

Dret de família

La Llei qualificada del matrimoni a Andorra, del 30 de juny de 1995, i el seu desenvolupament jurisprudencial

Joan Poch Serrats
Magistrat

Agraeixo la gentilesa de la invitació a venir a aquesta casa, que ha determinat un cert atreviment per la meua part, en assumir un tema, vertaderament encara una mica inestable o, més ben dit, no consolidat, ja que solament el temps permet la construcció d'unes línies o conclusions jurisprudencials respecte d'una determinada llei que, com la del matrimoni a Andorra, representa una profunda innovació i fins i tot, dins de certes consciències o estructures socials, una quasirevolució.

Gràcies també a la lletrada Maite Bougeaud per la seva presència; des de la meua tasca al Principat d'Andorra he tingut la sort de conèixer-la, i en puc destacar la sensibilitat, dignitat i responsabilitat professional. Igualment, el meu agraïment al senyor Mas Solench, que em va cridar per estar aquí amb vosaltres.

Vàrem acceptar com a tema un estudi sobre la Llei qualificada del matrimoni a Andorra i el seu desenvolupament jurisprudencial, que, en definitiva, permet l'aplicació i integració concretes de les seves disposicions respecte de cada conflicte sorgit dins de la institució del matrimoni i les diverses rela-

cions, totes elles de vertadera transcendència, derivades d'aquesta. La resposta a la dinàmica de la realitat quotidiana ha comportat, per a tot el Tribunal Superior de Justícia, una vertadera captació del sentit i de l'esperit de la norma, que, lògicament, no pot preveure tots els detalls ni conflictes concrets, sinó que senzillament marca una sèrie de principis, de pautes normatives, l'aplicació de les quals ha determinat un vertader esforç jurisprudencial.

Limitaré la meua intervenció a ressaltar uns principis, unes característiques, uns determinats punts, que vertaderament constitueixen una «personalitat» o «identitat» de la Llei qualificada, en la qual destaca, en primer lloc, que l'exposició de motius fa referència al possibilisme i protagonisme de la voluntat dels cònjuges i els potencia, és a dir, superposa un cert caràcter «*jus-privatista*» del sistema, enfront del que podríem dir-ne «caràcter institucional-contractual» del matrimoni.

No oblidem, per a comprendre aquesta característica fonamental, que, dins de la consciència o infraestructura sociològica d'Andorra, encara palpita i aflora i roman una gran reserva del dret romà, que rebrolla i es manifesta dins de qualsevol estipulació o regulació contractual —capítols— dels efectes econòmics del matrimoni; això explica que, no obstant el principi constitucional de protecció a la família, «els poders públics promouran una política de protecció de la família, element bàsic de la societat» (article 13.2), des de la perspectiva o dimensió de les conseqüències de naturalesa privada, s'atorga un gran protagonisme a la voluntat del cònjuges; ressaltó com a molt positiva aquesta característica, en tant que conviure, més enllà d'un vincle i d'una obligació, no pot ésser mai una imposició que no es nodreixi constantment de la saba vivificadora de l'adhesió dels esposos. Consegüentment, aquest respecte i dinàmica de la «voluntat», entesa com a «dinàmica i acceptació del sentit i *ratio* de l'*status*», pot qualificar-se de molt respectable, entesa naturalment dins del principi i concepte constitucional de protecció a la família.

Andorra és un país molt tradicional; no la confonguem amb el Pas de la Casa a l'hivern, amb una confluència multitudinària d'esportistes, ni amb l'enorme proliferació de botigues i establiments que es troben a dreta i esquerra dels seus carrers. Més enllà i per damunt, hi ha una Andorra eterna, profunda, silenciosa, dipositària d'una gran reserva de tradició i amb un DNA molt propi; en definitiva, és una societat molt seva, bonament seva. Recordaré les paraules del Molt Il·lustre Senyor Cap de Govern el dia en què vàrem prendre possessió del càrrec de magistrats del Tribunal Superior de Justícia, el 25 de novembre de 1993, diada de Santa Catalina —nom de la meua estimada mare—: «Senyors magistrats, hem intentat fer una revolució

