

Jorge Castro Trapote

La edad legal como presunción Iuris Tantum de capacidad en sentido técnico

Departamento
Derecho Público

Director/es
Ferrer Ortiz, Javier

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>



Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd): No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.

© Universidad de Zaragoza
Servicio de Publicaciones

ISSN 2254-7606



Universidad
Zaragoza

Tesis Doctoral

LA EDAD LEGAL COMO PRESUNCIÓN IURIS TANTUM DE CAPACIDAD EN SENTIDO TÉCNICO

Autor

Jorge Castro Trapote

Director/es

Ferrer Ortiz, Javier

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Derecho Público

2018

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
FACULTAD DE DERECHO



LA EDAD LEGAL COMO PRESUNCIÓN
***IURIS TANTUM* DE CAPACIDAD**
EN SENTIDO TÉCNICO

JORGE CASTRO TRAPOTE

Tesis doctoral dirigida por el
PROF. DR. JAVIER FERRER ORTIZ

ZARAGOZA 2018

A mis padrinos

ÍNDICE

SIGNOS Y ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	13

CAPÍTULO I LA EDAD LEGAL: CENTRO DE LA CAPACIDAD DE OBRAR EN LA DOCTRINA

I. LA CAPACIDAD DE OBRAR Y LA CAPACIDAD JURÍDICA	27
A. El sujeto de derecho	28
B. La capacidad jurídica	46
C. La capacidad jurídica y la capacidad de obrar: distinción.....	55
II. LA CAPACIDAD DE OBRAR Y EL ESTADO CIVIL.....	66
A. Soluciones propuestas	67
1. Federico de Savigny y la doctrina alemana.....	67

2. Federico de Castro y un sector de la doctrina española.....	73
3. Deficiencia de ambas propuestas: la capacidad de obrar como elemento del negocio jurídico.....	83
4. Solución olvidada	89
B. Distinciones.....	90
1. Estado civil y sujeto de derecho/capacidad jurídica: distinción	90
2. Estado civil y capacidad de obrar: distinción	100
3. Carácter instrumental del estado civil	104
C. Conceptos	108
1. Nuevo concepto de estado civil	108
2. Concepto de capacidad de obrar	123
3. Edad legal, estado civil y capacidad de obrar.....	129
III. LA CAPACIDAD DE OBRAR.....	134
A. Elementos de la capacidad de obrar	134
B. Articulación jurídica de los elementos	146
1. Modelo positivista	147
2. Modelo naturalista	149
3. Modelo jurídico-realista	150
a) Articulación formalista	155
b) Articulación casuística	159
c) Articulación técnico-jurídica	161
C. Estructuración legal de la capacidad de obrar	165
1. La edad legal: regla general.....	169
a) Varios tramos legales por edades.....	169
b) Mayor y menor de edad	172
c) La edad legal como presunción jurídica de capacidad... ..	180
2. La enfermedad: excepción.....	185
a) Incapacitación judicial: excepción particular estable	185
b) Incapacidad natural: excepción particular puntual	195

IV. LA EDAD LEGAL: CENTRO DE LA CAPACIDAD DE OBRAR.....	196
A. Explicación teórica: la edad legal como centro de la capacidad de obrar.....	196
B. Naturaleza jurídica: la edad legal como presunción jurídica de capacidad.....	203

CAPÍTULO II

LA EDAD LEGAL: CENTRO DE
LA CAPACIDAD DE OBRAR EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL
Y EN EL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO

I. LA TEORÍA GENERAL DE LA CAPACIDAD DE OBRAR Y LA CODIFICACIÓN	209
A. La edad en la etapa previa a la codificación.....	209
B. Técnica de la codificación: principio sistemático	218
C. Codificación y presunción.....	238
D. La codificación canónica.....	245
E. Codificación y teoría de la capacidad de obrar	253
II. LA CAPACIDAD DE OBRAR EN LA CODIFICACIÓN CIVIL	256
A. La persona y la capacidad jurídica	256
B. El estado civil y la capacidad de obrar	258
C. La capacidad de obrar en el Código civil español.....	269
1. La edad legal como regla general: artículos 322 y 323 del Código civil	269
2. Incapacitación civil como excepción particular: artículo 200 del Código civil	300
D. La sistemática de la capacidad de obrar	318
E. La capacidad de obrar en la jurisprudencia	326
1. La teoría de la capacidad de obrar	326
2. La edad legal como presunción jurídica de capacidad	331

3. La sentencia admitiendo la capacidad natural de los menores después de las pruebas en contrario	343
4. La incapacitación como destrucción estable de la presunción de autogobierno.....	343
F. La naturaleza jurídica de la edad legal: ¿estado civil, norma positivista o presunción jurídica?.....	346
III. LA CAPACIDAD DE OBRAR EN LA CODIFICACIÓN CANÓNICA	350
A. La persona y la capacidad jurídica	353
B. La «condición de cada uno»: ¿qué es?	359
C. ¿ <i>Status</i> canónico?	373
D. La capacidad de obrar en el Código de Derecho canónico de 1983	383
1. La edad legal como regla general: cánones 97 y 98	383
2. La falta de uso de razón como excepción particular: canon 99.....	394
E. Especificidades de la capacidad de obrar en el Derecho canónico	397

CAPÍTULO III

LA EDAD LEGAL:

PRESUNCIÓN *IURIS TANTUM* DE CAPACIDAD

I. LA EDAD Y LA PRESUNCIÓN LEGAL	403
A. Origen de la presunción legal en el Derecho romano	406
B. La edad legal como presunción jurídica de capacidad en el Derecho romano	416
C. Carácter sustantivo-procesal de la edad legal en el Derecho moderno	428
II. LA EDAD COMO PRESUNCIÓN <i>IURIS TANTUM</i> DE CAPACIDAD EN SENTIDO TÉCNICO.....	450

A. Examen analítico: elementos de la edad legal como presunción jurídica de capacidad	451
1. Hecho presunto (capacidad natural) y hecho base (edad natural).....	452
2. Relación entre los hechos: probabilidad basada en la experiencia.....	457
3. Razonamiento presuntivo (edad legal)	466
4. Iuris tantum.....	469
5. La prueba de la capacidad natural en el menor de edad	471
B. Examen conceptual: la edad legal es una presunción jurídica en sentido técnico	483
III. HECHO PRESUNTO: CAPACIDAD NATURAL O AUTOGOBIERNO.....	501
A. Capacidad natural o autogobierno: determinación jurídica.....	503
1. Determinación legal.....	504
2. Determinación jurisprudencial	505
B. Delimitación no jurídica de la capacidad natural presumida por la edad legal.....	510
1. Filosofía y Teología.....	512
2. Sociología	522
3. Psicología evolutiva.....	532
C. Ante una hipotética reforma de la edad legal	537
IV. UNA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA EDAD LEGAL COMO PRESUNCIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO CANÓNICO: LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD MATRIMONIAL	545
CONCLUSIONES	569
BIBLIOGRAFÍA.....	583

SIGNOS Y ABREVIATURAS

art.	artículo
apdo.	apartado
arts.	artículos
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
c.	canon
cap.	capítulo
cc.	cánones
Cc	Código civil español
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución Española
Cfr.	Confrontar
CIC	Codex Iuris Canonici

CV II	Concilio Vaticano II
DGRN	Dirección General de los Registros y Notariados
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948
ed.	edición
Ed.	Editorial
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LOPM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor
RC	Registro Civil
p.	página
p. e.	por ejemplo
pp.	páginas
s/p	Cita sin página
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
tít.	título
[texto]	Delimitan una aclaración en la cita que no es del autor
(...)	Delimitan un texto del autor no incluido en la cita
***	Separación más intensa que un punto y aparte
‘texto’	Entrecomillado del autor dentro de su propio texto

INTRODUCCIÓN

¿Por qué una tesis sobre la naturaleza jurídica de la edad? La cuestión de la capacidad de obrar es un tema apasionante a juzgar por las numerosas e importantes cuestiones que la doctrina se ha planteado de forma constante sobre ella. El reto siempre ha sido el mismo: encontrar el instrumento técnico-jurídico que permita una razonable adecuación entre la capacidad natural y la capacidad de obrar legal. Desde el Código de Justiniano hasta la actualidad, el instrumento que ha protagonizado el sistema jurídico de la capacidad de obrar ha sido la edad legal.

Este trabajo tiene su origen en la propuesta que el prof. Ferrer Ortiz me hizo de estudiar, a propósito del matrimonio, la relación entre la edad legal mínima para poder contraerlo y la capacidad consensual en la codificación civil y canónica. En la misma propuesta de mi director de tesis ya existía una conclusión *in nuce*: el avance doctrinal sobre la capacidad para las *nuptias* pasaba por comprender la edad matrimonial que, sorprendentemente, aparecía reducida por la codificación a un

impedimento legal. Esto significaba en el fondo que la edad en el matrimonio estaba desvinculada de la capacidad consensual.

Sin embargo, como la edad legal matrimonial no dejaba de ser una aplicación de la técnica de la edad a un específico negocio jurídico, comprender la edad en el matrimonio requería previamente atender a la naturaleza jurídica de la edad en el Derecho. Pero la fundamentación de este último aspecto, sin el cual no se podía afrontar una respuesta a la edad núbil, no era fácil; requería un tratamiento mayor que el de un apartado preliminar, y por eso se hizo necesario investigar en lo que se ha convertido en el objeto de la tesis: la naturaleza jurídica de la edad en el Derecho, considerando que de este modo tendría la herramienta fundamental para un futuro estudio de la edad en el matrimonio. En efecto, tan conectada está la comprensión de la edad general y la matrimonial, que los desajustes de ésta parecen ser una consecuencia del modo como la edad general es sistematizada en la doctrina civil y canónica.

Por lo tanto, ¿cuál es la problemática de la edad legal? Que la codificación ha ocultado la *ratio iuris* con que había surgido en el Derecho, hasta el punto de convertirse en uno de los temas más discutidos. Puesto que sigue existiendo en la normativa actual, cabe preguntarnos: ¿la edad legal mantiene la misma naturaleza jurídica en la codificación (civil y canónica), o se trata de una institución diferente?; ¿hasta dónde llega su transformación?; ¿es posible mantener la edad legal como técnica que estructura la capacidad de obrar cuando se viene reclamando una identificación entre la capacidad de obrar legal y la capacidad natural? En el caso de considerar conveniente el mantenimiento de la edad en las legislaciones, ¿cómo habríamos de entenderla?; y en cualquier caso, ¿cómo se conjugaría con el reconocimiento del principio de la capacidad natural en que se fundamenta la capacidad de obrar según la doctrina mayoritaria?

Además, en la actualidad es difícil señalar un criterio común que reconduzca a la unidad las diversas cuestiones que la doctrina se plantea en torno a la capacidad de obrar, porque tienden a recibir un tratamiento autónomo. A su vez, para cada una de ellas se ofrecen varias soluciones. Ante esto, nos podemos preguntar: ¿es posible integrar cada norma sobre la capacidad de obrar en un sistema?, ¿es planteable una estructuración armónica de todos los elementos que intervienen en el régimen jurídico de capacidad?, ¿pueden tener las distintas cuestiones una solución homogénea derivada de un mismo criterio? A ello se une la creciente y natural complejidad en la capacidad de obrar propiciada por los cambios sociales que pueden incidir en la madurez de las personas.

La codificación, si bien ha sido un cauce que continúa el sistema de capacidad de obrar basado en la edad, no ha sido capaz de legar junto a ello la explicación cabal de su razón de ser. Esta situación hace conveniente un replanteamiento de los fundamentos del sistema de capacidad de obrar en el Código civil y en el Código de Derecho canónico. La respuesta que se proponga sólo será satisfactoria si cada una de las múltiples cuestiones se esclarecen con unidad de criterio. La pregunta por la naturaleza jurídica de la edad significa interrogarnos por el instrumento técnico capaz de reunir todas las normas y supuestos que entran en la capacidad de obrar bajo un conjunto estructurado. Conseguida la unidad, el sistema podrá ser comprendido, las cuestiones doctrinales aclaradas y las reformas legales encauzadas.

Existen dos formas, en muchos puntos antagónicas, de comprender globalmente la edad en el Derecho moderno: una que proviene de Federico de Savigny y otra de Federico de Castro. Para el primero la mayoría de edad se identificaba con la capacidad de obrar legal, y la minoría de edad era sistematizada como un impedimento. Reacciona De Castro defendiendo el reconocimiento de la capacidad de obrar del menor, no anulando la norma de la mayoría de edad, sino proponiendo el estado civil del menor de edad. Como veremos, en uno y otro caso no se

ha conseguido la razón de sistema, ni se ofrece una salida a las nuevas exigencias, sobre todo respecto a la capacidad de los menores. Es por ello que siguen siendo tantas las cuestiones disputadas.

Más en concreto, desde Federico de Castro, la doctrina española entiende que sostener el principio de la incapacidad de obrar del menor en el Código civil es inadecuado, a la vez que llama la atención sobre el reconocimiento fragmentado de su capacidad desde que las distintas reformas hayan ido aumentando los supuestos en los que el menor puede actuar por sí mismo. Esta tendencia normativa ha permanecido hasta las últimas reformas de 2015 y está inspirando algunas propuestas doctrinales que identifican la capacidad de obrar legal con la capacidad natural de cada individuo. Se asume el principio de la capacidad de obrar del menor, pero a la vez se observa la diversidad de modelos, soluciones y normas que a él se refieren, lejos aún de las exigencias sistemáticas propias de la codificación.

La falta de sistema es notoria. Parece que no se haya reajustado del todo la recepción de la capacidad de obrar anterior en el Código civil español y el modo como inicialmente fue interpretada por la primera generación de civilistas contemporáneos al Código. El principio de la capacidad (limitada) del menor en interés de su protección es unánimemente aceptado por la doctrina española actual, pero el sistema que De Castro propuso basado en la minoría de edad como estado civil no ha conseguido ofrecer un soporte legal satisfactorio, menos aún después de la derogación del artículo 32.2º del Código civil.

En efecto, la integración de la capacidad del menor en el régimen jurídico de la capacidad de obrar es una tarea pendiente. Ha resultado ser insuficiente tanto la opción de la mayoría de edad interpretada de modo positivista (Savigny) como aquella que considera la minoría de edad como estado civil (De Castro). En la tesis se hace una propuesta que tiene en cuenta las ventajas e inconvenientes de los dos sistemas mencionados.

Esta propuesta tiene una serie de postulados extraídos en gran medida de las repetidas observaciones hechas por la doctrina mayoritaria. Por un lado se considera un acierto que la capacidad natural se haya convertido en el principio rector de toda la normativa de la capacidad de obrar. Conforme a este principio, acorde con el realismo jurídico, toda persona puede actuar cuando tiene capacidad natural para ello, considerándose una cierta injusticia la negativa de la ley al respecto. Este principio marca la tendencia normativa iniciada en 1981, manifestada en la facultad concedida tantas veces al menor para actuar según sus “condiciones de madurez” o cuando tuviere “suficiente juicio”.

Pero ante esto, la segunda observación se hace necesaria. El reconocimiento de la capacidad natural requiere de una técnica adecuada, que lo será en la medida en que no considere como un “mal menor” su suspensión temporal, o dicho de otro modo, en la medida en que la capacidad natural esté “vigente” de algún modo. Un sector de la doctrina reclama cada vez con más frecuencia la identificación apuntada entre la capacidad natural y la capacidad de obrar legal, lo que en el fondo significa la eliminación de esta última, la renuncia a la técnica y la vuelta al sistema primitivo de capacidad ‘caso por caso’. Pero esto resulta inviable.

Así pues, por una parte, creo que es necesario asumir enteramente el principio de la capacidad natural, esto es, permitir que toda persona pueda actuar con eficacia en el tráfico jurídico cuando tiene capacidad natural. Este principio debiera inspirar el sistema de capacidad de obrar legal que se proponga porque es un criterio justo que pone la libertad y la capacidad de la persona por encima de otros intereses menos relevantes. Pero por otra parte, ese principio ha de ser canalizado con una técnica adecuada que salvaguarde también la viabilidad y la seguridad del tráfico jurídico.

El principio de la capacidad natural requiere de una técnica. Podríamos decir que reconocer legalmente y de modo directo la capacidad natural no es Derecho sino naturalismo (justicia sin técnica); e interpretar las normas de la capacidad de obrar de modo que se niegue la actuación eficaz a quien tiene capacidad natural, tampoco sería Derecho sino positivismo (técnica sin justicia). Es conveniente una técnica que articule razonablemente y de modo justo la capacidad de obrar legal y la capacidad natural, que por otra parte ha sido el *punctum dolens* de toda la doctrina civil y canónica.

Pero junto a todo ello –el profundo cambio que ha supuesto la codificación, la insuficiencia de los sistemas de capacidad de obrar, el principio de la capacidad de obrar del menor admitido por la doctrina española–, existe actualmente otro factor que ha de ser atendido en el momento de proponer la solución al sistema de capacidad de obrar: la mentalidad legal y doctrinal de considerar que la capacidad natural acontece con anterioridad en las personas, como una consecuencia de la evolución de los individuos y de la sociedad. Esto hace aparecer como obsoleta la regulación de algunos aspectos del actual sistema jurídico de la capacidad de obrar, sobre todo aquellos en los que se protege al menor permitiéndole anular los actos que haya realizado durante los cuatro años siguientes a su mayoría de edad, o cuando se considera responsables a los padres por la actuación extracontractual de los hijos con capacidad natural. Este régimen tendría sentido cuando la hipotética actuación en la vida jurídica del menor era excepcional, pero no ahora en que parece atribuirse al menor una capacidad natural adelantada, similar al del mayor de edad.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la tesis propone una solución que consiste en recuperar la técnica genuina con que la edad legal irrumpió en el Derecho romano: la presunción *iuris tantum*. En mi opinión esta es su genuina naturaleza jurídica y con ella persiste en el vigente régimen jurídico de la capacidad de obrar en el Código civil y en

el Código de Derecho canónico. Pero esta afirmación requiere fundamentar previamente por qué ha sido olvidada en la codificación y por qué las propuestas de Savigny y De Castro se quedan a medio camino. Este es el objeto de la tesis.

