligacions alimentàries s'inclouen en el Reglament de Brussel·les I, que, per la seva part, dedica una norma especial al tema de la competència judicial (art. 5.2). Podem afirmar, doncs, que són competents en matèria d'aliments en els casos internacionals: a) els tribunals de l'Estat membre elegit per les parts, de forma expressa o tàcita (art. 23 i 24), i en el supòsit de la submissió expressa, almenys una de les parts ha de tenir el seu domicili en un estat membre; b) els tribunals de l'Estat membre en el territori del qual tingui el seu domicili la part demandada (art. 2); c) els tribunals del lloc del domicili o de la residència habitual del mereixedor d'aliments o, si es tracta d'una demanda incidental a una acció relativa a l'estat de les persones, els tribunals competents, segons la llei del fur per conèixer-la.

1.6. El Consell Europeu, reunit a Tampere el 15 i 16 d'octubre de 1999, va invitar la Comissió i el Consell a establir normes comunes de pro-

¹¹ L'article 5.2.I diu, en l'últim incís: "si es tracta d'una demanda incidental a una acció relativa a l'estat de les persones, davant del tribunal competent segons la llei del forum per a conèixer d'aquesta, llevat que dita competència es fonamenti exclusivament en la nacionalitat d'una de les parts."

cediments especials per simplificar i accelerar la solució dels litigis transfronterers relatius, entre altres temes, a les demandes de pensió alimentària i accelerar el reconeixement i l'execució de les decisions dictades en un altre estat membre. El 2005, la Comissió va redactar una proposta de reglament en aquest sentit i, finalment, es va publicar el Reglament (CE) del Consell, de 18 de desembre de 2008, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions i la cooperació en matèria d'obligacions d'aliments.¹² El Reglament núm. 4/2009 modifica el que disposa el Reglament de Brussel·les I en aquesta matèria sobre competència judicial. La raó d'adaptar les regles de competència judicial tal com dimana del Reglament de Brussel·les I és preservar els interessos dels mereixedors i afavorir una bona administració de justícia a la Unió Europea. Fins ara, si el demandat tenia la residència habitual en un tercer estat, les regles de competència judicial del Reglament de Brussel·les I no eren aplicables i es feia una remissió a les normes de competència judicial del dret nacional. El Reglament sobre aliments vol fer aplicable el Reglament d'aliments i exclou tota remissió a les regles de competència del dret nacional; per això determina en quins casos els òrgans jurisdiccionals d'un estat membre poden exercir una competència subsidiària. També es preveu un *forum necessitatis* que permet als òrgans jurisdiccionals d'un estat membre conèixer d'un litigi que presenti un vicle estret amb un tercer estat, sempre que el litigi tingui també vincles suficients amb l'Estat membre els òrgans jurisdiccionals del qual volen conèixer del litigi.

1.7. Les disposicions generals sobre competència en el Reglament núm. 4/2009 sobre obligacions d'aliments, contingudes en l'article 3, són les següents:

¹² Cfr. DOUE. L. de 10-01-2009. Segons l'article 76, el Reglament entra en vigor al cap de vint dies de la seva publicació al DOUE.

Són competents, de manera alternativa, en els Estats membres

- a) l'òrgan jurisdiccional del lloc on el demandat tingui la residència habitual, o
- b) l'òrgan jurisdiccional del lloc on el mereixedor tingui la residència habitual, o
- c) l'òrgan jurisdiccional competent en virtut de la llei del fòrum per conèixer d'una acció relativa a l'estat de les persones, quan la demanda relativa a una obligació d'aliments sigui accessòria a aquesta acció, llevat que aquesta competència es basi únicament en la nacionalitat d'una de les parts, o
- d) l'òrgan jurisdiccional competent en virtut de la llei del fòrum per conèixer d'una acció relativa a la responsabilitat parental, quan la demanda relativa a una obligació d'aliments sigui accessòria d'aquesta acció.

1.8. Els redactors del Reglament 4/2009 eren conscients que per augmentar la seguretat jurídica, la previsibilitat i l'autonomia de les parts s'havia de permetre a les parts poder elegir, de comú acord, l'òrgan jurisdiccional competent en funció dels factors de vinculació determinats. Per això l'article 4 està destinat a "elecció del fòrum", amb una excepció: l'elecció del fòrum queda exclosa per a obligacions d'aliments respecte de menors de 18 anys, a fi de garantir la protecció de la part més dèbil. L'article 4 estableix que les parts poden convenir que l'òrgan o òrgans jurisdiccionals següents d'un estat membre siguin competents per resoldre els litigis en matèria d'obligació d'aliments:

- a) l'òrgan o òrgans jurisdiccionals de l'Estat membre en què una de les parts tingui la residència habitual;
- b) l'òrgan o òrgans jurisdiccionals de l'Estat membre del qual sigui nacional una de les parts;
- c) pel que fa a les obligacions d'aliments entre cònjuges o excònjuges:

- l'òrgan jurisdiccional competent per a conèixer dels seus litigis en matèria matrimonial, o
- l'òrgan o òrgans jurisdiccional de l'Estat membre en el territori del qual hagin tingut l'última residència habitual comuna els cònjuges durant almenys un any.

1.9. L'article 5 està destinat a la "competència basada en la compareixença del demandat". Serà competent l'òrgan jurisdiccional de l'Estat membre davant del qual compareixi el demandat, llevat que dita compareixença tingui per objecte impugnar la competència.

1.10. Els casos relatius a la competència subsidiària s'inclouen en l'article 6: quan cap òrgan jurisdiccional d'un estat membre no sigui competent d'acord amb els articles 3, 4 i 5, seran competents els òrgans jurisdiccional de l'Estat membre del qual les parts tinguin nacionalitat comuna.

1.11. L'article 7 vol posar remei a les situacions de denegació de justícia i preveu un *forum necessitatis* que permet, en casos excepcionals, a un òrgan jurisdiccional d'un Estat membre conèixer d'un litigi que guardi un vincle estret amb un tercer estat, per exemple quan en l'Estat tercer no es pugui, raonablement o resulti impossible, introduir un procediment.

2. Determinació de la llei aplicable

A. Factors de connexió en el dret comparat i en el dret andorrà

2.1. La determinació de la llei aplicable en matèria d'obligacions alimentàries és difícil, atès que els sistemes de conflicte de lleis sobre la matèria són tan diversos com els mateixos drets materials. Limitant la nostra atenció a la llei aplicable a les obligacions alimentàries derivades del dret de família, sense tenir en compte el dret convencional, veiem que la major part de les legislacions (excepció feta del Common

Law) consagren el principi de la llei personal dels subjectes d'aquesta obligació. Si la jurisprudència andorrana destaca la naturalesa i el caràcter d'ordre públic de la prestació alimentària i que el dret d'aliments del menor és preferent a tots els altres,¹³ podem afirmar que la matèria depèn de la llei personal, si bé en certa mesura podrà intervenir l'ordre públic per assegurar un mínim en obligacions alimentàries i assistència al necessitat. La referència a l'ordre públic, a la naturalesa de normes de policia o d'ordre públic sobre l'obligació alimentària, ressalta l'autonomia d'aquesta matèria que justificaria l'elecció d'una llei diferent de la que regula les relacions de família, per exemple aplicar la llei de la residència habitual del menor, que és un compromís entre la de la nacionalitat i la del domicili, cosa que allibera l'obligació alimentària de la institució sobre la qual ha estat basada (la filiació) i crea un punt de connexió universal que sotmet tots els menors que viuen en un mateix territori a una llei idèntica.

2.2. La llei aplicable a les obligacions alimentàries a Andorra serà, en principi, la llei nacional de les parts, llei que regula l'estatut personal, si bé no podem oblidar la importància que ha tingut i continua tenint el domicili i la residència permanent al Principat, fet que no descartaria l'aplicació de la *lex fori* en determinades circumstàncies. Quan els subjectes actiu i passiu de l'obligació alimentària tenen la mateixa nacionalitat, serà aplicable la llei nacional com a llei personal que regula l'estatut de la família, sobre el qual es fonamenta l'obligació alimentària. El problema es complica en el supòsit de diferents nacionalitats. Per solucionar-ho, els legisladors han fet aplicable la llei de l'últim domicili comú, la llei nacional del deutor, la llei nacional del mereixedor, la llei més favorable, la llei de la residència habitual del mereixedor, la *lex fori*. A Andorra es pot acudir a la llei de la residència del mereixedor d'ali-

¹³ Sentència del Tribunal Superior de la Mitra de 8 de novembre de 1976. Sentències del TSJA de 27 d'abril de 1995, 18 de gener de 1996 i 15 de febrer de 1996.

ments o a la *lex fori*. L'aplicació de la llei de la residència del mereixedor d'aliments es justificaria pel fet de considerar l'obligació alimentària com una mesura de protecció del menor, i així tots els menors serien tractats de la mateixa manera en territori andorrà. Seria una solució acceptable per als estats que encara estan vinculats al punt de connexió de la nacionalitat i per als que es decanten pel domicili. Elegir la *lex fori*, és a dir la llei de l'autoritat que conegui de la reclamació, ens col·locaria en la línia dels sistemes del Common Law, si bé semblaria que transforma un problema de conflicte de llei en una qüestió de competència judicial. No obstant això, seguint la jurisprudència andorrana, que destaca la importància humana i social de la institució i la col·loca en l'àmbit de les normes d'ordre públic i seguretat, aquesta última solució seria acceptable; endemés el tribunal andorrà aplicaria una llei que coneix molt bé, i tot en interès d'una bona justícia. El que acabem de dir estaria en la línia dels sistemes estatals més vinculats a Andorra, com Espanya, França i Portugal.

B. Conveni sobre la llei aplicable a les obligacions alimentàries, fet a l'Haia el 2 d'octubre de 1973

2.3. La Conferència de l'Haia de dret internacional privat ha aprovat dos convenis relatius als conflictes de lleis en matèria d'obligacions alimentàries, un de 24 d'octubre de 1956, relatiu a la llei aplicable a les obligacions alimentàries sobre menors i l'altre sobre llei aplicable a les obligacions alimentàries, de 2 d'octubre de 1973, destinat a reemplaçar el de 1956. Examinem el conveni de 1973 i el comparem amb el de 1956.

2.4. El Conveni de 1956 tenia un àmbit d'aplicació limitat, ja que només preveia les obligacions alimentàries envers els menors. El Conveni de 1973 s'aplica a altres categories de mereixedors d'aliments; és a dir, s'adapta a les noves realitats socials. L'article I estableix els límits per raó de la matèria:

“El present Conveni s’aplica a les obligacions alimentàries que es deriven de les relacions de família, parentiu, afinitat o matrimoni, àdhuc a les obligacions alimentàries respecte d’un menor no legítim.”

Dins de l’àmbit d’aplicació del conveni en destaquem el caràcter universal o, en altres paraules, la llei designada pel conveni s’aplica amb independència de qualsevol condició de reciprocitat, fins i tot si es tracta de la llei d’un estat no contractant (art. 3). Ens trobem davant d’un conveni que inclou llei uniforme de dret internacional privat. Els jutges andorrans, si el Principat fos part d’aquest conveni, no tindrien en compte si la llei aplicable és la d’un estat part o no part.

Les normes del conveni destaquen l’autonomia de les obligacions alimentàries. Així llegim en l’article 2: “Les decisions dictades en aplicació del Conveni no prejutgen l’existència d’una de les relacions contemplades a l’article 1.” Llavors l’obligació alimentària s’erigeix en categoria autònoma de connexió, separada de tota altra, especialment de l’estatut personal.¹⁴

2.5. L’article 4 enuncia el principi general, però no exclusiu, sobre la llei aplicable: llei interna de la residència habitual del mereixedor d’aliments. Es dona preferència al terme *residència habitual* sobre el del *domicili*, ja que aquell és un punt de connexió de fet, menys complicat que el de domicili, terme que no és definit de la mateixa manera en molts països. Correspon a les autoritats judicials o administratives encarregades d’aplicar el conveni determinar l’existència de la residència i del seu caràcter habitual.

En cas de canvi de residència habitual del mereixedor, “serà aplicable la llei interna de la nova residència habitual, a partir del moment en

¹⁴ Cfr. “Rapport de Verwilghen” A: Actes et Documents de la douzième session, 1972, t. IV, núm. 122.

què es produeixi el canvi” (art. 4.2). D’aquesta manera se soluciona el problema del conflicte mòbil. És necessari obtenir una nova decisió judicial o administrativa en cas de conflicte mòbil per modificar una decisió anterior sobre el deute alimentari.

2.6. És possible que la llei declarada aplicable no reconegui un dret d'aliments al mereixedor o que per un problema processal no es puguin obtenir; per això el conveni preveu un doble sistema subsidiari. L'article 5 enuncia l'aplicació de la llei nacional comuna del mereixedor i del deutor “quan el mereixedor no pugui obtenir aliments del deutor en virtut de la llei designada per l'article 4”. L'article 6 hi afegeix que si la llei nacional comuna condueix a un resultat negatiu, llavors s'aplicarà “la llei interna de l'autoritat que conegui de la reclamació”, és a dir la *lex fori*. Aquesta última hipòtesi preveu el cas de subjectes amb diferents nacionalitats. La doble regla de conflicte subsidiari constitueix una important mesura de protecció del mereixedor d'aliments i afavoreix la situació de la part més dèbil.

2.7. L'ús dels termes *llei interna* indica que n'està exclosa l'aplicació de la teoria del reenviament, seguint la tradició dels tractats internacionals establerts sota els auspicis de la Conferència de l'Haia, i l'absència d'aquesta expressió en algunes normes convencionals no significa una excepció a la regla general de l'exclusió del reenviament, per exemple en els articles 5, 7, 8 i 9.

2.8. L'article 10 delimita l'àmbit de la llei aplicable amb uns termes amples, sense la pretensió de donar una llista exhaustiva de matèries. Això es dedueix de la primera frase de l'article, que intenta esmentar les matèries considerades essencials, sense excloure'n d'altres. Llegim en l'article 10:

“La llei aplicable a l'obligació alimentària determinarà, especialment:

I. Si el mereixedor pot reclamar aliments, en quina mesura i a qui.

2. Qui està legitimat per exercitar l'acció alimentària i quins són els terminis.

3. Els límits de l'obligació del deutor, quan la institució pública, que ha subministrat aliments al mereixedor, demani el reemborsament de la seva prestació.”

2.9. L'article 8 del conveni conté una regla excepcional, que deroga les disposicions precedents:

“Malgrat el que es disposa en els articles 4 a 6, la llei aplicada al divorci regularà, en l'Estat contractant on aquest s'hagi declarat o reconegut, les obligacions alimentàries entre esposos divorciats i la revisió de les decisions relatives a aquestes obligacions.”

L'article esmentat concerneix exclusivament les obligacions alimentàries entre esposos divorciats, separats o el matrimoni dels quals hagi estat anul·lat o declarat nul. La raó d'aquesta norma es fonamenta en el fet que el dret internacional privat vigent en alguns estats consagra, per les hipòtesis mencionades, normes que s'allunyen dels principis normalment aplicables a les obligacions alimentàries.

El conveni, en referir-se a la “llei aplicada al divorci”, fa una remissió a les normes de conflicte del país on ha estat pronunciat el divorci. Llavors, en el marc d'un divorci, la llei aplicable a les pensions alimentàries, pel que fa als menors, no serà sistemàticament la mateixa que la llei aplicable als efectes patrimonials quant als esposos. El jutge haurà de distingir entre la llei aplicada al divorci, que regula les causes del divorci i els efectes pecuniaris entre cònjuges, i la llei de la residència habitual del menor mereixedor d'aliments, que regula els efectes pecuniaris respecte dels menors.

L'article 8 adopta també la solució de la *perpetuatio juris* per a la revisió de les decisions referents a les obligacions alimentàries entre esposos divorciats i d'altres hipòtesis assimilables: la llei aplicable a dites revisions serà l'aplicada al divorci.

2.10. L'excepció d'ordre públic o l'evicció de la llei normalment competent està present en l'article 11, amb una fórmula habitual de la Conferència de l'Haia, però en la versió més perfeccionada, que la presenta com un element excepcional:

“L'aplicació de la llei designada pel Conveni només podrà ser eludida quan dita llei sigui manifestament incompatible amb l'ordre públic.”

El segon paràgraf de l'article 11 constitueix una innovació remarcable amb la finalitat de protegir el mereixedor i el deutor alimentari. Es tracta d'una norma material, que no comporta l'evicció total de la llei estrangera, sinó una evicció parcial; llavors la llei estrangera serà aplicada en la mesura en què no prohibeixi l'avaluació dels recursos del deutor i de les necessitats del mereixedor. Diu l'article 11.2:

“No obstant això, encara que la llei aplicable disposi una altra cosa, s'han de tenir en compte les necessitats del mereixedor i els recursos del deutor en la determinació de l'import total de la prestació alimentària”

2.11. En el tema d'obligacions alimentàries pot aparèixer fàcilment el problema de la qüestió prèvia (*Vorfrage*), és a dir, l'acció alimentària es presenta com a qüestió principal en un determinat procés, però la solució depèn de la solució que es doni a una qüestió prèvia, que ha aparegut posteriorment en el temps; per exemple, un menor reclama aliments al pare però l'home nega la seva paternitat, o una dona reclama una pensió alimentària al marit i ell al·lega la nul·litat del matrimoni. Per resoldre aquesta dificultat es pot recórrer, en primer lloc, a la llei aplicable segons el dret internacional privat de l'autoritat que entén de la qüestió principal; en segon lloc, ens podem referir al sistema nacional de dret internacional privat designat per la norma de conflicte aplicada a la demanda alimentària. El Conveni de 1973 no preveu la llei aplicable a la qüestió prèvia, però dels treballs preparatoris podem

deduir que, en principi, la llei de la residència habitual del mereixedor és competent per resoldre la qüestió prèvia.¹⁵

C. El Protocol sobre la llei aplicable a les obligacions alimentàries, adoptat per la Conferència de l'Haia el 23 de novembre de 2007

2.12. La Conferència de l'Haia va decidir estudiar el funcionament dels convenis de l'Haia sobre llei aplicable i dels convenis sobre reconeixement i execució de resolucions en matèria d'obligacions alimentàries, així com del Conveni de Nova York de 20 de juny de 1956 referent a l'obtenció d'aliments a l'estranger.

2.13. Pel que fa als convenis de l'Haia sobre llei aplicable a les obligacions alimentàries, es va constatar que l'aplicació pràctica no havia provocat grans dificultats. Una de les raons era haver elegit com a punt de connexió principal el de la residència habitual del menor mereixedor, que fou considerada com una solució revolucionària pels redactors del Conveni de 1956, atès que s'apartava de tots els sistemes de conflicte de lleis en matèria d'estatut personal.¹⁶ Això no obstant, la font dels problemes delicats es trobava en l'article 8 del Conveni de 1973. En primer lloc, les pensions alimentàries entre esposos planteegen, moltes vegades, la qüestió prèvia de l'existència del matrimoni o del seu reconeixement. En segon lloc, la solució donada a la *perpetuatio juris* en la revisió alimentària en cas de divorci.

2.14. Hi ha una abundant jurisprudència i una variada literatura sobre la qüestió prèvia. Els convenis de 1956 i de 1973 van fer una distinció fonamental entre la mateixa obligació alimentària, que només preveu una

¹⁵ Cfr. LEQUETTE, Y. "Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales". *Recueil des Cours*, 1994-II, t. 246, p. 108 i s. AA DD *L'obligation alimentaire en droit international privé*. Institut de recherches juridiques comparatives, CNRS, 2 vol., 1983-1987.

¹⁶ Cfr. DEPREZ, J. "Les conflits de lois en matière d'obligations alimentaires". *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, p. 389 i s. OVERBECK, A. E. VON "La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé". *Recueil des Cours*, 1992-II, t. 233, p. 65 i s. WINTER, DE *Rapport explicatif, Documents relatifs à la Huitième session*. T. II, 1956, p. 127 i s.

prestació pecuniària, i les relacions de família, de les quals deriva aquesta obligació. Els redactors consideraren que l'establiment d'un vincle de família era quelcom de secundari quan hi havia una necessitat urgent d'ajut alimentari; llavors van erigir l'obligació alimentària a la categoria de connexió autònoma i diferent. De totes maneres no era possible concedir prestacions alimentàries a un menor sense comprovar l'existència d'un vincle biològic amb el deutor d'aliments; aquí es plantejava la qüestió prèvia. Hem dit que els convenis de l'Haia no donen resposta a la qüestió prèvia, si bé la formulació de l'article 10.1 del Conveni de 1973 va permetre a la doctrina i a la jurisprudència dir que la llei aplicable a la qüestió prèvia era la que regulava l'obligació alimentària. Però com que el text convencional no ho diu explícitament, apareixen problemes, especialment si la llei aplicable a l'obligació alimentària exigeix una decisió sobre el vincle de família per obtenir aliments.¹⁷

La incidència d'aquesta qüestió pot plantejar-se en el moment de l'execució de la resolució sobre aliments en un altre país. Hi ha un acord general que en aquest segon moment no pot procedir-se a un examen de la qüestió prèvia, ja que el conveni es basa en l'autonomia de l'obligació d'aliments i no es pot procedir a l'examen de la determinació de la paternitat, ja que pertany al jutge d'origen.¹⁸

2.15. Per superar les reticències i dificultats al·legades per alguns estats a l'hora d'introduir disposicions en matèria de llei aplicable es va

¹⁷ Cfr. L'afer Peney davant del Tribunal Federal Suís (ATF 102 II, p. 128, de 4 de maig de 1976), segons el qual la qüestió de la filiació pot ser tractada com a qüestió prèvia, àdhuc si la llei designada per regular l'obligació alimentària exigeix que la qüestió sobre l'estat de les persones sigui decidida a títol principal. Entre la bibliografia destaquem BATTIFOL, H. "La douzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé". *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1973, p. 266 i s. LAGARDE, P. "Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des Conventions de droit international privé". *Mélanges A.E. von Overbeck*. Friburg, 1990, p. 511 i s. LALIVE, P.; BUCHER, A. "Sur la loi applicable à l'obligation alimentaire et à la question préalable de la filiation, selon la Convention de La Haye du 24 octobre 1956". *Annuaire suisse de droit international*, 1977, p. 377 i s.

¹⁸ La pràctica sobre la matèria concerneix Espanya, que condiona el pagament alimentari a l'obtenció de l'exequàtur de la declaració de paternitat (Cfr. Aute del Tribunal Suprem de 21 de juny de 1998). Aquesta pràctica prové més de concepcions morals i religioses que no del text convencional.

adoptar el Protocol sobre Llei aplicable a les obligacions alimentàries, que pretén substituir entre els estats part en els convenis de l'Haia de 1956 i 1973 les normes sobre Llei aplicable. La raó d'utilitzar un protocol i no introduir un capítol optatiu en el Conveni sobre l'obtenció internacional d'aliments destinats als menors i a d'altres membres de la família es troba en el fet que hi havia dificultats per als estats membres de la Comunitat Europea, tenint en compte el repartiment intern de competències. L'existència d'aquestes competències obliga que tant la Comunitat Europea com els estats membres signin i ratifiquin el protocol. Aquest instrument és de caràcter obert, ja que tots els estats poden ser-ne part, amb independència que siguin o no part en el Conveni de 23 de novembre de 2007.

2.16. El criteri principal sobre Llei aplicable, en línia amb el text de 1973, és la residència habitual (art. 3). Pel que fa a les regles especials sobre Llei aplicable, es conserva el sistema de les connexions *en cascada* i del *favor creditoris*, però com que l'ordre dels punts de connexió del Conveni de 1973 plantejava problemes i era necessari invertir l'ordre dels punts de connexió subsidiaris, ara figura en primer lloc la *lex fori* i a continuació la llei de la nacionalitat comuna. La connexió de tancament és, doncs, la nacionalitat comuna (art. 4), si bé els països del Common Law utilitzen el criteri del *domicile*. Per aquesta raó l'article 9 diu:

“Un Estat que coneix el concepte de *domicile* com a punt de connexió en matèria de família pot informar l'Oficina Permanent de la Conferència de l'Haia de dret internacional privat que, als efectes dels assumptes portats davant les seves autoritats, la paraula *nacionalitat* dels articles 4 i 6 és reemplaçada per la paraula *domicile* tal com és definida en aquest Estat.”

2.17. En relació amb les obligacions alimentàries entre esposos, exesposos i persones el matrimoni de les quals hagi estat anul·lat, l'article

5 estableix que no s'aplicarà la regla general de la residència habitual (art. 3) si una de les parts s'hi oposa i la llei d'un altre estat presenta un vincle més estret amb el matrimoni. Hi ha una presumpció a favor de la llei de l'última residència habitual comuna, però el vincle més estret pot ser amb un altre estat. El cas de parelles de fet registrades no està previst, en no prosperar la proposta de Suïssa sobre aquest punt.

2.18. Es preveu una clàusula d'escapament en l'article 6 per al supòsit d'obligacions alimentàries envers d'altres mereixedors, com ara col·laterals, afins, etcètera, que permet al deutor oposar-se a una reclamació d'aliments del mereixedor si aquesta obligació no existeix, de forma cumulativa, ni en la llei de la residència habitual del deutor ni en la llei de la nacionalitat comuna de les parts.

2.19. L'autonomia de la voluntat en l'àmbit de la llei aplicable està prevista, de forma limitada, en els articles 7 i 8, atès que aquest tema planteja problemes, com ara la protecció de la part dèbil, la mena de garantia per evitar abusos i l'incompliment d'interessos fonamentals. L'article 7 admet que les parts poden "només als efectes d'un procediment particular, que es desenvolupa en un Estat determinat, designar expressament la llei d'aquest Estat per regular una obligació alimentària". Això no suposa pas l'elecció del fur competent.

L'article 8 preveu l'admissió d'una autonomia d'opció, que només permet elegir la llei de la nacionalitat o de la residència habitual de qualsevol de les parts en el moment de fer la designació, la llei aplicable, o la llei efectivament aplicada a les relacions patrimonials, al divorci o a la separació legal.

L'elecció de la llei aplicable no té efectes respecte dels menors de 18 anys, ni d'adults que no poden protegir els seus interessos.

2.20. Els aspectes principals de l'àmbit de la llei aplicable està enumerat, de forma no exhaustiva, en l'article 11: en cinquena mesura i a qui el

mereixedor pot demanar aliments, àdhuc amb efectes retroactius; la base del càlcul de l'import dels aliments i la indexació; la prescripció i els terminis per iniciar un procediment, etcètera.

D. Reglament comunitari núm. 4/2009 sobre obligacions alimentàries

2.21. El Reglament sobre obligacions alimentàries dedica l'article 15 a normes de conflicte de lleis que determinen la llei aplicable a les obligacions d'aliments, no la llei aplicable a l'establiment de les relacions familiars en què es basen les obligacions d'aliments. Ara bé, dit article no dóna solucions concretes autònomes, sinó que té en compte l'existència del Protocol de l'Haia de 2007, i com que hi ha o hi pot haver estats membres vinculats amb el Protocol de l'Haia de 2007, el reglament declara que les disposicions relatives a les normes de conflicte aplicables en els estats membres vinculats per aquest instrument internacional són les previstes en el mateix text. El considerant 20 preveu una disposició que farà remissió a dit protocol i l'article 76, que dit Protocol de l'Haia sigui aplicable a la Comunitat.

3. Reconeixement i execució de resolucions estrangeres relatives a les obligacions alimentàries

A. Règim vigent a Andorra

3.1. El règim de reconeixement i execució de les decisions estrangeres a Andorra segueix el "règim general" contingut en la Llei transitòria de procediments judicials, segons la qual perquè una sentència estrangera produeixi efectes de cosa jutjada i de força executiva es requereix la prèvia aprovació del Tribunal Superior de Justícia per mitjà de l'exequàtur, que transforma la decisió estrangera en un títol d'execució. Andorra no segueix l'exemple d'altres països on la força obligatòria és un principi reconegut de ple dret a les resolucions ali-

mentàries. La modificabilitat de les decisions alimentàries, és a dir, l'absència de cosa jutjada, no impideix el mecanisme de l'exequàtur. Amb això indiquem que no es pot oposar davant el reconeixement de la decisió estrangera el canvi sobrevingut de les circumstàncies econòmiques de les parts posteriorment a la data en què es va dictar la decisió del jutge estranger. Es procedirà al seu reconeixement, però les parts tenen la possibilitat d'iniciar davant dels tribunals andorrans o dels tribunals d'origen una acció destinada a modificar l'import de l'obligació alimentària.

B. Instruments internacionals relatius a obligacions alimentàries

3.2. Hi ha una multitud d'instruments internacionals aplicables a les obligacions alimentàries.

a) En primer lloc, el reglament comunitari Brussel·les I, que s'aplica a les decisions relatives a les obligacions alimentàries en les relacions entre Alemanya, Àustria, Bèlgica, Dinamarca, Espanya, Eslovàquia, Eslovènia, Estònia, Finlàndia, França, Grècia, Hongria, Irlanda, Itàlia, Letònia, Lituània, Luxemburg, Malta, els Països Baixos, Polònia, Portugal, el Regne Unit, la República Txeca, Suècia, Xipre.

El Reglament CE núm. 805/2004 del Parlament Europeu i del Consell de 21 d'abril del 2004, que crea un títol executiu europeu per a crèdits no impugnats, comprèn els crèdits alimentaris.

b) En segon lloc, el Conveni de Lugano de 16 de setembre de 1988 en les relacions entre els estats de la Comunitat Europea i l'AELE, és a dir a les relacions amb Islàndia, Noruega i Suïssa.

c) En tercer lloc, la Conferència de l'Haia ha elaborat dos convenis sobre reconeixement i execució de decisions alimentàries:

– Conveni de 15 d'abril de 1958 referent al reconeixement i l'execució de decisions en matèria d'obligacions alimentàries envers els menors.

– Conveni del 2 d'octubre de 1973 sobre el reconeixement i l'execució de decisions relatives a les obligacions alimentàries.

Els dos convenis precedents es distingeixen per la persona beneficiària, ja que el primer (1958) només preveu els menors, l'altre (1973) qualsevol persona, sigui quina sigui la seva edat o l'estat civil.

d) En quart lloc, el Conveni interamericà sobre obligacions alimentàries, adoptat a Montevideo el 15 de juliol de 1989.

e) En cinquè lloc, la Llei uniforme interestatal de manutenció de la família de 1996, als Estats Units d'Amèrica, modificada l'any 2001.

f) En sisè lloc, el programa de la Commonwealth (REMO) per al reconeixement i l'execució d'ordres sobre aliments, incloses les ordres provisionals.

C. El Conveni sobre el reconeixement i l'execució de resolucions relatives a les obligacions alimentàries, fet a l'Haia el 2 d'octubre de 1973

A) ÀMBIT D'APLICACIÓ MATERIAL I TERRITORIAL DEL CONVENI I CONDICIONS SOBRE LA DECISIÓ SOTMESA A EXEQUÀTUR

3.3. El Conveni de 1973, que reemplaça el Conveni de 1958, és aplicable als menors i als adults. Llegim en l'article 1:

“El present Conveni s'aplicarà a les resolucions en matèria d'obligacions alimentàries dimanants de relacions de família, de parentiu, de matrimoni o d'afinitat, incloses les obligacions alimentàries envers un menor no legítim, dictades per les autoritats judicials o administratives d'un Estat contractant entre:

1. un mereixedor i un deutor d'aliments; o
2. un deutor d'aliments i una institució pública que persegueixi el reemborsament de la prestació facilitada a un acreedor d'aliments.