pacífica, profunda i callada; que aquesta revolució tingui èxit, depèn de vostès...». En principi, i d'entrada, vaig pensar que era una mica excessiva la tasca, i que se'ns atribuïa un plus de responsabilitat. Però en definitiva, tota la integració social dels principis constitucionals, tota la seva normalització dins de la societat, tota la seva identificació amb un concepte de vida i de convivència política, resulta i es dinamitza amb el desenvolupament de la Constitució, que en definitiva ha de configurar una nova consciència; la qual cosa, per si sola, explica la transcendència de la matisació i aplicació jurisdiccionals, mitjançant la tasca del jutge. No podem oblidar que la Llei qualificada era molt atrevida, quasi trencadora d'un cert sistema, no solament per passiu, viu i arrelat, sinó que també calia «actualitzar el conjunt» definició i desplegament de la Constitució, per tal de recollir i activar el pensament i les aspiracions d'un ampli sector de la societat andorrana que, des d'aquelles arrels, des del sentiment social a la seva expressió, que és la norma, ha mantingut, respectat i potenciat la influència i les màximes conseqüències de la voluntat dels contraents, dins del marc institucional del matrimoni.

L'article 1 de la Llei qualificada diu que «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». La primera qüestió que em planteja la norma —i des d'ara invoco l'ajuda i la participació dels prestigiosos especialistes en dret matrimonial que honoren i enriqueixen amb la seva presència aquest acte—, és la de si pot ésser, en principi, inconstitucional la constitució d'una família de persones del mateix sexe. Estimat Paco Vega..., si la raó del matrimoni és constituir una família, i aquella solament pot referir-se a l'home i a la dona, podrà existir un altre tipus de família sense aquests valors o conceptes biològics normativament constitutius?; podrà entrar-se en el possibilisme que una regulació de les denominades «unions de fet estables» puguin, a la vegada, configurar una família?; la capacitat naturalment creadora inserida en la família —home-dona— pot ésser suplerta per altres solucions que, més enllà de l'afecte i del sentiment —*per se*—, estan mancades del valor de desenvolupament personal de la família constituïda pel matrimoni?

Continuant aquesta divagació sobre la Llei qualificada, hem d'entrar en l'estudi de la regulació de les crisis del matrimoni —a part de les causes que *ab initio* determinen la seva nul·litat (article 36), equivalent a l'article 73 del nostre Codi civil—, i hem de ressaltar que potser la seva redacció resulta més senzilla, i així, en definir la falta de consentiment com a causa de nul·litat, no es refereix a la «coacció» o a la «por», situacions de constricció psíquica

que, en definitiva, comporten una falta de consentiment. Pel que fa a les causes de separació, l'article 39 igualment és un reflex idèntic de les causes previstes en el nostre article 82; no obstant això, crec que s'ha de ressaltar que en el núm. 3 del dit precepte es recullen «els mals tractaments, injúries greus i aquelles altres causes que facin la vida conjugal massa difícil», i aquesta referència a l'«*incommodum* greu» no és sinó donar transcendència normativa concreta a aquelles situacions que, per la pèrdua de l'*affectio*, la institució pràcticament resta buidada de contingut i raó, ja que, en definitiva, la convivència, més que creativa i enriquidora, resulta totalment negativa i frustrant, i provoca i determina una essencial frustració de la «finalitat del contracte», que per si sola és suficient per a determinar-ne la suspensió. El precepte, atent al desenvolupament jurisprudencial del nostre país, ha recollit la construcció jurisprudencial de l'«*incommodum* greu», que en la seva redacció més aperturista —«aquelles altres causes que facin la vida conjugal massa difícil»— permet una resposta i apreciació judicial àmplia, eficaç i vertaderament ajustada a la concreta realitat o possible degradació de les relacions entre els cònjuges, més enllà d'una tipificació concreta de mal tracte físic o moral (*injuria*); el concepte de «massa difícil» és obert «en blanc» i permet una valoració molt directa i específica de la situació, i, consegüentment, permet resoldre de la manera més ajustada i correcta; evidentment, en acceptar com a causa de separació una convivència massa difícil permet una molt positiva construcció de la causa concreta.