Parece recomendable que el Código civil no renuncie a estructurar el cuadro general de la capacidad de obrar aplicable en el Derecho civil. Ello sólo será posible si consigue articular legalmente un sistema de capacidad de obrar coherente y armónico que rijan en cuanto a sus principios y estructura fundamental en todos los ámbitos en que interviene la capacidad de la persona, y además que sea capaz de hilvanar con un mismo criterio técnico todas las cuestiones disputadas que la doctrina se plantea sobre ella.

Respecto al método, apuntaré dos características. En primer lugar, la importancia que tiene en el trabajo recordar lo que los juristas han dicho sobre la edad legal, por qué lo decían y qué trataban de mejorar en el sistema jurídico de capacidad. Se trata de una actitud de aprovechamiento y admiración del pensamiento jurídico anterior. En consecuencia, he preferido aquella interpretación sobre la edad legal que permita la continuidad entre la lógica de los jurisconsultos romanos –que introducen la edad en el Derecho– y la reflexión de la doctrina posterior a la codificación. Es decir, he buscado entre ambos extremos históricos el progreso teórico y legal del mismo sistema de la capacidad de obrar que se va perfeccionando paulatinamente a medida que se adapta a las nuevas circunstancias sin que ello suponga una ruptura de la edad legal como institución, cuyos elementos siguen siendo en esencia los mismos. A ello se refiere la imagen, utilizada popularmente, de un enano que se sube a los hombros de un gigante para llevar la mirada al horizonte y ver más lejos. El gigante es la doctrina precedente. El enano es el tiempo presente.

La segunda característica se refiere al método sistémico que he seguido en el estudio de la capacidad de obrar. Debido al carácter

fundamental del tema, los ámbitos en los que tiene repercusión son múltiples y variados, como muchas son las cuestiones que se debaten y las propuestas doctrinales que se hacen. Ello unido a que es una materia muy estudiada a lo largo de la historia del Derecho —como ocurre con las cuestiones relevantes respecto de las cuales ha existido una reflexión constante—, hace que el estudio de la capacidad de obrar en general y de la edad en particular se haya hecho incluso difícil de plantear en forma adecuada. Si bien el método analítico aporta un conocimiento más pormenorizado de las partes de un conjunto, dado el estado actual de las cuestiones, consideraba necesario complementarlo con el método sistémico que ayuda a ver esas partes con unidad, como elementos de un sistema, y así prevenir el riesgo de un reduccionismo que lo haría incomprensible.

Este método persigue —partiendo de la doctrina—, no tanto demostrar indefectiblemente la conclusión derivada de algún esquema teórico (que entiendo que no será posible debido a lo mucho que se ha escrito y con aciertos en las distintas propuestas), sino ir acumulando y armonizando afirmaciones, conclusiones, principios, etc., que vayan haciendo plausible y razonable una solución integral de la cuestión, evitando aquellas otras opciones cuyo sostenimiento no podía hacerse sin aceptar excepciones casi más importantes que la propia conclusión, o cuyo ámbito de aplicación fuera tan reducido que no se extendiera a los distintos interrogantes que existen en la capacidad de obrar.

Este planteamiento ayuda a ver los elementos que configuran la edad legal, no como partes en tensión, sino como piezas necesarias, que por sí solas quedarían en la oscuridad mental, pero que al articularse debidamente forman una institución jurídica razonable y reconocible a lo largo de la historia.

A continuación haré una somera exposición del contenido de los tres capítulos. Los capítulos I y II constituyen una vía de acceso a la naturaleza jurídica de la edad desde el ámbito de la capacidad de obrar:

en el capítulo primero por medio de la doctrina, y en el capítulo segundo por medio de la legislación vigente y su coincidencia con la anterior. Como la conclusión es que la edad es una presunción de capacidad, en el capítulo III se examina si verdaderamente la edad legal cumple con los requisitos que la doctrina procesalista señala para toda presunción jurídica y si, por lo tanto, puede ser considerada una presunción *iuris tantum* en sentido técnico. Paso a exponer brevemente la estructura de cada capítulo.

El primero lleva por nombre *La edad legal: centro de la capacidad de obrar en la doctrina*. Esta parte contiene una de las conclusiones más importantes extraída del análisis de la doctrina: que la edad legal viene a constituir el eje organizativo del sistema de capacidad de obrar y sus elementos. En concreto, examino el marco teórico del sujeto de derecho, de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar en el que la edad es estudiada por la doctrina (apdo. 1), la diferenciación entre la edad legal y el estado civil cuya conexión ha desvirtuado la naturaleza jurídica de la edad sobre todo en la doctrina española influenciada por De Castro (apdo. 2), los diversos modelos doctrinales de capacidad de obrar y el funcionamiento de la edad en cada uno de ellos (apdo. 3), y finalmente expongo que el modelo técnico más coherente con la doctrina y más adecuado para estructurar la capacidad de obrar es la edad legal como presunción jurídica de capacidad (apdo. 4).

En el segundo capítulo que lleva por nombre *La edad legal: centro de la capacidad de obrar en el Código civil español y en el Código de Derecho canónico*, me centro en la legislación para comprobar si la teoría doctrinal (capítulo primero) tiene reflejo y aplicación en el sistema jurídico vigente de capacidad. Al principio hago un planteamiento inicial de lo que supuso la codificación para la edad legal (apdo. 1), y luego examino el sistema actual de capacidad de obrar en el Código civil –con especial mención de la doctrina jurisprudencial– (apdo. 2) y en el Código de Derecho canónico de 1917 y de 1983 (apdo. 3).

El tercer y último capítulo, titulado *La edad legal: presunción iuris tantum de capacidad en sentido técnico*, contiene el origen de la edad en la jurisprudencia romana y su permanencia en el carácter sustantivo-procesal de la edad legal después de la codificación (apdo. 1); el examen analítico de los elementos que conforman una presunción jurídica y su correspondencia con los elementos de la edad legal para poder atribuir a ésta la naturaleza jurídica de aquélla (apdo. 2); algunas reflexiones sobre la capacidad natural o hecho presunto que vienen a situar la relación del Derecho con otras ciencias en el tratamiento jurídico de la edad, con el fin de disponer de un marco realista cuando se pretenda una reforma de la edad legal (apdo. 3); y finalmente enuncio una posible aplicación práctica de la tesis a los procesos de incapacidad consensual del ámbito matrimonial canónico, que fue el objetivo inicial de este trabajo (apdo. 4).

Un breve comentario respecto a las citas. En su elaboración he tenido siempre presente la doctrina civil y canónica, a modo de pilares que sostienen la tesis. En varias ocasiones era necesario construir como un puente para seguir avanzando. Ello sólo podía ser posible si las aportaciones de los juristas así lo aconsejaban haciendo viable la conclusión. Debido a la importancia que la doctrina tiene, me ha parecido adecuado reflejar el pensamiento de los autores, utilizando a veces textos amplios, con la intención de que el tribunal dispusiera directamente de sus opiniones, y poder valorar en su caso si la interpretación que ofrezco es respetuosa con sus palabras. No he querido dar ningún paso que, de un modo y otro, no estuviera avalado y apuntado por la doctrina.

A la vista de lo anterior, ¿qué aporta entonces la tesis? Un intento, sustentado en la doctrina, de recuperar la técnica jurídica que la edad legal tuvo en sus inicios, así como despejar las dificultades teóricas que pudieran impedir reconocerla en el actual sistema de capacidad de obrar vigente en el Código civil y en el Código de Derecho canónico.

Entiendo que aclarar la naturaleza jurídica de la edad ayuda a comprender la unidad del sistema de capacidad de obrar y a orientar las futuras reformas legales con una técnica justa y viable.

Las conclusiones han sido redactadas en forma analítica, que aporta precisión y brevedad, y en forma sistémica que ofrece la comprensión unitaria de todas ellas.

Mi agradecimiento va en primer lugar a mi director, el prof. Ferrer Ortiz, catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad de Zaragoza, cuya ciencia, extensa y precisa, sugerente y clarividente, ha venido a ser una compañía segura, comprensiva y exigente, desde que hace unos años me animara a emprender la aventura del doctorado. Igualmente quisiera agradecer la atención y profesionalidad que he encontrado en los trabajadores de la Facultad de Derecho, siempre diligentemente dispuestos a facilitarme las gestiones administrativas y el necesario apoyo bibliográfico cuando se lo he solicitado.

También conservo un grato recuerdo de la estancia de investigación que realicé en la Università di Bologna en 2014. Estaba entonces en la fase inicial de la tesis y tuve la enorme fortuna de poder consultar los preciados fondos jurídicos del Alma Mater Studiorum, donde romanistas, canonistas y civilistas nos enseñan a través de sus obras que también en la ciencia jurídica la historia es *magister* del presente.

Con menos palabras y más emoción, un recuerdo especial a mis padres por todo y por tanto, y a mis padrinos a quienes dedico la tesis por hacer de padres durante tantos años: por todo y por tanto.

CAPÍTULO I

LA EDAD LEGAL: CENTRO DE LA CAPACIDAD DE OBRAR EN LA DOCTRINA

I. LA CAPACIDAD DE OBRAR Y LA CAPACIDAD JURÍDICA

El objetivo de este apartado no es elaborar una teoría del sujeto del derecho, de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar, sino detectar cuál es el principio que ha impulsado su evolución doctrinal, de tal forma que pueda afrontar el estudio de la edad legal correctamente. En tanto que la edad es un elemento que forma parte de la teoría general de la capacidad, considero necesario una comprensión del sistema en el que se encuadra, con más razón si cabe, cuando las diversas posiciones están tan distantes unas de otras como en ningún otro ámbito jurídico¹.

¹ «Numerose e variegate sono le concezioni in proposito, in una frantumazione di opinioni che raramente è dato rinvenire in altri settori d'indagine», STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Jovene Editore, Camerino, 1976, p. 15.

«Estos análisis han ocupado pimeramente a los constitucionalistas, especialistas en Derecho internacional y filósofos del Derecho, pero inevitablemente han terminado por repercutir con fuerza en el Derecho privado. Los civilistas no han podido ignorar la moderna relevancia de la teoría de la persona y se observan un nuevo plantemiento y desarrollo en el tratamiento del hombre como centro y fundamento del Derecho civil. Se trata, en síntesis, de trasladar el centro vital de la ciencia del Derecho privado, pasando de un derecho que recononece sus raíces en la persona. Este esfuerzo por situar al hombre en el sitio preferente que le corresponde dentro del ordenamiento jurídico: el de punto nuclear, lleva también, como es lógico, a reformular todas las instituciones del Derecho civil, para destacar en éstas su esencial papel de servicio al desarrollo

En mi opinión, el principio del realismo jurídico es la clave de lectura que permite comprender la formación y el progreso doctrinal de los conceptos en cuestión: sujeto de derecho, capacidad jurídica y capacidad de obrar (donde se incluye la edad). Entiendo por realismo jurídico la adecuación del Derecho a la realidad misma.

Junto a estos conceptos subsiste otra categoría importante, el *status*, que pervivirá hasta la codificación en la dualidad estado natural/estado civil pero reclamando otra fundamentación. Cómo se interprete este binomio determinará las posturas doctrinales, y marcará notablemente la comprensión del sistema de la capacidad jurídica y de obrar en un sentido o en otro. Desde la codificación, el estado civil es un concepto difuso en el sistema jurídico de capacidad cuya aplicación sirve para muy distintas situaciones, y con definiciones cuyo contenido se solapa con otros conceptos más asentados (el sujeto de derecho, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar). Comprender la progresiva formación de todos estos términos es esencial para hacerme cargo de nuestro sistema jurídico vigente de capacidad y paso ineludible para el análisis de la edad legal.

A. EL SUJETO DE DERECHO

La teoría general de la capacidad jurídica y de obrar se construye sobre el sujeto de derecho². Estos conceptos han experimentado una revisión y profundización creciente que alcanza a las reformas posteriores a la codificación. En cierto modo es normal, porque la

personal y social del ser humano: *Cum igitur hominem cause omne ius contitum sit* (D. 1.5.2)», CORRAL TALCIANI, Hernán, *El concepto jurídico de persona. Una reconstrucción unitaria*, en «Revista Chilena de Derecho», volumen 17, 1990, p. 302 en <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/16928/000129142.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

² Con este término me refiero a la personalidad jurídica de las personas físicas. No tendré en cuenta en este trabajo a las personas jurídicas.

reflexión sobre aquellas cuestiones fundamentales siempre será constante, y es deseable no apartar del todo el foco de ellas para que no pierdan la influencia jurídica que ejercen en cada norma, de modo que estén continuamente impregnando la actividad jurídica y alentando los avances doctrinales. Considero adecuado señalar brevemente los principios que rigen el ámbito teórico en el que se enmarca la teoría de la capacidad de obrar, y donde a su vez se sitúa el estudio de la edad legal por parte de la doctrina.

El Derecho romano desconocía el sujeto de derecho³ y la teoría de la capacidad tal y como se entiende a partir de la codificación⁴, porque su punto de partida no era el realismo jurídico: los hombres no eran iguales ni tenían la misma dignidad; ésta no procedía de la naturaleza humana, sino del grupo al que se pertenecía. En este sentido, el *status* será el eje determinante de la esencia de los individuos⁵, y el término protagonista sobre el que se hace derivar el ser y la capacidad de las personas⁶. Todo

³ «Entre los romanos, el concepto de persona en cuanto sujeto del Derecho no fue conocido. Los textos de los jurisconsultos romanos emplean el término persona como sinónimo de hombre, sin aludir a la capacidad o aptitud para adquirir o ejercitar derechos. De allí que no se vea inconveniente para llamar persona al esclavo, *persona servi*, al cual se le negaba aptitud para ser sujeto de derechos», *Ibidem*, p. 302.

«I Romani, non parlano mai tecnicamente di una *capacitas iuris*», BESTA, Enrico, *Le persone nella storia del diritto italiano*, CEDAM, Padova, 1931, p. 1.

⁴ Cfr. TAFARO, Sebastiano, *Pubes et viripotens nella esperienza giuridica romana*, Cacucci Editore, Bari, 1988, p. 20; cfr. ALBANESE, Bernardo, *Le persone nel diritto privato romano*, Tipografia S. Montaina, Palermo, 1979, p. 11; cfr. DEGNI, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, en *Trattato di diritto civile italiano II-I*, UTET, Torino, 1939, p. 2; cfr. RUGGIERO, Roberto de, *Istituzioni di diritto civile*, Grafiche Principato, Milano, 1953, p. 167; cfr. BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, UTET, 4ª ed., Torino, 1993, pp. 133-134; cfr. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, Eugenio Jovene Editore, 40ª ed., Napoli, 1978, p. 45.

⁵ «El Derecho y la condición de *civis* se hallan íntimamente unidos de tal modo que el *ius civile* equivale a un *status* de la persona. Este es el profundo significado de la personalidad del Derecho antiguo», FUENTESECA, Pablo, *Derecho privado romano*, Edición del autor, Madrid, 1978, p. 18.

⁶ «In ogni tempo l'individuo ritrasse dunque i propri diritti non tanto da sè quanto dal gruppo sociale in cui era compreso. Quanto più indietro si risale e più rigido si

el contenido de derechos y deberes era suministrado por el *status*, que se definía por la relación de la persona con la familia –*status familiae*–, con la ciudad –*status civitatis*–, con el imperio –*status libertatis*–⁷. El que tenía los tres *status* era *caput*⁸, y si no, *capitis deminutio minima* (faltaba

riscontra lo assoggettamento dell'individuo alla collettività e si giunge fino ad uno stadio in cui l'individuo appare in essa quasi totalmente assorbito almeno nei rapporti esterni», BESTA, Enrico, *Le persone nella storia del diritto italiano*, pp. 7-8.

«La dottrina romanistica ha accolto lo spunto fornito dagli antichi giureconsulti, organizzando intorno ai tre *status* le regole fondamentali circa la capacità giuridica», ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, p. 45.

«Per affermare l'esistenza di una piena capacità giuridica, il mondo antico aveva fissato alcuni requisiti, che vennero detti *status* e che Gaio seguendo forse precedenti sistemi scolastici, a tre aveva ridotti: *Status libertatis, civitatis et familiae*», ROBERTI, Melchiorre, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, I, CEDAM, 2ª ed., Padova, 1935, p. 113.

Cfr. BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, p. 134; cfr. RUGGIERO, Roberto de, *Istituzioni di diritto civile*, p. 167.