També s'aplicarà a les transaccions concertades en aquesta matèria davant d'aquestes autoritats i entre aquestes persones.”

3.4. Resulta, doncs, que s'aplica, de manera general, a totes les obligacions alimentàries *ex lege* entre parents, esposos, exesposos i persones vinculades per afinitat.

En primer lloc, el conveni concerneix les obligacions alimentàries relatives a relacions de parentiu en sentit ampli. Hem d'incloure els vincles de parentiu legítim, natural, adoptiu. Les obligacions alimentàries fonamentades en la paternitat presumpta o fictícia (el que els alemanys anomenen *Zahlvaterschaft*) i la maternitat de fet també inclosa. El parentiu comprèn la línia directa i la línia col·lateral, si bé avui dia els sistemes jurídics restringeixen l'abast d'aquestes obligacions alimentàries.

En segon lloc, el conveni abasta les obligacions alimentàries derivades de relacions de matrimoni, és a dir entre esposos que viuen junts, entre cònjuges separats de fet o de dret, i entre persones que han estat casades, estiguin divorciades o el seu matrimoni hagi estat anul·lat.

En tercer lloc, el conveni s'aplica a les resolucions referents a vincles d'afinitat, sigui directa o col·lateral, si bé l'aplicació pràctica depèn del sistema jurídic de cada estat contractant.

3.5. És necessari que les decisions provinguin d'un estat contractant, sigui quina sigui la nacionalitat o la residència de les parts. Es tracta, doncs, d'un conveni *inter partes*, és a dir obliga només els Estats que l'han acceptat i en les seves relacions mútues. Està present la idea de la *reciprocitat*.

No importa que al país d'origen el litigi sobre aliments tingui un caràcter purament nacional o internacional. Les resolucions i les transaccions que provinguin d'un estat en el qual la relació alimentària no presenta cap element d'estrangeria (les parts tenen la mateixa nacionalitat, estan domiciliades o tenen residència a l'Estat d'aquesta nacio-

nalitat), seran reconegudes i executades a l'Estat requerit de conformitat amb les disposicions convencionals.

3.6. L'article 2 precisa que el conveni s'aplica també a les decisions que modifiquin una decisió anterior, àdhuc quan procedeixin d'un estat no contractant. Ens diu l'article 2:

“El Conveni s'aplica a les decisions i a les transaccions, sigui quin sigui la deva denominació.

S'aplica igualment a les decisions o transaccions que modifiquin una decisió o una transacció anterior, àdhuc en el cas en què aquesta provingui d'un Estat no contractant [...]”.

L'última frase de l'article no va en contra del principi de reciprocitat, sinó que només es limita a estipular que la resolució modificada pot haver estat dictada per l'autoritat d'un estat no part en el conveni, si bé la decisió original prové de l'autoritat d'un estat contractant. En aquest punt convé precisar que les resolucions sobre obligacions alimentàries perllonguen sovint els seus efectes en el temps i que les condemnes a pagaments periòdics són més freqüents que els pagaments fixos; aquesta és la raó del caràcter essencialment revisable d'aquestes resolucions. No oblidem tampoc l'ajustament a la variabilitat del cost de la vida, cosa que haurà de resoldre l'autoritat de l'Estat requerit.

3.7. L'article 3 afirma que els efectes del conveni es limiten a la part de la decisió que concerneix l'obligació alimentària:

“Si la decisió o la transacció no es refereix únicament a l'obligació alimentària, l'efecte del conveni queda limitat a aquesta última.”

Això vol dir que les normes convencionals només s'apliquen a la part dispositiva de la resolució referent a la qüestió alimentària, atès que els països part en el conveni no volen donar força obligatòria i força executòria a altres parts de la resolució, com per exemple les relatives al divorci entre les parts, la guarda i custòdia dels fills mereixedors

d'aliments o el vincle de la filiació entre deutor i mereixedor d'aliments. El que s'ha de tenir en compte és que el reconeixement i l'execució de la part de la resolució sobre aliments ha de ser, en principi, independent de l'eficàcia en l'Estat requerit de la part de la resolució que concerneix l'estat de les persones o d'altres matèries.

3.8. La decisió sotmesa a les autoritats de l'Estat requerit no ha de ser objecte d'un recurs ordinari en l'Estat d'origen, ja que si no fos així el jutge de l'Estat requerit pot refusar el reconeixement o l'execució de la decisió. Per regla general, una resolució estrangera només pot ser reconeguda si és *definitiva* en l'Estat d'origen, és a dir, si no està sotmès a un *recurs ordinari*, utilitzant una terminologia d'abast ampli, en lloc del terme *apel·lació*. Ara bé, el conveni preveu, derogant el que acabem de dir, que les decisions executòries provisionals i les mesures provisionals al país d'origen poden ser reconegudes o declarades executives “encara que siguin susceptibles de recurs ordinari” sempre que puguin ser dictades i executades al país requerit. Llegim en l'apartat 2 de l'article 4:

“Les decisions executòries provisionals i les mesures provisionals, encara que susceptibles de recurs ordinari, són reconegudes o declarades executòries en l'Estat requerit si aquestes decisions poden ser dictades i executades en el mateix.”

Aquesta excepció és deguda al fet que els processos són lents i s'han de protegir eficaçment els casos socials.

3.9. El Conveni del 1973, en ser *inter partes*, només s'aplica entre els estats contractants, és a dir a les decisions que provinguin dels països següents: Alemanya, Austràlia, Dinamarca, Eslovàquia, Espanya, Estònia, Finlàndia, França, Grècia, Hongria, Itàlia, Liechtenstein, Lituània, Luxemburg, Noruega, els Països Baixos, Polònia, Portugal, el Regne Unit, la República Txeca, Suècia, Suïssa, Surinam i Turquia. Ucraïna s'hi va adherir el 3 d'abril de 2007.

B) CONDICIONS PER A L'EXEQUÀTUR

3.10. No s'ha d'oblidar que l'objecte del conveni és reduir al màxim els obstacles jurídics i administratius que hi ha en el dret intern dels estats contractants.

L'article 4 del conveni diu que la resolució recaiguda en un estat contractant serà reconeguda o declarada executòria en un altre estat contractant si "hagués estat dictada per una autoritat considerada competent en el sentit dels articles 7 i 8". També l'article 5 conté disposicions sobre el control del respecte als drets de la defensa. S'han d'examinar, doncs, les condicions del reconeixement i de l'execució de les resolucions estrangeres.

3.11. El conveni distingeix clarament entre *reconeixement* i *execució*. Els jutges i advocats del Principat no tindran cap dificultat sobre la qüestió, però com que el conveni fa aquesta distinció i no utilitza simplement el terme *exequàtur*, com a Andorra, convé dir quelcom sobre la matèria.

3.12. Per *reconeixement* d'una resolució estrangera s'entén l'atribució en l'Estat requerit de la *força obligatòria* —o de l'autoritat de la cosa jutjada— que la resolució ha adquirit en l'Estat d'origen, però com que en matèria d'obligacions alimentàries nombroses decisions presenten un caràcter provisional i no tenen "autoritat de cosa jutjada", en el sentit estricte, el conveni evita parlar de *força obligatòria* i es queda amb el terme *reconeixement*.

3.13. Quan el conveni parla d'*execució* de les resolucions estrangeres, no preveu pas tot el que concerneix l'execució material o forçosa de la resolució estrangera. Cada estat contractant (en el seu cas, el Principat, si esdevingués estat part en el conveni) continuarà aplicant el seu dret processal i material als actes de coerció sobre les persones o sobre els béns. El terme *execució* utilitzat en el Conveni significa inserció de la fórmula executòria sobre la resolució estrangera, l'execu-

ció forçosa de la qual es farà d'acord amb la normativa interna de l'Estat requerit.

C) VERIFICACIÓ DE LA COMPETÈNCIA DEL JUTGE DE L'ESTAT D'ORIGEN

3.14. El Conveni de 1973 no conté regles de competència judicial internacional directa, només normes de competència indirecta; és a dir, normes sobre competència judicial internacional considerades com una condició de l'eficàcia de les resolucions alimentàries a l'estranger.

Hem vist que l'article 4 del Conveni de 1973 conté la primera condició fonamental per al reconeixement i l'execució: les resolucions estrangeres han de ser dictades per una autoritat competent en el sentit dels articles 7 i 8 del conveni. Per *autoritat* hem d'entendre tant els tribunals ordinaris com les autoritats administratives.

3.15. D'acord amb l'article 7 del conveni, l'autoritat de l'Estat d'origen de la resolució serà considerada competent si es dóna qualsevol dels quatre furs de competència (furs de competència alternatius):

1. Si el deutor i el mereixedor d'aliments tinguessin la seva residència habitual en l'Estat d'origen en el moment d'obertura del judici formal;
2. Si el deutor i el mereixedor d'aliments tinguessin la nacionalitat de l'Estat d'origen en el moment d'obertura del judici formal;
3. Si el demandat s'hagués sotmés a la competència de dita autoritat, sigui expressament, sigui manifestant-se sobre el fons sense reserves sobre competència.”

El primer fur de competència és una simple aplicació de l'adagi *actor sequitur forum rei*. El segon fur de competència es refereix a la nacionalitat comuna del mereixedor i del deutor d'aliments en l'Estat on es dicta la resolució. El tercer fur de competència es refereix a la prorrogació voluntària de la jurisdicció. El mereixedor d'aliments o el deu-

tor poden estar interessats a presentar la demanda en un estat que no sigui ni el de la seva residència habitual ni el de la residència habitual de la part contrària, ni el de llur nacionalitat comuna.

3.16. Hem d'afegir, no obstant això, un altre fur de competència, contingut en l'article 8: es consideren competents les autoritats reconegudes com a tals per pronunciar el divorci, la separació, l'anul·lació de matrimoni, si els aliments són deguts per raó d'aquests procediments.

Es tracta d'un fur de competència per a casos excepcionals i especials. L'article 8 preveu el supòsit que a l'Estat d'origen una autoritat hagi dictat una resolució sobre un divorci, una separació de cossos o una anul·lació de matrimoni, i aquesta autoritat pot ser considerada competent segons el dret de l'Estat requerit; endemés, aquesta autoritat ha pronunciat una resolució condemnatòria sobre pagament d'aliments deguts per raó de divorci, separació de cossos o nul·litat de matrimoni. En aquest supòsit, és aplicable l'article 8. I per evitar conflictes; l'article 9 precisa: "L'autoritat de l'Estat requerit està vinculada per les constatacions de fet sobre les quals l'autoritat de l'Estat d'origen hagués fonamentat la seva competència."

D) CONTROL GENERAL DEL RESPECTE DELS DRETS DE LA DEFENSA

3.17. Els articles 5 i 6 del conveni contenen el catàleg dels casos en què es pot denegar el reconeixement i l'execució de les resolucions estrangeres sobre aliments: excepció d'ordre públic, frau en el procediment, concurrència entre una instància pendent i una decisió estrangera, i contrarietat de resolucions.

3.18. En virtut de l'article 5, paràgraf 2 del conveni, el reconeixement o l'execució de la resolució estrangera podrà ser denegada "Si la resolució resultés d'un frau comés en el procediment". S'utilitza el terme *frau*, però queda clar que es tracta de la violació dels drets de la defensa i no del frau a la llei en sentit estricte.

3.19. Endemés, l'article 6 recull el cas de les resolucions en rebel·lia: només podran ser reconegudes o declarades executòries "si l'acte que contingui els elements essencials de la demanda hagi estat notificat o comunicat a la part rebel d'acord amb el dret de l'Estat d'origen i si, tenint en compte les circumstàncies, aquesta part hagués disposat d'un termini suficient per a presentar la seva defensa."

En aquest últim supòsit, s'ha de denegar el reconeixement i l'execució si no es compleixen les dues condicions sobre el dret de la defensa. La notificació s'ha de fer d'acord amb el dret processal de l'Estat d'origen, però ha de ser efectiu, que hagi arribat al coneixement de la part demandada i que hagi tingut temps suficient per preparar la seva defensa.

E) CONTROL SOBRE LA LLEI APLICADA PER L'AUTORITAT DE L'ESTAT D'ORIGEN

3.20. El Conveni de 1973 no estableix cap control sobre la llei aplicada al fons del litigi pel jutge de l'Estat d'origen. Per tant, si la resolució s'hagués de reconèixer o d'executar a Andorra (sempre que Andorra fos part del conveni), el Tribunal Superior de Justícia no procediria a aquest control, excepte si el contingut de la llei aplicada al fons atemptés contra l'ordre públic andorrà, fet que serà excepcional. És per aquesta raó que l'article 5, paràgraf 1 del conveni estableix que podrà denegar-se el reconeixement o l'execució de la resolució "Si el reconeixement o l'execució de la resolució és manifestament incompatible amb l'ordre públic de l'Estat requerit".

3.21. Convé comentar més extensament el tema de la revisió del fons d'una resolució estrangera a l'hora del reconeixement i de l'execució. L'article 12 del conveni és clar: "L'autoritat de l'Estat requerit no procedirà a cap examen del fons de la resolució, excepte si el Conveni disposa el contrari." La prohibició de la revisió del fons d'una resolució d'aliments ha estat objecte de moltes sentències. Una constant jurisprudència constata que la revisió del fons no està admesa de cap manera en el Conveni de l'Haia de 1973, i que tractant-se sovint de revi-

sions sobre els vincles de família, que justifiquen la pensió alimentària, no era contrària a l'ordre públic la no-revisió dels motius en els quals es basava la resolució alimentària.

3.22. El problema vindrà de la pràctica al Regne Unit, ja que allí tota resolució sobre aliments dictada en un estat part en el conveni, per rebre l'exequàtur ha de ser registrada a la seu del tribunal del domicili del deutor d'aliments, i aquest registre comporta automàticament, en virtut de la llei anglesa, la possibilitat per aquest tribunal de modificar la pensió a petició del mereixedor o del deutor d'aliments. Llegim en la disposició del dret anglès:

“Subject to the provisions of this section: a) the registering court shall have the like power, on application made by the payer or payee under a registered order, to vary the order as if had been made by this registering court and as if that court had had jurisdiction to make it.” (Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders (Hague Convention Countries) Order 1993, de 5 d'abril del 1993).

F) CONFLICTE DE RESOLUCIONS

3.23. Es podrà denegar l'exequàtur a Andorra d'una resolució sobre aliments en dos supòsits de conflicte de decisions, que formen part dels paràgrafs 3 i 4 de l'article 5:

“3. Si està pendent un litigi entre les mateixes parts i té el mateix objecte davant d'una autoritat de l'Estat requerit, primera en conèixer el litigi; o

4. Si la resolució és incompatible amb una resolució dictada entre les mateixes parts i sobre el mateix objecte, sigui en l'Estat requerit, sigui en un altre Estat quan en aquest últim reuneixi les condicions necessàries per al seu reconeixement i per a la seva execució en l'Estat requerit.”

G) DOCUMENTS QUE S'HAN DE PRESENTAR

3.24. El Conveni de 1973 està destinat a fer desaparèixer els obstacles d'àmbit administratiu per al mereixedor d'aliments; per això l'article 17 està consagrat a aquest tema, i comprèn tres tipus de mesures. Per una part, estableix una llista limitativa de peces necessàries per sol·licitar el reconeixement i l'execució. L'ha de presentar la part que invo-ca dit reconeixement o execució. Per altra part, el conveni prohibeix tota legalització o formalitat anàloga dels documents.

El conveni dóna a l'autoritat de l'Estat requerit un poder discrecional, ja que pot dispensar de fer la traducció a la llengua oficial de l'Estat re-querit, i si no es poden presentar tots els documents en temps sufi-cient, es podrà concedir un termini per complir aquest requisit.

H) RESERVES I FACULTATS

3.25. El Conveni de 1973 s'aplica respecte de qualsevol mereixedor el dret alimentari del qual derivi d'una relació de família, però s'ha pre- vist un joc de reserves que permeten als estats limitar l'àmbit d'apli- cació del conveni *ratione personae*. L'article 26 conté la llista de les reserves autoritzades, agrupades en tres categories.

En primer lloc, amb una frase sibil·lina, es mencionen “les resolucions i les transaccions relatives a aliments deguts –per al període posterior al matrimoni del mereixedor o al compliment dels 21 anys– per un deutor que no sigui el cònjuge o l'excònjuge del mereixedor”.

En segon lloc, són objecte de reserva “les resolucions i les transaccions en matèria d'obligacions alimentàries: entre col·laterals, entre afins”.

En tercer lloc, a petició del Regne Unit, s'hi va afegir: “les resolucions i transaccions que no prevegin la prestació d'aliments mitjançant paga- ments periòdics”, que es coneixen com a *lump sum*.

Hem de dir que molts estats part han fet ús de les reserves previstes, cosa que permet afirmar que, a la pràctica, el Conveni de 1973 sobre el reconeixement i l'execució de resolucions està limitat quant a l'àmbit d'aplicació "per raó de les persones" als menors d'edat i a les pensions degudes per divorci o separació de cossos. Podem esmentar el cas d'Alemanya, Austràlia, la República Txeca, Dinamarca, Estònia, Finlàndia, Grècia, Lituània, Luxemburg, Noruega, Portugal, el Regne Unit, Suècia, Suïssa, Turquia i Ucraïna. Ni Espanya ni França no han fet ús d'aquestes reserves.

D. El Conveni sobre l'obtenció d'aliments a l'estranger, fet a Nova York el 20 de juny de 1956

3.26. Moltes vegades la protecció del mereixedor d'aliments amb elements estrangers no queda suficientment garantida amb instruments internacionals sobre competència judicial internacional, llei aplicable o reconeixement i execució de resolucions. És per això que l'obtenció efectiva dels mitjans econòmics exigeix habilitar mecanismes de cooperació internacional. Un d'aquests instruments internacionals és el Conveni sobre obtenció d'aliments a l'estranger, fet a Nova York el 20 de juny de 1956. Aquest conveni es va concloure en una època en què les necessitats de la postguerra ho exigien i ha tingut molt d'èxit: l'han acceptat, per ara, cinquanta-cinc estats.

3.27. L'èxit és degut a dues raons. La primera: aquest instrument és un conveni de forma i no de fons: no modifica pas el dret en vigor en els estats contractants. El conveni comporta simplificacions de tipus administratiu (crea dos organismes especialitzats), jurídic (assistència judicial, utilització de comissions rogatòries), financer (prioritat en la transferència de fons) i de traducció. La segona raó queda clara en el preàmbul: "Considerant que és urgent la solució del problema humanitari originat per la situació de les persones sense recursos que tenen dret a aliments d'altres que es troben a l'estranger."

3.28. El desenvolupament, doncs, de la coordinació internacional és deguda al Conveni de les Nacions Unides, que aporta facilitats de procediment en l'obtenció internacional d'aliments. Aquestes vies complementen, però no reemplacen, les vies de dret intern. Així, el conveni té per objecte facilitar al mereixedor d'aliments que es troba en el territori d'un altre estat contractant l'obtenció de la pensió alimentària del deutor, que resideix en territori d'una altra part contractant. No importa la nacionalitat del mereixedor o del deutor, només la residència.

El mereixedor d'aliments pot també presentar una demanda de modificació de les decisions judicials en matèria d'obligacions alimentàries.

3.29. A fi de facilitar la tasca del mereixedor d'aliments, el Conveni de les Nacions Unides crea organismes especialitzats per a la transmissió dels dossiers en matèria alimentària: autoritats remittents i institucions mitjanceres. L'article 2 del Conveni de les Nacions Unides diu que en el moment de dipositar l'instrument de ratificació o d'adhesió, cada part contractant designarà una o més autoritats judicials o administratives perquè exerceixin en el seu territori les funcions d'autoritats remittents i d'institucions mitjanceres. L'autoritat remitent envia les peticions d'obtenció d'aliments a l'autoritat central on es troba el deutor; la institució mitjancera s'encarrega de rebre les peticions i de posar-les en pràctica.

A França, les funcions de l'autoritat mitjancera són exercides per un servei especial del ministeri d'Afers Estrangers, que s'encarrega del cobrament dels crèdits alimentaris i fa, al mateix temps, d'autoritat receptora o mitjancera i d'autoritat remitent. En les relacions entre l'estranger i França, el Service du Recouvrement de Créances Alimentaires juga el paper d'institució mitjancera, i en el sentit de França a l'estranger, aquest servei és d'autoritat remitent. En el cas d'Espanya, l'autoritat central és la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional.

E. El Conveni sobre l'obtenció internacional d'aliments destinats als infants i a d'altres membres de la família, aprovat el 23 de novembre del 2007 per la Conferència de l'Haia

A) ANTECEDENTS

3.30. Des de fa uns anys, la Conferència de l'Haia examina periòdicament el funcionament dels convenis adoptats en el si de l'organització internacional. D'aquesta manera es crea un clima de confiança entre les persones o institucions encarregades de fer funcionar els convenis i s'eviten o s'eliminen les friccions degudes a una comprensió defec-tuosa de les disposicions convencionals. Gràcies a aquestes reunions d'experts, les administracions estatals posen en ordre les seves actua-cions i, endemés, s'elaboren formularis destinats a obtenir més eficaç-ment els objectius dels convenis.

Com que tant el Conveni de l'Haia de 1973 com el Conveni de Nova York estan destinats a obligacions alimentàries —el primer pel que fa al reconei-xement i a l'execució de resolucions i el segon sobre cooperació judicial i administrativa— es va creure convenient examinar el funcionament dels dos textos fonamentant-se en els principis del Conveni de les Nacions Unides relatiu als drets de l'infant, adoptat per l'Assemblea General el 20 de novembre de 1989 (del qual Andorra és part), especialment l'article 27.4, que disposa: “Els Estats part prendran totes les mesures apropiades per assegurar l'obtenció de la pensió alimentària de l'infant [...]”

3.31. Hi ha una abundant jurisprudència sobre l'aplicació del Conveni de l'Haia de 1973. Subratllem l'obstinació, la tenacitat dels deutors d'ali-ments per defugir la seva obligació de donar aliments; sempre estudien subterfugis per oposar-se a una resolució o per anar contra un exequà-tur, a partir d'una interpretació ambigüa d'un text de la resolució estrangera o del text convencional per recórrer al frau al procediment o a l'ordre públic. També hem de dir que la major part dels tribunals estatals no han permès que les parts abusin de les seves argücies.

3.32. Destaquem que a la pràctica del Conveni de 1973 ha hagut d'afrontar dues dificultats: en primer lloc, què s'ha d'entendre pel terme francès *décision* o pel terme anglès *decision*, que nosaltres traduïm per *resolució*; en segon lloc, el caràcter independent de les resolucions sobre les obligacions alimentàries en relació amb la determinació de la qual es fonamenta aquesta obligació, és a dir, el vincle de parentiu entre el mereixedor i el deutor d'aliments.

3.33. Pel que fa a la noció de *décision*, hem de dir que el conveni no dóna una definició o descripció del terme; per això alguns deutors d'aliments s'han oposat a les *décisions* dictades per autoritats administratives als països nòrdics, principalment Dinamarca i Noruega. En aquests països hi ha una dissociació entre el que es refereix al vincle de família, que fonamenta l'obligació alimentària (pertany a la jurisdicció civil) i la resolució sobre l'import dels aliments, que prové d'una autoritat administrativa. Al·leguen que aquestes últimes resolucions no entren dins l'àmbit del Conveni.

3.34. Sobre el caràcter autònom de l'obligació alimentària, cal dir que l'autonomia de l'obligació alimentària amb relació als vincles de família, sobre els quals es basa, queda clara en el Conveni de l'Haia de 1973, i la jurisprudència constant dels estats part ho confirma. Per exemple, la Cour de Cassation francesa, en data 12 de juliol de 1994, ha declarat que l'execució de les resolucions dictades en una demanda d'aliments no exigeix pas l'execuàtur previ de la sentència que declara la paternitat, la qual li serveix de fonament. Concretament, es tractava del reconeixement d'una resolució dictada pel Landgericht de Lagenfeld, a la República Federal Alemanya, on una condemna d'aliments depèn sempre de la constatació prèvia de la paternitat del deutor. No obstant aquesta exigència de dret material del jutge d'origen (Alemanya), la condemna sobre aliments pot estar sotmesa directament a l'execuàtur a França. I la Cour de Cassation francesa hi afegeix, oportunament: "ce que le droit allemand a réuni

peut être séparé par le juge français à la faveur du franchissement de la frontière”.¹⁹

Així, doncs, en la major part dels estats part del Conveni de l’Haia de 1973 el tema de la paternitat no és objecte de cap control a l’hora de l’exequàtur (cas d’Alemanya, Itàlia, els Països Baixos, Suïssa, Portugal, Xile); però en el cas d’Espanya i del Marroc, el reconeixement d’una resolució d’aliments pot ser refusada si aquesta resolució estableix la paternitat; és a dir, el reconeixement és denegat perquè la resolució es pronuncia sobre la paternitat. Se cita l’aute del Tribunal Suprem d’Espanya de 21 de juliol de 1998, en el qual es condiona la concessió de l’exequàtur de la resolució en matèria d’aliments a l’exequàtur de la declaració de paternitat. Hem de dir que aquesta manera d’actuar d’Espanya constitueix una violació del conveni, que es va concloure sobre el pressupòsit de l’autonomia de l’obligació d’aliments; amb una actitud com aquesta es destrueix el mateix pressupòsit del conveni. Encara que la sentència d’origen sigui sobre ambdues qüestions, l’exequàtur del conveni empara la decisió sobre aliments i no permet cap tipus addicional d’exigència.

3.35. L’excepció d’ordre públic també ha fet acte de presència en la jurisprudència estatal, però els jutges han permès un ús limitat d’aquesta excepció. Les parts en el litigi han al·legat, per una part, la retroactivitat de la condemna en aliments i, per l’altra, la concreció de la pensió alimentària segons uns barems legals.

3.36. Pel que fa al Conveni de Nova York sobre obtenció d’aliments a l’estranger, el seu objectiu és regular el problema administratiu que planteja l’obligació d’aliments internacional. S’institueix un sistema que permet al mereixedor d’aliments, que viu en un país A, abans de recórrer als tribunals d’un país, de demanar la mediació de les autoritats ad-

¹⁹ La sentència es pot consultar a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, p. 73-79.

ministratives del país B, on es troba el deutor d'aliments, i aquestes autoritats poden posar en pràctica les mesures apropiades per obtenir el pagament d'aliments i, en cas necessari, poden iniciar i prosseguir una acció sobre aliments i fer executar qualsevol sentència, decisió o qualsevol altre acte judicial.

3.37. El conveni funciona bé si les autoritats aconseguixen que el deutor pagui, però si el deutor es nega a pagar adduint les raons pertinents, les autoritats es veuran obligades a fer ús de tots els mitjans legals previstos en l'Estat de la residència del deutor d'aliments, cosa que comporta o bé la necessitat de l'exequatur o bé iniciar un nou procés.

Espanya és un dels països on no ha funcionat gaire bé aquest conveni, cosa que ha comportat introduir una nova demanda d'aliments, malgrat l'existència d'una sentència estrangera que concedia aliments, susceptible del reconeixement i de l'execució; també hi ha jurisprudència espanyola que no entèn que el Conveni de l'Haia de 1973 i el Conveni de Nova York són complementaris i n'ha afirmat la incompatibilitat. Això és degut a una manca de coneixement per part dels jutges espanyols a l'hora d'aplicar aquests convenis.²⁰

3.38. Com a resum de les observacions sobre la pràctica dels convenis de l'Haia de 1973 i de Nova York, podem concloure dient:

- Els dos convenis són complementaris i no s'han d'aplicar de manera alternativa.
- El Conveni de l'Haia i el Conveni de Nova York són textos que han posat ordre, malgrat els defectes interpretatius per part dels tribunals dels estats part. Les dificultats en l'aplicació són degudes més aviat a diferències de nivell de vida entre els estats

²⁰ Es poden consultar les sentències de l'Audiència Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 10 de juny de 1986, de l'Audiència Provincial de Granada de 8 de març de 1990 i de l'Audiència Provincial d'Almeria de 21 d'abril de 1993.

part, a conviccions religioses o filosòfiques, sovint incompatibles, i, especialment, a la mala fe o la mala voluntat dels deutors d'aliments.

– Tothom està d'acord que ser massa exigents en la traducció a la llengua oficial de l'Estat requerit de tots els documents comporta endarrerir les solucions. Hauria de limitar-se als documents estrictament essencials i, en el cas d'Andorra, per exemple, ser massa exigents amb la traducció catalana de tots els documents, quan ja estan en francès, anglès, castellà o portugués.

– Hi ha molts casos en què el deutor organitza la pròpia insol·vència. Es poden utilitzar mitjans penals, però s'ha de tenir present que això pot comportar conseqüències negatives per als interessos del mereixedor.

B. CONTINGUT DEL CONVENI

3.39. Totes aquestes i altres raons han aconsellat revisar els convenis de l'Haia de 1973 i de Nova York. La Conferència de l'Haia, en la 21a sessió, que va tenir lloc a l'Haia del 5 al 23 de novembre de 2007, va aprovar el Conveni sobre l'obtenció internacional d'aliments destinats als infants i a d'altres membres de la família.

3.40. L'objectiu específic del conveni ha estat l'elaboració d'un instrument per a l'obtenció internacional d'aliments per als infants i altres membres de la família. I com que es vol que el text sigui acceptable per la major part dels estats, ens trobem davant d'un text de geometria variable, amb avantatges i inconvenients.

3.41. En el preàmbul i en l'article I, sobre la base del Conveni de Nova York sobre els drets de l'infant, hi ha l'objectiu del conveni, que s'articula en dos eixos: la cooperació d'autoritats dels estats contractants i el procediment de reconeixement i execució, que inclou les mesures més eficaces perquè sigui efectiu el pagament d'aliments.

3.42. Es tracta d'un sistema per al reconeixement i l'execució de resolucions en matèria d'obligacions alimentàries dictades en els estats contractants, que es combinen amb procediments expeditius.

3.43. Hi ha un sistema de cooperació entre autoritats centrals de cada estat part, amb la finalitat de facilitar el tractament de les sol·licituds internacionals. La cooperació administrativa constitueix un dels aspectes essencials del nou conveni.

3.44. Es preveu l'accés a serveis virtualment gratuïts per als sol·licitants d'aliments, àdhuc l'assistència jurídica gratuïta en tots els estats contractants.

3.45. S'estableix l'obligació de prendre mesures ràpides i eficaces per executar les resolucions provinents d'un altre país en matèria d'aliments.

3.46. També el deutor d'aliments gaudeix de drets amb vista a poder modificar les resolucions en matèria d'aliments, entre els quals hi ha l'assistència gratuïta.