Igualment, considero molt positives les causes previstes en els núm. 7 i 8 del dit article 39 de la Llei qualificada —«el mutu consentiment d'ambdós cònjuges» i «en general, qualsevol altra causa que, a judici dels òrgans jurisdiccionals, sigui suficient per creure que no és possible ni convenient una normal cohabitació entre els cònjuges», vertaderament resulta àmplia la possibilitat del tribunal per a valorar, no solament la normalitat d'una convivència —situació d'indubtable base fàctica—, sinó també la seva conveniència, la qual cosa permet, més enllà del context concret, entrar a valorar si vertaderament es pot definir i acceptar la convivència com a útil i positiva o, en cas contrari, pronunciar la separació. Difícilment es pot trobar un criteri tan realista i pragmàtic, i a la vegada, d'un sentit i d'una contingut tan pràctics; ja que realment el que es diu és que «si la cosa no funciona, si això no va, no creix, si això destrueix i mata, ja n'hi ha prou». La valoració, tan oberta i a la vegada abstracta, correspon al batlle, i en aquesta abstracció s'incardina precisament una dificultat pròpia de tot concepte «en blanc»: què s'entén per «massa difícil»? Possiblement podria integrar-se en el concepte canònic de l'«*incommodum* greu», que a Espanya és una creació jurisprudencial. A

Andorra, aprofitant l'experiència, s'ha convertit en un concepte normatiu, que indubtablement requerirà una projecció jurisprudencial per a arribar a precisar i integrar què s'ha d'entendre per «convivència massa difícil».

En aquest sentit, també cal ressaltar l'enorme possibilisme i obertura que comporta la causa de separació regulada en el núm. 8 de l'article 39 de Llei qualificada, que accepta «en general, qualsevol altra causa que, a judici dels òrgans jurisdiccionals competents, sigui suficient per a creure que no és possible ni convenient una normal cohabitació entre els cònjuges»; crec veritaderament impressionant l'enorme transcendència que comporta el precepte, el qual, veritablement, supera i pràcticament anul·la el contingut institucional del matrimoni, per analitzar-lo des d'una perspectiva dinàmica, concreta i real. És a dir, si la institució no «funciona», no cal mantenir-la; es tracta, crec, de l'aplicació d'una causa de dissolució del contracte equivalent a la coneguda per «desaparició de la base o *ratio* contractual», que té una aplicació a les relacions contractuals ordinàries, i que, en el supòsit concret, s'introdueix dins de les relacions matrimonials i es projecta com una conseqüència de la seva conformació jurídica contractual.

En conseqüència, crec sincerament que la norma ha plasmat —potser des d'aquest subconscient, des d'aquesta història que està sota les pedres i els arbres, en el riu Valira i en l'art romànic de les seves esglésies— un gran respecte per la llibertat dels contraents i pel sentit exacte de les institucions, que, sorgides de la voluntat de les persones, han d'estar al servei d'aquestes; és a dir, poca vitalitat i poc respecte mereix una relació conjugal que, des de qualsevol perspectiva —naturalment seriosa i transcendent—, no realitzi la finalitat de la mateixa institució. Concepte, potser, de contingut sociològic?

Des de la vessant «patrimonial», és a dir, les possibles conseqüències de la crisi matrimonial relatives a l'economia i al patrimoni conjugals, cal dir que qualsevol tipus de ruptura i cessació de la convivència per mutu acord (article 61) ha d'ésser acompanyada de la proposta de conveni escrit que compregui tots els aspectes exigits per les disposicions dels articles 52 al 57, referents, en definitiva, al principi del *favor filii*, i resta sotmesa la seva aprovació —competència de la jurisdicció civil— a la condició que els drets d'ambdós cònjuges i els dels fills restin suficientment protegits.

Pel que fa a la regulació processal de les diverses situacions d'ordre material que poden presentar-se dins de la relació matrimonial en davallada o crisi, l'article 51, com el sistema espanyol —article 104 del Codi civil—, determina les mesures provisionals a instància d'un cònjuge que formuli demanda o que es proposi formular-la, i es poden prendre totes les mesures adients de guarda i custòdia dels fills, aliments, domicili conjugal, etc.

Aquestes s'han de ratificar dins de trenta dies naturals, exactament com estableix l'article 104 del Codi civil espanyol; potser una especialitat pròpia de la Llei és que, conformement a l'article 64, es poden adoptar mesures provisionalíssimes *inaudita parte*, és a dir, fins i tot abans de donar trasllat de la demanda a l'altra part o abans que comparegui, i sense ser escoltada, amb la finalitat de donar la resposta més urgent a la problemàtica familiar humana i econòmica derivada de la ruptura de l'harmonia conjugal.