⁷ Cfr. TRIFONE, Romualdo, *Le persone e le classi sociali nella storia del diritto italiano*, Editore Nicola Jovene, 2ª ed. rev. y anotada, Napoli, 1933, p. 5; cfr. ROBERTI, Melchiorre, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, pp. 128-129; cfr. BESTA, Enrico, *Le persone nella storia del diritto italiano*, p.7; cfr. BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, 1993, pp. 136-137; cfr. STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 20; cfr. MARRONE, Matteo, *Manuale di diritto privato romano*, Giappichelli Editore, Torino, 2004, p. 124; cfr. ARNDTS, Karl Ludwig, *Le Pandette. Volumen I. Parte Prima*, Tipografia Fava e Garagnani, Bologna, 1882, p. 115.

⁸ Volterra lo explica del siguiente modo: «I giuristi romani non hanno costruito una teoria della personalità giuridica, quale si ritrova più tardi nella dottrina a cominciare dal Medio Evo. Essi parlano di *persona* (lessicalmente significa maschera, sembiante umano), nel senso di *homo*, esprimendo con questi termini il concetto fisico di essere umano, sia o meno fornito di capacità giuridica, tanto è vero che li adoperano ad indicare gli uomini liberi e gli schiavi. Nell'espressione *ius personarum* i medesimi giuristi comprendono tutti gli istituti che influiscono sulla condizione giuridica dell'uomo e sulla sua capacità ad essere titolare di diritti. Più tarde nella Parafrasi di Autun e nelle tarde costituzioni imperiali si ritrova l'espressione *legitima persona* per indicare chi è abilitato a stare in giudizio. I giuristi romani usano anche il termine *caput* indicando l'uomo libero, con *servile caput* lo schiavo. Solo presso i bizantini il termine assume talvolta il significato tecnico di personalità giuridica: la diversità del significato di questa parola nel III secolo e nell'epoca giustiniana risulta chiarissima dal confronto fra un testo di Paolo (D. 4, 5, 3, 1), che enuncia il principio: *servile caput nullum ius habet*, e un passo delle Istituzioni giustiniane (I. 1, 16, 4) affermando che il

el *status familiae*), *media* (faltaba el *status civitatis*), *maxima* (faltaba el *status libertatis*). El primero en determinarse es el *status familiae*, porque la familia es la primera célula social; el segundo surge con la formación de la *civitas*; y el tercero con el *ius gentium*, ordenamiento que trasciende la familia y la *civitas*⁹. Lo esencial no es la persona individual y su voluntad, sino el grupo en el que se encuentra¹⁰. Aquí no hay igualdad entre las personas humanas, por ello no hay realismo jurídico, y por eso es imposible el concepto de sujeto de derecho.

Además del término *status*, hay otros dos conceptos en el Derecho romano cercanos al sujeto de derecho de la Edad Moderna. Uno es el ya mencionado *caput* que está relacionado con el *status*, y el otro es *persona*. El término *caput* significa etimológicamente ‘el que podía coger’ –de *capere*– una herencia, un legado, etc; con este término,

servo nullum caput habuit», VOLTERRA, Edoardo, *Isituzioni di diritto privato romano*, Ed. Ricerche, Roma, 1977, pp. 45-46.

«Para tener plena capacidad jurídica además de una serie de requisitos relativos al nacimiento se exigen otros requisitos civiles. A saber: ser libre –*status libertatis*–, ser ciudadano romano –*status civitatis*– y ser *sui iuris*, esto es, tener una determinada situación de independencia familiar –*status familiae*–», PANERO, Ricardo, *Formación de los conceptos jurídicos*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, p. 53.

Cfr. BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, p. 135.

⁹ «En la familia romana solamente el *paterfamilias* era persona *sui iuris* mientras los sometidos a su poder eran considerados todos *alieni iuris*», FUENTESECA, Pablo, *Derecho privado romano*, p. 21; cfr. TRIFONE, Romualdo *Le persone e le classi sociali nella storia del diritto italiano*, p. 5.

También en autores del Derecho de las Pandectas como Arndts: «Il diritto romano distingue tre gradi capitali di capacità giuridica delle persone naturali o fisiche, d'onde risulta lo *status*, e sono libertà, cittadinanza e famiglia. Di qui la divisione delle persone fisiche in *liberi e servi*, in *cives e peregrini*, in *homines sui iuris e homines alieni iuris*», ARNDTS, Karl Ludwig, *Le Pandette*, p. 115.

¹⁰ «Lo *status* romano non dipendeva dalla volontà del singolo. Afferrava invece l'individuo e gli segnava la sua destinazione e gli dava una posizione necessaria. Esso derivava sempre dal rapporto che correva tra l'individuo e l'organizzazione della quale era parte. Lo stato appare cioè come una posizione giuridica che l'individuo, per una necessità che andava oltre il suo volere, derivava dalla pertinenza ad una collettività organizzata fornita di un ordinamento giuridico suo. Egli non era arbitro del suo stato. E non ne poteva disporre», BESTA, Enrico, *Le persone nella storia del diritto italiano*, p. 9.

tampoco se hace referencia a un sujeto de derecho, sino a unos derechos que pertenecen al individuo sobre la ya indicada base de los *status*, que son condiciones previas de capacidad jurídica¹¹. No sólo no existe un concepto de sujeto de derecho, sino tampoco un concepto de capacidad jurídica unitario: sólo se consideran los distintos derechos atomísticamente, y siempre derivados del *status*. En cuanto al término *persona*, que tiene su origen en la máscara utilizada en el teatro, acabó designando cualquier ser humano sin ninguna relevancia jurídica¹².

No existe por lo tanto realismo jurídico en este punto en el Derecho romano. No depende de la persona en sí misma considerada ni su relevancia jurídica ni su capacidad. Sólo en la época postclásica del Derecho romano se pueden encontrar algunos antecedentes, en la medida en que los *status* iban abandonando la rigidez de la época clásica. Se percibe un acercamiento a la realidad porque se empieza a

¹¹ Cfr. ROBERTI, Melchiorre, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, p. 109; cfr. BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, p. 135.

En el mismo sentido Tafaro: «I Romani non connobbero né un'espressione né una nozione corrispondenti o analogue ai significati attribuiti a 'capacità' –giuridica o di agire– dall'esperienza giuridica contemporanea. I Romani parlavano di aspetti connessi alla capacità e di maturità dei fanciulli e delle fanciulle riguardo a problemi singoli e, peraltro, in un contesto molto diverso e più complesso del nostro. In esso le situazioni soggettive erano dipendenti dallo *status* –*libertatis*, *civitatis*, *familiae*– della persona e strettamente legate all'organizzazione della famiglia e della *patria potestas*», TAFARO, Sebastiano, *Pubes et viripotens nella esperienza giuridica romana*, pp. 19-20.

¹² «En el Derecho clásico, *persona* designa una determinada posición jurídica del hombre, y no por tanto el hombre en el sentido vulgar», DEGNI, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 2.

«Per i Romani *persona* non indicava l'essere capace di diritti, ma semplicemente l'uomo: così dicevano *persona* anche lo schiavo, che non era soggetto di diritto. Gaio nelle sue Istituzioni (1,9) insegna: *summa divisio (...) personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*», DI MARZO, Salvatore, *Le base romanistiche del codice civile*, UTET, Torino, 1950, p. 37.

Cfr. VOLTERRA, Edoardo, *Istituzioni di diritto privato romano*, pp. 45-46; cfr. DEGNI, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 2; cfr. BESTA, Enrico, *Le persone nella storia del diritto italiano*, p. 2; cfr. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, p. 43; cfr. ROBERTI, Melchiorre, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, p. 110.

reconocer una cierta igualdad entre el hombre libre y el hombre esclavo, igualdad que empezaba a traducirse jurídicamente¹³. Aquí la dignidad empieza a dejar de ser considerada como inherente al *status* y se acerca a la concepción actual de una dignidad inherente a la naturaleza humana. En este sentido, es una manifestación del realismo jurídico, un tímido acercamiento a la realidad por parte del Derecho romano. Otro acercamiento lo propicia el Derecho germánico mediante la ampliación de grupos que se identificaban con un *status*, que también seguía siendo la categoría principal a la hora de determinar la dignidad y la capacidad de las personas¹⁴.

¹³ «Ma a questi requisiti [tres *status*], che un tempo si richiedevano perchè lo *status* fosse completo, altri, già nel diritto giustiniano en nell'età medioevale in modo particolare, se ne aggiunsero», ROBERTI, Melchiorre, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, p. 129; cfr. VOLTERRA, Edoardo, *Istituzioni di diritto privato romano*, p. 46; cfr. MARRONE, Matteo, *Manuale di diritto privato romano*, pp. 123-124.

«Más adelante, el Derecho romano, si bien continuó rechazando la capacidad respecto de quien carecía de libertad, morigeró las exigencias con relación a las condiciones restantes. Poco a poco se fue reconociendo, cada vez de forma más amplia, la aptitud para adquirir y ejercer derechos patrimoniales a los *alieni iuris* o sometidos a la autoridad paterna. A los *peregrini* las leyes romanas fueron también paulatinamente otorgando mayores atribuciones, situación que llega a culminar en el año 212 d. C., cuando la *Constitutio Antoniana* concede la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio. Con esto, en la práctica, la condición de ciudadano dejó de tener importancia, al poseerla todos los hombres libres que habitaban el territorio romano», CORRAL TALCIANI, Hernán, *El concepto jurídico de persona. Una reconstrucción unitaria*, p. 303; cfr. BESTA, Enrico, *Le persone nella storia del diritto italiano*, CEDAM, Padova, 1931, p. 10.

Si bien mantiene Justiniano los *status* del Derecho clásico, la doctrina admite que hay una mayor adherencia a la realidad, porque se reconoce el *status servitutis* y el *status dignitatis illesae*, que empiezan a resquebrajar el concepto anterior de *status* perpetuo y necesario, con su *dignitas* inherente.

¹⁴ El Derecho germánico comienza a dar unas bases nuevas para el *status*, basado sobre todo en la pertenencia a la nobleza, a la burguesía, a la rusticidad y a las profesiones mercantiles y artesanales, cfr. *Ibidem*, pp. 10-11; cfr. BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, p. 136.

«Puede decirse que los mismos criterios aplicados por el Derecho romano clásico fueron los que utilizaron las leyes de los pueblos germánicos. En ellas se reconoce como sujeto de derechos al miembro libre del pueblo y únicamente a éste se atribuye

Será en el Derecho de la Edad Media cuando se produzca un importante avance: se reconocen diversos *status naturalis*, debido a un cambio en la concepción de la persona y su capacidad¹⁵. Se llaman *status naturalis*, porque para determinar la capacidad jurídica de la persona se tendrán en cuenta factores como la edad, la salud, el sexo, etc., y otras circunstancias físicas y psíquicas, es decir, naturales. Todo ello provoca una multiplicación de los *status*¹⁶, logrando con ello un mayor ajustamiento del Derecho a la realidad. El *estado* señala los límites jurídicos del ser y del obrar del individuo en la Edad Media, pero de un modo más justo que en el Derecho romano, porque tienen su origen en la naturaleza¹⁷. Toda esta relevancia que seguían teniendo los *status* en la Edad Media se explica porque no tenemos todavía el

capacidad. El resto, llámense esclavos, extranjeros o excluidos del pueblo por conductas antisociales (pérdida de la paz), se consideran fuera del Derecho», CORRAL TALCIANI, Hernán, *El concepto jurídico de persona. Una reconstrucción unitaria*, p. 303.

¹⁵ «Parlando delle persone, la Glossa cominciò a fare delle distinzioni basate sulle capacità e persino sulle relazioni domestiche di esse. Avvicinò *caput* a *status* e, in quanto a *status*, conservando il significato delle fonti, cercò di svilupparlo per contribuire alla soluzione di talune questioni, che in parte erano state già prospettate nelle fonti stesse; come quelle relative alla possibilità e alle modalità di un mutamento per effetto di sentenza, alla possibilità di una sospensione per il figlio del prigionero di guerra, alla determinazione dell'attore, del convenuto e del giudice nelle questioni di stato, e al tempo per promuoverle per i *puberi* gl'*impuberi* e i *defunti*», TRIFONE, Romualdo *Le persone e le classi sociali nella storia del diritto italiano*, p. 7.

¹⁶ «Nelle tre grandi classi nelle quali si divide il popolo romano, si vengono formando gruppi sempre più numerosi; le imposte stesse vennero a modificare l'antico ordinamento», ROBERTI, Melchiorre, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, p. 114.

«Si è parlato di frazionamento, di poverizzazione degli *status* e, in effetti, i tre *status* della tradizione romana sembravano, in tale periodo, in varia misura moltiplicarsi: l'appartenenza ad una comunità organizzata comportava per l'individuo un complesso di funzioni profondamente differenziate, amplificate, diminuite e talora addirittura negate, in relazione alla condizione sociale, politica, familiare, all'età, al sesso, alla salute, all'onore», DOGLIOTTI, Massimo, *Le persone fisiche*, in RESCIGNO, Pietro, *Trattato di diritto privato 2. Persone e famiglia. Tomo primo*, UTET, Torino, 1982, p. 7.

¹⁷ Cfr. STANZIONE, Pasquale, *Persona fisica. Diritto civile*, en *Diritto civile e situazioni esistenziale*, Giappichelli Editore, Torino, 1997, p. 43.

concepto de sujeto de Derecho que hoy conocemos, aunque cuando llegue, algunos autores se sorprendan por el mantenimiento de la figura de los *status* toda vez que ha sido vaciada del contenido inicial propio del Derecho romano y medieval¹⁸. Al ser los *status* tan numerosos¹⁹, se ve la necesidad de poner orden teórico y se comienza a buscar una noción general del *status*²⁰.

La búsqueda de un concepto común en medio de la multiplicidad de los estados de la Edad Media prosiguió en la Edad Moderna²¹. El proceso de sistematización del *status* llevó a un concepto abstracto de *status naturalis*²², que acabaría designando circunstancias personales

¹⁸ Cfr. IDEM, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, pp. 24-25. Lo extraño, para Stanzione, es que al reconocer al hombre como persona en el Derecho, no se haya imputado a ésta la totalidad de las experiencias jurídicas, y se hayan mantenido los *status* configurados en la Edad Media, cuando lo lógico era que hubiera seguido el avance. La codificación lo pudo haber hecho, pero no lo hizo.

«Esta falta de unidad [en la noción de estado civil], esta disparidad de criterio que hemos observado, se deben en primer término, al incorregible y general empeño en conservar un organismo, si científico en la apariencia, esencialmente artificial en su fondo, que no se ajusta al recto concepto de la capacidad jurídica y que está muy lejos de conformarse con la realidad», ARAMBURO, Mariano, *La capacidad civil*, Ed. Reus, 2ª ed., Madrid, 1931, p. 20.

¹⁹ Hay una multitud de estados no sólo por la mayor consideración de las circunstancias naturales indicadas, sino también por la complejidad creciente en los grupos sociales que las ciudades iban formando en torno al trabajo. Dicha diversidad es atendida jurídicamente mediante la multiplicación de los estados, que pasan a designar cualquier circunstancia o posición social con relevancia jurídica.

²⁰ En este sentido es representativo el concepto de ‘estado civil’ que recogen las Partidas: «El estado civil como condición o manera en que los hombres viven o están» (2, 23, 1).

²¹ Cfr. ROBERTI, Melchiorre, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, p. 113.

²² Cfr. DE COSSIO, Alfonso, *Evolución del concepto de la personalidad y sus repercusiones en el Derecho privado*, en «Revista de Derecho Privado», Tomo XXVI, Diciembre, 1942, p. 761, donde cita a Grozio (*De iure belli ac pacis*, Libro I, c. II, 1, n. 5), Pufendorf (*De iure naturae et gentium*, L. I, c. I, par.12) y a Wolff (*Institutiones iuris naturae et gentium*, Pars. I, par. 68, 74, 96).

«Wolff distinguía el *status naturalis originarius* y el *status naturalis adventitius*. Es decir, tenemos el estado natural originario, previo a toda sociedad civil; el estado natural adventicio, determinado por los derechos que la naturaleza impone dentro de esa misma sociedad civil, y que el Estado no puede desconocer, ya que se trata de

con relevancia jurídica, formando así un grupo paralelo a aquellas otras circunstancias que encontraban su origen, no en unas propiedades innatas, sino en la misma fuerza de la ley, y que se encuadraron dentro del llamado *status civilis*²³. Esta evolución en la búsqueda de un concepto que aglutinara todas las circunstancias personales daría con el hallazgo de la noción de personalidad²⁴ que trata de recoger lo que es común, no a todos los estados, sino a todos los hombres, gracias a la filosofía humanista que reconocía la igualdad natural de todo individuo.

derechos innatos; y el estado civil, determinado por el derecho que el hombre libremente crea dentro de la sociedad civil», *Ibidem*, p. 761.

«Dall'osservazione che talune caratteristiche fisiche e psichiche, quali il sesso, l'età, la salute mentale e così via, influiscono direttamente sulla posizione giuridica dell'uomo, s'individua un altro stato, cui bien dato il nome di *status naturalis*. Esso comprende tutte le suddette proprietà e si affianca, integrandoli, ai precedenti stati», STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 20.

²³ «El *status civilis* se apoya en la idea de *societas*, que ha venido a sustituir al concepto medieval de la *communitas*, al que se llega mediante la concepción de un contrato civil. El hombre se une al hombre no tanto por una necesidad impuesta por su propia naturaleza sociable cuanto por un impulso racional. Dentro de esta *societas civilis* el ordenamiento jurídico se escalona en dos grados diferentes, que se reflejan en dos estados diferentes», DE COSSÍO, Alfonso, *Evolución del concepto de la personalidad y sus repercusiones en el Derecho privado*, p. 761.