3.47. Quina seria la valoració del Conveni de l'Haia de 2007? En primer lloc, destacar que la idea de fer un nou conveni que superés el de l'Haia de 1973 i el de Nova York sobre obtenció d'aliments a l'estranger és bona, ja que es pretenia assolir un text que substituís els convenis existents fins ara en matèria d'aliments. Aquest objectiu no ha pogut fer-se realitat per les diferències entre els estats i ha conduït, d'entrada, a excloure totalment del conveni les regles de competència judicial internacional directa. En segon lloc, les mateixes diferències entre els sistemes (judicial o administratiu de Civil Law o del Common Law) han portat a solucions molt obertes, a la possibilitat de formular reserves al conveni, a establir un àmbit d'aplicació personal obligatori molt reduït i, ensems, a establir un sistema d'ampliacions mitjançant declaracions. En conjunt, ens trobem davant d'un conveni amb dos eixos bàsics: la cooperació d'autoritats i el reconeixement i l'execució de resolucions estrangeres,

que poden donar lloc a una multitud de règims particulars derivats d'aquest complicat entramat de drets i obligacions dels estats, segons les obligacions assumides.

En realitat, es preveu que durant uns anys, els estats part en els convenis de l'Haia de 1973 i de Nova York sobre obtenció d'aliments a l'estranger seguiran en vigor, amb la qual cosa tindrem un nou conveni que s'afegirà als existents, cosa que es volia evitar.

C. OPORTUNITAT D'ACCEPTAR, ARA PER ARA, EL CONVENI DE L'HAIA DE 1973

3.48. En les circumstàncies actuals, opinem que seria útil que el Principat esdevingués part del Conveni de l'Haia de 1973, en espera que un nombre important d'estats adoptin el nou conveni de 2007. A partir d'aquest moment es podria tornar a plantejar l'oportunitat d'acceptar el nou text. Intentem exposar les raons per actuar d'aquesta manera.

3.49. L'exequàtur és un procediment previ a Andorra per poder utilitzar les vies d'execució forçosa en l'obtenció d'aliments assignats per una resolució estrangera. Hem de preveure també el cas invers: obtenció d'aliments a l'estranger d'acord amb una decisió andorrana, per exemple a Espanya, França o Portugal.

Com que el Principat no és part en cap conveni internacional sobre reconeixement i/o execució d'aliments, en les relacions entre l'estranger i Andorra, el TSJA aplicarà el règim general d'exequàtur previst en la Llei transitòria de procediments judicials; en les relacions entre Andorra i l'estranger, cada país aplicarà a les decisions andorranes el règim comú d'exequàtur, cosa que pot comportar inconvenients en la pràctica, per exemple no admetre obligacions alimentàries a partir d'una certa edat: només a infants i no a d'altres membres de la família; exigir que prèviament es provi la paternitat del deutor o exigir abans un exequàtur sobre la part de la resolució que estableixi la pa-

ternitat; no admetre la decisió d'un tribunal estranger d'àmbit administratiu que estableixi l'import dels aliments; no donar lloc a l'exequàtur d'una resolució andorrana per haver-ne fixat un import massa alt o insuficient, etc.

3.50. Ser part del Conveni de 1973 comportaria més seguretat en els procediments sobre reconeixement i execució de resolucions relatives a obligacions alimentàries: s'aplicarien entre els estats part unes regles bastant unificades referents a l'exequàtur.

3.51. L'exequàtur a Andorra d'una resolució estrangera relativa a obligacions alimentàries que provingués d'un estat part faria que el TSJA adequés les regles de la Llei transitòria de procediments judicials als requisits del Conveni de l'Haia de 1973. Els resultats serien:

- El Conveni aclareix quines són les autoritats competents (competència judicial indirecta) de l'Estat d'origen de la resolució sobre obligacions alimentàries.
- El TSJA podria denegar-ne el reconeixement i/o l'execució si en l'estat d'origen no s'han respectat els drets de la defensa. En demés, en el text del conveni es concreta que s'ha d'entendre per *resolucions dictades en rebel·lia*: quan hi hagi manca de notificació fefaent a la part contrària i no hagi pogut disposar aquesta part dels temps suficient per preparar la seva defensa.
- El TSJA no hauria de controlar la llei aplicada al fons de la resolució estrangera (en contra del que exigeix la lletra c) de l'article 49 de la Llei transitòria de procediments judicials). El TSJA sí que podria verificar el contingut de la llei aplicada en cas que anés contra l'ordre públic andorrà; però l'abast d'aquesta excepció ara quedaria molt limitada: el Conveni de l'Haia exigeix que la resolució estrangera sigui “manifestament incompatible” amb l'ordre públic andorrà.

- El TSJA no dictaria aute d'exequàtur a una resolució estrangera sobre obligacions alimentàries si fos incompatible amb una decisió dictada per un tribunal andorrà entres les mateixes parts i sobre el mateix objecte.
- El TSJA podria concedir l'exequàtur parcial d'una resolució estrangera sobre obligacions alimentàries. Aquesta possibilitat podria fer-se realitat a petició d'una de les parts en el litigi, en virtut de l'article 14 del conveni, o bé el TSJA podria decidir-ho "d'ofici", en virtut de l'article 10 del conveni.

F. Reglament comunitari núm. 4/2009 en matèria d'obligacions d'aliments

3.52. Pel que hem exposat fins ara, el Reglament núm. 4/2009 és un instrument comunitari en matèria d'obligacions d'aliments que conjumina les disposicions sobre els conflictes de jurisdicció, els conflictes de lleis, el reconeixement i la força executiva de les resolucions, l'execució, l'assistència jurídica gratuïta i la cooperació entre autoritats centrals. Destaquem els articles dedicats al "reconeixement, força executiva i execució de les resolucions" (art. 16 a 43), que intenten garantir el cobrament ràpid i eficaç dels crèdits alimentaris i prevenir els recursos dilatoris. Per això les resolucions en matèria d'obligació d'aliments alimentàries dictades en un Estat membre haurien d'estar acompanyades de força executiva provisional. L'article 39 disposa:

"L'òrgan jurisdiccional d'origen podrà atorgar força executiva provisional a la resolució, malgrat la interposició d'un eventual recurs, encara que el Dret nacional no prevegi la força executiva per ministeri de la llei."

Queda ben clar que el reconeixement d'una resolució en matèria d'obligacions alimentàries té com a únic objecte permetre el cobrament del crèdit alimentari determinat en la resolució; no implica que s'hagin de reconèixer les relacions familiars, de parentiu, matrimoni o afinitat

que siguin la base de l'obligació d'aliments que va donar origen a la resolució.

3.53. El capítol IV, dedicat al reconeixement, la força executiva i l'execució, distingeix entre les resolucions dictades en estats membres vinculats pel Protocol de l'Haia de 2007 i les dictades en estats membres no vinculats pel protocol. Aquesta distinció es basa que les garanties que aporta l'aplicació de les normes de conflicte de lleis justificaria que les resolucions dictades en un estat membre vinculat pel Protocol de l'Haia de 2007 siguin reconegudes i gaudeixin de força executiva en tots els estats membres sense necessitat de cap procediment i sense que a l'Estat membre d'execució es controli el fons de la resolució. En aquest supòsit, es limiten els motius de denegació o suspensió de l'execució que el deutor podria al·legar a causa del caràcter transfronterer dels crèdits alimentaris. Pel que fa a les resolucions dictades en un estat membre no vinculat pel Protocol de l'Haia de 2007, es preveu un procediment de reconeixement i de l'atorgament de l'execució, inspirats en el procediment i en els motius de denegació del reconeixement previstos en el Reglament CE núm. 44/2001 (Brusel·les I).

3.54. Per facilitar el cobrament transfronterer de crèdits alimentaris, s'instaura un règim de cooperació entre autoritats centrals designades pels estats membres, les quals han de prestar ajut als mereixedors i deutors d'aliments, intercanviar informació a efectes de localitzar els deutors i mereixedors i determinar-ne els ingressos i el patrimoni, en la mesura en què es pugui i sigui necessari. Això exigeix que les autoritats centrals han de poder obtenir dades de caràcter personal, sempre respectant les exigències de la Directiva 95/46/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 24 d'octubre de 1995, relativa a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de les dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades, tal com els estats membres l'hagin incorporada al seu ordenament jurídic intern.

27. Successió per causa de mort



Introducció

La successió per causa de mort és un fenomen jurídic universalment conegut, però regulat per una nombrosa i diferent normativa, a causa d'un desigual desenvolupament polític, econòmic i social dels estats, així com a les diferents tradicions històriques sobre la concepció de l'herència i de la mateixa successió per causa de mort, que, en realitat, constitueix un conjunt de conseqüències patrimonials derivades del fet jurídic de la mort. Per altra part, el dret aplicable pot ser modificat pels interessats sota la forma del testament o d'un contracte successori.

Les diferències entre els sistemes del Common Law i del Civil Law afavoreixen les discrepàncies i malentesos en l'ús dels mateixos o semblants termes, però amb significats diferents, com les paraules *successió* o *domicili* en el context d'un sistema o l'altre.¹ El dret de successions i testaments ha estat i continua estant marcat en els països de dret romanogermànic per una concepció de l'herència que suposa que el patrimoni de la persona del difunt, el *de cuius*, representa una forma de continuació de la seva persona en la dels seus hereus; aquesta concepció es considera obsoleta en alguns punts, per això el dret de successions evoluciona cada vegada més cap a una celebració de contractes, per donar a la voluntat del *de cuius* i dels seus hereus un paper més destacat en la liquidació de les successions, especialment quan es tracta de garantir millor la continuïtat de les empreses.

¹ Mentre els sistemes del Common Law distingeixen entre matèries de la successió i matèries de l'administració dels béns, els sistemes del Civil Law no fan aquesta distinció i ambdues matèries s'integren dins de la rúbrica *successió*. Pel que fa al *domicili*, alguns països (Bèlgica, França i Luxemburg) el defineixen com el lloc de l'establiment principal. En els sistemes del Common Law té un sentit tècnic que el difencia del terme; tota persona ha de tenir un domicili, que es determina per la llei del fòrum; el menor de 16 anys (*child*) està domiciliat en el territori que presenta una connexió més estreta amb la seva persona i es presumeix que té el mateix domicili dels seus pares si viu amb ells; quan el menor de 16 anys es fa adult (a partir dels 17) conserva el domicili que tenia fins aleshores, però pot adquirir un nou domicili si es trasllada a un altre territori amb la intenció de romandre-hi un període indefinit de temps, seria el *domicile of choice*, caracteritzat pel fet de fixar una residència principal amb la intenció de romandre-hi. (Cfr. HAYTON, D. (ed.) *European Succession Laws, Second Edition*. Jordans, 2002, p. 2 i s.)

D'una manera breu hem de destacar aspectes del dret musulmà de successions, ja que les autoritats judicials i administratives andorranes han d'intervenir en relacions privades internacionals i han d'aplicar normes derivades del dret musulmà que, moltes vegades, contenen institucions desconegudes a Europa o que difereixen sensiblement de les institucions dels sistemes jurídics occidentals. Les situacions relatives al dret de les persones, de la família i de successions poden donar lloc no solament a conflictes de lleis, sinó a veritables "conflictes de civilitzacions".²

Les normes musulmanes presenten un caràcter de desigualtat en comparació amb les normes andorranes, tant per raó de sexe com de religió. En el supòsit que el difunt deixi fills i filles, s'aplica el principi de donar al fill el doble de la part de la filla. I en cas de successió entre esposos, el marit hereta de la dona difunta el doble del que ella hagués rebut del marit. L'Alcorà també preveu el cas de les germanes del difunt: s'atribueix a la germana sobrevivent la meitat de la successió del germà; en canvi, el germà sobrevivent es beneficia de la totalitat de la successió de la germana. Des del punt de vista de la religió, la doctrina musulmana diu que l'infidel (el no musulmà) no hereta d'un musulmà. Es considera *morta* la persona que apostata de l'Islam i els seus béns van al Tresor Públic.³

El dret successori andorrà té les seves arrels en el dret romà més evolucionat, com són els textos del *Digest* i del Codi, amb aportacions del dret català tradicional, és a dir el dret anterior al Decret de Nova Planta de 1716, especialment en matèria de llegítima i de requisits de forma dels testaments. El dret romà regeix el dret de successió intes-

² Cfr. MERCIER, P. *Conflicts de civilisation et droit international privé: polygamie et répudiation*. Ginebra, 1972.

³ Cfr. ALDEEB, S.; BONOMI, A. (ed.) *Le droit musulman de la famille et de successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux. Etude de droit comparé sur les aspects de droit international privé liés à l'immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse*. Zürich: Sculthess Polygraphischer Verlag, 1999, esp. p. 309 i s. SAUVAGE, F. *Brèves remarques sur la vocation successorale des épouses d'un mari polygame depuis la loi du 3 décembre 2001*. Deffrénois, 2003, p. 1.470.

tada, al qual pertany el còmput dels graus, que precisament constitueix el nucli o la part essencial del dret romà en matèria de successions. No s'aplica, doncs, el sistema canònic de computació de graus, com alguns han afirmat, sinó el còmput civil, seguint també el dret català, i així les *Constitucions de Catalunya* fixen i estableixen expressament el còmput romà en les lleis 2a i 3a, títol II, llibre VI, vol. I, llei 2a; títol XXXI, llibre IV, vol. I, llei 1a i 2a, títol II, llibre VI, vol. I. Convé afegir que d'acord amb el dret romà, especialment la novel·la 118 de Justinià, és la *cognatio* la que dona la qualitat d'hereu *ab intestato*; per tant, el parentiu que dona dret a la successió intestada és el de consanguinitat, no l'afinitat. Únicament el vincle de matrimoni estableix una successió mútua entre consorts.⁴

Totes aquestes disposicions han constituït un conjunt complet i harmònic de normes que s'han aplicat durant segles i han donat lloc a una abundant jurisprudència. Ara bé, l'evolució de la societat andorrana pel que fa al trencament i l'atomització del nucli familiar tradicional i la profunda diferència entre les estructures familiars actuals i les dels temps medievals varen fer sentir la necessitat de regular parcialment aspectes importants de la successió per causa de mort. Així, la Llei de 31 de juliol de 1989⁵ tenia com a finalitat solucionar alguns desajustaments en la situació dels fills extramatrimonials, que no havien de patir discriminació per les circumstàncies de llur naixença, i en la del cònjuge vidu, tradicionalment regulada per capítols matrimonials, cada vega-

⁴ Pot veure's l'acte del TSJA d'11 de juliol de 1996, sobre procediment de declaració d'hereus de la Sra. M. Lluïsa R.C. Se cita un text de BORRELL I SOLER sobre l'afinitat: "afinitat és la relació entre un consort i els parents consanguinis de l'altre i entre els mateixos consorts; no entre un consort i els afins de l'altre, perquè *afinitas non parit afinitatem*". L'acte del TSJA de 23 d'octubre de 1997 (cas sobre declaració d'hereus abintestat de Jacinto Felipe S.) remarca que la successió intestada al Principat està regulada per les normes del dret romà, concretament les novel·les 118 i 127 de Justinià: "i, segons tots els precedents històrics, en els supòsits de manca de testament o de manca d'heretament —que s'ha d'equiparar— per la dinàmica de les normes pròpies, estant legitimats per a instar la declaració dels seus drets els possibles diversos parents per consanguinitat segons uns ordres, i dins de cadascun d'ells segons el grau corresponent, regulant-se per raó del matrimoni exclusivament els drets successoris del cònjuge vidu".

⁵ BOPA de 21-08-1989.

da menys freqüents, cosa que pot abocar a una situació de desempament que no es correspon amb la consciència social majoritària. El legislador andorrà va millorar, doncs, la posició jurídica dels fills no matrimonials i la del consort supervivent, si bé mantenint els trets fonamentals del dret tradicional en matèria de successió intestada i de drets legítimaris.

Destaquem els principis que informen el dret successori a Andorra. En primer lloc, es dóna prevalença a les previsions del causant sobre designació de successors, d'acord amb el *Digest* 29, 2, 39: "*quandiu potest ex testamento adire hereditatis, ab intestato non deferetur*". Llavors, preval la successió voluntària sobre la legal. En segon lloc, és necessària la institució d'hereu per a la validesa del testament, també en el supòsit de vocació paccionada a l'herència. Això implica que qualsevol causant ha de tenir un successor universal, hereu, o una pluralitat d'hereus, que se subroguen en tots els drets i obligacions transmissibles del causant. En tercer lloc, l'hereu és el successor universal que adquireix tots els béns i drets que es troben en el patrimoni hereditari, excepte els que el causant ha atribuït a títol particular a altres destinataris del patrimoni hereditari. En el supòsit d'una pluralitat d'hereus, s'atribueix a cadascun d'ells una quota de l'*universum ius* del seu causant, d'acord amb el *Digest* 28, 5, 9-12. En quart lloc, segons el principi de la unitat del títol successori, establert en el *Digest* 50, 17, 7, ningú no pot morir deixant una successió que es regeixi, per una banda, pel testament i, per l'altra, per les regles de l'abintestat, com també és incompatible la vocació intestada i la que es deriva de la successió paccionada o heretament. En cinquè lloc, el principi *semel heres, semper heres* (*Digest* 4, 4, 7-10 i *Codi* 4, 31, 4) indica que els diferents tipus de vocació hereditària són perdurables; és a dir, perfeccionada la successió testamentària en haver acceptat el cridat, la successió d'aquesta persona serà sempre una successió testamentària i mai no es podrà obrir la successió intestada.

La plural i diferent regulació material del dret de successions condiciona les solucions del dret internacional privat, sense oblidar que la presència d'elements internacionals fan que la matèria sigui més complexa, amb la possibilitat que apareguin resultats injustos, que es poden resoldre per mitjà de la tècnica de l'adaptació.⁶ Cal tenir present que els problemes generals del dret internacional privat han tingut el seu banc de prova en qüestions successòries, que poden tenir com a qüestions prèvies altres problemes del dret de família, moltes vegades relacionades amb l'ordre públic.⁷

Els protagonistes d'una successió transnacional s'enfronten a problemes i dificultats cada vegada més complexos, ja que poden ser regulats per una variada normativa substantiva, processal i de dret aplicable. Les estadístiques de l'Eurostat (l'Oficina d'Estadístiques de les Comunitats Europees) donen idea de l'elevat nombre de successions que poden ser afectades per l'element d'estrangeria o d'heterogeneïtat, especialment per la creixent mobilitat de les persones en un espai sense fronteres interiors, amb l'augment d'unions entre nacionals de diferents països i per l'adquisició de béns situats en territori de diferents estats.

L'absència d'un cos de normes de dret internacional privat aplicable en matèria de successions per al conjunt dels estats membres de la UE origina nombroses dificultats i problemes a les persones que volen or-

⁶ Les successions no poden ser considerades de manera aïllada dels règims econòmics matrimonials. Els drets successoris del cònjuge supervivent depenen, en la quantia, del tipus de règim econòmic matrimonial i del benefici que la seva dissolució comporta. En tot ordenament jurídic estatal hi ha una harmonia entre el sistema del règim econòmic matrimonial i el sistema successori. Així, un règim econòmic matrimonial de separació de béns comporta més beneficis en la successió del cònjuge supervivent; en canvi, un règim econòmic matrimonial de comunitat de béns comporta un límit en els drets successoris. Si el règim econòmic matrimonial i el règim successori són regulats per lleis de diferents estats poden produir-se resultats injustos, tant per excés com per defecte. Els jutges poden intentar una adaptació, però hem de tenir en compte que no és possible adaptar o coordinar la connexió objectiva en matèria successòria amb la que s'aplica al règim econòmic matrimonial, ja que mentre que la determinació de la llei aplicable al règim econòmic matrimonial s'efectua en el moment del matrimoni, la llei aplicable en matèria successòria es determina en el moment de la mort. *Cfr.* UINL *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, sota la direcció de M. VERWILGHEN. T I, II i III. Brussel·les: Brulant 2003.

⁷ *Cfr.* Comentari d'Alegria Borràs a l'article 9.8 del Codi civil. *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones, 1991, p. 95-98.

ganitzar la seva successió futura i als mateixos pràctics del dret quan una successió presenta un caràcter internacional, per raó de la nacionalitat dels interessats, del seu domicili o de la situació dels béns.⁸

L'examen del panorama jurídic en matèria de successions i testaments ens porta a la conclusió, en primer lloc, que si bé existeixen instruments internacionals, presenten un àmbit d'aplicació limitat i alguns convenis no han tingut èxit pel nombre reduït d'acceptacions;⁹ en segon lloc, que la unificació del dret de successions no ha progressat, i això sense oblidar que bona part de les qüestions de dret de successions no han estat plantejades davant d'òrgans jurisdiccionals, sinó per notaris, despatxos d'advocats i consellers jurídics, i que, moltes vegades, els interessats en una herència, davant de les dificultats, han transgigit en els seus drets.

I. Llei aplicable a les successions

A. Principis d'unitat i de fraccionament

I.1. Per *llei aplicable a la successió* entenem la llei que serà aplicable a la vocació hereditària i a la transmissió abintestat, tenint en compte que no tots els sistemes jurídics inclouen les mateixes qüestions dins de l'àmbit de la llei successòria. Endemés, existeixen diferències im-

⁸ Ara per ara no és possible la plena unificació o harmonització de les normes de dret material dels estats membres de la UE. Per això la comissió va considerar que s'havia d'abordar, prioritàriament, la qüestió de la llei aplicable i del conflicte de jurisdiccions a escala comunitària, atès que en alguns estats la intervenció del jutge és obligatòria o indispensable per liquidar les successions complexes o litigioses. *Cfr. REVILLARD, M. Droit international privé et droit communautaire: pratique notarial*. Defrénois, 2006.

⁹ Conveni nòrdic de 19 de novembre de 1934 sobre successions; Conveni de l'Haia de 5 d'octubre de 1961 sobre conflictes de lleis en matèria de forma de les disposicions testamentàries; Conveni de l'Haia de 2 d'octubre de 1973 sobre administració internacional de les successions, que es limita a les successions de béns mobles; Conveni de l'Haia d'I d'agost de 1989 sobre llei aplicable a les successions per causa de mort; Conveni de Basilea del Consell d'Europa de 16 de maig de 1972 relatiu a l'establiment d'un sistema d'inscripció de testaments, i Conveni de Washington de 26 d'octubre de 1973, que conté llei uniforme sobre la forma d'un testament internacional. No és una realitat la previsió que els convenis de l'Haia de 1973, 1985 i 1989 havien de constituir una trilogia que facilitaria les relacions privades internacionals en matèria de successions i que complementaria el Conveni de l'Haia de 1978 sobre els règims matrimonials.

portants de qualificació entre els diversos sistemes, ja que una mateixa qüestió pot ser considerada com a dret substantiu o de procediment.¹⁰ Els països continentals (Civil Law) inclouen dins de la successió la devolució (determinació dels hereus i la quantia dels seus drets), la transmissió dels béns hereditaris i l'administració, ja que les accions i obligacions del causant són directament transmeses als hereus i legataris. Els països anglosaxons (Common Law) només hi inclouen la devolució, ja que la transmissió i l'administració dels béns seran regulats per la *lex fori*.

1.2. En dret internacional privat s'enfronten dues tendències: unitat o pluralitat de lleis. Si es posa l'accent en la noció de *transmissió d'una universalitat* als membres d'una família, dominarà el principi d'unitat; és a dir, aplicar una única llei al conjunt de la transmissió dels béns de la successió. Aquest plantejament segueix la concepció romana del fenomen successori. Si la successió té per objecte substituir la persona del causant per una o diverses persones en les relacions que són transmissibles i que no s'extingeixen per la mort, la conseqüència serà, en el tema dels conflictes de lleis, vincular la successió a una única llei designada per punts de connexió, amb independència de la naturalesa dels béns i del lloc on estan situats. I com que la universalitat dels béns està destinada, per regla general, a ser transmesa als membres de la família, la successió es farà dependre de la llei aplicable a l'estatut personal, si bé els sistemes jurídics difereixen a l'hora de designar dita llei, cosa que pot portar a conflictes de sistemes irreductibles. Així, nombrosos països sotmeten la successió a la llei nacional del difunt;¹¹ d'al-

¹⁰ La llei successòria (*loi successorale* o *law of succession*), segons la resolució de l'IDI de 15 de setembre de 1867, seria la "loi régissant la succession en général", sense més detalls sobre la seva determinació (Cfr. *Ann. IDI*, 1967, t.II, p. 558 i s.).

¹¹ Argèlia, Alemanya, Àustria, Bulgària, Cuba, Egipte, Eslovàquia, Espanya, Ghana, Grècia, Hongria, Indonèsia, Iran, Itàlia, Japó, Jordània, Líban, Liechtenstein, Mali, Marroc, Mauritània, Níger, Polònia, Portugal, Senegal, Suècia, Surinam, Síria, República Txeca i Ciutat del Vaticà. Els Països Baixos sotmetien la successió a la llei nacional, però des de l'1 d'octubre de 1996 apliquen les regles del Conveni de l'Haia d'1 d'agost de 1989.

tres, a la llei de l'últim domicili del causant,¹² i alguns utilitzen la llei de situació dels béns, siguin mobles o immobles.¹³

1.3. Si es destaca el fet que la transmissió successòria és un dels modes essencials d'adquisició de la propietat, serà aplicable la *lex rei sitae*, cosa que provocarà una fragmentació de la llei successòria en la mesura en què els béns poden estar situats en diferents països. Aquest segon plantejament, que segueix la visió de la successió que tenien el dret germànic i feudal, individualitza la llei aplicable a la successió per mitjà de connexions de naturalesa real, amb aplicació d'una pluralitat de lleis, tantes com països on es trobin els béns, aplicant el principi *quot territoria tot hereditates*. Els sistemes que segueixen aquest plantejament accepten, doncs, la fragmentació per als béns immobles, però els béns mobles queden sotmesos a una única llei, normalment la llei del domicili. Podem distingir:

- a) Països que adopten la llei del domicili del difunt per als béns mobles i la llei de situació per als béns immobles, model propi de la jurisprudència francesa i dels sistemes jurídics anglosaxons, que varen acceptar els plantejaments de la doctrina estatutària francesa i d'Story.¹⁴
- b) Països que apliquen la llei nacional per als béns mobles i la llei de situació per als béns immobles.¹⁵

B. Determinació de la llei aplicable en dret internacional privat andorrà

1.4. L'ordenament jurídic andorrà està mancat d'una normativa legal sobre el dret aplicable a la successió amb elements estrangers, però el

¹² Argentina, Brasil, Costa Rica, Colòmbia, Dinamarca, Equador, El Salvador, Finlàndia, Islàndia, Noruega, Paraguai, Perú, Rússia, Suïssa, Veneçuela i Xile.

¹³ Mèxic, Panamà i Uruguai.

¹⁴ Austràlia, Bahames, Bèlgica, Canadà, Centreàfrica, Congo Brazza, Costa d'Ivori, Estats Units, França, Gabon, Haití, Mali, Índia, Israel, Kenya, Irlanda, Luxemburg, Madagascar, Malta, Illes Maurici, Nova Caledònia, Regne Unit, Sud-àfrica, Sudan, Uruguai, Xina i Xipre.

¹⁵ Benín, Camerun, Mònaco, Romania, Tailàndia i Togo.

costum i el caràcter supletori de les normes i principis del dret romà han omplert aquesta llacuna legal.¹⁶ Sobre la base dels textos romans de la successió *in ius defuncti o in universum ius* es considera l'hereu com a successor universal: “*heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, quum et ea quae in omnibus sint, ad heredum transeant*”;¹⁷ és a dir, es personifica en l'hereu o hereus la successió universal del causant i substitueixen el causant de la successió en la titularitat activa i passiva de les seves relacions jurídiques.

I.5. El sistema de dret internacional privat andorrà de successions està establert en el principi de la unitat i la universalitat de la successió, i en l'àmbit del dret aplicable, en el predomini de la llei nacional del causant en el moment de la seva mort. Una sola llei, doncs, s'aplica a tots els béns, mobles o immobles, encara que es trobin fora del Principat. L'elecció del sistema de la unitat i la universalitat és per a la jurisprudència andorrana una conseqüència de la consideració que tenia a Roma la successió com a perllongament de la pròpia personalitat del causant, en contraposició de la concepció germànica de l'herència com a simple repartiment dels béns relictos entre determinades persones. El criteri del punt de connexió *nacionalitat* juga un paper important en dret andorrà, ja que no s'admet la *professio juris*, és a dir, la possibilitat que una persona pugui designar la llei d'un estat determinat per regular el conjunt de la seva successió.¹⁸ En el supòsit de la successió d'una persona apàtrida, s'aplicarà la llei de la residència habitual.

I.6. Sobre la possible incidència dels conflictes mòbils, és a dir el canvi de nacionalitat durant la vida del causant, la jurisprudència andorrana

¹⁶ L'aute del batlle episcopal de 15 de febrer de 1974 ens diu que entre els dos sistemes fonamentals del dret internacional privat en la matèria, el de la unitat i la universalitat, regulat per la llei personal, i el sistema del fraccionament de la successió, que aplica als béns mobles la llei del domicili del difunt i als immobles la llei de situació, es va elegir el primer: “per costum i també pel caràcter supletori que tenen a les Valls les normes i principis del dret romà” (Cfr. VIÑAS, R. “Las sucesiones ‘ab intestato’ en Derecho andorrano”. ADI, V, 1979-1980-1981, p. 379-387).

¹⁷ *Digest*, 29, 2, 37.

¹⁸ La *professio juris* ha estat recollida dues vegades per l'Institut de Dret Internacional, en expressar el desig que la validesa intrínseca de les disposicions testamentàries fossin sotmeses a la llei successòria “sous réserve que

ho ha resolt utilitzant un punt de connexió determinat en el temps. Així, el punt de connexió mutable per naturalesa (la nacionalitat) passa a ser immutable, ja que la successió abintestat es regularà per la llei nacional del causant en el moment de la mort. En el cas d'una persona originària d'Estònia, domiciliada a Andorra i de nacionalitat francesa en el moment de la seva defunció, es va aplicar la llei francesa. En un considerant de l'acte del batlle episcopal, de 6 de gener de 1981, es diu:

“Que per aplicació dels articles 731 i 745 del Codi Civil francès, l'herència intestada del difunt Sr. A. H. correspon als seus dos fills, H. i N., per parts iguals i que, segons l'article 767 del mateix Codi, l'esposa sobrevivent, Na M.O., que no consta divorciada ni separada legalment del seu marit, té dret a l'usdefruit de la quarta part de l'herència del difunt marit.”¹⁹

I.7. La llei aplicable a la successió abintestat també regularà el fons de les successions testamentàries i contractuals. La voluntat del difunt no

le testateur puisse opter entre sa loi nationale et la loi de son domicile” (Sessió de Niça de 1967 i sessió del Caire de 1987, *cf.* els textos i comentaris a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1968, p. 809; 1988, p. 133). La *professio juris* està inclosa en l'article 5 del Conveni de l'Haia d'1 d'agost de 1989 sobre llei aplicable a les successions amb la finalitat de facilitar la unificació de la llei aplicable en el supòsit de successions complexes repartides entre diversos països. Avui dia la trobem en la Llei federal de Suïssa sobre dret internacional privat, de 18 de desembre de 1987 (art. 83, 90, 91); en la Llei de la R. F. Alemanya sobre dret internacional privat, de 25 de juliol de 1986 (art. 25) pel que fa als béns immobles situats a Alemanya; en l'article 3098 del Codi civil del Quebec; en l'ordenament jurídic dels Països Baixos després d'acceptar el Conveni de l'Haia de 1989; en la Llei italiana sobre el dret internacional privat, de 31 de març de 1995, i en la legislació de Finlàndia, que preveu, en principi, que l'aplicació de la llei del domicili del causant permet al testador poder elegir la llei de l'Estat de la seva nacionalitat en el moment de la redacció del testament o en el moment de la seva mort, també la llei del país del seu domicili en el moment de fer l'elecció i, si està casat en el moment de fer l'elecció, la llei que regula el seu règim matrimonial. (Cfr. OVERBECK, V. VON “La *professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé”. A: *Liber Amicorum Baron Louis Frédéricq*. Gent, 1965, t. II, p. 1.085 i s. VASSILAKAKIS, E. “La *professio juris* dans les successions internationales”. A: “Le droit international privé: esprit et méthodes” *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Dalloz, 2005, p. 803-818).