Aquest doble possibilisme processal segons la concreta situació plantejada, en principi, i és natural, va provocar una certa desorientació, lògica i natural, dins dels professionals, bàsicament en el sentit de tornar a demanar i reiterar, com a mesures provisionals, les ja acordades com a provisionalíssimes, és a dir, com si les situacions de necessitat i urgència poguessin anar repetint-se i reiterant-se. Aquesta qüestió va motivar la interlocutòria de data 18 de setembre de 1997, en què la Sala Civil del Tribunal Superior d'Andorra, va intentar definir i matisar una mica la frontera, la diferenciació entre ambdues possibilitats, fet que, indubtablement, va ésser —sense cap petulància— una aportació a una cert aclariment de la problemàtica, problemàtica que lògicament s'ha de presentar i reiterar fins a un ple desenvolupament jurisprudencial de la Llei, sense perdre mai de vista que estem col·laborant per la seguretat, estabilitat i integració jurídica d'una societat que està entrant en una profunda dinàmica des de la clau de volta de la seva Constitució.

Possiblement, la conclusió més important i aclaridora de la interlocutòria esmentada (18 de setembre de 1997) és que les mesures provisionalíssimes no poden plantejar-se quan la situació, de fet, ja s'ha consumat i està plenament conformada, és a dir, quan, de fet, ja s'ha produït una ruptura de la convivència, i defineix les mesures provisionalíssimes com de naturalesa excepcional i sempre motivades per una situació presentada de manera sobtada i urgent, de tal manera que quan aquella crisi ja està —per dir-ho així— totalment consumada, el conflicte d'urgència ja ha estat superat i s'ha d'entrar en la dinàmica de les denominades «provisionals».

Una de les missions i precisions de més profunditat i transcendència que s'ha intentat en la jurisprudència ha estat potenciar al màxim el principi del *favor filii*, constantment reiterat en el context de la Llei qualificada (articles 51, 53, etc.). No pot oblidar-se que, dins de les situacions de crisi matrimonials, es produeixen egoismes a vegades brutals que incideixen sobre els fills, els quals, en definitiva, es transformen en mitjans de coacció per a intentar un determinat comportament de l'altra part.

S'ha afirmat, com a principi, i comptant sempre amb la sensibilitat i

aportació del Ministeri Fiscal, que entre ell i ella, entre els cònjuges, existeix un valor transcendent i superior —el fill, el nen—, que és la part més innocent i indefensa, la qual transcendència i entitat ha d'ésser constantment afirmada i reiterada. Cal introduir, dins de la institució en crisi, la consciència que el fill —i així s'ha reiterat en línia jurisprudencial— està per damunt de tots els conflictes d'interessos. El *favor filii* està totalment i absolutament definit, pronunciat i, el que és més gratificant, normalitzat en la consciència social, fins i tot per damunt de certes situacions concretes que indubtablement comporten una profunda frustració de sentiments naturals i vertaderament respectables, fins al punt d'haver-se explicitat en una determinada resolució que, si la convivència del menor resulta més pacífica i enriquidora amb els avis que amb el pare o la mare, aquests han d'acceptar el sacrifici, i que, essencialment, no representa sinó, senzillament, una generositat pròpia del vertader amor.

Crec que ja he abusat prou de la vostra paciència i tolerància, i consegüentment la meva intervenció ha de finalitzar. No obstant això, vull explicar-vos un cas, un supòsit que crec molt interessant i fins i tot emocionant, i així va ésser comprès pel molt digne representant del Ministeri Fiscal, el bon amic Alfons, que enriqueix la reunió amb la seva presència. Crec que s'ha d'explicar pel seu sentit i contingut de «poema», que és un valor a tenir en compte sempre dins del dret de família, que ha de transcendir els conflictes d'interessos materials per concentrar-se en les persones.

Eren dos fills, dos nens espaviladíssims. Els vàrem escoltar amb l'Alfons: era un nen que devia tenir, suposo, set o vuit anys, i l'altre que en tenia nou o deu. Estaven acollits; eren fills de la mateixa mare i de pares diferents. Una dona va tenir un fill amb un individu; aquest individu la va abandonar i va tenir un altre fill amb un altre individu, i l'altre individu la va abandonar. Ella va arribar en la misèria absoluta a Andorra —era andorrana—, i les institucions andorranes d'acolliment, que són meravelloses, que són impressionantment meravelloses —ah! direu: només hi ha quinze nens; és igual, el ben fet comença amb un, i el mal fet comença amb un; estem d'acord o no hi estem—, els van acollir.