²⁴ «El *status* no es concebido como *collectio prium* sino como *conditio personae cuiusque*, y así opuesto a *ius personae* como la causa al efecto (Donellus): el *ius personae* arraiga en el *status personae*, y es concebido como *facultas vivendi et faciendi quae velis, quae ei conditioni tribuitur*. De aquí deriva el concepto de personalidad: *Persona denotat hominem considerantum cum suo status*», *Ibidem*, p. 761.

«L'atteggiamento si accentua man mano che l'individuo è liberato dalla soggezione agli *status*, sì che la compenetrazione tra realtà naturalistica ed entità giuridica diventa totale. Lineare la conseguenza: ogni essere umano vivente è persona e quindi soggetto di diritto», STANZIONE, Pasquale, *Persona fisica. Diritto civile*, p. 11.

Especialmente por parte de Domat, como hace notar Besta: «Il Domat (1625-1696) non era soddisfatto di quelle definizioni: osservato giustamente che nelle leggi romane si trovavano solo separatamente raffigurate le diverse qualità o piuttosto le diverse situazioni giuridiche delle persone, nell'andare alla cerca di uno *status* generico che considerasse in quelle diverse qualità ciò che era comune a tutte le persone, finiva però col far dello *status* l'astratta personalità», BESTA, Enrico, *Le persone nella storia del diritto italiano*, p. 11.

Una vez que se tiene clara la igual dignidad de los hombres por ser tales, ya está preparado el terreno para «sustituir *el hombre en su estado* por el sujeto de derechos en las definiciones jurídicas de la persona»²⁵. Es un avance del realismo jurídico donde la «*realtà naturalistica ed entità giuridica diventa totale*»²⁶. Fue el descubrimiento de la igualdad real entre todos los hombres lo que llevó a abandonar como concepto nuclear y fontal el concepto de *status* y sustituirlo por el de sujeto de derecho: no es la pertenencia a un grupo lo que determina la posición jurídica fundamental, sino el ser mismo del hombre.

Esa igualdad entre los hombres encontraba su fundamento en la naturaleza humana común a todos, por lo que se empezaron a determinar los derechos que surgían de ella²⁷. Esta elaboración la comenzó la Escuela de Derecho Natural. Pronto se configuraron dos grupos de derechos que tienen sendos orígenes: por un lado los derechos naturales que nacen de la igual naturaleza humana, y por otro lado los derechos

²⁵ RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, Cedecs, Barcelona, 1999, p. 73.

²⁶ STANZIONE, Pasquale, *Persona fisica. Diritto civile*, p. 11.

«Il concetto di *status* continuò ad essere ravvisato, non solo nella posizione che l'individuo aveva rispetto alla libertà, alla famiglia e alla comunione politica, ma anche nella condizione che l'ordinamento giuridico gli faceva in considerazione dell sue qualità morali, economiche, fisiche. (...). Per cui quelli che un tempo erano requisiti essenziali della capacità divennero semplici condizioni, che invece di creare questa capacità la modificarono soltanto», TRIFONE, Romualdo *Le persone e le classi sociali nella storia del diritto italiano*, p. 8.

²⁷ Cfr. HERVADA, Javier, *Síntesis histórica de la ciencia del derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 2007, p. 102.

«Rimane tuttavia da annotare un fatto singolare e cioè il perdurante parallelismo fra la posizione del soggetto nel mondo naturalisticamente inteso e quella egli occupa nell'ordinamento giuridico. Si accentua in tal modo una bipolarità di valutazione che separa nettamente due aspetti della medesima realtà destinati a restare per lungo tempo in una sorta d'incomunicabilità fra loro e che soltanto più tarde cercherà di ricomporre ad unità», STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 22.

jurídicos que nacen del Derecho positivo²⁸. Los primeros se aglutinan en torno al concepto de persona, y los segundos alrededor del concepto de sujeto de Derecho. Los primeros son estudiados por el Derecho Natural, y derivan del llamado estado natural, y los segundos por el Derecho Positivo, y proceden del estado civil. En este punto, si bien el realismo jurídico había conducido a un avance extraordinario, a saber, señalar la naturaleza humana como fuente de los derechos de todo hombre, con una misma dignidad, quedaba todavía un paso importante: integrar los derechos naturales en el ámbito jurídico, unir la persona real con el sujeto de derecho²⁹. Es normal que reviva en la historia la tensión entre el estado natural y el estado civil, porque una de las tareas constantes del Derecho es plantear una adecuada articulación entre el mundo jurídico y el mundo real.

La abstracción que había permitido formular el concepto de personalidad jurídica se convierte en una abstracción formal, desvinculada de la realidad. Se debe a Rousseau³⁰ que hablaba de un

²⁸ Cfr. MEJÍAS QUIRÓS, José Justo, *Filosofía del Derecho. Apuntes para uso del alumno*, Pamplona, 2007, p. 76.

²⁹ «Da quanto esposto, emerge, pur tra diverse sfumature ed accentuazioni, la sostanziale univocità delle posizioni, cui è pervenuta la dottrina. Ampiamente accolta (e variamente condizionante anche per chi non ne accetta ogni premessa e conseguenza) la c. d. teoria organica, ritenuta idónea a realizzare una mediazione apparentemente assai ardua tra realtà naturalisticamente intesa ed ordinamento giuridico, attraverso la figura-chiave della capacità-soggettività che individua nell'uomo il centro-motore di tutte le norme del sistema, e ciò in virtù di una esigenza lógica inderogabile, per cui non sarebbe concepibile sistema di norme di condotta che non si richiamasse a un soggetto, come a un suo punto di riferimento. E questi (soggetto di diritto) risulterebbe, nella specie, composto dall'elemento materiale (di fatto) e da quello formale (riconoscimento della qualità di persona in senso giuridico) attraverso il quale si attuerebbe l'inserimento dell'individuo nel sistema normativo», DOGLIOTTI, Massimo, *Le persone fisiche*, p. 16.

³⁰ En su *Contrato social* (1, 6; 11,4), citado por Cassirer, que lo comenta del siguiente modo: «Han renunciado [los hombres], de una vez para siempre, a aquella independencia natural que regía en el estado naturaleza, pero han recibido algo más valioso. (...) Este entusiasmo por la fuerza y la dignidad de la ley es lo que caracteriza la ética y la política de Rousseau y a él le convierte en el auténtico predecesor de Kant

derecho no originario, no natural, sino convencional, derivado del Estado, que tenía como punto de partida la igualdad ante la ley y que reconocía como vigentes únicamente los derechos recogidos en ella como expresión de la ‘voluntad general’ emanada del ‘contrato social’³¹. Este contrato social (Estado civil y libertad civil) viene a implantar y a superar el estado de naturaleza (estado natural y libertad individual)³². Todo ello irá degenerando en un formalismo contra el que reaccionará la Escuela Histórica del Derecho, que soluciona de otro modo este dualismo entre los derechos de la naturaleza (persona) y los derechos positivos (sujeto jurídico) al reconocer al hombre real con capacidad jurídica como sujeto de derecho. La expresión es de Savigny: «cada concreto hombre, y solo el hombre concreto, es capaz de derecho»³³. Acudir al hombre concreto es poner el ser real, físico-psíquico, con su voluntad real, como el fundamento de su ser y actividad en la vida jurídica³⁴. Esta fusión entre lo natural y lo jurídico implica una

y de Fichte», CASSIRER, Ernst, *Filosofía de la Ilustración*, Fondo de Cultura Europea, 3ª ed., Madrid, 1972, pp. 290-291.

³¹ «Ciò che piuttosto qui è da rilevare è che la volontà generale deve essere, secondo il Rousseau, la sola fonte della legge; quest’ultima infatti è espressione di essa», FASSÒ, Guido, *Storia della filosofia del diritto. Volume II: L’età moderna*, Editrice il Mulino, Bologna, 1968, p. 360.

«La ricomposizione unitaria della persona umana veniva per la prima volta propugnata dalle dottrine giusnaturalistiche dei secoli XVII e XVIII e poi in vario modo collegata, con Rousseau, alla teoria della cessione dei diritti, per la formazione di una volontà generale, con la creazione di un diritto non più originario, ma ‘convenzionale’, derivato dallo Stato, presupponendo peraltro una condizione di uguaglianza formale, fondata su leggi, che considerebbero appunto tutti i sudditi, come ugualmente dipendenti da esse», DOGLIOTTI, Massimo, *Le persone fisiche*, p. 7.

³² «Aquello que el hombre pierde con el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a aquello que intenta y que puede conseguir; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee», (*Contrato Social*, I, 6).

³³ SAVIGNY, Federico Carlo di, *Sistema de Diritto romano attuale. Volume secondo*, Traducción de Scialoja, UTET, Torino, 1888, p. 2.

³⁴ «I diritti esistono per ciò, che l’ordinamento giuridico ha dichiarato decisiva per un precetto da esso emanato, o da emanare, la volontà di una persona. La persona, la cui volontà bien dichiarata decisiva, è il soggetto del diritto», WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle pandette*, Unione Tipografica Editrice, Milano, 1902, p. 206.

comprensión más realista del concepto de sujeto de derecho, que será cada vez más un término que abarca todo lo que se refiere al fundamento del Derecho de la persona, desplazando paulatinamente a la irrelevancia doctrinal a los conceptos de estado natural y estado civil.

Este paso doctrinal, sintetizado en la citada frase de Savigny, encuentra su base en la concepción realista de la libertad-voluntad del sujeto de derecho como soporte de toda actividad jurídica. Así, encontramos que esta facultad humana –voluntad–³⁵ es puesta como fundamento para reconocer la igualdad de los hombres en el ámbito jurídico, y así el sujeto de derecho conviene a todos los hombres, a cada hombre³⁶. En este punto el término sujeto de derecho se identifica con la

«A mediados del siglo XIX Von Savigny comienza a hablar de persona para referirse al sujeto de derechos y obligaciones, dando así un contenido jurídico particular al término. Tal concepción se ha generalizado y hasta nuestros días los jurisperitos, especialmente los civilistas, siguen definiendo la persona como aquel ser apto para gozar derechos y contraer deberes; sin perjuicio de englobar dentro de este concepto a todos los individuos de la especie humana», CORRAL TALCIANI, Hernán, *El concepto jurídico de persona. Una reconstrucción unitaria*, p. 304.

³⁵ «La autonomía de la voluntad es aquella modalidad de la voluntad por la que ella es una ley para sí misma (independientemente de cualquier modalidad de los objetos del querer). El principio de autonomía es por lo tanto éste: no elegir sino de tal modo que las máximas de su elección estén simultáneamente comprendidas en el mismo querer como ley universal», KANT, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Alianza Editorial, 2ª ed., Madrid, 2012, p. 157. Todo ello se fundamenta en su noción de sujeto trascendental, y en su teoría según la cual no es posible la metafísica sino la ética (la acción, la voluntad).

Todo individuo y sólo el individuo tiene capacidad de derecho (Savigny). Esta construcción de Savigny se fundamenta en la voluntad kantiana como ley interna del individuo: «El derecho, considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos lados nuestro ser, nos aparece como un poder del individuo. En los límites de este poder reina la voluntad del individuo. A tal poder o facultad lo llamamos nosotros derecho, y algunos derecho subjetivo», citado en DE COSSÍO, Alfonso, *El moderno concepto de la personalidad y la teoría de los estados en el derecho civil actual*, p. 5.

Esta afirmación es llevada por Windscheid al extremo siguiente. «La persona cuya voluntad es declarada decisiva es el sujeto de derecho. El Derecho es una potestad o señorío de la voluntad emanado del ordenamiento jurídico», citado en *Ibidem*, p. 5.

³⁶ «Ogni diritto esiste a causa della libertà morale insita in ciascun uomo. Perciò il concetto primitivo della persona ossia del soggetto di diritti deve coincidere col

capacidad jurídica debido a que la voluntad ha sido el eje sobre el que se ha construido la teoría de la personalidad. Es un paso más del realismo jurídico que evita la abstracción, pero que tiene unas limitaciones que pronto se ponen de manifiesto.

En efecto, si la voluntad es el fundamento de la personalidad jurídica, los que no tienen voluntad real –niños y dementes– no tendrían personalidad real³⁷, y su consideración de sujeto de derecho sería puramente formal. Por ello se comienzan a distinguir los conceptos de personalidad jurídica y capacidad jurídica (al principio los autores la identifican), y se concluirá con una división en el seno de la capacidad

concetto dell'uomo», SAVIGNY, Federico Carlo di, *Sistema de Diritto romano attuale. Volume secondo*, pp. 1-2.

«Para Kant la noción de persona dice relación principalmente con un contenido de carácter ético. Define la personalidad como la libertad o la independencia frente al mecanismo de la Naturaleza entera, considerándola a la vez como la facultad de un ser sometido a las leyes propias, es decir, a leyes puramente prácticas establecidas por su propia razón. En su pensamiento, la personalidad no es más que la libertad de un ser racional bajo leyes morales. Por eso, considera que la persona es siempre un fin en sí misma», CORRAL TALCIANI, Hernán, *El concepto jurídico de persona. Una reconstrucción unitaria*, p. 305.

³⁷ Por ejemplo Ihering: «Si la personalidad y la capacidad jurídica son cosas idénticas a la capacidad de querer, ¿por qué las legislaciones del mundo no sólo reconocen y protegen a los niños y los locos el lado puramente humano de la personalidad (vida y cuerpo), sino que además les conceden salvo ligeras modificaciones la misma capacidad patrimonial que a las personas capaces de voluntad? El verdadero titular del derecho no es el que puede querer sino el que puede disfrutar (teoría de los intereses)», citado en DE COSSÍO, Alfonso, *El moderno concepto de la personalidad y la teoría de los estados en el derecho civil actual*, p. 5. La cita de Ihering puede consultarse en la siguiente obra traducida al español: IHERING, Rudolph Von, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Ed. Comares, Granada, 1998, p. 1028. Más adelante llega a afirmar rotundamente el autor alemán: «No es un derecho futuro el que poseen esas personas [niños y dementes], sino que como ser humano lo llevan escrito sobre la frente», *Ibidem*, p. 1029.

Winscheid lo soluciona con la voluntad del representante legal: «Da quest'ultima circostanza tuttavia non può conchiudersi, che l'uomo, al quale in un dato caso manca, per una ragione accidentale, la capacità di volere, non possa essere soggetto di diritti. L'ordinamento giuridico supplisce a questa mancanza, attribuendogli [a los niños y dementes] come sua la volontà di uno capace di volere», WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle pandette*, p. 206.

(jurídica y de obrar)³⁸. Precisamente, para salvar esos escollos, se reconoce la personalidad jurídica a todos, y también la capacidad jurídica entendida como aptitud para la titularidad de derechos y deberes, aunque no puedan ejercerlos³⁹, respetando así la igualdad entre todos los hombres⁴⁰. El sujeto de derecho se asienta ahora, no tanto sobre la voluntad, sino sobre el hombre real y su dignidad⁴¹, y eso revela que la «personalità ed eguaglianza sono le colonne del diritto moderno»⁴². Esto es otro avance en la aplicación de los principios del

³⁸ «La personalità, caratteristica di tutte le persone, fu più tardi isolata dall'uomo e trasportata in una atmosfera puramente giuridica. Essendo considerata la persona come il subietto dei diritti, indicò bene la subiettività giuridica astratta la parola o quella che i sistematici tedeschi dal Savigny in giù preferirono chiamare *capacità di diritto* (Rechtsfähigkeit). Ad essa si poterono contraporre le capacità in concreto (capacità di dar vita a negozii giuridici, capacità di agire, capacità di delitto ecc.)», BESTA, Enrico, *Le persone nella storia del diritto italiano*, pp. 5-6.

«Persona è quindi l'uomo, che ha capacità giuridica, e personalità equivale quindi a capacità giuridica», GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, Giuffrè Editore, Milano, 1946, p. 5.

³⁹ «En sentido jurídico se puede decir que persona es el sujeto de derecho, un ser inteligente y libre capaz de derechos y susceptible de obligaciones (p. 201)»; «está suficientemente demostrado que el hombre es por ser individuo racional, persona, y basta para que goce de personalidad, el que la racionalidad esté en potencia», VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de derecho español. Tomo I. Parte General*, Ed. Cuesta, 3ª ed., Valladolid, 1925, p. 205.

⁴⁰ Cfr. STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 32.

«Le personalità è eguale per tutti, ed accompagna l'individuo in qualunque condizione e stadio della sua vita», FERRARA, Francesco, *Trattato di diritto civile italiano. Volumen I. Dottrine generali, Parte I*, Ed. Athenaeum, Roma, 1921, p. 445.

⁴¹ «L'uomo, in quanto ha la capacità di essere soggetto di diritti e di doveri o obblighi giuridici, viene denominato persona», GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, p. 5.

⁴² FERRARA, Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, p. 446.

En este texto Ferrara tiene como objetivo salvar la personalidad jurídica de todos los hombres con independencia de la voluntad; y lo consigue por medio de la investidura jurídica que el ordenamiento jurídico hace con independencia de la voluntad; además, unido a que quiere buscar una noción de sujeto de derecho válida para el hombre y para la persona jurídica, le hace caer en un cierto positivismo, y no prosigue los principios del realismo jurídico; se queda atascado en ese paralelismo que algunas veces afecta a los autores porque no ven el modo de conectar debidamente el orden jurídico y el

realismo jurídico, que no es que fuera una aplicación consciente de un método determinado, sino que al concebir dos mundos paralelos, el real y el jurídico, las diferencias siempre se irán resolviendo con la adecuación del Derecho a la realidad. El ser del hombre y no la voluntad humana es lo que hace que una persona sea sujeto de derecho.