¹⁹ En l'acte del batlle episcopal de 15 d'octubre de 1976 (cas de la vídua de José Luis López Martínez) es declara aplicable el Codi civil espanyol a una successió abintestat d'un resident espanyol sotmès al dret comú. Diu el batlle, Joan Canturri Roca: “Essent el difunt de nacionalitat espanyola i no constant que hagi disposat dels seus béns per actes d'última voluntat, per aplicació dels articles 913, 930 i 931 del Código Civil espanyol, deu reputar-se hereva legítima del difunt a la seva filla S. L. F., sense perjudici del dret legítimari de la vídua, el qual, segons l'article 834 del Código Civil, consisteix en l'usdefruit del terç de l'herència”. (Registre antic de les sentències núm. 321/1976, caixa 127, dipòsit 2).

pot lliurar-se de la llei successòria que sigui aplicable, mentre no s'admeti la *professio juris*. Amb això subratllem el caràcter imperatiu del punt de connexió de la llei successòria.²⁰ Es podria al·legar que, segons nombrosos textos disseminats en la *Compilació* de Justinià, és la llei de la successió; és a dir, que el testador estatueix sobiranament a la posteritat la norma reguladora dels seus béns relictos, però la llibertat del disposant es troba limitada mentre no sigui realitat dita *professio juris*.

1.8. L'aplicació de la llei nacional del causant a tota la successió pot resultar ineficaç respecte dels béns situats fora del d'Andorra, atès que el batlle només pot garantir el compliment de les seves decisions respecte dels béns que es trobin en territori andorrà. L'existència dels sistemes de fragmentació tindran incidència sobre el funcionament del sistema unitari i universal d'Andorra, ja que aquells s'oposaran a l'aplicació de la norma andorrana als béns immobles situats sobre el seu territori, o als béns mobles si el difunt hi tenia el domicili.

C. Correctius a l'aplicació del punt de connexió “nacionalitat”

1.9. La utilització de la connexió *nacionalitat* provoca fàcilment el recurs del reenviament i poden entrar en acció el joc de l'ordre públic i del frau a la llei. Es tracta d'examinar els problemes d'aplicació de la llei declarada aplicable pel punt de connexió.

A. EL REENVIAMENT

1.10. La teoria del reenviament va néixer i es va desenvolupar a partir de les decisions de la Cour de Cassation francesa relatives a les suc-

²⁰ Citem com a exemple una decisió de la Cour d'Aix-en-Provence, 1er ch., del 9 de març de 1982, sobre el caràcter imperatiu de la llei aplicable a la successió: “qu'en retenant la manipulation d'une règle de conflit comportant deux éléments de rattachement, manipulation consistant, par une série d'opérations harmonisées, à modifier l'élément de rattachement constitué à l'origine par la nature immobilière du bien situé en France, devenu ensuite bien meuble, afin d'écarter l'application de la loi successorale française prévoyant une réserve, une cour d'appel a ainsi caractérisé l'existence de la fraude qui tient en échec le principe de l'autonomie de la volonté” (Cfr. text i comentaris a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, p. 282).

cessions de béns mobles en l'assumpte *Forgo*.²¹ Després, la jurisprudència francesa va aplicar el reenviament en matèria de successió de béns mobles, especialment en els assumptes *Soulié*, *Ben Attar* i *De Marchi*.²² Així es va declarar que si la llei anglesa sotmetia els béns mobles dels nacionals britànics a la llei del domicili que tenien en el moment de la mort, la successió dels béns mobles d'un anglès mort a França havia d'estar regida per la llei francesa; que la transmissió hereditària d'un israelià originari de Gibraltar, però establert a Tunísia, nacional anglès, havia de ser regulada segons la llei de Tunísia per l'efecte del reenviament que feia la llei anglesa a la llei de situació per als béns immobles i a la llei local per als béns mobles i, en conseqüència, aquestes successions havien de ser transmeses segons la llei mosaica que regia per als israelians de Tunísia, la qual exclouia les filles de la transmissió successòria; que quan la llei nacional d'un estranger mort a França estableix que la successió del difunt es regula per la llei del domicili en el moment de la seva mort, el reenviament a la llei del domicili (França) ha de ser acceptat pels tribunals francesos.

Enfront de països que es mostren hostils a l'admissió del reenviament, hi ha estats que admeten el reenviament de primer grau, com Bèlgica i Espanya; d'altres el de primer i segon grau, com França, i el dret anglès ha adoptat, algunes vegades, una nova variant, denominada *doblet reenviament* o *Foreign Court Theory*. Segons aquesta darrera teoria, quan la norma de conflicte anglesa fa una remissió a un dret estranger, el jutge anglès ha d'actuar com ho faria el jutge estranger si se li hagués plantejat el mateix cas. Així, en el supòsit que un jutge anglès hagués de resoldre la successió d'un anglès o d'un gal·lès domiciliats al Principat, que moriren amb passaport de *british citizens*, amb béns

²¹ Cfr. VIÑAS, R. *Dret internacional privat del Principat d'Andorra*, vol. I. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 65-70.

²² Cfr. Assumpte *Soulié*. Cass. req., 9 de març de 1910; Text a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1910, p. 870; assumpte *Ben Attar*. Cass. req., 7 de novembre de 1933; text a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1934, p. 440; assumpte *De Marchi*. Cass. req., 7 de març de 1938; text a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1938, p. 143.

immobles a Andorra, aplicaria la norma de conflicte anglesa que declara aplicable la *lex rei sitae*, és a dir, la llei andorrana, i examinaria què faria el batlle andorrà si se li hagués plantejat el mateix cas. El sistema andorrà declararia aplicable el dret anglès, però com que el batlle andorrà acceptaria el reenviament de la llei anglesa a la llei andorrana, llavors el jutge anglès aplicarà la normativa del Principat, imitant el seu col·lega andorrà.

1.1.1. Pel que fa al Principat d'Andorra, hem de dir que el dret de successions ha estat el banc de prova i el terreny adequat per a la figura del reenviament. Una decisió sobre successió abintestat va confirmar l'admissió del reenviament.

Davant del batlle episcopal (any 1974) es va plantejar el cas de la successió abintestat d'un ciutadà francès domiciliat a Andorra, on tenia nombrosos béns mobles i immobles. El batlle en el primer moment va decidir que seria aplicable la llei personal, és a dir, la francesa, ja que la norma de conflicte andorrana feia una remissió a la llei nacional del difunt en el moment de morir. En l'aute de 15 de febrer de 1974 aflora la idea que el jutge andorrà havia de resoldre la qüestió del reenviament decidint de la mateixa manera com haurien actuat els tribunals francesos, idea que recorda la *Foreign Court Theory* o *teoria del doble reenviament*, però després queda ben clar que es vol aplicar el reenviament de primer grau. Llegim en l'aute que com que les mateixes normes de dret internacional privat francès, segons consta en la jurisprudència, "accepten el sistema del fraccionament de la successió, i sotmeten els béns immobles a la llei del lloc de la seva situació i els mobles a la llei de l'últim domicili del difunt, tenim que, aplicant el principi o norma de reenviament o remissió, de primer grau, admès per la pròpia jurisprudència francesa així com en d'altres països com Alemanya, Espanya, Japó i Polònia per la llei o la doctrina, la successió abintestat del Sr. P. deurà regir-se, tant en quant als seus béns immobles radicats en les Valls d'Andorra com en quant a tots els seus béns mobles, per la llei

andorrana com a lloc de la situació d'aquells i com a lloc de l'últim domicili, ininterromput des de l'any 1930, del difunt".²³

1.12. ¿El reenviament de primer grau en matèria successòria és obligatori per a Andorra? Ens referim, especialment, a la legitimitat d'un reenviament parcial, que té lloc quan el sistema de dret internacional privat estranger no segueix el criteri de la unitat, sinó el de la fragmentació. Si les connexions del dret estranger i del sistema andorrà designen aplicable la llei andorrana, no hi ha problemes per a l'admissió del reenviament;²⁴ tampoc en el supòsit d'una herència composta únicament de béns mobles o de béns immobles i el domicili o el lloc de situació es troba al Principat. Però el problema es planteja en l'admissió d'un reenviament parcial, quan el cabal relicte està compost de béns mobles i immobles i només el domicili o el lloc de situació dels immobles es troba a Andorra.

Examinem el següent supòsit: un francès, domiciliat al Principat, amb béns immobles a Andorra i a França, mor abintestat a Andorra la Vella. La norma andorrana fa una remissió a la legislació francesa de successions, com a llei nacional del causant, però la norma de conflicte francesa designa aplicable la llei andorrana per als béns immobles situats a Andorra, per raó del lloc de situació. En principi, el batlle andorrà admetrà el reenviament que la norma de conflicte francesa farà a la llei andorrana. Llavors, per als béns immobles situats a França s'aplicarà la legislació francesa i per als béns situats a Andorra, la legislació andorrana. Més, amb aquesta solució no es compleix el principi de la unitat i la universalitat de la successió, valor que conté la norma de conflicte andorrana. ¿Podrà el batlle andorrà no aplicar el reenviament en aquest cas, per la manca de l'objectiu del valor que substancia la regla

²³ Cfr. VIÑAS, R. "Las sucesiones ab intestado en Derecho andorrano". *Loc. cit.*, p. 379-387.

²⁴ La sentència de l'Audiència Provincial de Màlaga de 18 de desembre de 1996, cas François Marie James, va admetre el reenviament de primer grau, ja que els únics béns hereditaris del difunt eren béns immobles que estaven situats a Espanya.

de conflicte andorrana? Avui dia hi ha un tractament matisat del reenviament en dret comparat, per la qual cosa no convé adoptar una actitud indiscriminada d'acceptació o de rebuig, sinó procedir en la seva aplicació amb un criteri flexible i condicionat, amb la finalitat d'obtenir solucions racionals i justes.²⁵

1.13. Una de les últimes aplicacions del reenviament de primer grau al Principat és el de la successió abintestat de Mr. R. MacDonald Howe, nascut el 5 de febrer de 1952 a Michigan (EUA), nacional dels Estats Units d'Amèrica, amb *domicile* a l'estat de Michigan i que va establir el seu domicili i residència a la parròquia d'Ordino des del 1994. Va morir el 3 de maig de 1997 al seu xalet de la parròquia d'Ordino, solter i sense atorgar testament.

L'establiment del domicili i residència al Principat, amb la voluntat de romandre definitivament en territori andorrà, i el fet de ser propietari de béns mobles i immobles a Andorra, demostren que hi havia suficients vincles subjectius i objectius amb el territori i ordenament andorrans perquè les autoritats del país i els batlles poguessin actuar i entendre del cas. Seguint això, en l'aute del jutge d'apel·lacions de 15 de desembre de 1965, el batlle es va declarar competent en el tema de la successió abintestat del causant.

Quant al dret aplicable, com que la norma de conflicte jurisprudencial feia una remissió a la llei nacional del difunt en el moment de morir, es va produir una remissió a un estat (els Estats Units d'Amèrica) amb diversitat legislativa; però en ser originari de l'estat de Michigan, la remissió era a la legislació de Michigan. La norma de conflicte de Michi-

²⁵ Cfr. CALVO CARAVACA; CARRASCOSA GONZÁLEZ *Derecho internacional privado*, vol. II. Granada: Comares, 2007, 8a ed., p. 297. FERNÁNDEZ ROZAS; SÁNCHEZ LORENZO *Derecho internacional privado*. Thomson-Civitas, 2007, 4a ed., p. 429 i s. CASTELLANOS, E. *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*. Granada: Comares, 2001. IRIARTE, J. L. "Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones". *RGD*, 1989, p. 3.561-3.582. ORTIZ DE LA TORRE, T. "El reenvío ante el Tribunal Supremo: historia y reapertura de la vieja polémica en el Derecho internacional privado español". *Actualidad Civil*, 1999, p. 1.261 i s.

gan no acceptava la competència legislativa en aquest cas, per això es va produir una segona remissió (reenviament) a l'ordenament andorrà, és a dir a la normativa sobre successions abintestat, especialment a la Llei de reforma parcial del dret de successions, de 31 de juliol de 1989. I aplicant l'article 5 ("A manca d'hereus intestats, els béns relictes són adquirits per la Hisenda Pública, i pel Patrimoni Nacional") el Govern andorrà entrà en possessió dels béns de Mr. Howe.

I.14. En les successions internacionals el reenviament pot prestar serveis en la mesura en què permet una coordinació de les normes de conflictes de lleis. Certament, el reenviament no és pas una conseqüència necessària de la norma de conflicte, però sí que és un mitjà capaç de perfeccionar la norma de conflicte, amb l'objecte d'harmonitzar les relacions privades internacionals. ¿Seria oportú, amb vista al futur, eliminar el reenviament i entendre que la remissió de la norma de conflicte andorrana es fa directament al dret material estranger, aplicant, per tant, la llei nacional del causant en el moment de morir? Opinem que aquesta seria una bona solució, conseqüent amb el principi de la unitat i la universalitat, si bé no es podran eliminar tots els possibles problemes en la determinació del dret aplicable. Ens referim, en concret, al cas de les successions de súbdits britànics (anglesos, escocesos i nord-irlandesos) quan el seu *domicile*, segons el criteri i la qualificació britànica, que no és simplement la residència habitual, està en territori andorrà.²⁶

B. ORDRE PÚBLIC

I.15. L'ordre públic internacional opera enfront del resultat de l'aplicació de la llei estrangera; és a dir, s'ha de rebutjar l'aplicació de lleis estrangeres que en un cas concret produeixen resultats intolerables, lesius als principis fonamentals de l'ordenament andorrà.

²⁶ Els batlles andorrans poden trobar serioses dificultats a l'hora de determinar el dret aplicable en el cas de successions de *british citizens*, ja que el Regne Unit comprèn diferents sistemes de legislacions territorials: Anglaterra, Gal·les, Escòcia, Jersey, l'illa de Mann i Irlanda del Nord.

l.16. En matèria successòria l'excepció d'ordre públic no és gaire freqüent. Davant l'absència de jurisprudència andorrana és difícil saber què farien els jutges andorrans si haguessin d'aplicar lleis estrangeres que discriminessin per raó de sexe o de religió. Això no obstant, opinem que els tribunals rebutjarien, en nom de l'ordre públic, un privilegi basat en el sexe o en la religió, per l'article 6 de la CA: "Totes les persones són iguals davant la llei. Ningú no pot ésser discriminat per raó de naixement, raça, sexe, origen, religió, opinió, o qualsevol altra condició personal o social." El principi de no-discriminació a Andorra queda enfortit pels convenis internacionals, com ara el Pacte internacional sobre drets civils i polítics, l'article 26 del qual diu: "Totes les persones són iguals davant la llei i tenen dret sense discriminació a una igual protecció de la llei..."

En cas de poligàmia, l'ordre públic andorrà no s'oposarà als drets successoris concurrents de dues o més esposes d'un estranger polígam des que la unió poligàmica ha estat contractada legalment a l'estranger.²⁷

l.17. Opinem que no seria contrari als valors essencials de l'ordenament andorrà acceptar les solucions legislatives dels sistemes anglosaxons que no reconeixen hereus legítims i admeten la llibertat absoluta de testar. Ens basem en l'article 27 de la CA: "Es reconeix el dret a la propietat privada i a l'herència, sense altres limitacions que les derivades de la funció social de la propietat." Així la Constitució reconeix el dret fonamental a l'herència, juntament amb la propietat privada, si bé limitades per la seva funció social. Aquest dret està dirigit més cap a la llibertat de transmetre i disposar dels béns propis que a la llibertat de rebre'ls. Entenem, doncs, que el sistema jurídic andorrà no

²⁷ Pot consultar-se la sentència de la Cort de París, 2 ch., de 8 de novembre de 1983: "L'ordre public français, qui tient pour nul et privé d'effet en France un mariage régi par la loi française et que serait entaché de bigamie, ne s'oppose pas à l'exercice en France des droits que confère une union polygamique régulièrement contractée à l'étranger conformément à la loi personnelle des époux; dès lors le conjoint survivant de l'union polygamique peut prétendre exercer concurremment avec les enfants issus de l'autre union les droits que la loi successorale française lui reconnaît en sa qualité de conjoint." (Text a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, p. 476.)

es pot oposar a l'aplicació d'una legislació estrangera de successions que permet al propietari d'uns béns la possibilitat de cedir-los amb plena llibertat a qui vulgui, és a dir, donar pas a una legislació que no reconeix legitimaris. Una altra cosa serà que les successions regides pel dret andorrà segueixin les pautes del dret de successions del Principat, que preveu les l·legítimes.²⁸ No serà contrari a l'ordre públic andorrà aplicar una llei estrangera que desconegui les l·legítimes, ja que la norma de conflicte andorrana designa aplicable, en alguns casos, un dret estranger que, degudament acreditat, s'erigeix en autèntic dret per als jutges andorrans.

D. Àmbit de la llei successòria

I.18. La llei successòria regula, en principi, el conjunt de qüestions relatives a les successions per causa de mort, amb independència que es tracti d'una successió testamentària, contractual o legal, però algunes vegades haurà de cedir el lloc a altres lleis que presentin una aptitud teòrica d'aplicació.

A. OBERTURA DE LA SUCCESSIÓ I DETERMINACIÓ DE LES QUALITATS REQUERIDES PER SUCCEIR

I.19. La causa d'obertura de la successió és la mort del causant, a la qual s'equipara la declaració de mort. Com diu la STSJA de 12 de gener de 1995 (cas Enric i Josepa O. F. contra Mercè F.T.) basant-se en el *Digest* 29, 2, 54: "Però una cosa és la delació i una altra l'obertura de la successió, que es produeix sempre i necessàriament des de la mort del causant de la successió". I avui podem afirmar que al Principat no s'admet cap altra causa per la qual es pugui obrir la successió: ens referim a la mort civil i a l'ingrés en un orde religiós.

I.20. L'absència i la desaparició d'una persona dona lloc en dret internacional privat a nombroses dificultats, ja que són freqüents els factors

²⁸ En aquest sentit, FERNÁNDEZROZAS; SÁNCHEZ LORENZO. *Loc. cit.*, p. 430.

d'estrangeria. Aquest tema és tractat adequadament en un altre capítol d'aquest volum; això no obstant cal recordar que la llei aplicable a la declaració d'absència és la llei personal de l'absent, ja que està en joc l'existència jurídica de la persona.

1.21. El dret a fixar la sepultura d'un difunt mort en territori andorrà es deixa a l'autonomia de la voluntat del difunt, si bé a manca de voluntat expressa els batlles designaran el o els membres de la família més propers i adequats per interpretar la voluntat presumpta del difunt.

1.22. La llei successòria determina les qualitats requerides per succeir. En podríem destacar dues: el possible successor ha de ser concebut en el moment de la mort del causant i no estar inclòs en una causa d'indignitat. La llei successòria decidirà si el concebut no nat és capaç de succeir per causa de mort, ja que es tracta d'una capacitat de poder gaudir d'un dret i la mateixa llei regularà la incidència de les anomenades incapacitats relatives, les prohibicions legals i les causes d'indignitat per succeir.

1.23. Pel que fa a les *incapacitats relatives*, és a dir la impossibilitat per succeir amb relació a determinades persones, només operen en la successió testada i troben la seva justificació en la protecció del causant / testador. En primer lloc, la del religiós que hagi assistit el testador en la seva darrera malaltia; en segon lloc, la del notari que autoritzi un testament o dels qui el supleixin (el rector); en tercer lloc, la dels testimonis i els facultatius, experts i intèrprets que hagin intervingut en el testament obert; en quart lloc, el tutor no pot succeir el testador abans que no s'hagi aprovat el compte final de la tutela; en cinquè lloc, segueix vigent la limitació quantitativa de l'adquisició recollida a la Lex Hac Edictali, segons la qual no es permet que al segon o posterior consort del causant se li doni per donació, dot o acte *mortis causa* del causant més que al fill menys afavorit de matrimoni anterior, i en sisè lloc, les causes d'exclusió recollides en els articles 4, 6, 7, 12 i 13 de la Llei de reforma del dret successori: el cònjuge vidu no serà cridat a la

successió intestada sempre que estigui separat culposament o de mutu acord, sigui judicialment o de fet (art. 4), en el mateix supòsit no tindrà dret a l'usdefruit del seu cònjuge (arts. 6 i 7) ni tindrà dret a la quarta marital ni a l'any de plor (art. 12 i 13).

I.24. Sobre les causes d'indignitat per succeir, és a dir que impedeixen adquirir el títol hereditari, i si ja s'hagués produït l'acceptació impedeixen retenir els béns, estan tipificades en el dret romà, especialment en el *Digest* 34 i 39,²⁹ però actualment són vigents les següents: produir la mort del causant, encara que sigui per negligència i qui atempta contra la vida del causant; no perseguir judicialment la persona sobre la qual existeixen sospites de causar la mort violenta del causant; no tenir cura de l'incapacitat quan ha estat requerit per escrit; acusar d'algun delictes el causant; haver usat violència o frau per impedir que el difunt fes testament, el revocqués o el modificqués; haver obligat, amb amenaces, violència o frau, el testador a fer testament, i haver maltractat d'obra o injuriat greument el consort difunt.

I.25. Les causes d'indignitat vigents en dret andorrà són d'ordre públic, però si una legislació estrangera és més liberal que l'andorrana, haurà de ser descartada en nom de l'ordre públic internacional? Opinem que s'hauria de reservar a les causes d'indignitat més extremes, com ara produir o atemptar contra la vida del causant.

B. LA VOCACIÓ I LA DELACIÓ HEREDITÀRIES

I.26. La llei successòria regula la determinació dels drets hereditaris –llegítims, reserves–, les persones cridades a la successió, l'ordre de

²⁹ El Tribunal Superior Civil del Copríncep Francès, en la sentència de 7 d'octubre de 1985 (cas J. C. Puigcernal i J. Rossell contra A. Areny i J. Mas) diu que la declaració d'hereu abintestat no es troba subordinada al resultat de la impugnació dels interessats, si bé es pot exercitar posteriorment una acció: "Attendu, en effet, que Angela Areny Aleix, étant décedée intestat, ses héritiers ab intestat, désignés selon les règles de succession applicables, sont de plein droit, saisis des biens, droits et actions de la défunte dès que le Batlle a reconnu leur qualité par Aute du 10 janvier 1982 qui est un certificat d'heritier, acte de juridiction gracieuse établi à la demande des intéressés; [...] attendu que si les appelants estiment pouvoir faire valoir contre les intimés les droits qu'ils prétendent avoir sur la succession en raison de l'indignité de ces derniers, il leur appartient, ce qu'ils n'ont pas encore fait, d'exercer contre eux une action devant la juridiction compétente[...]"

la successió, l'extensió de la crida de les persones per tal de succeir un determinat causant i la validesa intrínseca de les disposicions hereditàries; però l'ordre públic andorrà podrà descartar l'aplicació de lleis estrangeres que estableixin discriminacions fundades en el sexe, l'edat o la religió, en ser contràries a l'article 6 de la CA i a l'article 14 del Conveni europeu de drets de l'home.

I.27. La major part de les successions amb elements estrangers tenen repercussió sobre els drets del cònjuge supervivent. En principi, la vocació hereditària del cònjuge supervivent depèn de la llei successòria, però poden sorgir problemes per la interferència dels drets derivats de la successió i dels drets derivats del règim econòmic matrimonial, cosa que obligarà el batlle andorrà a cercar solucions justes i equitatives, tenint en compte les circumstàncies del cas. Algunes vegades el jutge tindrà dubtes sobre el caràcter de certes institucions situades a la frontera de les successions i del règim econòmic matrimonial, com ara les pensions de viduïtat, el dret de millora, el principi de la comunitat contínua del dret noruec, etcètera. Si la qualificació dels drets en litigi els situa fora de l'àmbit successori, serà aplicable la llei que regula el fons del litigi; és a dir, queden fora de la llei successòria els anomenats *avantatges parasuccessoris*, com el dret a subrogar-se en la posició de l'arrendatari d'un bé immoble, cobrar pòlisses d'assegurances de vida, cobrar una pensió de viduïtat o d'orfandat de la seguretat social, el dret a entrar en una societat civil o mercantil de caràcter personalista en substitució d'un parent difunt, etcètera.

Pel que fa a les obligacions alimentàries, segons la qualificació, s'haurà de reclamar als hereus o a la successió.

C. LA TRANSMISSIÓ DE LA SUCCESSIÓ

I.28. L'adquisició dels béns de la successió pels hereus s'efectua de manera diferent en els ordenaments jurídics estatals i, endemés, utilitzen diversos punts de connexió per designar la llei aplicable.

I.29. Un primer grup d'ordenaments exigeix l'acceptació de la successió per part dels hereus, com ara Espanya, Itàlia o Àustria, si bé en aquest últim cas hi ha d'haver una decisió judicial que doni possessió dels béns.

Un segon grup d'ordenaments (Alemanya, Bèlgica, França, Grècia, Luxemburg o els Països Baixos) confereix als hereus l'aptitud a entrar en possessió del patrimoni successori i poder exercitar els drets i les accions del difunt.

Un tercer grup d'ordenaments no preveu la transmissió directa dels béns del causant als hereus, sinó que hi ha la interposició de *personal representative* entre el difunt i els drethavents. Seria el cas d'Anglaterra, Dinamarca, Finlàndia, Irlanda, Suècia i dels països que segueixen el dret anglès o nord-americà. La successió està sotmesa a un control judicial. El jutge designa un administrador encarregat d'administrar la successió, actua com a propietari de la successió, regula el passiu i procedeix a distribuir l'actiu net als drethavents, i aquest acte de distribució és considerat com a translatiu de la propietat.³⁰

I.30. En l'ordenament jurídic andorrà l'hereu adquireix la possessió dels béns hereditaris una vegada hagi acceptat l'herència i hagi entrat en possessió dels mateixos béns per qualsevol dels mitjans d'adquisició de la possessió. Una vegada l'hereu hagi adquirit la possessió s'entén que continua la possessió del causant sense interrupció (*Digest* 4, 6, 30) i té efectes retroactius al moment de l'obertura de la successió. També s'admet el poder de succeir o rebutjar l'adquisició mitjançant l'acceptació o la repudiació de l'herència als hereus de qui mor sense haver acceptat ni repudiat una herència que li ha estat deferida.

I.31. Totes les qüestions vinculades a la transmissió de la successió, com la forma en què s'adquireixen els drets pels hereus (per exemple,

³⁰ Cfr. FERID, F. "Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé". *Recueil des Cours*, 1974-II. T. 142, p. 71 i s. NECKER, A. *La mission de l'exécuteur testamentaire dans les successions internationales*. Genève, 1972.

si l'adquisició es produeix automàticament o mitjançant l'acceptació) així com les modalitats de l'acceptació pura i simple o a benefici d'inventari, els requisits formals de l'acceptació i la repudiació de l'herència, es regulen per la llei successòria.

La capacitat per acceptar o repudiar l'herència depèn de la llei personal, la qual ens dirà si l'optant és menor d'edat, a qui correspon la representació legal o complementar dita capacitat.

2. Competència judicial internacional

2.1. Hi ha una gran diversitat de solucions en els sistemes nacionals sobre determinació dels tribunals competents per entendre en matèria successòria: lloc de l'últim domicili del difunt, lloc del domicili del demandat o del demandant, lloc de situació dels béns, nacionalitat del difunt o d'una de les parts en el litigi; endemés, en alguns sistemes que segueixen el criteri de l'últim domicili del *de cuius*, la competència pot abastar el conjunt de la successió o excloure els béns immobles situats a l'estranger, de manera general o només en el supòsit que resultés impossible executar una decisió a l'estranger. Aquesta diversitat de regles de competència internacional, junt amb la disparitat de les normes de conflictes de lleis i de la normativa de dret material, afavoreix el conegut *forum shopping*.

2.2. En el sistema francès es reconeix competència als tribunals francesos en la successió de béns mobles quan el domicili del difunt està situat a França, i la jurisprudència ha declarat que la jurisdicció francesa pot conèixer de l'administració judicial d'una successió de béns mobles, sigui quin sigui el lloc de situació dels béns; però els tribunals francesos es declaren incompetents quan el domicili del difunt és a l'estranger.³¹ La jurisprudència també ha dit que les demandes relati-

³¹ Cfr. Cass. I re civ, 17 novembre 1981 (text i comentari a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1981, p. 645); Aix-en-

Provence, I re ch. B, 30 setembre 1999 (text i comentari a *JDI Clunet*, 2001, p. 536); TGI París, 11 juliol 1990

ves a les successions de béns immobles són competència dels tribunals del lloc de la seva situació, sense tenir en compte el lloc de l'últim domicili del difunt. Si el bé immoble està situat a França, els tribunals francesos són els únics competents, àdhuc si la successió es va obrir a l'estranger; i el tribunal francès competent per raó del territori és el de l'últim domicili del difunt si aquest es trobava a França. En cas contrari, la competència especial pertany al tribunal del lloc de situació del bé immoble. Quan els immobles estan situats a l'estranger, els tribunals francesos es declaren incompetents, àdhuc si l'últim domicili del difunt es trobava en territori francès.³²

2.3. Els furs de competència judicial internacional dels tribunals espanyols estan continguts en els articles 22.2 i 22.3 de la LOPJ. Al costat dels furs generals del domicili del demandat i de la submissió expressa i tàcita, apareixen dos furs especials: últim domicili del causant en territori espanyol i existència de béns immobles a Espanya. Aquest últim fur atribueix competència als tribunals espanyols sobre la totalitat de la successió i afecta tant els béns existents en territori espanyol com a l'estranger. El principi de la universalitat de la successió del dret internacional privat espanyol reflecteix el principi material de la unitat de la successió del sistema espanyol: aquell mateix principi de la universalitat està present en l'àmbit de la llei aplicable, és a dir, en l'article 9.8 del Codi civil.

2.4. Segons l'article 65 del Codi de procediments civils de Portugal, la jurisdicció portuguesa té competència internacional no solament quan

(text i comentari a *JDI* Clunet, 1991, p. 722); Cass. I re civ. ch. civ., 12 desembre 2000 (text i comentari a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001, p. 130).