Aquests dos vailets varen crear el seu entorn familiar dintre d'aquella institució. Vàrem estar allà, i el gran feia de protector del petit; eren germans de mare, però de pare, no, i aquell nen gran, que era molt assenyat, va assumir d'una manera misteriosa la tutela del petit, i total es deuen portar tres anys. Va arribar un moment que aquests nens, l'un i l'altre, eren una autèntica família, fins al punt que, quan un dels germans se n'anava de colònies, l'altre es passava els dos o tres dies plorant en la seva soledat.

Va arribar un dia que els avis paterns del segon fill en van reclamar la tutela. Van dir: «Escolti'm, del primer fill, que és d'un pare diferent, no en volem saber res, nosaltres; però aquest segon fill és fill del nostre fill, i el nostre fill ha fet una renúncia a la pàtria potestat davant d'un notari» —cosa que diu molt poc del notari i molt poc del pare, amb tots els perdons— «i nosaltres volem que aquest nen ens sigui concedit sota tutela.»

Home, aquí hi havia un gran conflicte: en la tutela, com a Espanya, els avis materns o paterns són preferents sempre, salvant-ne la discreció del jutge, i es va produir una gran sensibilitat en el tribunal. Què havíem de fer?: donar prevalença als vincles de consanguinitat d'uns avis que, durant aquests set, vuit o nou anys, no varen atendre gaire aquest nen?; que quan se'ls va demanar si volien acollir o adoptar els dos nens, perquè el fonamental per a la pau del seu nét era la presència, l'escalf, de l'altre, s'hi van negar?

Vàrem dir que no. No ho vàrem acceptar perquè hi havia una visió purament egocèntrica, egoista, instintiva, natural. No s'havia de trencar aquesta meravellosa unitat familiar que dos vailets havien creat sota la protecció —i dic «protecció» en tota la profunditat del terme— de la institució La Gavernera, d'Andorra, i això va determinar una resolució que va ser molt comentada.

Vàrem preferir la pau dels nens, la convivència dels nens, encara que sigui dintre de la residència, que la ruptura d'aquest petit món que aquests nens havien creat l'un amb l'altre, amb la soledat de la mare, amb el desconeixement del pare i sota la dolçor de la institució. Haig d'afegir que els informes que hi havia darrere dels avis eren molt negatius; eren famílies, per desgràcia, molt degradades.

Aleshores, ho vàrem intentar resoldre des de la perspectiva essencial i transcendent de protegir i potenciar al màxim el benestar del menor, determinant i disposant allò que és millor per al 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.

El principi de prioritat de la pròpia família, fonament principal de la tesi recurrent, resta sotmès a la realitat d'una integració del nen en la seva entitat natural, i encara més quan aquesta convivència pràcticament no ha existit o ha resultat molt parca i deteriorada, tant per deixada d'origen, com per degradació del seu desenvolupament, i s'ha d'atendre la situació solidificada, que ha arribat a constituir en el menor un autèntic *status* familiar que pràcticament realitza i inclou tots els valors inserits en la institució de la família. La realitat i el context constituïts així mereixen un respecte i una sen-

sibilitat, atès que no és possible —com es podria haver fet— desestabilitzar i desconèixer, per atenció a uns vincles naturals veritablement en estat de letargia, una situació i estructura d'uns lligams i sentiments originats dins de l'acolliment.

Aquí vàrem fer nosaltres el cant sublim a l'amor, a l'autocomunicació de la família. I aquí deia el psicòleg: «Per a en Vicenç, en Víctor és, representa tot el món, tota la vida i la família, i viceversa.» Podeu comprendre que, per un *jus sanguinis* molt abaltit, com s'explicitava en la interlocutòria, trencar aquesta pau, trencar aquesta riquesa d'aquests nens..., el tribunal no podia fer-ho.

Potser ho he ressaltat perquè, des de la meva experiència històrica de dret de família, des del meu retrobament de la família en aquest gran país en el qual em sento tan acollit, que és Andorra, i en el qual el Tribunal m'ha encomanat portar les ponències, potser per fer una unificació de criteris, us diré que m'he adonat que si la persona és l'única raó del dret, dins del dret de família, el nen, la creativitat del mateix matrimoni, són uns punts de partida fonamentals.

Ja sé que no us he explicat res de nou; no hi havia massa qüestió, tots en sabeu més que jo, però sí que us volia explicitar i transmetre potser una gran vibració, en el fons, sentir-se jove amb un nen és tornar a reviure.