Así pues, un paso importante en la formación de la teoría de la capacidad está en la reflexión sobre la capacidad jurídica delimitándola por un lado del sujeto de derecho y por otro de la capacidad de obrar⁴³, concepto en el que recae ahora la libertad y la voluntad tan fundamentales en el Derecho. Cuando empieza a adquirir entidad propia el término de la capacidad jurídica, vemos que en la doctrina hay una

orden natural: «Il soggetto di diritti si dice persona. Persona ed uomo non coincidono. Persona non è l'individuo razionale o cosciente o volente, ma semplicemente il *subiectum iuris*. La persona è un concetto puramente formale-giuridico, che non implica alcuna condizione di corporalità o spiritualità nell'investito. L'uomo è persona, in quanto è riconosciuto soggetto di diritti ed obblighi. La personalità perciò è sinonimo di capacità giuridica, ed è un prodotto dell'ordine giuridico. L'uomo non dalla natura, ma in forza del riconoscimento del diritto obbiettivo è persona: non si ha un diritto innato o primordiale alla personalità», *Ibidem*, p. 443.

Pero al comprobar que ese reconocimiento no existe, dirá que forma parte de la civilización jurídica, como si fuera un reconocimiento implícito. Se ve por lo tanto una fase en el pensamiento de Ferrara dubitativo y con serios problemas de fundamentación: «nello stato odierno di civiltà la capacità dell'uomo è un presupposto dell'ordine giuridico, e non ha bisogno d'espresso riconoscimento», *Ibidem*, p. 445. Ferrara ve el hombre como implícitamente reconocido por el orden jurídico por ser un elemento del derecho: «l'uomo è il giuridicamente semplice negli elementi del diritto, è l'unità data nella vita giuridica», *Ibidem*, p. 445. En mi opinión, Ferrara comete un error frecuente, que es poner el hombre como un elemento del Derecho; la doctrina es mayoritaria al reconocer que el Derecho existe por el hombre, y por ello no puede ser un elemento tal y como lo expresa Ferrara. No es la persona la que forma parte del Derecho, sino el Derecho el que existe por y para la persona.

⁴³ «Ma il concetto di capacità doveva trovare una precisa sistemazione, nel corso del secolo XIX, soprattutto ad opera della pandettistica tedesca (...). La dottrina si impegnò in un'opera di analisi e approfondimento, dibattendo numerose questioni (che erediterà, spesso insolute, il nostro secolo XX), concernenti, volta a volta, i rapporti tra capacità, personlità, soggettività, capacità giuridica e di agire, capacità generale e speciale, legale e naturale, capacità e volontà (...) e che peraltro sempre presupponevano una nozione unitaria de capacità», DOGLIOTTI, Massimo, *Le persone fisiche*, p. 8.

tensión por mantener la igualdad y a la vez atender a la diversidad que se percibe en la realidad. En un primer momento la capacidad jurídica se concibe como una idoneidad general a la titularidad de derechos y deberes, algo abstracto y genérico sin distinción alguna en los hombres⁴⁴ y como concepto casi equivalente con el de personalidad⁴⁵. Más adelante, y asegurada la igualdad entre los hombres con el concepto de sujeto de derecho, se comienzan a admitir diferencias en el interior de la capacidad jurídica y aparece entonces como medida de la personalidad, como esfera concreta en la cual se mueve el sujeto de derecho⁴⁶. Esto supone una conquista más del realismo jurídico donde la capacidad jurídica se identificaría con la aptitud concreta, individualizada y real de cada persona para ser titular de derechos y deberes, cada uno los que tenga.

⁴⁴ Cfr. STANZIONE, Pasquale, *Persona fisica. Diritto civile*, p. 14.

También Gangi: «La capacità giuridica oggi spetta in generale a tutti gli uomini senza differenza per riguardo alla cittadinanza, alla religione, alla razza, o all'età, al sesso, allo stato di salute, alla condizione sociale o alla professione», GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, p. 11. Del mismo modo Burdesse equipara la personalidad y la capacidad jurídicas, BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, p. 133.

⁴⁵ «Persona in senso giuridico è ogni individuo, che sia o possa essere subbietto di diritti: nel riconoscimento di alcuno come tale consiste la personalità, la capacità giuridica», ARNDTS, Karl Ludwig, *Le Pandette*, p. 105.

«Nell'espressione legislativa, peraltro, il termine 'capacità' è usato come sinonimo di 'soggettività' e si ha riguardo ovviamente non alla origine dell'ordinamento nella storia del diritto, ma all'ordinamento giuridico stesso inteso come situazione già data, e si afferma che in seno a questo ordinamento, in effetto, tutti nascono 'liberi e uguali' e che le differenze, ossia le capacità (o le incapacità) derivano da ulteriori particolari situazioni personali o reali. Tuttavia, in tali situazioni e in base al dogma della eguaglianza giuridica, tutti coloro che vi si trovano son considerati in posizione uguale», ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, UTET, Torino, 1965, pp. 26-27.

⁴⁶ Cfr. STANZIONE, Pasquale, *Persona fisica. Diritto civile*, p. 14. Se relacionan diversamente para los siguientes autores, reconociendo una diversidad de derechos y deberes en los sujetos de derecho: Carnelutti, Dusi, Santi Romano, Rescigno, cfr. STANZIONE, Pasquale, *Persona fisica. Diritto civile*, pp. 14-15.

Cuanto más se señala la igualdad de la capacidad jurídica en los hombres, más aproximada y confundida queda con la subjetividad jurídica y más difícil es mostrar la diversidad en el patrimonio jurídico de derechos y deberes de las personas. Cuando empieza a distanciarse, es cuando se perfila con más precisión el concepto de capacidad jurídica, que luego dará lugar a seguir con las distinciones: primero con el estado civil, y luego con la capacidad de obrar⁴⁷. Todo el progreso doctrinal tiene un acicate claro: dejar que el hombre real y su capacidad acontezcan en el Derecho⁴⁸.

Ruggiero resume solemnemente los logros respecto al sujeto de derecho: «Hoy, desaparecida toda huella de esclavitud, equiparada la condición del extranjero a la del ciudadano en cuanto al goce de los derechos civiles, transformado profundamente el contenido y la esencia de los poderes familiares, que no suprimen, como en otro tiempo, la capacidad jurídica, es condición única para ser sujeto de derechos en el Derecho moderno la de ser hombre»⁴⁹.

⁴⁷ «Está lejos de ser clara la relación entre ambos conceptos [capacidad jurídica y capacidad de obrar]», CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 244.

⁴⁸ «Equivalente di 'soggetto' è, anzitutto, la persona, ossia l'essere umano, l'uomo», MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè Editore, 9ª ed., Milano, 1957, p. 206.

«No son las normas que emanan del legislador humano las que crean la personalidad; por el contrario, es ésta un presupuesto de las normas jurídicas, ya que éstas encuentran razón de ser en una misión de servicio con respecto a las necesidades de la vida del hombre en la sociedad», LOMBARDÍA, Pedro, *Derecho divino y persona física en el Ordenamiento canónico*, en *Escritos de Derecho canónico I*, Eunsá, Pamplona, 1973, p. 245.

⁴⁹ RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho civil. Volumen primero*, Ed. Reus, 4ª ed., Madrid, 1929, pp. 338-339.

«Soggetto giuridico è allora essenzialmente la persona umana, in funzione ultima della quale l'ordinamento è costituito», BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile. I. La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè Editore, 2ª ed., Milano, 2002, p. 135. Bianca pone también de manifiesto las carencias de la teoría pura del Derecho (Kelsen) cuando proponen una especie de sujeto de derecho desasido de toda realidad con el fin de lograr la autonomía de la ciencia jurídica, cfr. *Ibidem*, pp. 135-138.

Este era el primer paso necesario para el estudio de la edad legal general y para la comprensión de toda edad especial (p. e. la edad matrimonial). Lo que entiende la doctrina y la codificación por sujeto de derecho es el hombre real. Pero hasta llegar a la edad tenemos que proseguir la cascada de realismo jurídico, que va imponiéndose ante las limitaciones de las propuestas más formalistas⁵⁰. A continuación examinaremos la capacidad jurídica.

B. LA CAPACIDAD JURÍDICA

La historia de las discusiones en la teoría general del sujeto de derecho y de la capacidad es la historia de las propuestas para articular la realidad natural y la realidad jurídica. En el apartado anterior he mostrado los principios del realismo jurídico en la progresiva formación del concepto de sujeto de derecho, que se identifica con el hombre real. Toda teoría es necesariamente abstracta; el realismo jurídico no se opone a la abstracción sino al positivismo jurídico. Ese acercamiento a la realidad por parte del Derecho ha permitido introducir a la persona

«Depuis l'abolition de l'esclavage, tous êtres humains sont dotés de la personnalité juridique», VOIRIN, Pierre y GUOBEAUX, Gilles, *Droit civil. Tome I*, Lextenso éditions, 32^a ed., París, 2009, p. 53.

«La idea de que el ser humano es acreedor frente a cualquier ordenamiento del reconocimiento de su condición de persona parece hoy en día indiscutible; también la idea de que ello implica el reconocimiento de la igualdad esencial de las personas, así como de unos derechos fundamentales que le son inherentes», BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, *Manual de Derecho civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Ed. Bercal, Madrid, 1996, p. 69.

«Hoy en nuestro ordenamiento, como en el de todos los países civilizados, todo hombre es sujeto de derechos», LACRUZ BERDEJO, José Luis y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II. Personas*, Ed. Dykinson, 6^a ed., Madrid, 2010, p. 1.

⁵⁰ «Proprio in questo momento di necessaria verifica si acquista la consapevolezza che la definizione astratta e generalizante non possiede la duttilità di adattamento essenziale per sussumere ogni fatto, ogni situazione nello schema apprestato» STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 15.

humana y su dignidad en el ámbito jurídico, dando lugar así al sujeto de derecho, eliminando o transformando radicalmente el contenido del *status*, y superando la dualidad entre el estado natural y el estado civil.

Como fue adelantado, muchos autores identifican la personalidad jurídica (sujeto de derecho) y la capacidad jurídica, sobre todo en los inicios de la teoría general⁵¹. Se explica en cuanto que es la primera y

⁵¹ «Si tratta di una denominazione usata nella terminologia del diritto positivo che ha fatto sorgere la domanda se la capacità sia qualcosa di distinto dalla generale soggettività, come di una *specie* rispetto ad un *genus*», ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 26.

«L'uomo è capace d'essere soggetto di diritti e di obblighi, di essere soggetto giuridico», WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle pandette*, p. 215.

«Capace giuridicamente o subietto del diritto o persona è chi può avere diritti» DERNBURG, Arrigo, *Pandette. Volumen 1º. Parte 1ª. Parte Generale*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1906, p. 126.

«El sujeto de los derechos y de los deberes jurídicos se designa con la palabra persona. La capacidad jurídica, esto es, la aptitud para llegar a ser sujeto de derechos y de deberes jurídicos, es lo que atribuye a un ser la calidad de persona. Por esto, capacidad jurídica es sinónimo de personalidad. Tal capacidad no es otra cosa que el efecto del reconocimiento, operado por el derecho, de la existencia de algunas condiciones naturales por las cuales un ser aparece capaz de tener intereses dignos de tutela», COVIELLO, Nicolas, *Doctrina general del Derecho civil*, Ed. Uteha, trad. 4ª ed. italiana, Mexico D. F., 1949, p. 157. Se ve en Coviello como un cierto arraigo en las posiciones originales donde existía un tímido reconocimiento en el Derecho de la persona como tal.

«Por capacidad jurídica o de derecho se entiende la aptitud que tiene el hombre de ser sujeto en las relaciones jurídicas (...). Corresponde a todos los hombres por el hecho de serlo, se confunde con la personalidad, acompaña a ésta, y cuando ésta existe, surge como complemento inmediato la capacidad o facultad de ser sujeto de derecho y obligaciones», VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de derecho español*, p. 211.

«La capacidad jurídica es la idoneidad para ser sujeto de derechos (...). La capacidad jurídica y la personalidad coinciden», RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho civil*, p. 339.

«L'identità tra capacità giuridica e soggettività è sostenuta dalla c. d. teoria organica, per cui il soggetto giuridico è una fattispecie, composta da substrato materiale (l'individuo) e da riconoscimento formale; è propugnata in modo logico dalla teoria positivista kelseniana, che vede nella persona il complesso dei doveri giuridici e dei diritti soggettivi, per cui persona e personalità sono o sinonimi o superfetazioni della capacità giuridica», ALPA, Guido e RESTA, Giorgio, *Le persone e la famiglia. I. Le persone fisiche e i diritti della personalità*, UTET, Torino, 2006, p. 19.

más básica manifestación del sujeto de derecho⁵², y porque la capacidad jurídica es una aptitud para ser titular de derechos y deberes que tienen ‘todos’ por el hecho de ser personas (del mismo modo que cada persona por ser tal es sujeto de derecho)⁵³. El sujeto de derecho al principio era considerado bajo el prisma de la voluntad, y definido como ‘el ser capaz de derechos y obligaciones’; hasta aquí la capacidad jurídica es exactamente igual en todos considerada como mera aptitud⁵⁴. Y vimos, cómo las disonancias entre el mundo real y el mundo jurídico, corrigieron tanto el concepto de sujeto de derecho como el de capacidad jurídica; por un lado basta existir para ser sujeto de derecho. Por otro la

«Capacità giuridica: attitudine ad essere soggetto di diritti», MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè Editore, 9ª ed., Milano, 1957, p. 227.

Cfr. RUGGIERO, Roberto de, *Istituzioni di diritto civile*, p. 168; cfr. SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho civil. Tomo I. Parte General. Volumen 3*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 149; cfr. RESCIGNO, Pietro, *Capacità di agire*, en *Novissimo Digesto Italiano. Volume II*, UTET, 3ª ed., Torino, 1957, p. 861; cfr. BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, p. 133; cfr. RAVÀ, Adolfo, *Istituzioni di diritto privato. II. Diritto delle persone*, CEDAM, 5ª ed., Padova, 1932, p. 6.

⁵² «Se puede prescindir como se ha hecho del término capacidad jurídica, admitiendo implícitamente que la capacidad es parte integrante de la personalidad; pero si se analiza el concepto de persona, para determinar su valor en el Derecho, es preciso distinguir la persona, como concepto referido a una existencia, y la capacidad jurídica, como una de las cualidades o manifestaciones de la personalidad, la de ser susceptible de derecho y aún de obligaciones», DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II. Derecho de la persona. Parte primera. La persona y su estado civil*, Ed. Instituto de estudios políticos, Madrid, 1952, p. 45.

Del mismo modo en el Derecho canónico, cfr. OTADUY, Javier, *Persona física*, en *Diccionario General de Derecho Canónico. Volumen VI*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 177.

⁵³ En estas frases de Larenz se expresa bien el carácter realista de la capacidad jurídica: «La capacidad jurídica corresponde al individuo porque, conforme a su naturaleza, es persona en sentido ético», LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, Edersa, Madrid, 1978, p. 103. Y más adelante: «La condición personal del individuo y, con ella, su capacidad jurídica, están dadas previamente al Derecho positivo», *Ibidem*, p. 105.

⁵⁴ Esta igualdad de la capacidad jurídica conectada a la personalidad ha sido recibida por los códigos, y eso ha hecho que la doctrina no fuera muchas veces más allá en la comprensión de la noción de capacidad jurídica, cfr. STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, pp. 42-43; cfr. FERRARA, Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, p. 443.

capacidad jurídica es entendida como aptitud para ser titular de los derechos y obligaciones que tiene toda persona. Con estas dos especificaciones según los principios del realismo jurídico, toda persona es sujeto de derecho y tiene capacidad jurídica con independencia de su voluntad. La voluntad es trasladada al estudio de la capacidad de obrar⁵⁵. A continuación nos detenemos en la capacidad jurídica.

Es cierto que todos tienen aptitud general para ser titular de derechos y deberes, pero también lo es que los derechos y deberes de los que alguien es titular son distintos⁵⁶, por lo que es necesario comprender la igualdad y diversidad originarias que se dan en la capacidad jurídica⁵⁷: si yo no puedo tener un derecho, mi aptitud para ser titular de ese derecho es nula, no es real, no es nada, no existe. Una hipótesis imposible es ilógica. Además, el Derecho no es una construcción meramente teórica, sino una perspectiva peculiar dirigida a la persona real con sus derechos y deberes reales. La capacidad jurídica sólo es igual siempre que se den las mismas circunstancias en las personas. Decir que la capacidad jurídica es igual en todas las personas, sin

⁵⁵ «La volontà atiene all'esercizio del diritto, non alla capacità (giuridica)», *Ibidem*, p. 442.

⁵⁶ «En principio todo hombre tendrá personalidad; pero ningún hombre asumirá todas las capacidades de derecho, porque en ninguno se darán los supuestos necesarios para gozar de todos los derechos posibles», COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo primero*, Ed. Reus, Madrid, 1922, p. 217.

«Separando la soggettività (personalità) dalla capacità, affermando l'egualianza della prima, mentre la seconda varierebbe e per numero e per ampiezza dei diritti in essa compresi», STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 41.