³² Llegim a la decisió de la Cass. I re civ., de 7 de gener de 1982: "les successions immobilières étant soumises à la loi de la situation des biens et les juridictions françaises étant incompétentes pour statuer sur le partage des immeubles sis à l'étranger, le juge français n'a pas à rechercher si la saisine du juge étranger est possible lors même que serait allégué un dénie de justice de la part des juridictions étrangères du lieu de situation des immeubles" (text i comentari a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, p. 87); cfr. també: Cass. I re civ., de 7 de març de 2000 (text i comentari a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000, p. 458; Cass. civ., de 24 novembre de 1953 (text i comentari a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, p. 698).

el demandat és resident en terra portuguesa, sinó també quan els tribunals són competents per resoldre un litigi, d'acord amb les normes nacionals atributives de competència basades en el territori. Ara bé, les regles que estableixen la competència territorial dels tribunals en l'àmbit de la successió *mortis causa* són també aplicables per determinar la jurisdicció internacional dels tribunals portuguesos en la mateixa matèria (article 77 del Codi de procediments civils). Així, els tribunals portuguesos tenen competència judicial internacional en tema de l'inventari o de la qualificació de la o les persones com a hereus quan el difunt hagi tingut l'últim domicili a Portugal. En el supòsit que el difunt tingués l'últim domicili a l'estranger, els tribunals seran competents per tractar sobre l'inventari i la qualificació si el difunt té béns en territori portuguès.³³

2.5. En el dret anglès i del País de Gal·les, la propietat del patrimoni del difunt serà transmesa, de manera temporal, al *personal representative*, que pot ser habilitat per un tribunal nacional si els béns, mobles o immobles, estan situats a Anglaterra o el País de Gal·les. Endemés, aquest *personal representative* ha d'estar present davant els tribunals perquè puguin decidir sobre la successió. Al Regne Unit i a Irlanda és aplicable la teoria del *forum non conveniens*, que permet als tribunals competents remetre el coneixement de la successió a un tribunal forà, en interès de les parts i per a una bona administració de la justícia. Els mateixos tribunals britànics poden lliurar un *antisuit injunction* al demandant davant un jurisdicció estrangera per prohibir-li continuar l'acció judicial.

2.6. A Andorra no hi ha encara un vertader sistema positiu de competència judicial internacional, ja que el legislador no ha creat un sistema de determinació legal de la competència judicial internacional, fora

Cfr. FERREIRA PINTO, F.A.: "Portugal", a European Succession Laws (HAYTON, D. edit.), Jordans, 2002, pp. 409-429.

d'alguna matèria, com en el cas de la Llei qualificada del matrimoni. Per això s'ha de recòrrer al que ha previst la jurisprudència andorrana, sense oblidar la influència que els principis i valors constitucionals tenen sobre el sistema de competència judicial internacional i que haurà de guiar la futura labor del legislador andorrà.

2.7. La jurisprudència andorrana ha establert, d'una manera general, la solució als problemes de competència judicial internacional en estendre a l'ordre internacional les regles que determinen la competència territorial, i les regles de competència judicial internacional seran un reflex de les regles internes de dret comú.

Llegim en l'aute del TSJA, de 8 de febrer de 2001, cas *Bacasa contra Josep Camprubí*:

“La competència de jurisdicció es determina, en dret comú, pel domicili del defenent, o en matèria contractual pel lloc on es va formar el contracte o en matèria extracontractual, pel lloc on es va produir el sinistre. No obstant això, les parts sempre poden convenir que en cas de dificultats entre elles, el litigi serà atribuït a una jurisdicció prèviament designada, sense preocupar-se de les normes vigents en matèria de competència judicial ordinari [...]”

Aquesta decisió la completem amb la sentència del TSJA de 18 de novembre de 2004:

“La resolució d'aquest recurs exigeix, en primer terme, posar de manifest que no existeix ni submissió expressa als tribunals andorrans, ni tampoc ens trobem front a una hipòtesi de submissió tàcita [...]”³⁴

³⁴ El TSJA, en la sentència de 17 de juliol del 2008, cas *Germans Panés Vergés contra Panés-Marcet*, després d'afirmar que el fur general d'atribució de competència es troba en el Codi de Justinià (3, 12, 3), que acull com a tal el domicili del demandat, el qual actua sempre que “no existeixi submissió expressa o tàcita als tribunals andorrans”, i afegeix que en el cas del litigi hi havia submissió tàcita, ja que “interposada l'acció successòria per la part agent, la part defenent la va contestar, es va seguir els tràmits del procés, de manera que es va propo-

2.8. La Constitució de 1993 suposa un canvi radical en la situació del buit legal sobre competència judicial internacional, ja que conté una sèrie de principis que fixen el rumb que s'ha de prendre en aquesta matèria i que poden flexibilitzar les aportacions de la jurisprudència i ser una base per ampliar alguns criteris. Ens referim, especialment, al *dret a la jurisdicció*, que implica l'atribució als òrgans jurisdiccionals d'un volum raonable de competència, a fi que no es provoqui una *denegació de justícia*. El volum de competència judicial internacional dels batlles i magistrats andorrans ha de ser adequat i suficient per no convertir en inefectiu el dret a la jurisdicció. Això no impedeix que en certes circumstàncies la no-existència d'un fur de competència (no previst per la jurisprudència) pugui compensar-se pel *fur de necessitat*; és a dir, permetre a les parts poder acudir als batlles i tribunals andorrans en casos en què no hi ha fur de competència previst, però no existeix la possibilitat de pledejar davant de tribunals forans o aquesta possibilitat resulta gravosa, en sentit ampli.

2.9. En matèria successòria podem pensar en alguns furs de competència no exclusius: domicili del demandat, domicili del difunt, el lloc de situació dels béns, etcètera. Ens referim a aspectes o circumstàncies que presenten uns vincles suficients amb el territori o l'ordenament jurídic andorrà.

3. Testaments i pactes successoris

3.1. La forma normal i clàssica d'expressar la darrera voluntat al Principat és el testament, regulat fonamentalment per les disposicions del dret romà, mitigades en l'aspecte formal per normes canòniques i del dret tradicional català. Les característiques del testament en el dret

sar prova i es realitzaren les conclusions d'allò actuat, sense que s'hagués articulat per la part defenent l'excepció de manca de jurisdicció. D'acord amb aquestes premisses s'ha d'entendre que ens trobem davant una clara hipòtesi de submissió tàcita als tribunals andorrans, que no contravé l'ordre públic de l'ordenament andorrà, per la qual cosa, s'escau revocar la resolució d'instància i donant lloc al recurs retornar les actuacions a la instància per tal que dictin la resolució que sobre el fons s'escaigui".

successori andorrà són: la unilateralitat, la revocabilitat, la necessitat d'observança dels requisits legals de forma, i contenir la institució d'un o més hereus. Aquesta declaració de voluntat solemne i unilateral feta pel testador davant de testimonis sobre el destí del seu patrimoni desplegarà tots els efectes una vegada ocorreguda la mort. L'estudi dels testaments ens situa dins del tema més general de les liberalitats o disposicions a títol gratuït, que poden resultar d'un contracte, com les donacions i les institucions contractuals, o d'un acte unilateral, com el testament. En el cas d'Andorra, convindrà tenir present altres figures, com els *trusts* angloamericans, que, per actes entre vius (cas dels *trusts* contractuals) o per actes unilaterals (cas dels *trusts* testamentaris), ordenen el destí de la successió del disponent. Encara que aquestes últimes figures jurídiques siguin desconegudes per l'ordenament andorrà, el batlle n'haurà de determinar la llei aplicable per a la validesa i els efectes.

3.2. Alguns sistemes jurídics són contraris a l'admissió de modalitats de disposicions *mortis causa* diferents de les fetes per testament; d'altres sistemes deixen un marge més ampli d'expressió de les darreres voluntats i permeten fer pactes successoris. El dret de successions d'alguns estats prohibeix els testaments mancomunats establerts per dues persones en el mateix acte, al·legant que constitueix un atemptat contra l'exercici de la facultat de revocació de les disposicions testamentàries que pertanyen a cada un dels testadors, ja que les liberalitats fetes per un d'ells són la causa de les consentides per l'altre. L'article 968 del Codi civil francès seria el prototip dels sistemes jurídics restrictius en prohibir tant els testaments conjunts (*testaments conjoints*; és a dir les darreres voluntats expressades per dues o més persones en un mateix document, els efectes del qual no són els d'un sol testament, sinó els de diferents testaments fets per diversos signataris) com els testaments mutuels (*testaments mutuels*: les darreres voluntats expressades per dues o més persones en un sol o en dife-

rents documents, que preveuen liberalitats recíproques o liberalitats en benefici de l'altra part en contraprestació a les liberalitats atorgades a un tercer i que són objecte de restriccions quant a la revocabilitat. En el mateix Codi civil francès trobem l'exclusió expressa dels pactes successoris, fonamentada en l'aversion dels redactors del codi a les pràctiques feudals prerrevolucionàries, segons les quals les famílies aristocràtiques concentraven el patrimoni familiar en mans del primogènit, si bé hi ha excepcions, com la possibilitat d'incloure disposicions per causa de mort en els contractes de matrimoni o en els pactes entre esposos fets durant el matrimoni.

3.3. Els articles 2.265 i següents del Codi civil de la República Federal Alemanya (BGB) autoritzen expressament les disposicions testamentàries fetes per dues persones en un sol document, amb la condició que siguin esposos (*gemeinschaftliches Testament*), si bé s'exigeix una forma especial per revocar-los: acte notarial amb notificació a l'altra part. Endemés, es preveu un pacte successori fet davant de notari en presència de les dues parts, anomenat *Erbvertrag*, que és irrevocable. Les legislacions d'Àustria, Finlàndia, Suïssa i Suècia segueixen aquest model.

Els sistemes angloamericans reconeixen que els testaments mutuels impliquen una contradicció de principi: mentre que els testaments són revocables, els testaments mutuels es fonamenten en el compromís de no abrogar les disposicions sense el consentiment de l'altra part. Per superar aquesta contradicció, s'admet que el testament pot ser revocat; ara bé, la revocació pot donar lloc a danys i perjudicis per trencament del contracte.

3.4. Nombroses legislacions prohibeixen els pactes successoris, seguint el principi romà contrari a la validesa (*Digest 5, 3, 1*), que admetia com a fonaments únics de la vocació hereditària el testament i la llei. L'admissió de la vocació paccionada en dret andorrà es va intro-

duir per via consuetudinària i va arrelar a l'empara del principi del *favor matrimonii*, que va determinar que es reconegués vàlidesa a la institució paccionada d'hereu feta en capítols matrimonials, que ha rebut tradicionalment la denominació d'*heretament*. Podem destacar les característiques de l'heretament: a) és un acte jurídic bilateral o plurilateral, és a dir requereix com a mínim dues declaracions de voluntat negocial, si bé poden aparèixer altres persones quan s'insereix en un acte jurídic plurilateral com són els capítols matrimonials; b) és un acte irrevocable, si bé té un abast diferent cadascuna de les seves modalitats: heretament a favor dels contraents, heretament a favor dels fills dels contraents, heretament mutual.

En aquest moment ens podríem plantejar la qüestió sobre si al Principat existeix un antiquíssim ús i pràctica notariais consistent a admetre donacions de béns presents i heretaments fora de capítols matrimonials, i si aquesta pràctica ha donat lloc a un costum jurídic.³⁵

A. Capacitat per testar

3.5. La capacitat per testar, element de l'estatut personal, es regula en dret andorrà per la llei nacional del testador en el moment de fer testament. Aquesta és la solució de molts sistemes jurídics continentals, si bé en dret danès preval la llei del domicili i a Finlàndia, a fi d'afavorir la vàlidesa del testament, s'aplica alternativament la llei successòria, la llei nacional, la llei del domicili o la llei de la residència habitual. Al Regne Unit i a la República d'Irlanda, la capacitat per testar està sot-

³⁵ El tema va aparèixer arran d'una escriptura notarial de 27 d'octubre de 1959 davant del Notari de les Vallès d'Andorra Maties Aleix i Santuró, en la qual els consorts Pau i Ramona feren donació i heretament universal, pura, perfecta i irrevocable, anomenada *entre vius*, ara i per després d'ocorreguda llur mort, a favor del nebot Simó, de tots llurs béns i drets respectius, mobles i immobles, presents i venidors, que constitueixen tot el patrimoni dels donadors. Segons el criteri de l'Honorable Batlle Episcopal, l'heretament o institució contractual d'hereu era nul·la en haver-se atorgat fora de capítols matrimonials; en canvi, per al Magnífic Senyor Jutge Delegat d'Apel·lacions es tractava d'un negoci vàlid en ser una donació universal, impròpia, extracapítular, que comprén els béns presents i futurs i que no comporta institució d'hereu, que atorgaren els donants en ús de la facultat que els competia de modificar llurs capítols matrimonials de 29 d'octubre de 1916. La sentència del Tribunal Superior de la Mitra de 9 de maig de 1975 va declarar la nul·litat de l'heretament atorgat fora de capítols matrimonials i va afegir: "contra aquest principi fonamental del dret successori vigent al Principat d'Andorra no s'ha provat [...] l'existència al Principat d'un costum que sancioni la vàlidesa de la institució contractual d'hereu fora dels capítols

mesa a la llei successòria: llei de situació dels béns si es tracta d'immobles i llei de l'últim domicili si es tracta de béns mobles, però la capacitat del testador no hauria d'estar afectada per un canvi de domicili posterior a la redacció del testament.

3.6. El sistema jurídic andorrà preveu com a causa d'incapacitat per testar els impúbbers, les persones que no gaudeixen de l'aptitud necessària per regir els seus interessos personals o patrimonials, i els declarat pròdigs per resolució judicial. La limitació del menor de poder disposar per testament forma part de la incapacitat general del menor, a la qual serà aplicable la llei personal, no la llei successòria.

B. Capacitat passiva

3.7. La capacitat per ser instituït hereu es determina per la llei nacional de la persona, sigui física, sigui jurídica. Ara bé, en matèria successòria el que realment importa no és la capacitat, sinó la idoneïtat com a hereu, que és una exigència de la validesa del testament, regulada per la llei successòria.³⁶

C. La forma dels testaments

3.8. El dret comparat mostra formes diverses de testaments. En els estats de dret romanogermànic trobem el testament hològraf o el testament notarial; a Finlàndia, Irlanda, el Regne Unit i Suècia, el testament s'ha de signar davant, almenys, de dos testimonis, si bé no cal que en coneguin el contingut; la funció dels testimonis és donar fe que el testador ha signat el document.

matrimonials, sinó que de la prova documental practicada sols en resulta que esporàdicament els notaris andorrans han autoritzat algunes escriptures de donació i heretament universal ordenades fora de capítols, la nul·litat de les quals, per defecte de forma, no ha estat interessada [...]". Nosaltres podríem afegir que des de l'any 1818 fins al 1998 hi ha més de 115 actes notariais d'heretaments universals, i en bona part apareixen clarament estipulades donacions de béns presents i heretaments sense capítols matrimonials.

³⁶ Diuen FERNÁNDEZ ROZAS; SÁNCHEZ LORENZO que si la llei successòria estableix la idoneïtat d'un menor per a ser hereu, no és obstacle el fet que no tingui capacitat d'obrar, ja que s'adoptaran les mesures oportunes per a la seva representació. El mateix succeeix si la llei successòria permet instituir hereu a un fidel gos, llavors seria en va discutir el problema de la capacitat del gos com a legatari o hereu (Cfr. *Derecho internacional privado*. Cit., p. 423).

Les formes testamentàries admeses al Principat són el testament notarial, el testament atorgat davant del rector i el testament *parentum inter liberos*, que és una forma testamentària hològrafa. També hi ha altres formes de disposició per causa de mort: el codicil i les memòries testamentàries.

D. Llei aplicable a la forma dels testaments.

3.9. Una de les més antigues normes de conflicte de lleis es refereix a la llei aplicable a la forma dels actes jurídics i s'expressa per mitjà de l'adagi *locus regit actum*. Aquesta norma ha comportat dificultats en l'aplicació, especialment pel que fa a l'abast.

Els orígens de l'adagi són una mica foscos. Els autors medievals havien invocat diversos textos romans, però el cert és que aquests textos no es refereixen als conflictes de lleis en matèria de forma dels actes. Els autors italians i francesos afirmaren la competència de la llei local a propòsit de la forma del testament. Així, Cinus de Pistoia deia que el testament fet a Florència davant set testimonis, de conformitat amb la llei local, havia de ser vàlid pertot arreu, especialment respecte dels béns situats a Bolonya, on l'estatut exigia la presència de deu testimonis. Bartolo, un dels grans mestres de l'escola de Bolonya, aplicà la regla a la *solemnitas contractus* i va distingir entre estatuts personals, reals i de les formes.

Al segle XVI, Dumoulin va limitar la regla *locus regit actum* a la forma dels actes, ja que el fons havia de ser regulat per la voluntat de les parts.³⁷

3.10. La jurisprudència francesa va afirmar la competència de la llei local des del segle XVI, especialment pel que fa a la forma dels testaments.

³⁷ Cfr. LAINE, A. *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*. Paris: Pichon, T.I, 1889, p. 123 i s.; NIEDERER, W. "Ceterum quaero de legum imperii romani conflictu". *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, p. 139 i s.; MEIJERS, E. "L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen âge, spécialement dans l'Europe occidentale". *Recueil des Cours*. 1934, t. 49, p. 558 i s.

Cal destacar la sentència *Pommereuil*, pronunciada per la Grande Chambre del Parlament de París el 15 de gener de 1721 i en què s'afirma obertament la màxima *locus regit actum*, jurisprudència invocada posteriorment per consagrar la màxima com un principi comunament admès. La regla *locus regit actum* era per als redactors del Codi civil un costum de dret positiu, i els articles 47 (relatiu a l'estat civil), 170 (referent al matrimoni de francesos a l'estranger) i 999 (sobre el testament fet en país estranger per francesos) foren considerats com a aplicació de dita regla. Posteriorment va quedar establert el caràcter facultatiu de l'adagi, cosa que facultava les parts a observar altres exigències de forma diferents de la llei de creació de l'acte, especialment la que regulava el fons.

3.1.1. Des de l'entrada en vigor del Conveni de l'Haia de 5 d'octubre de 1961 sobre llei aplicable a la forma de les disposicions testamentàries, el problema de la forma dels testaments està regulat, en els estats part, per normes particulars independents del dret comú dels conflictes de lleis en matèria de forma. Sobresurt en el conveni el *favor testamenti*, de tal manera que una disposició testamentària és vàlida si respon a la llei interna del lloc on el testador disposa, o la llei de l'Estat de la nacionalitat del testador, o la llei del lloc on tenia el seu domicili o la residència habitual, sigui en el moment de fer la disposició, sigui en el moment de la seva mort, i per als immobles, la llei del lloc de la seva situació. La majoria dels estats europeus són part en el Conveni que, en ser *erga omnes*, ha reemplaçat les regles de conflicte de dret comú.³⁸

³⁸ L'han ratificat o s'hi han adherit: Alemanya, Antigua i Barbuda, Austràlia, Àustria, Bèlgica, Bòsnia i Herzegovina, Botswana, Brunei Darussalam, Croàcia, Dinamarca, Erydm, Eslovènia, Espanya, Estònia, Fidji, Finlàndia, França, Grècia, Grenada, Japó, Illa Maurici, Irlanda, Israel, Lesotho, Luxemburg, Maurici, Noruega, Països Baixos, Polònia, Regne Unit, Sèrbia, Suècia, Suïssa, Sud-àfrica, Swaziland, Tonga, Turquia. Encara que Itàlia i Portugal només l'hagin signat, el dret italià conté normes similars i el dret portuguès, disposicions molt semblants (Cfr. BATIFFOL, H. "Rapport explicatif de la Convention de La Haye sur la loi applicable à la forme des dispositions testamentaires". *Actes et documents de la neuvième session de la Conférence de La Haye*, 1960, t. II, p. 159 i s.; DROZ, G. "Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de formes des testaments". *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1968, p. 1 i s.).

3.12. El dret andorrà dona especial rellevància al principi *favor testamenti*, cosa que explica que determinades característiques del testament s'apliquin a la pràctica amb una certa flexibilitat i que en matèria de requisits de forma es distingeixin entre formes essencials i simples formalitats. El que es pretén és que el causant de la successió en atorgar testament pugui adequar la seva voluntat a les circumstàncies dins les quals ha desenvolupat la seva vida i les seves activitats.³⁹ Aquestes consideracions de dret material andorrà ens porten a afirmar que la competència de la *lex loci actus* no és imperativa, sinó que presenta un caràcter facultatiu, cosa que autoritza les parts a poder observar les exigències de forma d'una llei diferent a la del lloc de formació de l'acte, especialment la que regula el fons, és a dir la llei successòria. El caràcter facultatiu ha estat adoptat per la quasi totalitat de les legislacions estrangeres dels últims anys i pels convenis internacionals referents a la llei aplicable a la forma, com ara el Conveni de l'Haia de 5 d'octubre de 1961 sobre llei aplicable en matèria de forma dels testaments, el Conveni de l'Haia de 14 de març de 1978 sobre llei aplicable als règims matrimonials i el Conveni de Roma de 19 de juny de 1980 sobre llei aplicable a les obligacions contractuals.

3.13. Hi ha, això no obstant, algunes excepcions al que hem dit. Ens referim a certes formes imperatives que entrarien dins de l'àmbit de les lleis de policia i d'ordre públic. Així, la redacció a Andorra d'actes notariais obeeix a regles imperatives, independentment de la presència d'elements estrangers. Una de les dificultats seria la utilització de la llengua catalana en les actes públiques. L'article 7 de la llei del notariat exigeix la redacció en llengua catalana, però el notari pot autoritzar l'instrument també en llengua estrangera coneguda pel notari, "tot fent

³⁹ Una clara aplicació de la regla *locus regit actum* la trobem en l'article 31 del Reglament general del notariat: "Quan algun dels compareixents sigui estranger i en la redacció d'una escriptura el notari hagi de qualificar documents atorgats a l'estranger, ha d'acreditar la capacitat legal de l'atorgant i l'observança de les formes i solemnitats establertes al país de què es tracti, mitjançant certificació lliurada per notari, autoritat administrativa, diplomàtica o consular competent del dit país" (BOPA, 25-02-1998).

constar que ha traduït verbalment el document a aquesta llengua i que l'atorgant l'ha trobat conforme a la seva voluntat". Per al cas que el notari no conegui l'idioma estranger de l'atorgant o quan aquest li sol·liciti una traducció escrita a l'idioma estranger de "l'autorització de l'instrument públic, requereix l'assistència d'un traductor intèrpret jurat, que fa la traducció per escrit que s'incorporarà necessàriament a l'instrument".⁴⁰

En el supòsit que un dels notaris andorrans utilitzés formes previstes per la llei estrangera però no en dret andorrà, estaríem davant d'un instrument que no seria considerat com a autèntic, sinó que valdria com a escriptura privada, sempre que portés la firma de les parts.⁴¹

4. Els "trusts"

A. Descripció i semblances amb institucions del Civil Law

4.1. La presència de persones de països anglosaxons a Andorra, on han establert el seu domicili i residència permanents després d'haver viscut i treballat als països d'origen, i que possiblement han fet un testament, per exemple a Londres, pel qual deixen tots els seus béns a un banc de Londres, en tant que *trustee*, en benefici de la seva esposa durant la seva vida, en què estipulen que el *trust* continuï a la mort de l'esposa en benefici dels fills, pot plantejar problemes jurídics als jutges andorrans, especialment el problema de caràcter tècnic degut al fet que el dret andorrà no coneix la institució anomenada *trust*.⁴² Però si davant un batlle o tribunal andorrà apareix la figura del *trust*, la primera qüestió versarà

⁴⁰ BOPA, 27-12-1996.

⁴¹ Cfr. NAQUET, E. "La règle locus regit actum est-elle impérative ou facultative?" *JDI*. Clunet, 1904, p. 54.

⁴² El TSJA afrontà la naturalesa jurídica del *trust* en la sentència de 18 de desembre de 2001, cas *Honorable Comú d'Andorra la Vella contra F. Cerqueda i altres*. El ponent intenta descriure el *trust* com "el resultat d'una operació que comporta que el propietari d'uns béns, l'anomenat *settlor*, els transmet a una altra persona, és a dir al *trustee*, amb unes instruccions sobre la forma de gestionar els béns transmesos en benefici de tercers –anomenats els *cestui que trust*– que ha designat el transmissor; situació que comporta un desdoblament del dret de propietat a favor de dues persones que són investides d'una titularitat simultània sobre els mateixos béns".

sobre l'admissibilitat a Andorra i, en el supòsit de resposta positiva, es plantejaria el tema sobre la qualificació i si és possible convertir el *trust* en alguna o algunes institucions jurídiques del dret andorrà.

4.2. El *trust*, veritable eix del dret anglès, és una institució desconeguda en la gran majoria dels ordenaments jurídics que solem anomenar continentals o del Civil Law.⁴³ Per comprendre bé el concepte de *trust* seria necessari tenir present el dret relatiu a la propietat en el Common law⁴⁴ i si bé alguns aspectes del *trust* s'assemblen a algunes institucions del Civil Law, en cap no es realitza la síntesi de les característiques del *trust*. A Andorra podríem trobar-hi semblances amb la donació *sub modo* (Codi 8, 55, 1), el mandat (Digest 17, 1, 1), la *fiducia cum amico*, etcètera, però l'analogia amb el *trust* no serà mai perfecta.⁴⁵ Així, l'obligació del *trustee* de gestionar els béns en profit del beneficiari (*settlor*) no es pot comparar amb les obligacions del mandatari, ja que el *trust* comporta la transferència de la propietat al *trustee*. La situació del *trustee* no és assimilable a la nua propietat, ja que els béns del *trust* constitueixen un patrimoni distint dels del *trustee*.

⁴³ Amb l'expressió Civil Law ens referim als sistemes jurídics que no es basen en el Common Law o en l'*equity* anglesa, si bé alguns sistemes han introduït per via legislativa la institució del *trust*, com ara Liechtenstein, el Japó i alguns països de l'Amèrica llatina. L'admissió del *trust* en aquests països ha fet que adaptessin els sistemes jurídics a la nova institució per a certes finalitats o objectius, però no han acceptat pas la síntesi jurídica íntegra del dret en matèria de relacions fiduciàries, que estan implícites en el seu país d'origen. El *trust* també es coneix, amb lleugeres diferències, a Irlanda i a Escòcia (Cfr. Dyer, A.; VAN LOON, J. H. A. "Rapports sur les trusts et institutions analogues". *Actes et Documents de la quinzième session de la Conférence de La Haye*, t.II, p. 10 i s.; OPPETT, B. "Le trust dans le droit du commerce international". *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1973, p.1 i s.; SCHNITZER, A.-F. "Le trust et la fondation dans les conflits de lois". *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, p. 479 i s.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (dir.) *El Trust en el Derecho civil*. Barcelona; Ed. Bosch, 2007. GODECHOT, S. *L'articulation du trust et du droit des successions*. Paris: Panthéon-Assas, 2004.

⁴⁴ El dret anglès sobre propietat va néixer en els drets relatius a la terra. En la societat feudal anglesa totes les terres pertanyien al rei, únic propietari de les terres. Una persona només podia tenir i ocupar les terres que el rei li concedia *in fee* durant un període indeterminat, però això no significava pas el dret de propietat personal que els països de dret civil coneixen (Cfr. LAWSON, F. H. *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol.VI, cap. 2, p. 2 i ss.).

⁴⁵ Diu el professor Limpens en el prefaç d'un llibre dedicat als *trusts*: "Rome has made a synthesis of the law of contract; France a synthesis of the law of torts; England a synthesis of the law of fiduciary relationships. It must be believed that a fundamental synthesis requires such amount of cleverness and tenacity that one civilisation can hardly realise more than one at the same time" (WULF, C. DE *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*. Brussel·les, 1965, p. 10).

4.3. Com indica el mateix nom, *trust*, la institució va néixer de la confiança que la persona que el constitueix (*settlor*) té en el *trustee*, a qui transfereix la propietat d'un bé amb l'obligació d'entregar les rendes o el capital en certes condicions al beneficiari, anomenat *cestui que trust*, que pot ser el mateix constituent o altres persones. La institució també va néixer del frau, ja que fou pensada per eludir certes prohibicions o evitar les taxes fiscals importants en matèria de transmissió de feus.⁴⁶

4.4. En realitat, el *trust* és una relació o un conjunt de relacions, una de les quals, almenys, presenta un caràcter fiduciari. Es tracta d'un procediment flexible que es pot utilitzar per a diverses finalitats, des d'un simple llegat que assegura al cònjuge sobrevivent o als fills els mitjans per satisfer les seves necessitats, fins a crear importants imperis comercials o financers, com ara fundacions sense ànim de lucre, sistemes de pensions per a la vellesa, assegurar un préstec, posar en comú drets de vot en una societat mercantil, permetre crear grans fons d'inversió, etc.

4.5. Amb el que precedeix podem afirmar que el *trust* és un procediment destinat a escindir la gestió i el control d'un bé del gaudi i guanys que proporciona. El *trustee* es troba, en virtut dels principis de l'*equity*, en l'obligació de gestionar el bé objecte del *trust*, en interès i profit d'una altra persona, el beneficiari. El *trustee*, en dret estricte, té totes les prerrogatives d'un vertader propietari, però en *equity*, està obligat a portar a terme les càrregues que implica el *trust*. Ara bé, els béns objecte del *trust* són distints dels del patrimoni personal del *trustee* i, per tant, aliens a l'acció dels seus creditors personals. Els drets del beneficiari del *trust* estan protegits, en *equity*, contra les accions del *trustee*. Els béns que formen el *trust* també estan sostrets als creditors del beneficiari, ja que no han entrat en el seu patrimoni.

⁴⁶ Cfr. POLLOCK-MAITLAND *The History of English Law before the time of Edward I.* Cambridge, 1952. Reimpressió de la 2a edició.

Tal com hem dit, el *trust* provoca el desmembrament o desdoblament del dret de propietat, fenomen no regulat pel dret andorrà.

4.6. Hi ha dues formes de *trust*: el voluntari i el legal. El *trust voluntari* té l'origen en un acte jurídic sinalagmàtic o unilateral. En el primer cas (*trust inter vivos*) hi ha un contracte entre el *settlor* i el *trustee* que pot ser utilitzat per causa de mort amb la finalitat d'organitzar toa o part de la successió del *settlor*. En el segon cas (*trust per causa de mort*) hi ha un acte unilateral (testament) pel qual el testador designa un executor testamentari que rebrà els béns en benefici dels hereus o altres persones. Per tant, el constituent (*settlor*) pot nomenar-se a si mateix *trustee* o designar una tercera persona en les mateixes funcions. Si el constituent vol que el *trust* tingui efectes després de la seva mort, haurà d'incloure en el testament les disposicions prescrites per la llei.

El *trust* legal és imposat per la llei, o pel jutge en alguns casos, com la gestió dels béns d'un menor. Els béns són transmesos a un administrador nomenat pel jutge i aquesta disposició constitueix un títol legal que dona un veritable dret de propietat; els hereus només tenen la condició de beneficiaris.

B. Reconeixement i llei aplicable als “trusts”

4.7. Si bé el dret andorrà no coneix la institució del *trust*, no podem oblidar que el concepte és objecte d'alguns convenis internacionals i que constitueix una categoria jurídica reconeguda per fer realitat una sèrie d'objectius internacionals. Els tribunals andorrans han iniciat una tendència a estudiar la naturalesa de la institució amb la finalitat de determinar amb la màxima precisió possible quines relacions intenta establir el *settlor* en crear un *trust*. No seria agosarat afirmar que s'intenta apropar el *trust* a la institució més flexible del dret andorrà: el contracte, o bé posar l'accent sobre el fet de la relativa independència dels béns, veure en el *trust* un patrimoni afectat o una massa de béns afectats per unes finalitats concretes, destacar el desdoblament del dret de

propietat, que no deixa de ser una fragmentació possible del concepte de propietat, desconegut en dret andorrà, que convé utilitzar amb prudència, ja que aquesta ficció és molt imprecisa.⁴⁷

4.8. El dret internacional privat andorrà regula el conjunt de problemes de la transmissió hereditària, de la crida de les persones a la successió, l'adquisició de la possessió dels béns hereditaris, l'exercici dels drets i accions del difunt per la llei successòria. Considerem, en primer lloc, el supòsit en què sigui aplicable una llei estrangera. En la successió abintestat, autoritats i jutges andorrans tindran presents els drets i els poders dels administradors nomenats o reconeguts per un tribunal d'un sistema anglosaxó per, entre d'altres coses, prendre possessió dels béns, liquidar l'actiu, distribuir el passiu, tret del cas en què els causahavents s'oposin a la resolució del jutge estranger. Així, un document d'administració lliurat per un jutge de Londres a un hereu d'acord a la legislació anglesa aplicable a la successió, permetrà que l'administrador pugui disposar dels béns situats a Andorra i impedirà a altres hereus no administradors poder vendre'ls. D'aquesta manera, el *trustee* podrà tenir, vendre o distribuir els béns d'acord amb els poders que li han estat conferits per la llei successòria estrangera o per un *trust* constituït en el context d'aquesta llei.

⁴⁷ El ponent de la sentència del TSJA de 18 de desembre de 2001 intenta esbrinar la voluntat del constituent en el seu intent d'introduir una modalitat del *trust* al Principat: "Per tant, si segons la seva formació extreta del dret anglosaxó el Senyor Fiske Warren volia introduir en el Principat d'Andorra una institució semblant al *trust*, no és normal que volgués fer-ho mitjançant crear una persona jurídica independent, ja que això suposava apartar-se de forma significativa del *trust* que podia tenir en el pensament. Per això va considerar oportú acollir-se a una modalitat menys aparatosa, i per altra part més semblant a la figura del *trust* en certs aspectes externs, com era separar unes finques del seu patrimoni, constituir amb les finques un patrimoni diferent o separat que gestionarien els fiduciaris que nomenava mentre no existís el nombre d'arrendataris de l'enclau que preveu i que una vegada arribés a constituir l'associació o comunitat d'arrendataris, aquests i els fiduciaris aleshores existents havien de transmetre els béns que integraven el patrimoni de l'Enclau de Sant Jordi a una persona o persones o cos corporatiu que acordessin la majoria de fiduciaris i associat; i que a manca d'acord o si per qualsevol raó en aquell moment ja no hi hagués comunitat, els béns de l'Enclau de Sant Jordi s'havien de transmetre a la Parròquia d'Andorra la Vella". El ponent és respectuós amb la institució anglosaxona i adverteix que el dret andorrà no coneix la divisió flexible de la propietat entre, per una part, l'administració i, per altra, poder gaudir-ne. El propietari en dret andorrà no té la possibilitat de dividir arbitràriament el seu dret entre poders de naturalesa diversa i del mateix valor; només es pot transferir la totalitat dels poders que implica la propietat com un tot. I si vol separar alguns poders inclosos en el dret de propietat, haurà de fer-ho creant drets reals restringits (Cfr. BEEKHUIS, J. H. *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol.VI, cap. 1, p. 2 i s.).

4.9. Examinem ara el supòsit en què la llei declarada aplicable sigui la del Principat i les autoritats es trobin davant d'un *trust* testamentari. El testador haurà nomenat, normalment, un o diversos executots testamentaris (entre els quals hi pot haver un banc, un advocat o un despatx d'advocats) i els transfereix amplis poders de disposició, els faculta per pagar els deutes i distribuir llegats, i per abonar les rendes o guanys als beneficiaris. Si segons la legislació andorrana existissin legitimaris, tota clàusula testamentària que alterés els seus drets podria ser sancionada i els interessats reclamar el respecte dels seus drets. Basant-nos en la consideració jurídica del legitimari segons la Constitució de Felip II de l'any 1585, llibre IV, títol V, Constitució 2a del volum I de les *Constitucions i altres Drets de Catalunya*, podem afirmar que el legitimari té un crèdit contra l'hereu o la persona obligada al pagament de la legítima; per tant, el legitimari pot reclamar en espècie el que li correspongui, encara que el testador hagi facultat el *trustee* per vendre els béns successoris, amb el benentès, però, de col·locar els fons i repartir els guanys als beneficiaris, retrardant l'entrega del capital.⁴⁸ No obstant això, les autoritats andorranes hauran de vetllar pel respecte, en la mesura en què sigui possible, de la voluntat del testador, ja que moltes vegades té la facultat de poder disposar lliurement dels seus béns. S'ha de fer un esforç d'adaptació per respectar la voluntat del testador amb vista a gratificar certes persones.

C. El Conveni relatiu a la llei aplicable al “trust” i al seu reconeixement, fet a l’Haia l’1 de juliol de 1985.

4.10. El Conveni de l'Haia relatiu a la llei aplicable al *trust* i al seu reconeixement no té com a finalitat introduir la institució als països del Civil Law, sinó proporcionar als jutges i pràctics del dret els instruments que permetin comprendre millor el *trust* i poder reconèixer-lo.

⁴⁸ *Cfr.* la Sentència del TSJA de 6 d'abril de 1995, en què es diu que la legítima comporta l'atribució d'una quota que recau sobre el valor dels béns i drets que formen el patrimoni hereditari.

Així, el conveni estableix normes per determinar la llei aplicable al *trust* i fixa les condicions i límits del reconeixement d'un *trust* creat vàlidament a l'estranger.

4.11. Com que es tracta d'una institució desconeguda per bona part dels estats, el conveni, en primer lloc, intenta donar una descripció de la institució i delimitar-ne l'àmbit d'aplicació. L'article 2 del conveni indica les característiques que ha de presentar la institució, és a dir el *trust* del Common Law o tota altra institució anàloga d'un altre país. Hi llegim:

“Per a les finalitats d'aquest conveni, el terme *trust* preveu les relacions jurídiques creades –*inter vivos* o per causa de mort– per una persona, el *settlor* (el constituent), quan els béns han estat col·locats sota el control d'un *trustee* en l'interès d'un beneficiari o per a un objectiu determinat.

El *trust* presenta les característiques següents:

- a) els béns del *trust* constitueixen una massa distinta i no formen part del patrimoni del *trustee*;
- b) el títol relatiu als béns del *trust* està establert a nom del *trustee* o d'una altra persona per compte del *trustee*;
- c) el *trustee* està investit del poder i és encarregat de l'obligació, de la qual ha de retre comptes, d'administrar, de gestionar o de disposar dels béns segons els termes del *trust* i les regles particulars imposades al *trustee* per la llei.

El fet que el constituent conservi certes prerrogatives o que el *trustee* tingui certs drets en qualitat de beneficiari no s'oposa a l'existència del *trust*”.

4.12. D'acord amb la descripció feta, el *trust* ha de presentar determinades característiques, la més important de les quals serà que els béns del *trust* constitueixen una massa distinta del patrimoni del *trustee*,

característica que torna a aparèixer en l'article 11 relatiu al reconeixement. Els béns del *trust* formen un patrimoni autònom i aliens a l'acció del creditors personals del *trustee*. Ara bé, un tercer pot ser titular d'alguns béns que pertanyen al *trust* per compte del *trustee*.

4.13. El funcionament del *trust* es basa en les obligacions del *trustee*, tal com les descriu l'apartat c) de l'article 2. El *trustee* té el dret i l'obligació de gestionar i de disposar dels béns de conformitat amb la voluntat del constituent i la normativa legal; ha de conservar el patrimoni que li ha estat confiat i fer les inversions necessàries per a preservar el capital i assegurar suficients guanys i profits. El *trustee* actua per compte dels beneficiaris als quals ha de rendir comptes pels seus actes i tot està sotmès a la vigilància dels tribunals.

4.14. El conveni s'aplica als *trusts* creats voluntàriament, la prova del qual ha de constar per escrit (art. 3). Llavors, només s'aplica als *trusts* creats per la voluntat del constituent, no als creats directament per la llei, per exemple, per administrar els béns d'un menor, o per decisió judicial, administrar un concurs de creditors o una successió. Ara bé, en virtut de l'article 20, els estats poden ampliar el camp d'aplicació del conveni al *trust* judicial.

4.15. El conveni no s'aplica a les qüestions preliminars o prèvies relatives a la validesa dels testaments o altres actes jurídics pels quals es transfereixen els béns al *trustee* (art. 4), temes que seran regulats per les normes ordinàries de cada estat.

4.16. El primer objectiu del conveni és la determinació de la llei aplicable al *trust*. Per tant, es tracta de crear normes de conflicte de lleis en matèria de *trust*. Els articles 6 a 10, complementats pels articles 15 a 18, estan destinats a reemplaçar les normes de conflicte dels països del Common Law i omplir el buit del dret internacional privat dels sistemes del Civil Law.

4.17. L'article 6 consagra en matèria de *trust* el principi de l'autonomia de la voluntat, seguint la selecció dels punts de connexió en matèria de contractes. El constituent pot elegir la llei aplicable, elecció que pot ser expressa o tàcita. Si no és possible determinar la llei aplicable, l'article 7 preveu la connexió objectiva: el *trust* es regula per la llei amb la qual presenti els vincles més estrets. Per determinar la noció de *vincles més estrets* es preveuen uns criteris que són fruit d'un compromís raonable entre les concepcions del Civil Law i del Common Law:

“Per determinar la llei amb la qual el *trust* presenta els vincles més estrets, es tindrà en compte especialment:

- a) el lloc d'administració del *trust* designat pel constituent;
- b) la situació dels béns del *trust*;
- c) la residència o el lloc d'establiment del trustee;
- d) els objectius del *trust* i els llocs on han d'ésser acomplerts.”

Per als països del Civil Law es tracta d'uns criteris col·locats per ordre d'importància que comporta una jerarquia implícita; però el text permet als jutges del països del Common Law tenir en compte tots els factors al mateix temps, com és habitual en els sistemes anglosaxons.

4.18. L'article 9 admet l'anomenat *dépeçage*; és a dir, poder sotmetre alguns elements del *trust* a una llei diferent, i s'enumera el cas més freqüent: pot ésser oportú aplicar a l'administració del *trust* una llei diferent a la que regula la seva validesa. Es pot pensar també en la possibilitat que diverses lleis regulin els béns situats a diferents països. I com que el *trust* és una institució durable, la llei aplicable inicialment pot ser reemplaçada per una altra llei. L'article 10 ho preveu en dir:

“La llei aplicable a la validesa del *trust* regula la possibilitat de reemplaçar aquesta llei, o la llei aplicable a un element del *trust* susceptible d'ésser isolat, per una altra llei.”

4.19. L'article 9 conté una enumeració detallada, però no exhaustiva, de les qüestions sotmeses a la llei que regula el *trust*, fet que presenta un interès considerable per al funcionament del *trust* i una eina molt útil per als juristes del Civil Law, ja que permet qualificar determinades situacions no gaire clares. Segons l'article 8, la llei aplicable al *trust* en regula la validesa, la interpretació, els efectes, així com l'administració. Regula, especialment, la designació, la renúncia i la revocació del *trustee*, l'aptitud per exercir les seves atribucions i la transmissió de les funcions. La llei aplicable regula, endemés, els drets i les obligacions dels *trustees* entre ells, el dret del *trustee* per delegar el poder i les obligacions, el poder del *trustee* per administrar i disposar dels béns del *trust*, per fer inversions, etcètera.

4.20. L'article 11 posa el principi del reconeixement del *trust* quan ha estat creat segons la llei aplicable determinada pel conveni. En els països del Civil Law el *trust* serà reconegut com a institució estrangera.

Els efectes del reconeixement estan continguts en l'apartat 2 de l'article 11. La primera norma és que el reconeixement implica, almenys, que els béns del *trust* són diferents del patrimoni personal del *trustee* i que el *trustee* pot actuar com a demandant o demandat o comparèixer com a *trustee* davant de notari o de persona que exerceix una autoritat pública. D'aquesta manera, el conveni recorda els dos elements essencials del *trust*: la separació dels patrimonis i el dret del *trustee* per actuar com a tal en situacions contencioses o no contencioses.

4.21. L'apartat 3 de l'article 11 enumera altres conseqüències del *trust* que han de ser reconegudes si la llei aplicable ho requereix. En primer lloc, que els creditors personals del *trustee* no poden intentar l'embargament dels béns del *trust*; en segon lloc, que els béns del *trust* estan separats del patrimoni del *trustee* en cas d'insolvència o de fallida; en tercer lloc, que els béns del *trust* no formen part del règim matrimonial ni de la successió del *trustee*. Com podem observar, es tracta

d'il·lustracions concretes de la separació de patrimonis. El conveni afegeix que es permet la reivindicació del béns del *trust* en cas que el *trustee*, en violació de les obligacions assumides, hagi confós els béns del *trust* amb els béns personals o n'hagi fet disposició.

4.22. El conveni conté una clàusula contra la constitució de *trusts* fraudulents. No serà obligatori reconèixer un *trust* sotmès a una llei estrangera quan els elements més significatius del *trust* estan estretament vinculats a un país que no coneix la institució i que només l'elecció de la llei aplicable, la residència habitual del *trustee* o el lloc d'administració del *trust* estan vinculats a un país que coneix el *trust*. Seria el cas d'una persona andorrana, amb domicili i residència al Principat, amb els béns situats en territori andorrà, que vol constituir un *trust* sotmès a la legislació anglesa per voluntat expressa o per designació d'un *trustee* anglès resident a Anglaterra. Admetre el reconeixement d'aquest *trust* significaria la introducció de la institució en l'ordre intern andorrà.

18. L'estatut personal



Introducció

L'estatut personal és una expressió que té l'origen en l'edat mitjana, i ha evolucionat i ha arribat als nostres dies per designar el conjunt de matèries, vinculades a la persona física, sotmeses a la llei que segueix dita persona, i que al Principat d'Andorra és, generalment, la *llei nacional*. El conjunt de matèries que afecten directament la persona, objecte de l'estatut personal, està justificat per la necessitat que aquestes qüestions siguin sotmeses a una llei (la llei personal), que no variï amb els desplaçaments de la persona d'un Estat a un altre. Així, les lleis andorranes, que regulen la capacitat i les incapacitats d'un andorrà, seguiran vigents encara que l'andorrà es desplaci a l'estranger.

I. Les escoles estatutàries i el Principat d'Andorra

I.1. El tema referent a l'estatut personal dona peu a dedicar unes línies a l'origen històric del D. I. Pr., és a dir a les escoles dels postglossadors i estatutaris, que van del segle XII al XVIII, èpoques anteriors al naixement dels estats moderns i abans de la formació dels sistemes nacionals de D. I. Pr. Les principals branques d'aquestes escoles són la italiana (segles XIII-XV), la francesa (segles XVI i XVIII) i l'holandesa (segle XVIII). Els escrits dels comentaristes d'aquests temps permeten comprendre l'origen de moltes de les solucions actuals als problemes jurídics que plantegen les relacions privades amb elements estrangers, així com copsar el plantejament històric de les qüestions referents als conflictes de lleis, que en temps antics eren conflictes d'estatuts o conflictes de costums.¹

I.2. Aquest estudi preliminar és especialment útil per al Principat d'Andorra, on el dret civil no ha estat objecte d'una codificació general, si bé s'han promulgat lleis sobre matèries concretes, com el matrimoni, les successions i l'adopció. Això vol dir que són nombrosos els casos

¹ Segons KEGEL, el període de les doctrines estatutàries va del 1200 al 1840 (IECL. vol. III, cap. 3, p. 1 i s.).

de les llacunes legals i del costum andorrà. Això ens porta als *drets supletoris*, tema de llargues discussions, encara avui dia, en el sentit següent: a quin dret comú cal recórrer prioritàriament? Podríem seguir el que va escriure el Magnífic Jutge d'Apel·lacions, Carles Obiols i Taberner, en la sentència de 8 de juliol de 1954:

“CONSIDERANT: Que sobre l’anomenat *dret comú* supletori del dret escrit i consuetudinari de les Valls, sancionat també com a subsidiari en un Capítol de les Corts celebrades pel rei Martí a Barcelona l’any 1409, i reconegut per Felip III a les Corts de 1599 (tít. 30, llib. I, vol. I de la 3a compilació general), s’ha de proclamar que és l’integrat pel dret canònic i el romà, segons ensenya una general i coneguda orientació doctrinal i positiva, que imprimia una certa unitat a les legislacions nacionals de l’occident d’Europa, i conforme així mateix a l’opinió del jurisconsult Tomàs Mieres, quan en al·ludir a l’abast d’aquella sintètica frase de les Constitucions, escriu: *Et hic intellige, dret comú, scilicet, omne ius canonicum, vel civile romanum, prout est in corpore iuris clausum* (*Apparatus*, col. VIII, cap. segon, núm. 41), argumentant-se també per reputats autors, que el *ius commune* no és l’aplicació integral i exacta dels dos *corpus iuris*, sinó un dret nou, en el qual la base principal és la raó escrita del dret romà, moderada per la superior equitat del dret canònic, compenetrat amb el dret indígena i corregit pel costum, i a Catalunya, a més, matisat per les resolucions del *Sacrus Regius Senatus Cathaloniae*, formant un complet i harmònic sistema de dret civil, orfe solament dels avantatges de la codificació.”²

² La influència del dret català és notòria, però el Consell General de les Valls, i moltes vegades les autoritats dependents del Copríncep episcopal, intentaren posar en relleu el dret romà, com ara el text del Consell General de 31 de maig de 1876: *Esta legislación en los casos que no hay ley especial andorrana o consuetud que forme ley está basada en el derecho común o romano, como es de ver en el 'Politar'*. Un altre text, que conté instruccions del Copríncep episcopal en un cas de conflicte de competències entre el jutge d’apel·lacions i les autoritats locals, de 14 de setembre de 1845, diu: *Si se atiende al derecho romano, que es el que vige en Andorra, como si se atiende al derecho canónico, es inegable que, una vez pronunciada por el juez la sentencia*

El recurs al dret romà, als comentaristes i a la doctrina científica, entre d'altres, fa que sobresurtin els noms de coneguts estatutaris italians i espanyols, com Bártolo de Sassoferrato, Acursi, Jaume Cancer, Francesc Ferrer, Gregorio López, Francisco Suárez, etcètera, citats en nombroses sentències dels tribunals andorrans abans i després de la Constitució de 1993.³

1.3. El nom de les escoles estatutàries deriva del plural llatí *statuta*, que designava en l'edat mitjana el conjunt de lleis o normes jurídiques dictades per les ciutats italianes, o per un poder legislatiu, que derogaven en alguns punts concrets el dret comú. Els estatuts d'una ciutat o principat diferien en molts aspectes dels de les altres ciutats o principats, per la qual cosa sorgien conflictes d'estatuts; és a dir, apareix la qüestió relativa al dret local que cal aplicar a les cada vegada més freqüents

interlocutoria, que tiene fuera definitiva, declarando por abandonada o negada la apelacion, se debe estar a ella y está prohibido al otro juez el conocimiento de la causa principal. (Citats per BRUTAILS, *op. cit.* p. 49). La raó és ben simple: adoptar una legislació determinada pot comportar conseqüències polítiques; fer prevaler el dret català, és a dir d'un territori que és part d'Espanya, podia atemptar contra la independència de les Valls d'Andorra.

³L'anomenada *probatio diabolica* per Acursi és citada pel jutge d'apel·lacions en la sentència de 18 de setembre de 1965 amb motiu dels requisits de l'acció reivindicatòria. Els comentaris de Baldo de Ubaldis a l'edict de l'emperador Adrià aclariran els límits entre el just i l'injust en temps de desorientació i mutació dels preceptes de les regles jurídiques positives. La frase de Baldo *sufficit enim iustitia naturalis resultans ex causis* ajudarà el jutge d'apel·lacions a corroborar que existeixen "unes nocions i unes veritats persistents en la consciència humana i comunes a qualsevol lloc i formes històriques" (sentència de 20 de març de 1962). La important distinció entre *ordinatorium litis* i *decisorium litis*, inaugurada per Jacobus Balduini, serà aplicada en la sentència del jutge d'apel·lacions de 15 de desembre de 1965. El Tribunal Superior de Justícia, sala civil, continua utilitzant els comentaris dels estatutaris en determinats temes. Així, la doctrina de Cancer formarà part dels fonaments de dret de la sentència de 20 de juliol de 1995 per admetre la reducció dels llegats a prorrata i per distingir entre donacions *ob causam* i donacions simples, en la sentència de 26 d'octubre de 1995. Llegim en aquesta última sentència: "Segons el dret català tradicional vigent a les Valls d'Andorra, a l'hora de determinar quines donacions o liberalitats fetes a favor dels fills s'han d'entendre que són imputables a la llegítima paterna o materna, es parteix de la fonamental distinció entre donacions *ob causam* o donacions per raó de matrimoni i donacions simples, i en base a aquesta distinció precisa la doctrina clàssica catalana més autoritzada que si el pare dóna *titulo donationis*, sembla que el mou un ànim de liberalitat, que converteix la donació en pura i no imputable a la llegítima; mentre que si ho fa per una obligació, en aquest cas no hi ha donació, perquè allò donat, o bé s'equipara a la llegítima o bé l'ultrapassa, la qual cosa mena a una desigualtat entre els fills i per aquest motiu quan la donació té per causa el matrimoni, ha d'ésser imputada a la llegítima, ja que aquestes donacions *non tam animo liberalitatem exercendi, quam suum officium explendi* (CANCER *Variae resolutiones utriusque iuris*, pars 1, cap. 3, núm. 7 i 8)". La *Glosa in Codicem*, ad C4,44,2 d'Acursi serà utilitzada per provar que el preu just d'una cosa és aquell pel qual es pot vendre *non singulariter*, sinó *communiter* (sentència TSJ, sala civil, de 21 de març de 1996).

relacions jurídiques degudes a l'intens tràfic entre les ciutats de la Itàlia del nord, que pretenien tenir una autonomia política respecte de l'imperi. Aquests conflictes entre normes territorials diferents exigirà elaborar criteris de solució adients.

És ben coneguda la pregunta del *magister Aldricus* (1170-1200) sobre què hauria de fer un jutge si se li presenta un litigi entre persones sotmeses a diferents estatuts o costums:

Quaeritur si homines diversarum provinciarum, quae diversas habent consuetudines, sub uno eodemque iudice litigant, utrum earum iudex qui iudicatum suscepit sequi debeat?

La resposta del *magister Aldricus*, considerada enigmàtica i ambigua per alguns autors, semblaria clara avui dia:

Respondo: eam quae potior et utilior videtur. Debeat enim iudicare secundum quod melius ei visum fuerit ("Responc: ha de seguir la que consideri preferible i més útil. Ha de jutjar segons el que li sembli millor").

S'havia de recórrer, doncs, al dret comú, és a dir al dret romà, posteriorment completat i moderat per l'equitat del dret canònic, amb el qual apareix la idea de la justícia simbolitzada en el dret comú. La resposta del *magister* queda ben palesa comparada amb els textos dels Estatuts de Pisa de 1233 i de l'Estatut de Novara de 1277. Llegim en aquest últim: *Statutis deficientibus, (debet enim iudicare) secundum leges romanas*. ("A manca d'estatuts s'ha de jutjar segons les lleis romanes").⁴

⁴Un breu però interessant comentari sobre la matèria el trobem en el discurs d'investidura com a doctor *honoris causa* de la Universitat de Salamanca del professor Julio D. González Campos, publicat per la Secretaria General de la Universidad de Salamanca (9 de juny de 2000, p. 30-31). Com que l'estudi de la història del D. I. Pr. pot ser útil per examinar les qüestions actuals i no dediquem cap capítol especial al tema, en donem una mínima bibliografia: CALASSO, F. *Medioevo del Diritto*. Milano, 1954 (esp. p. 456 i s.); CATELLANI "Les maîtres de l'école italienne du droit international privé au XIX siècle". *Recueil des Cours* vol. 46, 1933-IV, p. 709-823; GUTZWILLER, M. "Le développement historique du droit international privé". *Recueil des Cours*, vol. 29, 1929, p. 291-339; MEIJERS, E.: "L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du moyen âge, spécialement dans l'Europe occidentale". *Recueil des Cours*, vol. 49, 1934-III, p. 574-683; DE NOVA, R. "Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws". *Recueil des Cours*, vol. 118, 1966-II, p. 436 i s.;

1.4. Els comentaristes, els estatutaris recorren al dret romà, al *Corpus iuris*, per resoldre els conflictes d'estatuts, però, realment, els textos romans no contenien disposicions sobre la matèria. Utilitzen, doncs, textos que presentaven amb la qüestió litigiosa una vaga connexió exterior i, a partir d'un argument formal, creen i desenvolupen les regles de solució al cas. Es famosa la glosa a la Constitució *Cunctos populos*. Bártolo de Sassoferrato (1314-1357), en examinar dita Constitució, estudia el problema de l'eficàcia territorial o extraterritorial dels estatuts. I les solucions proposades per Bártolo són diferents, segons l'objecte dels estatuts. Aquest autor distingeix entre *estatut personal* (*quod disponit circa personam*), en principi amb efectes extraterritorials, i *estatut real* (*quod disponit circa rem*), amb efectes territorials.

La doctrina posterior, especialment l'escola holandesa, distingeix entre estatuts personals, estatuts reals i estatuts mixtos. L'estatut personal afecta les persones domiciliades en el territori on l'estatut està en vigor i són originàries del mateix territori. L'estatut real comprèn els béns immobles situats en el territori on l'estatut està vigent. L'estatut mixt fa referència a les accions portades a terme en l'àmbit del país, o a les normes sobre béns encara impregnades d'elements personals, com ara les relatives al contingut de les obligacions.

Les doctrines estatutàries parteixen del text d'un determinat estatut o norma vigent en una comunitat política i volen determinar-ne quin és l'àmbit d'aplicació en l'espai. És important classificar-los en personals o reals, ja que això permetrà determinar si la norma és aplicable als mateixos súbdits quan es troben fora del territori de la ciutat i als forasters que estan a la ciutat.

1.5. La teoria és clara, però la pràctica presenta problemes, atès que no és fàcil classificar els estatuts, com ho demostra la *quaestio angli-*

SPERDUTI, G. *Evoluzione storica e d. i. pr.* Padova: Cedam, 1970; STURM, F. "Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois". J. D. I. Clunet, 1979, p. 259-273. Pel que fa als estatutaris espanyols, TELL "Notas sobre la teoría de los estatutos y la antigua jurisprudencia catalana". *RJC*, 1954, p. 213-225, 309-326.

ca, referent al tema successori. Bártolo es planteja la qüestió sobre si un determinat estatut (*consuetudo Angliae*), que atribueix al primogènit tots els béns successoris del pare, situats en part a Anglaterra i en part a Perusa, és personal o real. La resposta comporta conseqüències, ja que si l'estatut és personal, el primogènit rebrà tots els béns, no solament els situats en el país on el *de cuius* estava domiciliat, sinó també els situats en un altre territori o país on no existeix el dret de primogenitura. En canvi, si l'estatut és real, s'adjudicaria la totalitat dels béns situats a Anglaterra al primogènit, però els situats fora es repartirien entre tots els fills del difunt. Segons Bártolo, per qualificar o classificar la *consuetudo Angliae* haurem de tenir en compte els termes literals del text. L'estatut serà personal si el text comença amb les paraules *primogenitus succedat in immobilia*, ja que les primeres paraules indiquen que el dret de primogenitura es va establir a Anglaterra en consideració a les persones; l'estatut serà real si de les primeres paraules del text deduïm que el dret de primogenitura es va establir en consideració dels béns, cosa que succeirà si llegim en el text *bona decendentium veniant in primogenitum*.

Aquesta manera de raonar és criticable, ja que les solucions tenen un caràcter fragmentari i de vegades casual; això no obstant, cal tenir en compte el clima espiritual en què es movien els estatutaris: com que no podien afrontar la substància dels problemes per manca d'instruments culturals adequats, es deixen dominar per la forma de les paraules. I no oblidem, com diu Ballarino, que per mitjà d'arguments que semblen extravagants als juristes habituats a la sistemàtica moderna, els estatutaris han enunciat els punts de connexió del D. I. Pr. modern i han elaborat el mètode del l'especejament (*dépeçage*, en francès) del supòsit de fet.⁵ No intentem buscar en aquells temps la sistemàtica del dret, ja que no la trobarem fins al segle XVIII amb la revolució portada a terme en la manera de pensar

⁵ BALLARINO, T. *Diritto internazionale privato*. Cit., p. 22

pel moviment filosoficocultural anomenat l'Il·luminisme, sense oblidar que, en absència de pensadors equilibrats, va degenerar en les audàcies del filosofisme. Els estatutaris interpretaven el dret en una època en què la unitat legislativa del Sacre Imperi Romà com més anava pitjor, i començaren a aparèixer estatuts en els territoris dels senyors o principats.

1.6. La teoria dels estatuts va tenir influència en les codificacions dels segles XVIII i XIX, com el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, de 1756; l'*Allgemeine Landesrecht* de Prússia, del 1794; el *Code Civil* francès, de 1804, i l'*Allgemeines Bürgerlicher Gesetzbuch* d'Àustria, de 1811. La tradició estatutària quedarà reflectida en la sentència del Tribunal Suprem espanyol de 6 de novembre de 1867:

Considerando que de la mútua conveniencia de las naciones, al experimentar los males que necesariamente surgian de no admitir los efectos de las leyes extranjeras, ha venido el derecho internacional privado, que tiene el carácter de consuetudinario y comprende el conjunto de disposiciones que segun afectan a las personas, á las cosas y á las formas se distingue con los nombres de estatuto personal, real y formal.

Aquesta tradició del pensament estatutari inspirarà el títol preliminar del Codi civil espanyol.

Els codis civils recullen les solucions del passat sobre conflicte de lleis, però aquesta codificació és incompleta i, endemés, les normes consagrades al D. I. Pr. tenen un caràcter fragmentari i limitat.

2. La noció d'estatut personal al segle XXI

2.1. L'expressió *estatut personal*, pròpia, com hem vist, de l'estatutària medieval, s'ha conservat en la terminologia moderna del D. I. Pr. per indicar el conjunt de matèries jurídiques relatives a la persona i que són regulades per la llei personal.