⁵⁷ «La igualdad, en cuanto a contenidos, únicamente es real en relación a los derechos inherentes a la dignidad de la personalidad, de los que toda persona deviene titular por el mero hecho de la adquisición de la capacidad jurídica. Para los demás derechos la igualdad de capacidad jurídica de todas las personas es meramente formal, pues significa, únicamente, aptitud genérica o virtualidad potencial para ser titular», DORAL GARCÍA, José Antonio, *La personalidad jurídica. De la libertad formal a la libertad civil*, en «Revista de Derecho Privado», Tomo LXI, Febrero, 1977, p. 111.

matizaciones con respecto a su diversidad, es un mito y una abstracción sin soporte real⁵⁸.

Impulsados por el realismo jurídico y queriendo que la realidad no sea deformada ni ficticia al entrar en el Derecho, algunos autores han explorado otra vía para atender a la diversidad en la capacidad jurídica que en cierta medida ya se ha adelantado en lo dicho hasta ahora. Esa vía implica precisar un concepto que vendría a completar el significado de la capacidad jurídica: es el concepto de ‘titularidad’⁵⁹ el que ha de ser

⁵⁸ «Se ha dicho también que la capacidad jurídica es igual para todos, característica esta que debe ser examinada con mayor detalle. No obstante, los mismos autores que parten de este principio general de ser la capacidad jurídica una y esencialmente igual para todos los hombres, no vacilan en distinguir entre una capacidad jurídica en abstracto acorde con el principio general, y otra capacidad jurídica en concreto, con aplicación a derechos determinados, la cual declaran susceptible de restricciones a título excepcional y por virtud de expresa disposición legal (...). De ser fundada esta distinción entre la capacidad jurídica en abstracto y la capacidad jurídica en concreto, realmente con ello no se hace sino desmentir la característica antes enunciada de que la capacidad jurídica es una e igual para todos», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I. Parte General. Sujeto y objeto del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, p. 262.

⁵⁹ Un poco más adelante veremos una expresión que me parece adecuada. De momento resalto esa precisión a la que parecen apuntar los siguientes autores: «La capacità riguarda la concreta possibilità di essere soggetto di questo o di quel diritto, di questo o di quel rapporto, e potrebbe meglio identificarsi con la ‘titolarietà’, ossia con quella concreta attuazione delle norme in vista di particolari fatti o situazioni che l’ordinamento giuridico prende in considerazione, e per cui alla persona, già presupposta, nella sua soggettività, come destinataria virtuale, si riconoscono specifici beni ad essa giuridicamente pertinenti e garantiti, particolari poteri, facoltà o doveri», ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 26.

«Corrente invece la distinzione tra capacità, come qualità astratta a priori, e titolarietà, presupponendo quest’ultima che un fatto o determinati effetti giuridici si siano già realizzati», DOGLIOTTI, Massimo, *Le persone fisiche*, p. 14.

«Mentre la capacità giuridica indica la potenzialità ad acquistare, l’appartenenza o titolarietà di un diritto supone che un diritto è stato acquistate e compete concretamente ad una persona. La titolarietà è la connessione attuale di un diritto al soggetto. Egualmente vale per l’obbligo», FERRARA, Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, p. 448.

«La capacidad jurídica viene a atribuir al sujeto de las relaciones jurídicas una titularidad, o sea, una serie de derechos, facultades, poderes o deberes que forman el

concretado, sin que sea necesario acudir a otros planteamientos en los que, para explicar la variedad, se recurre a unas excepciones que constituirían limitaciones de la capacidad jurídica⁶⁰.

En este sentido, podemos encontrar definiciones que tratan de conjugar esa igualdad y diversidad en la capacidad jurídica. Hay autores que acentúan más la igualdad, mientras que otros prefieren una respuesta más decidida por la diversidad. Según De Castro, la capacidad jurídica vendría a ser «la cualidad de la persona de ser titular –centro unificador e independiente– de las distintas relaciones jurídicas que la afectan»⁶¹; con esta definición se incide en la característica de toda persona para unificar en sí los derechos y deberes, que no tienen porqué ser los

contenido de cada relación jurídica concreta», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, p. 260.

⁶⁰ «El reconocimiento de la personalidad supone la atribución de capacidad jurídica a todos los seres humanos, sin perjuicio de que se establezcan determinadas restricciones para ser titular de algunas relaciones jurídicas. (...). En tal caso se podrá hablar de capacidades o de incapacidades especiales», BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, *Manual de Derecho civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, p. 71.

Cfr. SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho civil*, p. 153.

⁶¹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 45.

«Toda persona tiene capacidad jurídica, es decir, tiene la ‘aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones’ (Lacruz) exigencia de la dignidad humana reconocida en el art. 10 CE y en la jurisprudencia; en este sentido dice el Tribunal Constitucional que los derechos son ‘traducción normativa de la dignidad humana’ (STC 113/ 1995, de 6 de julio), y que ésta es ‘un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico (de los derechos) debe asegurar’ (STC 57/1994, de 28 de febrero)», TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional español. I. Sistema de fuentes. Sistema de los derechos*, Universidad Complutense, 5ª ed., Madrid, 2004, p. 291. La referencia de la capacidad jurídica es a la persona (cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II*, p. 1), tal y como lo han expresado los ordenamientos civiles modernos con el reconocimiento de la igualdad de todos ante la ley. A ello hace referencia Falzea en el siguiente texto: «La capacità giuridica, al pari della soggettività giuridica, costituisce un carattere intrinseco del soggetto, una qualità che ad esso deriva dal fatto di essere titolare potenziale degli interessi tutelati dal diritto e perciò titolare potenziale delle situazioni giuridiche predisposte dalle norme per attuare quella tutela. Per questa sua natura, essenzialmente potenziale, la capacità giuridica (e quindi la soggettività giuridica) consiste in una qualità astratta ed a priori», FALZEA, Angelo, *Capacità. Teoria generale*, en *Enciclopedia del Diritto. VI*, Giuffrè Editore, Varese, 1960, p. 15.

mismos. Por lo tanto, por un lado se reconoce la igualdad –acompaña a toda persona por el hecho de ser tal desde su nacimiento hasta su muerte, está vinculada a la existencia de cada persona, y no sería una construcción jurídica sino la primera manifestación de la dignidad personal en el ámbito del Derecho–, y por otro lado se respeta la diversidad –distintas relaciones jurídicas–⁶².

Con otras palabras define Spota la capacidad jurídica: «La titularidad implica, más que la actual existencia de derechos subjetivos o de deberes jurídicos, la aptitud de tener esos derechos o esos deberes. Si ello es así, cabe definir la capacidad de derecho expresando que es el grado de aptitud para ser titular de derechos subjetivos y de deberes jurídicos»⁶³. Luego dice que esa aptitud es potencia, y que por lo tanto es indiferente si tiene muchos o pocos derechos; esto no es muy realista, porque hay derechos que nunca podrá tener, por lo que es inútil que sea potencial respecto de ellos; la potencialidad sería, más bien, para derechos que se puedan tener. Spota pone el acento en la unidad de la capacidad jurídica, aunque al decir «grado de aptitud» está considerando la diversidad. La capacidad jurídica es diversa por el contenido, pero no por la dignidad. Cuando se dice que es igual para todos, no se está diciendo que todos puedan o tengan los mismos derechos, sino que tienen los derechos que tendría cualquiera en la misma situación⁶⁴. Es

⁶² «La capacidad actúa jurídicamente centralizando, unificando, haciendo propios, recogiendo, comprendiendo en una unidad (*capere*) todos los efectos (derechos, obligaciones, facultades) de las relaciones jurídicas que atañen a la persona», DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 46. Siendo esto así, cada unificación o centralización, dará como resultado un conjunto diverso entre las personas.

⁶³ SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho civil*, p. 149.

⁶⁴ Spota cita a Freitas al respecto: «No digo *aptitud*, sino *grado de aptitud*, porque no hay persona sin *capacidad de derecho*, por más numerosas que fueran las prohibiciones del Código. De esta manera, la *capacidad de derecho* involucra siempre una idea relativa, (...), puesto que todas las personas son capaces de derecho respecto de lo que no les prohíbe el Código, e incapaces de derecho al mismo tiempo, en lo relativo a lo que se les prohíbe», *Ibidem*, p. 153.

decir, el derecho a que hereden los descendientes no existe si no se tienen, pero si los tuviera tendría ese derecho.

Un paso más se encuentra en la definición de la titularidad que ofrece Martínez de Aguirre por ser más realista: «A la tenencia efectiva de un concreto derecho y obligación se le denomina titularidad, que es, por tanto, la situación de pertenencia de un derecho o de una obligación a un concreto sujeto de derechos; la capacidad jurídica permite ser titular de derechos y obligaciones, la titularidad supone que se es sujeto, activo o pasivo, de un concreto derecho o de una obligación determinada»⁶⁵, que sería un estadio previo en el razonamiento jurídico encaminado al ejercicio de los derechos y obligaciones mediante la capacidad de obrar.

⁶⁵ Martínez de Aguirre, en el momento de relacionar la capacidad jurídica con la capacidad de obrar, señala el estadio intermedio de la titularidad, que vendría a ser una subespecie dentro de la capacidad jurídica: «Esta aptitud genérica [se refiere a la capacidad jurídica propiamente dicha] no quiere decir, al menos desde un punto de vista teórico, que quien la tiene tenga también algún derecho o se encuentre vinculado por alguna obligación: la capacidad jurídica es, en sentido estricto, la mera posibilidad de tener derechos y deberes. A la tenencia efectiva de un concreto derecho u obligación se le denomina titularidad, que es, por tanto, la situación de pertenencia de un derecho o de una obligación a un concreto sujeto de derechos; la capacidad jurídica permite ser titular de derechos y obligaciones, la titularidad supone que se es sujeto, activo o pasivo, de un concreto derecho o de una obligación», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La persona y el Derecho de la persona*, en *Curso de Derecho civil. Volumen I*, p. 324. A partir de aquí adoptaré esta expresión de Martínez de Aguirre para designar este aspecto de la capacidad jurídica; entiéndase por tanto hecha la referencia a esta nota.

En este sentido Puig Brutau y Puig Ferriol distinguen la «capacidad jurídica en abstracto» y la «capacidad jurídica en concreto» que no es la capacidad de obrar, cfr. PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I. Parte General. Sujeto y objeto del Derecho*, p. 262.

En la misma idea insiste Falzea aunque lo considere como concepto autónomo de la capacidad: «Si distingue [la capacidad jurídica] perciò dalla titolarietà, la quale presuppone che un fatto giuridico si sia già verificato e che specifici effetti giuridici siano già sorti, ed è logicamente preliminare a qualsiasi altra situazione soggettiva; compresi i diritti della personalità —i quali, per la maggior parte dei casi, non sono condizionati ad altro, se non alla esistenza del soggetto— e gli *status* che, anch'essi come altre situazioni soggettive, presuppongono, nella loro odierna accezione giuridica, la esistenza di un soggetto capace», FALZEA, Angelo, *Capacità. Teoria generale*, p. 15.

Spota y Martínez de Aguirre entienden la titularidad de modo distinto: para el primero es aptitud genérica (potencialidad) y para el segundo es tenencia efectiva (actualidad). De todos modos, tanto ese ‘grado de aptitud para ser titular’ como la ‘titularidad-tenencia efectiva’ continúan el realismo jurídico, y permiten reconocer que, si bien todos tienen capacidad jurídica por el hecho de ser personas, esa capacidad jurídica no es igual por la diversidad en los derechos y deberes de los que alguien es titular, como también señalaba De Castro. La noción de titularidad ha servido para precisar la de capacidad jurídica e introducir más realismo en ella: ya no es una atribución genérica y abstracta, sino una aptitud real que recae sobre unos concretos derechos y deberes.

Precisamente, por una lógica exigencia del realismo jurídico, y como manifestación de la variedad mencionada, los autores siguen distinguiendo en el seno de la capacidad jurídica situaciones reales designadas por conceptos que vendrían a completarla: ‘las capacidades jurídicas especiales’ y ‘las incapacidades especiales’⁶⁶. Estos términos tratan de subsanar las limitaciones derivadas del concepto abstracto y uniforme de la capacidad jurídica frecuente en los inicios de la teoría. Crear nuevos conceptos no significa necesariamente solucionar el problema, sino nombrarlo; de hecho, acudir a ellos y a la vez calificar la capacidad jurídica como única, estática e igual para todos, no resuelve la cuestión de fondo en la medida en que no se explica el por qué de las

⁶⁶ «Ahora bien, como para ser titular de ciertas relaciones, se pueden exigir a la persona determinadas aptitudes especiales, se habla, por muchos, de que para ellas se precisa una especial capacidad jurídica, ya que, aun teniendo igual la general, la especial puede variar de unos a otros», ALBADALEJO, Manuel, *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, Edisofer, 19ª ed., Madrid, 2013, p. 154.

«La capacità giuridiche speciali che, a differenza della capacità giuridica generale, consentono un sufficiente margine di adattabilità alle molteplici ipotesi della realtà», STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 39.

«Capacità giuridica speciale significa idoneità del soggetto ad essere titolare di particolari rapporti giuridici», ALPA, Guido e RESTA, Giorgio, *Le persone e la famiglia*, p. 20.

diferencias. Por ello, considero preferible hallar un concepto de capacidad jurídica dinámico, que incluya a la vez y de inicio tanto la igualdad como la diversidad.

Otros autores han replanteado la categoría del ‘estado civil’, incluyéndola en la personalidad (sujeto de derecho), y con la función de ajustar la capacidad jurídica para explicar su diversidad. Concretamente, Ramos Chaparro afirma del estado civil que tiene como «función principal en el actual Derecho, servir de presupuesto subjetivo discriminador para la aplicación general e igualitaria del conjunto normativo»⁶⁷, teoría muy extendida en la doctrina italiana. Lo veremos más adelante.

C. LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA CAPACIDAD DE OBRAR: DISTINCIÓN

Continuamos con la inercia del realismo jurídico que ha llevado a los autores a buscar la mayor conformidad posible del Derecho con la realidad de las cosas⁶⁸. La capacidad jurídica hasta ahora ha conseguido distinguirse del sujeto de derecho y atender a la diversidad real en la titularidad de los derechos y deberes. En este sentido se ha llegado a un concepto más realista. Sin embargo, como dice Carnelutti, «el nudo de la cuestión de la capacidad es la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar»⁶⁹, distinción que permitirá completar el sistema de

⁶⁷ RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, Cedecs, Barcelona, 1999, p. 23.

⁶⁸ «Pur ammettendo l'esistenza di periodi ben distinti durante la vita umana, prassi, dottrina e legislazione medioevale, nella scia di quanto già era stato deciso dal diritto romano, cercarono di essere il più possibile aderenti alla realtà delle cose e preferirono non legarsi troppo a schemi precostituiti, i quali non sarebbero serviti appieno allo scopo di attribuire adeguatamente responsabilità giuridiche e capacità di agire», BURDESE, Alberto, *Età*, en *Enciclopedia del Diritto*. XVI, Giuffrè Editore, 1967, Varese, pp. 82-83.

⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del Derecho*, p. 244.

capacidad para tener así una visión global⁷⁰ con el fin de alcanzar una comprensión mayor de la edad legal en el régimen general primero, y en cualquier otro sistema jurídico donde se acuda a una edad legal como ocurre en el sistema matrimonial.

La doctrina distingue la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Está muy extendida la distinción basada en la posición estática y dinámica⁷¹ de la capacidad jurídica y de obrar respectivamente. Pero

«E' un fatto che la capacità si presenta in origine come nozione indifferenziata, quindi comprensiva, se si vuole, tanto degli attributi che confluiranno successivamente nel concetto di capacità giuridica quanto di quelli che si organizzeranno intorno alla figura della capacità d'agire», STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 239.

⁷⁰ La distinción entre la capacidad jurídica y capacidad de obrar ni siquiera se planteaba cuando el término capacidad y a veces el mismo concepto de sujeto de derecho se determinaban conforme a la voluntad; ello unido a la concepción del derecho subjetivo como poder de hacer, impedían una distinción en el seno de la capacidad. Lo señala Ondeï: «Fino a quando il diritto soggettivo era immaginato sotto la specie di un potere di agire, di disporre di un bene, o di esigere una azione a danno di un proprio interesse giuridicamente riconosciuto, una distinzione tra 'capacità giuridica' e 'capacità di agire', come è intesa nei termini della legislazione positiva, era logicamente impossibile, perchè indubbiamente non basta il fatto della nascita per far sorgere nel soggetto 'un potere di agire'. Ed infatti, in base a questo concetto, coerente sarebbe il pensiero di coloro che negavano alle persone immature o interdette la qualità propria di soggetti di diritto, attribuendo la soggettività ai loro rappresentanti, delegati ad agire in loro vece» (p. 26). Como era un error, «tale erroneità deriva dal fatto che anche i neonati e gli alienati sono destinatari di una tutela giuridica e sono considerati essi pure persone, occorre modificare quel concetto e quella definizione del diritto soggettivo», ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, pp. 26-27.

«La capacità di agire presuppone oggi la capacità giuridica: è negata pertanto ai minori di età e agli infermi di mente. Anche a Roma la capacità di agire era riconosciuta alle persone intellettualmente capaci ma non presupponeva necessariamente la capacità di agire», MARRONE, Matteo, *Manuale di diritto privato romano*, p. 124.