El concepte d'estatut personal per als estatutaris medievals estava centrat en l'abast personal o real dels estatuts o regles; les normes que regulaven els drets vinculats a la persona tenien efectes extraterritorials. Avui en dia, aquella expressió ja no indica la norma o llei, sinó que fa referència al conjunt de qüestions o de relacions jurídiques vinculades a la persona i que són regulades per la llei personal de l'individu. Cal observar que la *personalitat* ja no es predica de la norma o de l'estatut, sinó de les relacions jurídiques. En els nostres dies, parlar d'estatut personal és fer referència, per exemple, al conjunt de qüestions vinculades amb la capacitat o l'estat de les persones i que són regulades per la llei personal, que pot ser la nacional, la del domicili, la de la residència habitual, etcètera. Convé, doncs, observar que el concepte actual de l'estatut personal té el seu origen històric i no pot ser confós amb la teoria dels estatuts, si bé el seu concepte essencial (conjunt de normes que s'apliquen per la vinculació amb la persona) presenta connexió amb els plantejaments de Bártolo i dels seus successors.⁶

2.2. Les matèries que inclou l'estatut personal no són les mateixes als diversos estats; precisament, les peculiaritats culturals d'un determinat sistema jurídic queden paleses en aquesta diversitat. Pel que fa al Principat, es podria seguir, en primer lloc, el model francès, contingut en l'article 3.3 del Codi civil de 1804, en què s'afirma que la llei nacional regula l'estat i la capacitat de les persones.⁷ En segon lloc, es podria seguir el model italià, explicat en l'article 6 del Codi del Piemont de 1865 i en l'article 17 del Codi Civil de 1942, segons els quals la llei nacional regula, no solament l'estat i la capacitat de les persones, sinó les relacions familiars i la successió per causa de mort. El legislador espanyol va copiar el model italià; per això l'article 9.1 del Codi civil afir-

⁶ Comenta BALLARINO: "é la somma delle loro osservazioni relative ai limiti di applicazione degli statuti". *Diritto internazionale privato. Cit.*, p. 21. Cfr. també VIÑAS, R. "Personalidad de las leyes". *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona: Ed. Francisco Seix, 1989. T. XIX, p. 653-663.

⁷ L'article 3.3 del Codi civil francès diu, textualment: "Les lois concernant l'état et la capacité des personnes

ma que la llei personal “regirà la capacitat, i l'estat civil, els drets i deures de família i la successió per causa de mort”.

2.3. El model italià de l'estatut personal, que inclou l'estat, la capacitat, les relacions familiars i la successió per causa de mort, s'ha imposat al Principat d'Andorra, especialment per influència del dret romà, del dret català i de les doctrines dels comentaristes catalans,⁸ si bé fins a èpoques molt properes el dret canònic ha regulat els actes de l'estat civil i fins a la Constitució de 1993, el matrimoni, la separació i la nul·litat.⁹ La influència de la legislació canònica és ben palesa i fins ben entrat el segle XIX s'observen certes antinòmies entre la norma civil i la norma canònica (religiosa). Així, quan un pacte és presumeix il·legal, era necessari enfortir-lo pel jurament davant d'un crucifix i en presència d'un notari. Qui s'havia compromès d'aquesta manera, només podia demanar l'a-

regissent les Français même résidant en pays étranger.” Es tracta d'una breu fórmula que conté una síntesi dels coneixements de l'època en matèria de conflictes de lleis. El paràgraf tercer defineix l'estatut personal, però només fa referència als francesos a l'estranger, sense dir res sobre els estrangers a França. La fórmula unilateral fou completada per la jurisprudència francesa en el sentit que l'estatut personal, en general, està regulat per la llei nacional. L'exclusió del règim matrimonial i de les successions per causa de mort de l'estatut personal ja el trobem en l'Antic Règim. En una decisió de la Cour de Cassation, reunides totes les cambres, de 27 de febrer de 1817, llegim: “Attendu que... le statut personnel lorsqu'il règle directement et indéfiniment la capacité ou l'incapacité générale et absolue des personnes pour contracter...” No es menciona pas l'estat de les persones, ja que en l'antic dret francès estava regulat, en principi, pel dret canònic. *Cfr.* BATTIFOL, H.; LAGARDE, P. *Droit international privé*. T. I. *Cit.*, p. 324, nota 276.

⁸ BRUTAILS reconeix la influència dels “homes de negocis” i dels “juristes catalans”: “Les Juges d'Appellations français se faisaient suppléer jadis, paraît-il, par des juristes espagnols; aujourd'hui encore, les hommes d'affaires de la Séo conseillent les bayles, même le bayle français, quand les bayles sont dans l'embaras. C'est à la Séo que les Syndics se sont informés récemment de la marche à suivre pour organiser l'hypothèque”. (*La coutume d'Andorre*, *cit.* p. 14). Sobre la influència dels comentaristes catalans en matèria successòria, citem una antiga sentència de la Batllia: “Considerant que segons la Nov. 118 de Justiniano, a falta de ascendents y descendents entran los germans...; Vist lo alegat y probat per las parts y en especial las opiniones dels sabis jurisconsults Cancrer, Fontanella y demes tratadistas del dret catala, que per los assumptos de heretaments vigeix a Andorra”. (*Ibidem*, p. 51).

⁹ En una sentència del batlle Jaume Casal, de 1860, sobre sevícies per part del marit, llegim: “lo que tan sols pot ser objecte de una causa de divorci, cual coneixement no competeix a est tribunal, si que el eglesiastich”. L'acte del Jutjat d'Apel·lacions de 8 de febrer de 1966 deixa ben clar, en el supòsit d'un matrimoni canònic entre un francès i una andorrana, en què el marit demana el divorci al Tribunal de Grande Instance de Perpinyà i la dona demana la separació conjugal, per causa de sevícies, davant del Tribunal Eclesiàstic del bisbat d'Urgell, que l'aplicació del *Codex iuris canonici* exclou els conflictes de lleis, ensems que els conflictes de jurisdicció, des del punt de vista de l'ordenament andorrà: “com sigui que per als casats canònicament, la jurisdicció competent en supòsits de separació *quoad thorum et habitationem*, única solució viable, fora la nul·litat, segons els canons 1128-31, radica en els Dicasteris eclesiàstics, que apliquen el dret canònic contingut en el *Codex*, amb el qual s'exclouen els conflictes de lleis, i només és de la competència de l'autoritat civil l'adopció de les mesures pro-

nul·lació a la jurisdicció civil amb previ permís de l'autoritat eclesiàstica. Un altre cas: quan un menor de 25 anys feia un contracte, havia de jurar confirmar-lo a la majoria d'edat, i si el volia rescindir, abans havia de demanar l'autorització del bisbe de la Seu d'Urgell.¹⁰

L'aplicació de la llei nacional a les matèries de l'estatut personal serà consagrada per la jurisprudència andorrana. L'auto del jutge delegat d'apel·lacions Sabater, de 16 de gener de 1976, diu: "Puix que l'Estatut personal dels litigants és el que s'ha de tenir present per a ventilar les qüestions que afectin els drets i deures de família i l'estat de les persones i, per tant, les lleis del país dels cònjuges tenen força d'obligar i a elles han d'ajustar-se els tribunals, sempre que no contradiguin els principis d'ordre públic ni els interessos nacionals." També es diu en la sentència del mateix jutjat, de 17 de desembre de 1976: "...sens perjudici que per referir-se l'estatut personal al dret substantiu civil, s'aplica al respecte la llei nacional dels esposos". L'aplicació de la llei nacional de la persona no tindrà lloc quan afecti l'ordre públic andorrà.¹¹

2.4. Cal modificar algunes afirmacions sobre l'àmbit material de l'estatut personal al Principat i la regulació per la llei personal, ja que, especialment, després de la Constitució de 1993, aquell concepte d'estatut personal, que gaudia d'una autonomia en la seva formulació original i en el seu tractament posterior, fonamentada en criteris purament formals o racionals, presenta un àmbit material retallat. Això és a causa de la presència de principis i valors que orienten materialment les solucions del D. I. Pr. Podriem posar com a exemple el D. I. Pr. dels menors, que té una autonomia pròpia, basada en exigències imposades

visionals que precedeixen o acompanyen tals processos..." (OBIOLS, C. *Jurisprudència civil andorrana*. Cit. p. 448).

¹⁰ Cfr. BRUTAILS *Op. cit.*, p. 359.

¹¹ En el cas d'un francès que al·legava la "indeguda aplicació de l'estatut personal" en tema de legitimació per subsegüent matrimoni dels pares biològics, el jutge d'apel·lacions va aplicar la teoria de l'ordre públic, endemés de mencionar l'article 331 del Codi civil francès, que impossibilitava la legitimació existint una filla legítima del seu pare, fruit d'un primer matrimoni canònic (sentència del jutge d'apel·lacions de 16 de maig de 1972. Registre antic: 38/1969).

pel respecte als drets fonamentals dels menors, garantits per la Constitució i pels tractats internacionals vigents a Andorra. Tota la normativa interna i internacional està orientada vers la protecció i l'interès del menor. La Llei qualificada de l'adopció i altres formes de protecció del menor desamparat, de 21 de març de 1996, reconeix en l'exposició de motius: "L'eix director de la present llei es basa en dos principis fonamentals: 1. actuar com a instrument d'integració a la família i a la societat que s'ofereixi a qui més el necessita i, 2. el benefici de l'infant per sobre de qualsevol altre, per legítim que sigui."

Ara bé, en matèria de protecció de menors, on els organismes de l'Estat i els jutges desenvolupen un paper important, es poden produir situacions insatisfactòries, ja que de vegades es prenen decisions que, per manca d'informació apropiada, estan orientades vers el benestar físic i no vers el benestar psicològic o espiritual del menor. Tampoc no són infreqüents els conflictes entre l'Administració i els membres de la família d'origen del menor desamparat i entre els serveis de l'Administració i els jutges.¹² De totes maneres, les autoritats andorranes, judicials o administratives, han de vetllar per l'interès del menor, i àdhuc arribar a retirar-ne la pàtria potestat als progenitors.¹³

3. Determinació de la llei personal. Apatrídia i pluralitat de nacionalitats

3.1. Històricament, els drets vinculats a la persona han estat sotmesos a la llei personal, però no hi ha hagut un criteri unitari de llei personal. Els punts

¹² L'aute del TSJ, sala civil, de 22 de desembre de 1999, és un exemple de les tensions entre les esmentades parts. Diu, així, el fonament de dret X: "Roman doncs, prou clar, que l'Hble. Batlle va adoptar les exposades mesures amb indiscutible competència pròpia i amb clara jurisdicció sense menyspreuar les atribucions dels Serveis Assistencials del Govern als quals les mateixes resolucions judicials reconeixen llurs competències i encomanen l'assessorament ulterior als Batlles." Pot consultarse BUCHER, A. "La famille en droit international privé". *Recueil des Cours*. T. 283, 2000, p. 9 i s.). Sobre l'interès del menor, BORRÁS, A. "El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado". *RJC*, 1994, p. 919-970.

¹³ L'aute del TSJA de 15 de febrer de 2007 confirma l'aute dictat per la Batllia, de data 1 de setembre de 2006, en referència a la retirada de la pàtria potestat als pares sobre el seu fill "en interès del menor" i acorda l'acolliment simple del menor en família aliena (cas M. I. Govern contra Medina-Ruiz).

de connexió més importants han estat la nacionalitat i el domicili, i l'elecció per part dels estats ha suposat una divisió a escala mundial i ha obstaculitzat notablement la codificació del D. I. Pr. en l'àmbit internacional.

La submissió de l'estatut personal a la llei nacional és una innovació del Codi civil francès. Del text de l'article 3.3, la jurisprudència en va deduir que l'estat i la capacitat dels estrangers eren regulats per la llei nacional. Aquesta solució es considerarà al llarg del segle XIX i produirà efectes en els sistemes alemany, espanyol i italià.

El punt de connexió per a l'estatut personal a l'edat mitjana era el domicili. La condició jurídica de les persones físiques es determinava en l'època pel seu origen com a membres de les organitzacions polítiques, a semblança de l'*origo* del dret romà. I aquesta concepció del domicili d'origen es conservarà en els països anglosaxons. Hi haurà domicili d'origen i domicili elegit voluntàriament per una persona. Avui dia, el domicili anglosaxò es correspon més amb el concepte continental de *nacionalitat*, si bé cal advertir que el sentit immanent dels dos conceptes es profundament divers.

3.2. En el marc de la Conferència de l'Haia de D. I. Pr. ha anat adquirint importància el punt de connexió *residència habitual* i ha esdevingut un punt de connexió preferent per a algunes matèries pròpies de l'estatut personal. Aquest punt de connexió està present en els convenis adoptats per la Conferència de l'Haia a partir dels anys cinquanta, després del fracàs del Conveni de 15 de juny de 1955 per regular els conflictes entre la llei nacional i la llei del domicili,¹⁴ si bé ja en la sessió de la Conferència de l'Haia de 1894, en les discussions sobre el conveni referent a la tutela, semblava clar que la referència al domicili del menor podria conduir a un cercle viciós, ja que depenia de la llei aplicable establir quin seria el domicili. Per això en la sessió de 1900 el terme *domicili* fou

¹⁴ El projecte de Conveni de l'Haia fou elaborat pel gran jurista holandès MEIJERS per resoldre el problema del reenviament, en donar prevalença a la llei del domicili en el cas de conflicte entre la llei de l'Estat on la per-

substituït per *residència habitual*, sense que cap delegat no preguntés el significat de la nova expressió.¹⁵ D'una manera clara, la residència habitual comença a ser utilitzada com a punt de connexió en el Conveni sobre llei aplicable a les obligacions alimentàries respecte dels fills menors, de 24 d'octubre de 1956. A favor seu podem dir que fa aplicable les lleis del país on hi hagi el centre social de vida de la persona; és un concepte fàctic, atès que hi ha dades de fet per comprovar la residència habitual.

3.3. L'aplicació del punt de connexió *nacionalitat* com a criteri principal de determinació de l'estatut personal pot suscitar problemes, tant en el supòsit de manca de nacionalitat o apatridia, com en els supòsits de pluralitat de nacionalitats.

En absència de nacionalitat, en els casos d'apatridia o quan la nacionalitat no està ben determinada, les autoritats andorranes poden aplicar aquella noció tan arrelada en les tradicions jurídiques andorranes: *domicili i residència a les Valls*. Avui dia, aquesta tradició apareix, per exemple, en la llei qualificada del matrimoni (art. 49.2 i 3), en dir que els tribunals andorrans seran competents "si la part demandada té domicili i residència a Andorra". Aplicar el domicili i/o la residència és una solució conforme amb l'article 12.1 del Conveni de Nova York de 28 de setembre de 1954 sobre l'estatut dels apàtrides, encara que el Principat no en sigui membre o part. Diu així l'esmentat article convencional:

"L'estatut personal dels apàtrides es regirà per la llei del país del seu domicili o, a manca de domicili, per la llei de la seva residència."

sona estava domiciliada, que prescrivia l'aplicació de la llei nacional, i la llei de l'Estat de la nacionalitat, que seguia la del domicili. Però en el supòsit que l'Estat del domicili i l'Estat de la nacionalitat apliquessin la mateixa llei (llei de la nacionalitat o llei del domicili), tots els estats part en el conveni haurien d'admetre dita solució. No es pot negar l'empremta conciliadora del conveni, però només obtingué dues ratificacions, si bé hi consten tres signatures. El text ha quedat obsolet. (Cfr. DE NOVA R. *Scritti di diritto internazionale privato*. Pàdua: Cedam, 1977, p. 107-115; DROZ, G. A. L. "Regards sur le droit international privé comparé. Cours général du droit international privé". *Recueil des Cours*. T. 229, 1991, p. 396 i s.

¹⁵ Cfr. article 2.3 del Conveni per regular la tutela dels menors, de 12 de juny de 1902.

Si una persona apàtrida té el domicili a Irlanda i la residència de fet a Andorra, se li aplicarà la llei irlandesa i no l'andorrana.

Però, com es determina el domicili i la residència en el dret comparat i en el dret autònom andorrà?

3.4. El dret comparat demostra que no hi ha una definició única de *domicili* o de *residència*; pertanyen a la categoria de conceptes flexibles, de manera que la distinció entre domicili i residència està marcada en les seves aplicacions positives d'una certa relativitat. Cada persona pot complir simultàniament els criteris diferents segons els quals les normes de dos o més estats li atribueixen un domicili en els seus territoris; però també pot passar que la dispersió dels elements materials de localització sigui de tal naturalesa que cap estat no la consideri com a domiciliada en el seu territori.

Del dret comparat deduïm que el concepte *domicili* implica un vincle entre una persona i un país on s'aplica un sistema jurídic determinat o un lloc situat en dit país. El domicili està constituït, en primer lloc, per un element material: la presència material de l'individu en el territori d'un país; en segon lloc, per un element intencional: la voluntat d'integrar-se de manera durable en el medi on es viu i fixar allí el centre dels seus interessos personals, socials i econòmics. Aquesta intenció es pot deduir de la durada de la residència, així com d'altres vincles de naturalesa personal o professional entre l'individu i el país o el lloc de què es tracta.

La residència d'una persona està determinada per criteris de fet. Una persona té una residència en un país on s'aplica un sistema jurídic determinat i allí habita durant un espai de temps. Per determinar si la residència és habitual es tindrà en compte la durada i la continuïtat de la residència, així com d'altres fets de naturalesa personal o professional que revelin l'existència de vincles durables entre una persona i la seva residència. L'establiment voluntari d'una residència i la intenció de

la persona de conservar aquesta residència no constitueixen pas condicions per a l'existència d'una residència o d'una residència habitual; però les intencions de la persona poden ser preses en consideració per determinar si té una residència o quina mena de residència.¹⁶

3.5. La Constitució andorrana esmenta el domicili, sense definir-lo, en l'article 15 per garantir-ne la seva inviolabilitat; això s'explica pel fet que és la seu de la vida privada. La protecció del domicili-habitatge està també garantida per l'article 8 del Conveni per a la salvaguarda dels drets humans i de les llibertats fonamentals, de 4 de novembre de 1950.

La noció i els requisits del domicili al Principat d'Andorra els trobem en la constitució *Cives quidem origo* de Dioclecià i Maximià, en què es diu: "No hi ha dubte que cadascú té el seu domicili en el punt on constituï la seva llar i el conjunt de les seves coses i fortuna, i d'on no s'allunya altra vegada, si no hi ha cap motiu que l'obligui, de manera que quan està fora se'l considera de viatge, i quan torna, que ja ha deixat de viatjar" (COD., 10, 39, 7).

I el *Digest* ens aclara que un canvi sobtat de residència no fa perdre, immediatament, el domicili: *Sola domus possessio, quae in aliena civitate comparatur, domicilium non facit* ("La sola possessió de casa que es compra en una altra ciutat no fa domicili.") (*Digest*, 50, 1, 17, 13). Aquests criteris són aplicats pels tribunals andorrans.¹⁷

Als efectes de l'article 13 del Reglament tècnic del règim andorrà de seguretat social, el mot *domicili*¹⁸ correspon a residència que tingui un caràcter suficient de freqüència i estabilitat.¹⁹

¹⁶ Cfr. la resolució de l'Institut de Dret Internacional (IDI), de 3 d'agost de 1931, sessió de Cambridge, i la resolució (72) del comitè de ministres del Consell d'Europa relativa a la unificació dels conceptes jurídics de *domicili* i de *residència*, de 18 de gener de 1972.

¹⁷ Cfr. aute del Jutjat d'Apel·lacions de 8 de febrer de 1966 i sentència del TSJ, sala civil, de 8 de febrer de 2001.

¹⁸ L'article 13 defineix l'accident de treball dient: "Tot accident que se sofreixi en el trajecte comprès entre el domicili i el lloc de treball, a condició que no s'hagi produït cap parada innecessària ni cap modificació anormal del trajecte."

¹⁹ Llegim en el fonament de dret quart de la sentència del Tribunal Administratiu i Fiscal del Principat d'Andorra, de 3 d'abril de 1992: "El mot *domicili* emprat en l'article 13 del Reglament Tècnic de la Seguretat Social no

L'article 4 del Reglament del Registre Civil exigeix la constància del domicili de les persones que intervenen en actuacions del registre civil com a mitjà per identificar-les.

D'acord amb el que s'ha exposat fins ara podríem dir que per a la constitució del domicili, als efectes del D. I. Pr. andorrà, s'exigeix la concurrència dels elements següents:

a) Un element material, constituït per la presència d'una persona al territori d'un estat o en un lloc determinat d'aquest territori. En principi, es pressuposa que la persona resideix de forma constant i permanent en aquest lloc o en aquest territori.

b) Un element intencional, que correspon a la voluntat d'integrar-se de manera durable en el medi on es viu i allí es fixa el centre dels seus interessos —el que s'anomena *animus permanendi*—, sense exigir-se el mínim de deu anys de residència. El component intencional del domicili qualifica la presència material i serveix per verificar que està acompanyada d'un element afectiu, que descarta una residència precària, accidental o forçada.

Llavors, la sola residència prolongada o habitual no constitueix domicili si l'individu manté amb un país diferent vincles qualitativament importants, característiques d'un vertader centre d'interessos. L'absència prolongada del territori on la persona té el centre dels interessos afectius no comporta pèrdua del domicili, sempre que hi hagi una impossibilitat material, com ara guerra, persecució, malaltia, etcètera.

Podríem recordar que des de la Constitució de 1993 han aparegut nous punts de connexió al Principat i que es vol donar un sentit modern a alguns d'utilitzats tradicionalment. L'article 21 de la Constitució

té aquí el significat limitat de principal establiment de domicili legal o de residència professional o administrativa real o fictícia, però més aviat el de residència o d'habitació en la qual resideix fins i tot temporàriament, sempre que aquesta residència tingui un caràcter suficient de freqüència i d'estabilitat".

introduirà, per primera vegada, la noció de *residència legal* per als estrangers: només els residents legals tenen dret a fixar lliurement la seva residència dins d'Andorra. A partir d'aquest moment, residència legal equivaldrà a tenir permís de residència, amb o sense treball, segons la legislació d'estrangeria. La Llei qualificada de la nacionalitat, de 5 d'octubre de 1995, introduirà el concepte de *residència principal i permanent* (sinònim de domicili) per adquirir la nacionalitat andorrana. La Llei qualificada de modificació de la Llei qualificada de residències passives, de 28 de novembre de 1996, establirà una noció autònoma de *residència efectiva*: residència al Principat almenys 183 dies per any civil; la inscripció al comú on es resideix donarà fe de l'efectivitat.

3.6. La pluralitat de nacionalitats per part d'una mateixa persona pot produir-se de manera simultània, amb la qual cosa hi haurà un conflicte positiu de nacionalitats, o de manera successiva, cas en què es plantejarà un conflicte mòbil.

Si una mateixa persona té diverses nacionalitats de manera simultània, només una serà operativa per determinar la llei personal, és a dir, als efectes del D. I. Pr. En el supòsit que una de les nacionalitats fos l'andorrana, les autoritats andorranes consideraran dita persona com a membre de la comunitat de les Valls i li serà aplicable la llei andorrana, llei nacional de la persona. Es podrà dir que la solució és nacionalista i, potser, no objectiva ni favorable a l'harmonia internacional de solucions, però s'imposa al Principat ja que la Constitució de 1993, en l'article 7.2, intenta evitar la doble o múltiple nacionalitat dels andorrans:

“L'adquisició o el manteniment d'una nacionalitat diferent de l'andorrana implica la pèrdua d'aquesta en els termes i terminis fixats per la llei.”

I la Llei de 5 d'octubre de 1995, modificada per la Llei de 27 de maig de 2004, a l'article 23.2 preveu la incoació d'ofici d'un expedient de

pèrdua de la nacionalitat per una persona andorrana que exerceixi activament una altra nacionalitat.²⁰

El legislador andorrà atorga de manera unilateral la nacionalitat d'acord amb els criteris que ha fixat a la Llei qualificada de la nacionalitat; és a dir, fixa quins són els seus nacionals amb criteris propis, que poden no coincidir amb els dels altres estats. I aquesta competència exclusiva de l'Estat andorrà a l'hora de determinar quins són els seus nacionals està avalada pel dret internacional públic. Ara bé, la competència exclusiva de l'Estat andorrà troba un límit que opera en el pla de les relacions entre estats: Andorra no pot oposar la nacionalitat d'un individu enfront d'un altre estat si no existeix una connexió real o efectiva entre aquest individu i l'Estat andorrà.²¹

En el supòsit de pluralitat de nacionalitats i cap no fos l'andorrana, les autoritats andorranes es trobarien davant un problema de fet i haurien de buscar la nacionalitat activa o efectiva de l'individu. En aquesta recerca pot ajudar l'article 5 del Conveni de l'Haia de 1930, segons el qual un estat tercer podrà, en el seu territori, "reconèixer exclusivament entre les nacionalitats que ostenta un individu, sigui la nacionalitat del país on té la seva residència habitual i principal, sigui la nacionalitat del país on, d'acord amb les circumstàncies, té una vinculació de fet intensa".

3.7. L'estatut personal, integrat pel conjunt de normes que s'apliquen a una persona física, està exposat als conflictes de lleis en el temps; és a dir, l'estatut personal pot estar sotmès a lleis diferents com a conseqüència d'un canvi de nacionalitat. I la pregunta és, en quina mesura el canvi de nacionalitat sotmet a la nova llei personal les conseqüències jurídiques de les situacions nascudes sota l'imperi de l'anterior llei?

²⁰ Llei 10/2004, de 27 de maig, qualificada de la nacionalitat (BOPA de 30-06-2004).

²¹ Sentència del TJJ, de 6 d'abril de 1955, cas *Nottebhom*. Un comentari: BASTID, V.S. "L'affaire Nottebhom devant la Cour Internationale de Justice". *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956, p. 607 i s.

No hi ha una solució general vàlida per a tots els casos de conflictes mòbils, per la qual cosa haurem de buscar la solució atenent a cada norma de conflicte en funció dels seus caràcters i dels interessos que posa en joc.

3.8. Als efectes d'aplicar el dret d'estrangeria; del Conveni entre el Regne d'Espanya, la República Francesa i el Principat d'Andorra relatiu a la circulació i estància en el Principat d'Andorra de nacionals de tercers països, fet *ad referendum* a Brussel·les el 4 de desembre de 2000, i del Conveni entre el Regne d'Espanya, la República Francesa i el Principat d'Andorra relatiu a l'entrada, circulació, residència i establiment dels seus nacionals, fet *ad referendum* a Brussel·les el 4 de desembre de 2000, quan es parla de "nacionals d'un estat membre de la Unió Europea o d'un estat part en l'acord sobre l'Espai Econòmic Europeu", Andorra ha d'acceptar la determinació d'un estat de la Unió Europea o de l'Espai Econòmic Europeu sobre la nacionalitat d'una persona, encara que dita persona ostenti, endemés, la nacionalitat d'un tercer país i la nacionalitat del país comunitari no sigui l'efectiva. No es pot aplicar el que s'ha dit sobre determinació de la llei personal als efectes de l'estatut personal en situacions de doble o múltiple nacionalitat.

Als efectes de la protecció diplomàtica, del passaport, de l'exercici de les llibertats comunitàries i d'aplicació del dret comunitari europeu, en el supòsit d'una persona amb dues nacionalitats –i cap l'andorrana–, per exemple la italiana i l'argentina, les autoritats andorranes no poden negar o ignorar la nacionalitat italiana del doble nacional, encara que no sigui l'efectiva.²² Si es plantejés el supòsit de la successió d'un doble nacional italoargentí al Principat d'Andorra, llavors, als efectes del D. I. Pr., les autoritats andorranes aplicarien la llei nacional que esti-

²² *Cfr.* IGLESIAS BUHIGUES, J. L. "Doble nacionalidad y derecho comunitario: a propósito del as. C-369/90, Micheletti, STJCE de 7 de julio de 1992". *Homenaje a M. Diez de Velasco*. Madrid, 1993, p. 953-967. VIRGÓS SORIANO, M.; RODRÍGUEZ PINEAU, E. "La doble nacionalidad y los vínculos especiales con otros estados: la experiencia española". *Estudios homenaje Prof. L. Diez Picazo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 6.323-6.347.

messin més oportuna, per exemple, l'efectiva. En aquest cas, els batlles andorrans determinarien la llei personal del subjecte amb la finalitat de buscar la llei aplicable a una relació jurídica.

4. L'estatut personal en el supòsit de persones jurídiques i de societats mercantils

4.1. Avui dia resulta discutible incloure el règim de les persones jurídiques dins de l'estatut personal, ja que la translació analògica del concepte a les persones jurídiques introdueix confusió en el tractament del dret aplicable, de determinació de la nacionalitat, del reconeixement de la personalitat jurídica de les societats. És abundosa la doctrina contrària a l'extensió de la noció d'estatut personal a les persones jurídiques, tant antiga com moderna.²³ Actualment, el tractament dels problemes de D. I. Pr. relatius a la personalitat troba el medi de cultiu en l'àmbit de les societats mercantils.²⁴

4.2. Entre els textos favorables a l'extensió de les expressions *estatut personal* i *llei personal* a les persones jurídiques podríem citar la sentència de la Cour de Cassation francesa, civil, de 4 de juliol de 1923:

“L'estatut personal comprèn les disposicions de la llei que tenen per objecte regular la capacitat de les persones, ja físiques, ja jurídiques.”

El mateix Batiffol deia que la llei personal d'una societat és la que fixa les condicions de constitució i de funcionament, és a dir la seva aptitud per ser titular de drets i portar a terme els actes necessaris per a la seva adquisició i el seu exercici, però, advertia, es determina en condicions molt diferents al de les persones físiques.²⁵

²³ PILLET, A. *Traité pratique du droit international privé*, vol. II, 1923, n. 748. També ARMINJON, NIBOYET. Per a una distinció entre persones jurídiques i físiques, ABRAHAM'S *Les sociétés en droit international privé*, 1957.

²⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho internacional privado*. Loc. cit., p. 388. Pot veure's el cap. XXIV de *Derecho internacional privado*, vol. II, 5a edició, de CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZALES, J.

²⁵ BATIFFOL, H.; LAGARDE, P. *Droit international privé*, t. I, cit. núm. 394.

4.3. El dret andorrà parteix d'una perspectiva antiquada quan fixa la llei que regeix les societats: considera que les societats, de manera semblant a les persones físiques, tenen una nacionalitat, que serà l'existència del vincle d'una persona jurídica amb l'Estat andorrà. Modernament, la major part dels sistemes de D. I. Pr. contenen criteris directes per assenyalar la llei aplicable a les societats, com per exemple, el lloc de l'establiment principal, el centre de la direcció principal, el centre d'exploració, el lloc de constitució, etc.

Durant la vigència del discutit decret de 17 de maig de 1940, el Consell General de les Valls va establir, sobre societats no concessionàries:

“Les societats no concessionàries constituïdes i domiciliades ja a les Valls i les que vulguin formar-se en endavant, deurán sotmetre's a les condicions següents: 1- El capital social deurà ésser precisament format, de les tres parts, dues de capital andorrà i l'altra tercera part podrà ésser estranger. 2- El Consell d'Administració deurà ésser precisament format, de les tres parts dels membres que el constitueixen, dues parts de súbdits andorrans i la tercera part podran ésser persones estrangeres, és a dir, que els andorrans siguin en majoria i de coneguda solvència econòmica...”

4.4. L'article 3 de la Llei 20/2007, de 18 d'octubre, de societats anònimes i de responsabilitat limitada (LSARL) segueix les pautes del reglament de 1983, per la qual cosa la nacionalitat de les societats mercantils es determina pel criteri del domicili de constitució: “Té la nacionalitat andorrana tota societat que tingui el domicili social a Andorra i s'hagi constituït d'acord amb aquesta llei.”