⁷¹ «La capacità di diritto o capacità giuridica è l'attitudine ad essere titolare di diritti ed obblighi, l'astratta possibilità di ricevere gli effetti dell'ordine giuridico (...). Certo la capacità d'agire supone siempre la capacidad de obrar, perchè non si può esercitare un diritto, da chi non è capace di averlo, ma mentre la capacità di diritto è una semplice condizione di godimento, una posizione statica, la capacità d'agire denota un'attività dinamica, la potestà di mettere in moto i diritti, di produrre delle trasformazioni

esta división nos dice muy poco y nos quedamos con la sensación de que es demasiado teórica y abstracta; parece más bien un constructo jurídico sin una función muy precisa. Esta falta de precisión en la delimitación de ambos conceptos de capacidad ha llevado a afirmar a algunos autores que «la capacidad jurídica y la capacidad de obrar son lógicamente distintas, y prácticamente una misma cosa»⁷². Si sólo se distinguen lógicamente, es que no se distinguen realmente, y por lo tanto no cumple con las expectativas del realismo jurídico, y en consecuencia no tendrá repercusiones prácticas. Hace falta algo más en la delimitación de ambas capacidades.

mediante il proprio operato giuridico», FERRARA, Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, pp. 458-459.

Cfr. PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, p. 260.

Castán Tobeñas por ejemplo lo expresa del siguiente modo: «La capacidad de derecho supone una posición estática del sujeto, mientras que la capacidad de ejercicio denota una idea dinámica. La primera es, como dice Ferrara, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la abstracta posibilidad de recibir los efectos del orden jurídico; la segunda, la capacidad de dar vida a los actos jurídicos», CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral. Tomo I. Introducción y parte general. Volumen II*, Ed. Reus, 15ª ed., Madrid, 2007, p. 149.

Del mismo modo Hualde Sánchez: «Doctrinalmente se distingue, dentro del género capacidad, entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, que ponen de manifiesto, respectivamente, el momento estático y dinámico de la capacidad o personalidad», HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *La personalidad*, en *Manual de Derecho Civil. I. Introducción y derecho de la persona*, Ed. Marcial Pons, 3ª ed., Madrid, 2001, p.110.

Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del Derecho*, p. 245; cfr. CUENCA GÓMEZ, Patricia, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español*, en «Derechos y Libertades», núm. 24, Época II, enero, 2011, p. 228; cfr. DOGLIOTTI, Massimo, *Le persone fisiche*, p. 14; cfr. RESCIGNO, Pietro, *Capacità di agire*, p. 862; cfr. LOMBARDÍA, Pedro, *Lecciones de Derecho canónico. Introducción. Derecho constitucional. Parte General*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 134.

⁷² CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del Derecho*, p. 245.

Otro modo de distinguirlas ha sido acudiendo a la igualdad de la capacidad jurídica y a la diversidad de la capacidad de obrar⁷³. Pero sigue siendo demasiado teórico y no del todo cierto por varias razones: porque existe una diversidad en la capacidad jurídica de las personas como hemos visto, y porque la capacidad de obrar sólo es igual en las personas que están en un mismo grupo (los mayores de edad). Por un lado se dice que la capacidad jurídica es estática, fija, igual, una, y de inmediato hay que reconocer capacidades e incapacidades jurídicas especiales para atender a la diversidad real. Desde el momento en que definiendo un concepto dinámico⁷⁴ de capacidad jurídica que incluye conjuntamente una igualdad y diversidad originarias y reales, las distinciones anteriormente mencionadas resultarían bastante complicadas porque tratan de matizarse unas a otras.

Esta falta de delimitación ha llevado a una confusión sobre la determinación de las causas modificativas de la capacidad⁷⁵ (edad, sexo, enfermedad, condena penal, etc.): no se sabe muy bien si modifican la

⁷³ Precisa Castán: «La capacidad de derecho (...) reúne los caracteres de fundamental, una, indivisible, irreductible y esencialmente igual, siempre y para todos los hombres. Ahora bien: considerada en concreto, la capacidad de goce es susceptible de restricciones, a título excepcional y por virtud de disposiciones expresas de la ley», CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, p. 150.

⁷⁴ Cuando digo dinámico me estoy refiriendo a una capacidad jurídica que se adapta al conjunto variable de los derechos y deberes de los que una persona es titular. Dinámico es lo contrario de capacidad jurídica igual en todos los aspectos. Dinámico es la referencia al movimiento de derechos y deberes que vienen y van en la vida del sujeto de derecho, aunque algunos sean los mismos para todos y siempre estén presentes.

⁷⁵ Cfr. DEGNI, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 7.

«Parecchi scrittori parlano delle limitazioni o modificazioni della capacità giuridica unitamente a quelle della capacità di agire perchè quasi tutte le circostanze che determinano una modificazione o limitazione della capacità giuridica è nettamente distinta dalla capacità di agire e che alcune cause limitatrici della capacità riguardano principalmente la capacità giuridica, mentre altre riguardano principalmente la capacità di agire, è bene parlare distintamente», GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, p. 12.

Cfr. STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, pp. 204-205.

capacidad de obrar o la capacidad jurídica⁷⁶, llegando en algunas ocasiones a afirmar que afectan a una y a otra⁷⁷. Otras veces se distingue

⁷⁶ «Infatti si cominciò a distinguere fra la capacità a contrarre obbligazioni civili e la possibilità di contrarne in rapporto alla responsabilità penale, si definì quella di vincolarsi in matrimonio, di testimoniare e così via. Unitamente al altri elementi qualificativi della personalità del singolo, come il sesso, la condizione e lo *status*, la salute, anche l'età concorse a definire la capacità giuridica del soggetto con la maggiore precisione possibile. E da tali capacità discendevano diritti e doveri su cui si fondava l'ordine giuridico. Non mancò, tuttavia, un *iter* piuttosto lungo per giungere a tali ovvie conclusioni», BURDESE, Alberto, *Età*, p. 83.

Igualmente Ruggiero que ve en la edad y en la condena penal una causa limitativa de la capacidad: «La capacità giuridica può essere limitata dall'ordinamento relativamente ad alcuni diritti, per ragione di sesso o di età o di condanna penale. (...). La capacità di agire è connessa alla esistenza della persona, questa richiede invece una effettiva capacità di volere che in talune persone può far difetto per cause varie (età minore, infermità di mente, condanna penale)» RUGGIERO, Roberto de, *Istituzioni di diritto civile*, pp. 167-168.

«E neppure vi sono più differenze di capacità giuridica per età, sesso, stato di salute, condizione sociale o professione: anche un bambino appena nato o un pazzo furioso ha la capacità di essere soggetto di diritti e obblighi giuridici, e la capacità giuridica è in generale, uguale per gli uomini e per le donne, per i nobili e per i plebi, per i professionisti, per i commercianti, per i contadini e per gli operai, per i civili e per gli ecclesiastici», GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, pp. 6-7.

«La capacità giuridica può subire parziali limitazioni solo in conseguenza del sesso, dell'età, di malattie o di condanne penali», TRIFONE, Romualdo, *Le persone e le classi sociali nella storia del diritto italiano*, p. 5.

«Si discute se la capacità giuridica speciale sia limitata da diversi fattori (età, sesso, infermità, onore), o se limitazioni si riferiscano ad una diversa situazione, quella per la quale il soggetto dispone dei propri diritti e compie atti giuridici (capacità di agire). Attualmente, si ritiene più corretto ricollegare tali limitazioni alla capacità giuridica speciale», ALPA, Guido e RESTA, Giorgio, *Le persone e la famiglia*, p. 20.

Cfr. D'AVACK, Pietro Agostino, *Età. Diritto canonico*, en *Enciclopedia del Diritto. XVI*, Giuffrè Editore, Varese, 1967, p. 99.

⁷⁷ «Circunstanze che hanno attualmente rilevanza per la capacità giuridica, in quanto che sono cause di limitazione di essa, sono quelle stesse che limitano, come vedremo in seguito, la capacità di agire, cioè l'età, lo stato di salute, la condanna penale, la cattiva condotta, ed in un certo senso, quando si tratta di commercianti, anche il fallimento, quantunque alcune di queste circostanze hanno maggiore rilevanza per la capacità di agire che per la capacità giuridica», GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, p. 23.

Cfr. RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho civil*, pp. 339, 343; cfr. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de derecho español*, p. 259.

entre causas jurídicas y naturales⁷⁸, sin precisar si se refieren a la modificación de la capacidad jurídica o la capacidad de obrar, creando un extraño paralelismo por dar a entender que las causas naturales no son jurídicas, o que las causas jurídicas no tienen una base natural (la limitación de capacidad por condena penal tiene su origen en un hecho natural al que se refiere el delito, tan natural como una enfermedad aunque tengan distinto origen).

Especialmente significativa es la confusión que existe sobre la edad⁷⁹, donde algunos autores llegan a afirmar que afecta tanto a la capacidad jurídica como a la capacidad de obrar: «Per quanto si riferisce all'età, si può dire che essa ha la *massima, se non esclusiva*, rilevanza per la capacità di agire, mentre solo per qualche riguardo ed in un certo senso si può dire che essa ha rilevanza anche per la capacità giuridica ed è una causa limitatrice di questa»⁸⁰. Falzea va más lejos y llega a afirmar que la edad es un límite de la capacidad jurídica⁸¹. Esta discusión⁸² está en el fondo del artículo 32.2º del Código civil español en su redacción originaria que veremos en el capítulo segundo.

⁷⁸ Cfr. RUGGIERO, Roberto de, *Istituzioni di diritto civile*, p. 173.

Roberti habla de causas de hecho y causas de derecho como limitaciones de la capacidad jurídica natural. La confusión de términos es palpable al inicio, cfr. ROBERTI, Melchiorre, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, p. 128.

⁷⁹ Cfr. STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 212.

Algunos dicen que afecta a la capacidad jurídica especial, cfr. ALPA, Guido e RESTA, Giorgio, *Le persone e la famiglia*, p. 20; cfr. RUGGIERO, Roberto de, *Istituciones de Derecho civil. Volumen primero*, p. 339. La mayoría la refieren a la capacidad de obrar.

⁸⁰ GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, Giuffrè Editore, Milano, 1946, p. 23. La cursiva es mía.

⁸¹ Cfr. FALZEA, Angelo, *Capacità. Teoria generale*, p. 35; cfr. Cfr. DEGNI, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 7.

⁸² «Si assiste in dottrina alla teorizzazione dell'età come elemento incidente in astratto sulla capacità giuridica oppure sulla capacità di agire, con la conseguente aggregazione dei contegni umani in classi differenziate, in ordine alle quali l'età si presenta come criterio distintivo di appartenenza all'una ovvero all'altra», STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 268.

La confusión llegará a su punto más alto en la cuestión de la capacidad de los menores y enfermos respecto de actos personalísimos⁸³. Una parte de la doctrina llega a proponer en ocasiones una equiparación entre incapacidad jurídica e incapacidad de obrar⁸⁴; en otros casos se

⁸³ «Può sembrare, in casi eccezionali, e segnatamente in relazione all'esercizio di alcuni diritti 'personalissimi' che non può essere compiuto da un terzo in sostituzione o in rappresentanza dell'incapace, che gli effetti della incapacità di agire coincidano con quello di una speciale incapacità giuridica. Così è sembrato a taluni che costituiscono forme di incapacità giuridica speciale quella al matrimonio o di far testamento per difetto di età, o quella di riconoscere un figlio naturale per ragione di interdizione, o di adottare per essere di età inferiore agli anni 50», ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 26.

⁸⁴ «Per quanto concerne l'incapacità di agire del minore, è da notare che in dottrina è controverso se in alcuni casi d'incapacità, anziché di incapacità di agire non si tratti più propriamente di incapacità giuridica, così specialmente nei casi d'incapacità di compiere quegli atti che devono essere compiuti personalmente e non possono essere compiuti per mezzo di rappresentante (per es. Matrimonio, testamento, donazione, ecc.). Si sostiene infatti da alcuni, come si è già precedentemente accennato, che in questi casi si tratta d'incapacità giuridica e non già di semplice incapacità di agire, perchè manca il godimento di quei particolari diritti o poteri, non potendo essi essere esercitati nè dall'incapace nè da altri in rappresentanza di lui. Ma questa opinione deve essere respinta, perchè nei casi in esame si tratta appunto d'incapacità di compiere determinati negozi giuridici, mentre la capacità giuridica riguarda il godimento di certi diritti o poteri, e nei casi in esame non si può dire che manchi il godimento di un diritto o di un potere, giacchè manca in realtà soltanto la capacità di compiere dei negozi giuridici, per la mancanza dell'età richiesta dalla legge», GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, p. 79.

«Cuando se excluye la representación por la naturaleza misma del acto, en cuanto que éste no puede efectuarse sino personalmente por el sujeto, hay que afirmar que la incapacidad de obrar coincide con la incapacidad jurídica», RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho civil*, p. 340.

Es una postura actual en Italia, unida al mantenimiento de la incapacidad de obrar general del menor, y a la explicación sobre los actos que el menor realiza en la vida cotidiana (se entiende que existe una tácita representación): «In dottrina è stato posto il problema se, al di là delle deroghe legali al limite della maggiore età per specifici atti, non si debba riconoscere in via generale al minore, non appena egli abbia acquisto una sufficiente maturità di giudizio, la capacità di compiere alcuni tipi di atti. Si è osservato infatti che talora la negazione della capacità di agire tende a risolversi nella negazione della stessa capacità giuridica, come avverrebbe per gli atti c. d. personalissimi che non ammettono la rappresentanza; e si è giunti fino a dubitare che in questi casi sia corretto utilizzare lo schema concettuale tradizionale capacità giuridica-capacità d'agire», CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto, *Comentario breve al Codice civile*,

defiende reservar la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar únicamente para los intereses patrimoniales⁸⁵, y no para los derechos personalísimos en los que no cabe actuación del representante legal⁸⁶. En mi opinión, eliminar la distinción entre incapacidad jurídica e incapacidad de obrar en actos personalísimos como el matrimonio por ejemplo, nos llevaría a situaciones absurdas, como que un joven de 28 años, no casado, que se emborracha, no tendría el *ius connubii* para ir recuperándolo poco a poco según va retomando la consciencia; o que ese mismo joven, en el tiempo de sueño, se encuentra sin el *ius connubii* para recobrarlo súbitamente una vez suene el despertador. Los derechos están en la capacidad jurídica y son estables, no así su ejercicio. Son estables porque la capacidad jurídica es la manifestación más básica del sujeto de derecho. Una cosa es la titularidad-tenencia y otra su posible

CEDAM, 5ª ed., Padova, 2016, p. 199. Estos autores hacen derivar del artículo 2 de la Constitución una capacidad general del menor, *Ibidem*, p. 199.

⁸⁵ Cfr. STANZIONE, Pasquale, *Persona fisica. Diritto civile*, p. 96; cfr. IDEM, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 239.

También Nawiansky: «El concepto de una capacidad diferenciada de la capacidad de obrar ha sido creado principalmente por causa de la ordenación de los intereses patrimoniales. Por esta razón, no se hace generalmente la distinción, o al menos aparece en segundo plano, cuando se trata de campos jurídicos en los que no juegan ningún papel los intereses patrimoniales. Así por ejemplo, no se hace discriminación entre una capacidad de obrar electoralmente y una capacidad jurídica electoral, sino que basta con la primera, a la que se designa como derecho electoral», NAWIANSKY, Hans, *Teoría general del Derecho*, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 192.

⁸⁶ A este respecto, Rescigno aclara la cuestión para no mezclar los conceptos: «Si deve infatti tener presente che la possibilità o meno della stipulazione di un negozio mediante rappresentante è un elemento del tutto estraneo al fenomeno della capacità o incapacità di agire», RESCIGNO, Pietro, *Capacità di agire*, p. 862.

En la misma dirección Puig Brutau y Puig Ferriol: «Sin que el carácter personalísimo de los referidos actos constituya argumento alguno en contra, por cuanto únicamente sirve para poner de relieve que en el ámbito de la capacidad de obrar de la persona, determinados actos quedan sustraídos a la actuación del representante legal del incapaz de obrar, pues en último término sería desmerecer la dignidad de la propia persona el hecho de que su representante legal decidiera arbitrariamente sobre aquellas cuestiones que de una manera más íntima afectan a su esfera familiar o patrimonial», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, p. 264.

ejercicio⁸⁷. No podemos perder de vista al hombre real que es el sujeto de derecho, auténtico centro del sistema capacidad.

Como hemos visto hay confusión en tres puntos: en la distinción insuficiente entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, en las circunstancias que modifican a una y a otra, y en la capacidad de los derechos personalísimos. Por ello, como la capacidad jurídica y la capacidad de obrar son cada una de ellas diversas y dinámicas, es necesario encontrar un criterio de distinción para así avanzar en la comprensión de dichos conceptos y superar los puntos más discutidos. El criterio, más que el método, será en mi opinión adecuar el Derecho a la realidad: no se trata de organizar un mundo jurídico paralelo al mundo real, sino ordenar jurídicamente el único mundo que existe que es el real.