Es consagra, doncs, la teoria del domicili social com a criteri atributiu de la nacionalitat andorrana a les societats mercantils, però s'exigeix, endemés, de manera cumulativa, que la societat s'hagi constituït d'acord amb la LSARL, sense els requisits de la qual no podrà ser inscri-

ta en el registre de societats i no gaudirà de personalitat jurídica (requisit previ a l'atribució de la nacionalitat). Ho explicita l'article 7.6:

“Amb la inscripció de l'escriptura de constitució en el Registre de Societats, la societat adquireix la seva personalitat jurídica.”

4.5. El legislador andorrà segueix aplicant el concepte de *nacionalitat*, originàriament concebut per a les persones físiques, a les societats. Des de l'any 1870 s'admet que les societats estan sotmeses a la llei nacional, cosa que comporta, implícitament, que les societats tenen una nacionalitat. Avui una part de la doctrina diria que la noció de *nacionalitat de les societats* és una manera antiga d'expressar que la persona jurídica presenta un vincle amb un estat, el dret del qual regula la persona jurídica. El cert és que la societat està sotmesa a la llei del domicili social i aquesta mateixa regla permet solucionar els conflictes de lleis i la determinació de la nacionalitat.

4.6. L'article 3.1 de l'LSARL és una norma unilateral; només indica quan les societats tenen la *nacionalitat andorrana* i, per tant, quan la legislació andorrana regeix aquestes societats. Però, com precisar la nacionalitat i la llei aplicable a les societats no andorranes? Podríem seguir la tesi que sosté que la nacionalitat i la llei aplicable a les societats no andorranes s'ha d'investigar per mitjà de l'ordenament estranger corresponent, amb la qual cosa el·ligiríem la qualificació *lege causae* del punt de connexió de la norma de conflicte. No obstant això, semblaria més adequat bilateralitzar l'article 3.1 LSARL o resoldre la qüestió d'una manera pragmàtica, com ho ha fet la Cour de Cassation francesa.²⁶

²⁶ Llegim en la sentència del Tribunal des Conflits de França, de 23 de novembre de 1959: “La nationalité des sociétés, qui n'est défini par aucun texte général dont l'application ressortirait à la compétence de l'autorité judiciaire ne peut être déterminée qu'au regard des dispositions législatives ou réglementaires dont l'application ou la non application à la société intéressée dépend du point de savoir si celle-ci est ou n'est pas française. En conséquence, la question de la nationalité d'une société doit être tranchée par la juridiction qui a compétence pour connaître de l'action à l'occasion de laquelle elle est soulevée et ne saurait, lorsqu'elle se pose devant une juridiction administrative, constituer une question préjudicielle, imposant à ladite juridiction l'obligation de sursoir à statuer.” (Text i comentari a *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, p. 180).

bibliografia



- AA DD *Le divorce en Europe occidentale, la loi et le nombre*. GIRD, CETEL, INED, 1983.
- AA DD *L'obligation alimentaire en droit international privé, Institut de recherches juridiques comparatives*. CNRS, 1983-1987. 2 vol.
- AA DD *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*. Toledo, 1993.
- AA DD "Le droit de la famille à l'épreuve des migrations internationales". *Actes du colloque du LERADP de l'Université de Lille II*. Paris: LGDJ, 1993.
- AA DD *L'adoption des enfants étrangers*. Paris: Centre National de l'enfance, 1993.
- AA DD *Comunidades islámicas en Europa*. Madrid: Ed. Trotta, 1995.
- AA DD *L'Islam in Europa. Lo statuto giuridico delle comunità musulmane*. Bolonya: Ed. Il Mulino, 1996
- AA DD *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*. ADAM; GARCÍA (dir.) Madrid: Colex, 2004.
- AA DD *El derecho de familia ante el siglo XXI. Aspectos internacionales*. Madrid: Colex, 2004.
- AA DD *Evolución del derecho de familia en occidente*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, 2006.
- ABRAHAMS, R. *Les sociétés en droit international privé*, Paris: Lib. Techn. Lièges, Desoer, 1957.
- ADAM MUÑOZ, M. D; GARCÍA CANO, S. *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*. Madrid: Colex, 2004.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.; GRIEDER MACHADO, H. “El matrimonio de conveniencia”. *BIMJ*, núm. 1.879 (p. 3.213-3.224).

ALDEEB, S.; BONOMI, A. (ed.) *Le droit musulman de la famille et de successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux. Etude de droit comparé sur les aspects de droit international privé liées à l'immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse*. Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999.

AMORES CONRADI, M.A. “Las relaciones entre cónyuges en el nuevo Derecho internacional privado de la familia. Valores jurídicos y técnicas de reglamentación”. *A. D. C.*, 1987 (p. 89-138).

ANCEL, M. *Le divorce à l'étranger, La documentation française*. París, 1975.

ANCEL, M. *L'adoption dans les législations modernes*. París, 1958.

ARENAS GARCÍA, R. *Crisis matrimoniales internacionales*. Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

ARROYO Y AMAYUELAS, E. (dir.) *El trust en el Derecho civil*. Barcelona: Ed. Bosch, 2007.

ARTUCH, E. “Matrimonios mixtos, diversidad cultural y Derecho internacional privado. *Libro homenaje al Prof. Arroyo Montero*. Madrid: Iprolex, 2003 (p. 199-222).

ASIN CABRERA, A. “Le partenariat en droit espagnol quel avenir pour une réglementation en droit international privé”. *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Schultess, 2004 (p. 71 i s.).

BALLARINO, T. *Diritto internazionale privato*. Pàdua: Ed. Cedam, 1999.

BARATTA, R. *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*. Milà: Giufré, 2004.

- BARBIER, P. *La coutume privée d'Andorre envisagé dans ses sources et dans ses institutions les plus originales*. Paris, 1938.
- BASEDOW, J. "Les conflits de juridictions dans la réforme du droit international privé allemand". *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1987 (p. 87 i s.).
- BASTID, V. S. "L'affaire Nottebhom devant la Cour Internationale de Justice". *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1956 (p. 607 i s.).
- BATIFFOL, H. "La douzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé". *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1973 (p. 266 i s.).
- BATIFFOL, H.; LAGARDE, P. *Droit international privé*. Paris, 1993 [Vol. I, 8a ed.; vol. II, 7a ed.].
- BATIFFOL, H.; FRANCESKAKIS, PH. "L'arrêt Boll de la Cour Internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé". *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1959 (p. 259-276).
- BEEKHUIS, J. H. *IECL*, vol. VI. (cap. I, p. 2 i s.)
- BENATTAR, R. "Problèmes relatifs au droit international privé de la famille dans les pays de statut personnel". *Recueil des Cours*, 1967-II (p. 48 i s.).
- BISCHOFF, J. M. "Le mariage polygamique en droit international privé". *Travaux com. fr. dr. int. pr.*, 1980-1981. (t. II, p. 91 i s.).
- BOELE; WOELKI-FUCHS (ed.) *Legal recognition of same-sex couples in Europe*. Antwerp. Oxford. Nova York: EFL, 2003.
- BORRÁS, A. "Artículos 9.2 y 9.3". *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Madrid, 1993 (p. 447-456).
- BORRÁS, A. "El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado". *RJC*, 1994 (p. 919-970).

- BORRÁS, A. “Bruselas II”. *Derecho Civil, Cooperación Judicial Europa*. Luxemburg: Consell de la Unió Europea, 2005 (p. 55-96)
- BOULANGER, F. *Droit civil de la famille, t.I. Economica*, 1990 (núm. 287 i s.).
- BOULANGER, F. *Droit civil de la famille. Aspects comparatifs et internationaux, t. II. Economica*, 1994.
- BOULANGER, F. “De la Convention de La Haye de 1961 à celle de 1996 sur la loi applicable à la responsabilité parentale et la protection des enfants. Réquiem pour la loi nationale?”. *Mélanges Fritz Sturm, vol. II*. Editions juridiques de l’Université de Liège, 1999 (p. 1.399-1.408.).
- BOURDELOIS, B. *Mariage polygamique en droit positif français*. Paris, 1993.
- BRAMON, D. *Una introducción al Islam religión, historia y cultura*. Barcelona: Ed. Crítica, 2002.
- BRUTAILS, J.A. *La coutume d’Andorre*. Andorra la Vella: Casal i Vall, 1965. 2a ed. [La 1a edició fou publicada a París el 1904.].
- BUCHER. A. “La famille en droit international privé”. *Recueil des Cours*, v. 283, 2000 (p. 19-186).
- BUCHER. A. *Personnes physiques et protection de la personnalité*. Basilea: Helbing and Lichtenhan, 1985.
- BUCHER. A.; BONOMI, A. *Droit international privé*. Basilea: Helbing and Lichtenhahn, 2001.
- CALASSO, F. *Medioevo del Diritto*. Milà, 1954.
- CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado”. *El Derecho de familia ante el siglo XXI. Aspectos internacionales*. Madrid: Colex, 2004, p. 119-158.

- CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho internacional privado*. Vol. I y II. Granada: Comares, 2008.
- CARELLA, G. “La convenzione dell’Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori”. *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1994 (p. 777-794).
- CARLIER, J.; VERWILGHEN, M. *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*. Bruxelles, 1992.
- CARLIER, J.Y. “Le Code belge de droit international privé”. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, p. 11 i s.).
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Matrimonio y elección de ley. Estudios de Derecho internacional privado*. Granada: Comares, 2000.
- CARRILLO CARRILLO, B. L. “Ley aplicable a las parejas de hecho en Derecho internacional privado”. *Mundialización y Familia*. Madrid: Colex, 2001 (p. 385-451).
- CARRILLO CARRILLO, B. L. *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993*. Granada: Comares, 2003.
- CASTELLANOS, E. *Unidad vs. Pluralidad legal de la sucesión internacional*. Granada: Comares, 2001.
- CATELLANI “Les maîtres de l’école italienne du droit international privé au XIX siècle”. *Recueil des Cours*, vol. 46, 1933-IV. (p. 709-823).
- COURBE, P. “Le divorce international. Premier bilan d’application de l’article 310 du Code Civil”. *Travaux com. fr. dr. int. pr.*, 1989-1990. (p. 123 i s.)
- DEPREZ, J. “Les conflits de lois en matière d’obligations alimentaires”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957 (p. 389 i s.)
- DESCHENAUX, B. *L’enlèvement international des enfants par un parent*. Berna, 1995.

DIAGO DIAGO, M. P. “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad. AA DD *El derecho de familia ante el siglo XXI aspectos internacionales*. Madrid: Colex, 2004 (p. 271-294=.

DROZ, G. A. L. “La protection des mineurs en droit international privé français depuis l’entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961”. *J. D. I. Clunet*. 1973 (p. 603-643)

DROZ, G. A. L. “Regards sur le droit international privé comparé”. *Recueil des Cours*, t. 229. 1991, (p. 396 i s.)

DURANTE, F. “Problèmes contemporains du divorce en droit international privé”. *Recueil des Cours*, vol. 152. 1976.

DUTOIT, B. “La protection des incapables majeurs en droit international privé”. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1967 (p. 465-504).

ERAUW, J.; SARRE, F. “*The new regime governing international adoptions in Belgium*”. *NILR*, 1988, núm. 35 (p. 117-134).

ESPINAR VICENTE, J. M. *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*. Madrid: Ed. Tecnos, 1996.

FADLALLAH, I. “Vers la reconnaissance de la repudiation musulmane par le juge français?”. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1981 (p.17 i s.)

FERID, F. “Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé”. *Recueil des Cours*, vol. 142, 1974-II (p. 71 i s.)

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho internacional privado*. Madrid: Thomson-Civitas, 2007.

FONTANELLAS MORELL, J. M. “Noves perspectives per una regulació de les unions de fet en el Dret internacional privat espanyol”. *XI Jornades Jurídiques. Unions de fet*. Lleida, 1998 (p. 235-245)

- FORNER DELAYGUA, J. *Nombre y apellidos. Normativa interna e internacional*. Barcelona: Bosch, 1994.
- FOYER, J. “Problèmes de conflit de lois en matière de filiation”. *Recueil des Cours*, vol. 193, 1985-IV (p. 13 i s.)
- FOYER, J. “Filiation”. *Rep. Droit international privé*. Dalloz, 1998, núm. 13.
- FRANCESCAKIS, PH. “Le divorce d’époux de nationalité diferente après l’arrêt Rivière”. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1954 (p. 325 i s.)
- FULCHIRON, H. “Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé”, *J.D.I. Clunet*, 2000, pp. 889-913.
- GANNAGÉ, P. “L’adoption d’un Libanais par un étranger”. *J. D. I. Clunet*, 2000 (p. 871 i s.)
- GASPARRI *De matrimonio*. Roma, 1932.
- GAUDEMET-TALLON, H. “Le doit français de l’adoption internationale”. *Rev. int. dr. comp.*, 1990 (p. 567 i s.)
- GAUDEMET-TALLON, H. “La desunión du couple en droit international privé” *Recueil des Cours*, vol. 226, 1991 (p. 9-206).
- GODECHOT, S. *L’articulation du Trust et du droit des successions*. París: Panthéon-Assas, 2004.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C. “La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional”, *RJC*, 1996, (p. 313-345).
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C. “La protección de adultos en Derecho internacional privado”. *AA DD Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Madrid: Colex, 2000 (p. 85-102).

- GONZÁLEZ BEILFUSS, C. *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- GRAVESON, R. H. “La nouvelle loi anglaise sur la reconnaissance du divorce et de la séparation de sorps”. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1972 (p. 543 i s).
- GUTZWILLER, M. “Le développement historique du droit international privé”. *Recueil des Cours*, vol. 29, 1929 (p. 291-339). LGDJ, 1979.
- HAMILTON, C.; EVERALL, M. *International child abduction*, London, 1994.
- HASHIM KAMALI, M. *Principles of Islamic Jurisprudence*. Cambridge: Ed. Islamic Texts Society, 1997.
- HASHIM KAMALI, M. *Freedom, Equality and Justice in Islam*. Cambridge: Ed. Islamic Texts Society, 2002.
- HAYTON, D. (ed.) *European Succession Laws, Second Edition*. Jordan, 2002.
- HELZFELDER, F. *Les obligations alimentaires en droit international privé*. París, 1981.
- HELZFELDER, F. “Les obligations alimentaires en droit international privé conventionnel. Les deux Conventions de La Haye”. *LGDJ*, 1985.
- HOLLEAUX, D. *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*. París: Dalloz, 1970.
- HUET, A. “La separation des concubins en droit international privé”. *Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi*. Litec, 2002 (p. 539 i s.)
- HUNTINGTON *The Crash of Civilizations and the Remaking of the World*. Nova York, 1996.
- IGLESIAS BUHIGUES, J. L. “Doble nacionalidad y Derecho comunitario a propósito del as. C-369/90, Micheletti, STJCE de 7 de julio de 1992”. *Homenaje a M. Díez de Velasco*. Madrid, 1993, (p. 953-967).

- IRIARTE, J. L. “Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones”. *R. G. D.*, 1989 (p. 3.561-3.582).
- JASPER, M. *Internacional adoption*. Oceana Pub., 2003.
- JEDIN, H. *Historia del Concilio de Trento*. Pamplona: Eunsa, 1975.
- KHAIRALLAH, G. “Les partenariats organisés en droit international privé”. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000 (p. 317-330).
- LAGARDE, P. “Observations sur l’articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l’application des Conventions de droit international privé”. *Mélanges A. E. Von Overbeck*. Friburg, 1990 (p. 511 i s.).
- LAGARDE, P. “La nouvelle Convention de La Haye sur la protection des mineurs”. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997 (p. 217-237).
- LAGARDE, P. “La convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes”. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000 (p. 159-179).
- LAINÉ, A. *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*. Paris: R. Pichon, Paris (1r vol., 1888; 2n vol. 1892) Glashütten im Taunus. Detlev Auvermannn KG, 1970.
- LALIVE, P.; BUCHER, A. “Sur la loi applicable à l’obligation alimentaire et à la question préalable de la filiation, selon la Convention de La Haye du 24 octobre 1956”. *Annuaire suisse de droit international*, 1977. (p. 377 i s.).
- LARA AGUADO, M. A. *El número en derecho internacional privado*. Granada: Comares, 1998.
- LAWSON, F. H. *IECL*, vol. VI. (cap. 2, p. 2 i s.).

- LÁZARO GONZÁLEZ, I. *Las uniones de hecho en el Derecho internacional privado español*. Madrid: Tecnos, 1999.
- LEQUETTE, Y. "Le droit international privé de la famille à l'épreuve des Conventions internationales". *Recueil des Cours, 1994-II, vol. 246*. (p. 9-234).
- LEVENEUR, L. "Situations de fait et de droit privé". *LGDJ*, 1990.
- MASPONS I ANGLASELL *La llei de la família catalana*. Barcelona, 1935.
- MEIJERS, E. "L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du moyen âge, spécialement dans l'Europe occidentale". *Recueil des Cours, vol.49, 1934-III* (p. 574-683).
- MERCIER, P. *Conflicts de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*. Ginebra: Lib. Dalloz, 1972.
- MERNISSI, S. *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West*. London, 1999.
- MERON, Y. "L'accomodation de la repudiation musulmane". *Rev. int. dr. comp.*, 1995 (p. 921 i s.).
- MEYER, C.A. "L'homosexualité dans la juridiction de la Cour et de la Commission Européennes des droits de l'homme". *Homosexualité et Droit*. Paris: PUF, 1998 (p. 153 i s.).
- MILLIOT, L. *Introduction à l'étude du droit musulman*. Paris, 1953.
- MONÉGER, F. "Les musulmans devant le juge français", *J. D. I. Clunet*, 1994 (p. 345-374).
- MORRIS, J. H. C. "L'évolution récente du droit international anglais". *J. D. I. Clunet*, 1973, (p. 165 i s.).
- MOSCONI, F. *La tutela dei minori in diritto internazionale privato*. Milà: Giuffré, 1964 (p. 233 i s.).

- MUCIUS SCAEVOLA, M. *Código civil, comentado y concordado extensamente, t. III*. Madrid, 1890.
- MUIR-WATT, H. "La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la cooperation en matière d'adoption internationale". *Travaux com. fr. dr. int. pr.*, 1993-1995 (p. 49-63).
- NACIMBENE, B. "I diritti della personalità nel diritto internazionale ed europeo". Verona: *Studi Giuliani*, 1989 (p. 703-729).
- NAQUET, E. "La règle locus regit actum est-elle impérative ou facultative?" *J. D. I. Clunet*, 1904 (p. 54 i s.).
- NASIR, J. J. *The islamic law of personal status*. Londres: Grahamm and Trotman, 1990.
- NECKER, A. *La mission de l'exécuteur testamentaire dans les successions internacionales*. Ginebra, 1972.
- NIBOYET, J. P. *Traité de droit international privé français*. Paris: Sirey, 1947-1951.
- NIEDERER, W. "Ceterum quaero de legume imperii romani conflictu". *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, p. 139 i s.).
- NORRIE, MCK "Reproductive Technology, Transsexualism and Homosexuality. New Problems for Internacional Private Law". *ICLQ*, 1994 (p. 757-775)
- NOVA, R. DE "Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws". *Recueil des Cours, vol. 118, 1966-II*. (p. 436 i s.).
- NOVA, R. DE *Scritti di diritto internazionale privato*. Pàdua: Cedam, 1977.
- OBIOLS, C. *Jurisprudència civil andorrana. Jutjat d'Apel.lacions 1945-1969*. Andorra la Vella: Casal i Vall, 1969.

- OPERTTI BADAN, D. "L'adoption internationale". *Recueil des Cours*, 1983-II (p. 295 i s.).
- OPPETIT, B. "Le trust dans le droit du commerce international". *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1973 (p. 1 i s.).
- ORTIZ DE LA TORRE, T. "El reenvío ante el Tribunal Supremo. Historia y reapertura de la vieja polémica en el Derecho internacional privado español". *Actualidad Civil*, 1999 (p. 1.261 i s.).
- OVERBECK, A. E. VON "La Professio iuris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé". *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq*. Gant, 1965 (t. II, p. 1.085 i s.).
- OVERBECK, A. E. VON "La contribution de la Congerence de La Haye au développement du droit international privé". *Recueil des Cours*, vol. 233, 1992-II (p. 65 i s.).
- PALLARD, R. "La filiation illégitime en droit international privé français". *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1952 (p. 623 i s.). 1953 (p. 61 i s.).
- PÉREZ VERA, E. "Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho internacional privado español". *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Madrid: Colex, 2000 (p. 131-138).
- PICONE, P. "La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori". *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1996 (p. 705-748).
- PICONE, P. *La riforma italiana del diritto internazionale privato*. Pàdua: Cedam, 1998.
- POCAR F. *Il nuevo diritto internazionale privato italiano*. Milà: Giuffré, 1997.
- POUSSON-PETIT *Le démariage en droit comparé. Etude comparative des causes d'inexistence, de nullité de mariage, de divorce et de séparation de corps, dans les systèmes européens*. Brussel'les, 1981.

- PRADELLE, G. DE LA “Les conflits de lois en matière de nullité”. *Bibliothèque de droit international privé*, vol. 8. 1967.
- QUIÑONES, ESCÁMEZ, A. “La disolución del matrimonio, especial referencia al repudio islámico”. *La multiculturalidad, especial referencia al Islam. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2002 (p. 259-342).
- QUIÑONES, ESCÁMEZ, A. “Las uniones estables de pareja”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. 2003-I (p. 127-164).
- REVILLARD, M. *Droit international privé et droit communautaire pratique notarial*. Defrénois, 2006.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E. *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*. Granada: Comares, 2002.
- ROSSOLILLO, G. “Registered Partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso problema di qualificazione ed effetti nell’ordinamento italiano”. *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2003 (p. 353-362).
- PALSON, L. “Marriage and Divorce”. *IECL*, vol. III (cap. 16, p. 3-175; 707-721).
- POLLOCK; MAITLAND *The Historie of English Law Before the time of Edward I*. Cambridge, 1952. [Reimpressió de la 2a edició]
- SALZANO, A. *La sottrazione internazionale di minori. Accordi internazionali a tutela dell’afidamento e del diritto di visite*. Milà, 1995.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. “Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado”. *REDI*, 1989 (p. 487-531).
- SÁNCHEZ LORENZO, S. “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”. *Libro homenaje al Prof. Arroyo Montero*. Madrid: Iprolex, 2003, p. 119-158.
- SAUVAGE, F. *Brèves remarques sur la vocation successorale des épouses*

d'un mari polygame depuis la loi du 3 décembre 2001, De frénois, 2003 (p. 1.470 i s.)

SAVOLAINEN, M. "The Hague Convention on Child Abduction of 1980 and its Implementation in Finland". *Nordic Journal of International Law*, núm. 51, 1997 (p. 1-66).

SCHITZNER, A. F. "Le trust et la foundation dans le conflit de lois", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966 (p. 479 i s.)

SHAPIRA, A. "Private international law. Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases". *Recueil des Cours*, vol. 214, 1989 (p. 127-250).

SIMÓ SANTONJA, V. L. Regímenes matrimoniales. Legislación comparada. Pamplona: Aranzadi, 1991.

SIMON-DEPITRE, M. "La protection des mineurs en droit international privé après l'affaire Boll". *Travaux com. fr. dr. int. pr.*, 1960-1962.

105 i s.)

SPERDUTTI, G. Evoluzione storica e diritto internazionale private. Pàdua: Cedam, 1970.

STRUYCKEN, A. V. M. "La Convention de Munich sur la loi applicable aux nom et prénoms", *REDI*, 1990 (p. 153-170).

STUBER, G. Anerkennung internationaler Adoptionen, Stuttgart: Boorberg, 2003.

STURM, F. "Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois". *J. D. I. Clunet*, 1979 (p. 259-273).

TELL "Notas sobre la teoría de los estatutos y la antigua jurisprudencia catalana". *RJC*, 1954 (p. 213-225-309-326).

TRILLAT, B. "Une migration singulière, l'adoption internationale". *AA DD L'adoption des enfants étrangers*. Paris: Centre National de l'enfance, 1993 (p. 15 i s.).

- VASSILAKAKIS, E. “La professio iuris dans les successions internationales”. *Droit international privé esprit et methods. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*. Dalloz, 2005 (p. 803-818).
- VERWILGHEN, M. (ed.) *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes sous la direction de M. Verwilghen*. Brussel·les: Brulant, 2003.
- VIARENGO, I. *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*. Pádua: Cedam, 1996.
- VIÑAS FARRÉ, R. “Personalidad de las leyes”. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona: Ed. Francisco Seix, 1989 (t. XIX, p. 653-663).
- VIÑAS FARRÉ, R. “Las menciones de identidad de ciudadanos de países árabes y musulmanes en el Registro Civil español”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2002, (p. 345-362).
- VIÑAS FARRÉ, R. *Dret internacional privat del Principat d’Andorra, vol. I*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- VIÑAS FARRÉ, R. “Las sucesiones ab intestato en Derecho andorrano”. *A. D. I.* 1979-1980-1981 (p. 379-387).
- VIRGÓS SORIANO, M.; RODRÍGUEZ PINEAU, E. “La doble nacionalidad y los vínculos especiales con otros Estados: la experiencia española”. *Estudios homenaje Prof. L. Díez Picazo*. Madrid: Civitas, 2003 (p. 6.323-6.347).
- VLAMING-BENDER *Praelectiones iuris matrimonii*. Bussum, 1950.
- WAHIDUDDIN KHAN M. *Concerning Divorce*. Nova Delhi: Ed. Islamic Centre, 1998.
- WERNZ; VIDAL; AGUIRRE *Ius canonicum*. Roma, 1946 (t. 4 i 5).
- WULF, C. DE *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*. Brussel·les, 1965.

índex analític



Entre parèntesi, el capítol en què es tracta la matèria o concepte en qüestió

Adopció internacional

Acords bilaterals (25)

Adopció constituïda per autoritat andorrana (25)

Adopció constituïda per autoritat estrangera (25)

Capacitat per adoptar (25)

Capacitat de l'adoptat (25)

Competència judicial internacional (25)

Concepcions sobre la creació del vincle adoptiu (25)

Conveni de l'Haia de 1993 (25)

Dret aplicable (25)

Efectes i reconeixement de l'adopció feta a l'estranger (25)

Expedient de l'adopció (25)

Aliments

Aliments entre convivents (26)

Autonomia del deute alimentari (26)

Competència judicial internacional (26)

Capacitat econòmica de l'alimentista (26)

Conveni de Nova York de 1956 (26)

Conveni de l'Haia de 1973 (26)

Conveni de l'Haia de 2007 (26)

Cooperació internacional (26)

Dret aplicable (26)

Noció d'aliments en dret andorrà (26)

Protecció de la part dèbil (26)

Protocol de l'Haia de 2007 (26)

Reclamacions entre parents (26)

Reglament comunitari núm. 4/2009 (26)

Reconeixement i execució de decisions (26)

Capacitat jurídica i capacitat d'obrar

Absència i declaració de mort (29)

Capacitat (29)

Circumstàncies modificatives de la capacitat (29)

Convenis de la CIEC (29)

Drets de la personalitat (29)

Dret al nom (29)

Emancipació (29)

Inici i extinció de la personalitat (29)

Incapacitació de majors d'edat (29)

Majoria d'edat (29)

Nasciturus (29)

Ordre públic (29)

Transsexualitat (29)

Crisis matrimonials

Nul·litat de matrimoni (23)

- Competència judicial internacional (23)

- Efectes de la nul·litat (23)
- Causes de nul·litat i el matrimoni canònic (23)
- Objecte i condicions de la nul·litat (23)
- Privilegi paulí (23)

Separació i divorci

- Competència judicial internacional (23)
- Naturalesa jurídica de les causes de separació i divorci (23)
- Reconeixement de decisions estrangeres (23)
- Repudi i divorci *inter privatos* (23)

Estatut personal

Apatrídia i pluralitat de nacionalitats (18)

Determinació de l'estatut personal de les persones físiques i jurídiques (18)

Escoles estatutàries i Andorra (18)

Evolució històrica (18)

Noció d'estatut personal i matèries incloses (18)

Efectes del matrimoni

Capítols matrimonials (22)

Conveni de l'Haia de 1978 sobre llei aplicable als règims matrimonials (22)

Llei aplicable (22)

Règims econòmics matrimonials (22)

Relacions patrimonials entre cònjuges (22)

Unions estables de parella

- Efectes personals i patrimonials (22)
- conflicte de lleis (22)

Família en dret internacional privat:

Forum non conveniens (20)

Models de família (21)

Filiació per naturalesa:

Competència judicial internacional (24)

Conflictes de lleis (24)

Efectes de la filiació (24)

Filiació en dret andorrà (24)

Inscripció de la filiació en el registre civil (24)

Kafala i Tanzil (24)

Matrimoni putatiu i filiació (24)

Reconeixement de decisions estrangeres (24)

Institució desconeguda a Andorra

Kafala (24)

Tanzil (24)

Trust (27)

Matrimoni

Capacitat nupcial (21)

Competència judicial internacional (21)

Condicions de fons (21)

- Consentiment i capacitat (21)
- Crisis matrimonials (23)
- Dret constitucional (21)
- Efectes del matrimoni (22)
- Expedient civil i inscripció en el registre civil (21)
- Forma de celebració (21)
- Impediments (21)
- Llei aplicable (21)
- Llei qualificada del matrimoni (21)
- Matrimoni celebrat a Andorra (21)
- Matrimoni celebrat a l'estranger (21)
- Matrimoni islàmic (21)
- Matrimoni putatiu (24)
- Models de família a Andorra (21)
- Ordre públic (21)
- Promesa de matrimoni (21)
- Transsexuals (21)
- Protecció internacional de persones
 - Autotutela (20)
 - Competència judicial internacional (20)
 - Consell de tutela (20)
 - Conveni de l'Haia de 1980 (20)
 - Convenis de l'Haia de 1961 i 1996 (20)

Defensor judicial (20)

Favor filii (20)

Incapacitació (20)

Interès superior del menor (20)

Kafala (20)

Llei aplicable (20)

Llei qualificada d'adopció i de les altres formes de protecció de menors desemparats (20)

Llei qualificada d'incapacitació i organismes tutelars (20)

Llei de garanties dels drets de les persones amb discapacitat (20)

Menor d'edat (20)

Menor desemparat (20)

Mesures d'assistència educativa (20)

Ordre públic (20)

Prodigalitat (20)

Segrest internacional de menors (20)

Règim econòmic matrimonial

Capítols matrimonials (22)

Conveni de l'Haia de 1978 (22)

Dret comparat (22)

Règim legal (22)

Successió per causa de mort:

Competència judicial internacional (27)

Correctius al dret aplicable (27)

Dret aplicable i àmbit d'aplicació (27)

Testaments i pactes successoris

- capacitat per testar (27)

- capacitat passiva (27)

- forma dels testaments (27)

El Trust

- Conveni de l'Haia de 1985 relatiu a la llei aplicable i al reconeixement del Trust (27)

- Llei aplicable i reconeixement (27)

Transsexualitat:

Capacitat nupcial (19, 21)

Unions estables de parella

Conflictes de lleis (22)

Llei qualificada de les unions estables de parella (22)

Relacions i efectes personals (22)