¿Cuál es la diferencia por tanto entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar? La misma que existe entre ‘tenencia efectiva’ y ‘ejercicio por sí mismo’. Así, en la persona (sujeto de derecho) tenemos por un lado la ‘tenencia efectiva’ conectada con la aptitud humana para ser titular (capacidad jurídica), y el ‘ejercicio por sí mismo’ conectado con la capacidad natural (capacidad de obrar)⁸⁸. Por ello, la distinción

⁸⁷ «Ma è stato giustamente osservato come anche in questi casi si tratti della normale incapacità di agire, a cui fa da contrapposto l’acquisto di una speciale capacità ancora prima degli anni ventuno, e che la insostituibilità del soggetto, a causa della quale, a differenza che nei comuni casi di sua incapacità di agire, egli non può in alcun modo conseguire i benefici o assumere gli oneri inerenti a tali atti o negozii giuridici, è un fatto estrinseco attinente agli effetti e non alla sostanza e al concetto della sua incapacità. E con più efficacia è stato facile osservare che la conseguenza della incapacità giuridica non può essere, sotto pena di contraddizione, che quella della assoluta nullità, ed anzi della inesistenza giuridica dell’atto compiuto dall’incapace, quanto meno della inesistenza giuridica di qualsiasi effetto a suo vantaggio o a suo carico, mentre invece, in questi casi, gli atti compiuti dall’incapace sono affetti solo da una invalidità relativa (annullabilità), che si verifica soltanto a seguito di una loro impugnazione o con la possibilità di successiva convalida e sanatoria», ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, pp. 37-38.

Cfr. GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, pp. 24-25.

⁸⁸ «Cabría pues hablar, en relación con la capacidad jurídica de poder de titularidad y, respecto a la capacidad de obrar, de poder de ejercicio», FERNÁNDEZ DE BUJÁN,

entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar se basa en los distintos ámbitos de la realidad humana que cada una trata de ordenar jurídicamente.

El cambio de perspectiva en el estudio de la capacidad jurídica no está en la capacidad de hacer (voluntad) sino de recibir (aptitud innata); dicho de otro modo, la existencia de los derechos y deberes no depende de una potencialidad para ejercerlos, sino de la aptitud para recibirlos, o como dice Ondeï, de la «spettanza»⁸⁹. Esta perspectiva nos lleva a la consideración de la capacidad jurídica no en un estudio conjunto con la capacidad de obrar, sino referida a una aptitud del sujeto de derecho, a una ‘spettanza’ de los derechos y deberes que emanan de la misma personalidad jurídica⁹⁰. Es decir, la capacidad jurídica está en función del sujeto de derecho y hay que definirla en relación con él, retomando así el ámbito doctrinal en el que surgió. Por eso, y esta es una definición que evita toda confusión anterior, se ha definido la capacidad jurídica, siguiendo a Ondeï, como «la misura variabile nella storia e nello sviluppo degli ordinamenti giuridici di fronte al termine fisso costituito dalla soggettività e tende a coincidere con la medesima»⁹¹; y, añade

Antonio, *Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad*, en «Revista Jurídica», Universidad Autónoma de Madrid, núm. 23, I, 2011, p. 54.

⁸⁹ ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 28. No es fácil la traducción de este término. Podría traducirse como ‘esperanza’, o ‘espera’, o ‘pertenencia’. Quizá la expresión que más se ajusta a su sentido sea la de ‘expectativa real’.

⁹⁰ Así lo hace notar Ondeï: «Esiste, invero, anche ad insaputa del suo titolare, sia che la non conoscenza sia accidentale, sia che dipenda dalla impossibilità di difenderlo e di sanzionarlo. Il potere de ‘comando’ per sanzionare e far valere il diritto, del resto, fuori del caso di stato di necessità, non comporta per nessuno un esercizio diretto ma per chiunque il necessario ricorso all’autorità costituita. A questa sola spetta propriamente l’attuazione del diritto oggettivo e per questa sua funzione anche l’autorità è investita di una soggettività giuridica, della quale ciò che comunemente si denomina capacità giuridica», *Ibidem*, p. 29.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 29; 40. Insiste en la misma idea: «La capacità giuridica è stabilita dall’ordinamento giuridico obbiettivo in base a fatti e circostanze estranei alla attività

Federico de Castro que «el significado esencial del término capacidad jurídica se deriva de su relación íntima y de su interdependencia con el de persona»⁹². La diversidad y la igualdad son notas que definen la capacidad jurídica como aptitud humana concreta procedente de una persona real.

La ordenación legal del sujeto de derecho y de la capacidad jurídica se reduce a una cuestión de fundamento, y están presentes en el Código civil español como principios rectores de todas las normas (dignidad, igualdad, justicia, etc.); ni siquiera se ve la necesidad de codificarlos: se dan por supuestos y señalan la fuente y el punto de referencia constante del Ordenamiento jurídico; y si bien eran necesarias las aclaraciones previas para tener una panorámica realista, ahí acaba su tratamiento jurídico. En cambio, la ordenación legal de la realidad a la que hace referencia la capacidad de obrar sí requiere una técnica más especializada porque es un ámbito práctico.

Los Códigos en su Parte general se dedican fundamentalmente a la ordenación jurídica de la capacidad de obrar, y lo hacen aparentemente en el contexto de los ‘estados civiles’ (salvo notables excepciones como el alemán). Aquí hay otro término que debemos abordar para conseguir

del soggetto che ne è investito e alla sua personale capacità di farne valere il conseguimento oppure di privarsene mediante legittimi atti di disposizione. Quando, al contrario, per ricevere beni, facoltà, diritti, e per entrare a far parte di un rapporto giuridico o divenire il soggetto di una situazione, o acquistare una qualità giuridica è necessario il concorso di una qualsiasi attività propria del soggetto, anche soltanto di una dichiarazione di volontà, di atti di accettazione, di consenso, di assenso, di autorizzazione, ecc., si entra nel campo della capacità di agire. Fino a quando, invece, si rimane nel campo delle spettanze che, come si direbbe empiricamente, derivano al soggetto in conseguenza di fatti o di atti che avvengono o si compiono fuori di lui, la capacità che a queste spettanze si riferisce resta pur sempre la fondamentale e generica capacità giuridica», *Ibidem*, pp. 31-32. En resumen: «La capacità si denomina, genericamente, ‘giuridica’ se riferita al momento della ‘spettanza’, mentre si denomina ‘capacità di agire’ se riferita alla azionabilità, alla disposizione e alla difesa delle proprie ‘spettanze’», *Ibidem*, p. 28.

⁹² DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 45

claridad en el sistema de capacidad de obrar, sobre todo en el Derecho español. A continuación veremos otra delimitación: entre la capacidad de obrar y los estados civiles, y así definir mejor la primera, comprenderla, y seguir avanzando hasta la edad.

II. LA CAPACIDAD DE OBRAR Y EL ESTADO CIVIL

Como es una ciencia práctica, el Derecho despliega su técnica al llegar a la capacidad de obrar. De hecho, en el Libro I *De las personas*, el Código civil español estructura el régimen jurídico de la capacidad por medio de los llamados ‘estados civiles’. Ya no tienen el mismo significado que en el Derecho romano y en la Edad Media, pero siguen existiendo después de la codificación⁹³, y es conveniente comprenderlos teóricamente para lograr la claridad buscada en el régimen jurídico de la capacidad, como paso previo al estudio de la edad general primero, y de cualquier otra edad después.

⁹³ «La doctrina no ha podido, sin embargo, quedar indiferente al significado del estado civil, ya que se lo encontraba mencionado y utilizado en los antiguos y en los modernos textos legales», *Ibidem*, p. 61.

El estado se llama estado civil para contraponerlo a estado natural del hombre. El estado civil es el resultado del pacto entre los hombres que no quieren seguir en el estado natural porque sino sus derechos no se ven garantizados, porque imperaría la ley del más fuerte. Poco a poco se impone el estado civil como una categoría jurídica, pero iremos viendo cómo la relación entre lo natural y lo jurídico junto a otros factores hacen de este tema uno de los más oscuros de la teoría jurídica de la persona y su capacidad.

Pero como la doctrina incluye el estudio del estado civil en referencia a la teoría de la capacidad, es preciso estudiarlo. Esta relación se ve en el siguiente texto de Spota: «El estado de la persona individual es, en verdad, un punto de referencia, la fuente de derechos y deberes, o la posición de un sujeto respecto de la vida jurídica o respecto de su pertenencia a determinados grupos sociales. Pero también implica una capacidad de obrar y jurídica inherente a ese estado: he ahí el porqué de que tratemos conjuntamente al estado y a la capacidad de las personas individuales», SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho civil*, pp. 141-142.

Es un momento decisivo para el estudio de la edad. En este punto se abren dos vías de solución en cuanto a la relación entre la capacidad de obrar y el estado civil, una representada por Savigny y otra por Federico de Castro: de la elección que aquí se haga, se derivará un modo de comprender el sistema jurídico de capacidad y cada uno de sus elementos, entre ellos la edad legal. Considero imprescindible un breve planteamiento del asunto antes de proseguir.

A. SOLUCIONES PROPUESTAS

1. *Federico de Savigny y la doctrina alemana*

La doctrina alemana, por influencia de Savigny y de la pandectística, ha desechado la teoría jurídica del estado civil y no se ha recogido en el Código alemán, que ha optado por otro camino para incorporar jurídicamente la teoría de la capacidad de obrar⁹⁴, cuyas

⁹⁴ Por un lado reasume la teoría de los *status* en la moderna concepción de la capacidad jurídica y sus limitaciones; mientras que lo concerniente a la capacidad de obrar ocupará un capítulo autónomo construido sobre los impedimentos o las causas modificativas de la capacidad que tanta influencia tiene en la sistemática manualística. Esto es lo que criticará Federico de Castro como tendremos ocasión de ver en las páginas que siguen. De momento veamos la postura de Savigny en sus textos.

«Dobbiamo ora esporre i casi, nei quali la naturale capacità giuridica, che per se stessa spetterebbe ad ogni uomo, è stata limitata dal nostro diritto positivo. Tali restrizioni importano che certi uomini debbano essere incapaci o di tutti i diritti o almeno di alcuni. Per comprendere sotto una stessa espressione questi differenti gradi, noi designeremo un tale stato chiamandolo *capacità giuridica diminuita*, comprendendovi anche la privazione completa di capacità. Il diritto romano annovera tre differenti cause di diminuita capacità giuridica: privazione della libertà, mancanza di cittadinanza, e soggezione alla potestà familiare di un altro», SAVIGNY, Federico Carlo di, *Sistema de Diritto romano attuale. Volume primo*, Traducción de Scialoja, UTET, 2ª ed., Torino, 1886, p. 21; desarrolla esta idea en el *Apéndice I* del volumen citado, cfr. pp. 407-416; cfr. *Ibidem*, pp. 2 y ss. Igualmente trata de los impedimentos de la capacidad de obrar como elemento fundamental en los actos voluntarios, donde incluye la menor edad: «Gli impedimenti della capacità di agire, ossia dell'uso pienamento libero della ragione, possono ridursi ai seguenti, i quali dovremo tra poco

carencias son expuestas por el mismo Federico de Castro en el siguiente texto: «La doctrina alemana (...) acepta su mayor error e identifica capacidad natural y capacidad de obrar, mientras no advierte que los distintos tipos de capacidad de obrar están determinados por los diversos estados jurídicos; extravío que se agrava al considerar la mayoría de edad como causa general de la capacidad de obrar, lo que lleva, con una lógica contradictoria de sus premisas, a negar al menor la capacidad de obrar (tenga o no capacidad natural)»⁹⁵. En Savigny, la importancia de los *status* en el Derecho romano es reestructurada por medio de la capacidad jurídica⁹⁶, término nuclear para el romanista alemán a la hora de comprender la capacidad en el Derecho.

Una vez que se ha prescindido del estado civil, la teoría de la capacidad de obrar ha de articular nuevos fundamentos jurídicos. Para la doctrina alemana, la capacidad de obrar es la capacidad natural de la persona; Savigny la define del siguiente modo: «l'uso pienamente libero della ragione»⁹⁷. Otra cuestión es cómo se determina legalmente para hacerla viable en la aplicación del Derecho, donde ve dos dificultades: «la indeterminazione dei limiti nella vita di ogni individuo, e il diverso sviluppo degli uomini»⁹⁸. Al prescindir de la técnica del estado civil y estado natural, Savigny y la pandectística hacen descansar la atribución de la capacidad de obrar sobre la mayoría de edad legal, que viene a ser la cristalización hecha por el Derecho positivo de la capacidad natural

esaminare ad uno ad uno: Età immatura; Alienazione mentale; Interdizione; Natura delle persone giuridiche», IDEM, *Sistema de Diritto romano attuale. Volumen terzo*, Traducción de Scialoja, UTET, 2ª ed., Torino, 1900, p. 23.

⁹⁵ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 61.

⁹⁶ «La doctrina del *status* es insostenible, a menos que, arrancando a la palabra *status* su sentido ordinario, no le atribuyéramos el de capacidad jurídica», SAVIGNY, Federico Carlo di, *Sistema de Diritto romano attuale. Volume primo*, Apéndice VI, p. 436.

⁹⁷ IDEM, *Sistema de Diritto romano attuale. Volume terzo*, p. 23.

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 23-24.

media o mínima necesaria⁹⁹; por lo que la conclusión es la que De Castro denunciaba: antes de la edad legal de la mayoría no hay capacidad de obrar, después sí.

El fundador de la Escuela Histórica extrae esta lógica del Derecho romano, donde la edad de la plena capacidad de obrar era la pubertad¹⁰⁰.

⁹⁹ «Il bisogno pratico esige una decisione positiva, perchè questo é il solo mezzo, con cui si può rimuovere la suaccennata duplice incertezza. Tale è il significato dei gradi dell'età fissati dal diritto positivo, i quali perciò influiscono solamente sulla capacità di agire, non sulla capacità giuridica. La loro determinazione non può aver luogo altrove che qui», *Ibidem*, p. 24.

«Solo gradatamente chi va crescendo negli anni acquista il discernimento, come pure la maturità del carattere, necessari alle disposizioni giuridiche. In ciò lo sviluppo dei singoli è diverso, poichè l'uno sviluppa precocemente, l'altro rimane al disotto della media. L'equità sembra richiere che si abbia riguardo allo sviluppo individuale. Ma il bisogno pratico, e la sicurezza del comercio, spingono alle cifre medie. La cifra medie debe servire di norma; ma non si può mai completamente escludere il riguardo agl'individui», DERNBURG, Arrigo, *Pandette*, pp. 144-145.

¹⁰⁰ «Alla pubertà o maturità sessuale è congiunto, secondo l'antichissimo diritto, il godimento della piena capacità di agire. Questa capacità si manifesta in tre importanti rapporti. In primo luogo il pubere ha in propria signoria il suo patrimonio per il presente, al che per conseguenza necessariamente si ricollega la fine della tutela per lo innanzi sino a quel momento durata. In secondo luogo egli ha questa signoria anche per il ormai può far testamento. In terzo luogo egli ha capacità di contrarre matrimonio. Questi tre importanti effetti nel diritto giustiniano vanno congiunti inconstestabilmente alla pubertà con la più precisa determinazione, che la decorrenza dell'anno quattordicesimo o dodicesimo deve per tutti valere come pubertà, senza considerazione delle circostanze nè delle differenze individuali. (...). Esso (la signoria sul patrimonio) può designarsi anche come la generale capacità di agire», SAVIGNY, Federico Carlo di, *Sistema de Diritto romano attuale. Volume terzo*, pp. 65; cfr. *Ibidem*, pp. 25-26; cfr. DERNBURG, Arrigo, *Pandette*, p. 145; cfr. ASTOLFI, Riccardo, *Il matrimonio nel Diritto romano classico*, CEDAM, Padova, 2006, p. 234; cfr. TAFARO, Sebastiano, *Pubes et viripotens nella esperienza giuridica romana*, p. 22; cfr. ALBANESE, Bernardo, *Le persone nel diritto privato romano*, p. 431; cfr. BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, p. 140; cfr. GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, pp. 18-19.

En la citada bibliografía se pueden ver fuentes romanas refiriéndose a la pubertad establecida por la edad como capacidad de obrar legal.

«Di più il diritto antico fece coincidere la piena capacità giuridica [se refiere a la capacidad de obrar en sentido estricto] con la qualità fisica della pubertà, nell'uomo e

Esa era la mayoría de edad y la única que tenía un carácter general, mientras que el resto de edades superiores se agotaban a veces en un solo negocio jurídico –ej. los 18 años para adoptar–.

Por otra parte, si bien existían límites a la capacidad de obrar plena de la pubertad, Savigny los denomina «medidas artificiales»¹⁰¹, en tanto que no tienen una base en la capacidad natural sino en una previsión de prudencia para evitar peligros al púber hasta que cumpla la edad de 25 años. Llega a quejarse Savigny que la *Lex Praetoria* llame *legitima aetas* a la edad de los 25 años «y no a aquella de la pubertad que es más importante y que ya existía con anterioridad»¹⁰², más aún cuando lo que dispone la *Lex Praetoria* son acciones penales para proteger al menor de los negocios que le eran gravosos¹⁰³.

Savigny, por tanto, sostiene la tesis de que en el Derecho Romano existía una edad legal central: la pubertad legal, la única que tenía carácter general, viniendo todas las demás referidas en cierto sentido a ella. Esta técnica romana la asume Savigny en la mayoría de edad, que será también la única edad central en el Derecho moderno, y que tiene en común con la pubertad ser la edad del fin de la tutela –y de la patria potestad después de la codificación–, es decir, la edad de la plena capacidad y de la plena libertad (en el *sui iuris*). En los últimos años del Derecho romano eran tantas las salvedades a la edad de la pubertad si se tenía menos de 25 años que, poco a poco, fue desplazando en importancia como edad legal central a la pubertad legal. En cualquier

nella donna», ROBERTI, Melchiorre, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, p. 138.

¹⁰¹ «La originaria piena libertà di tutti i puberi nella signoria del proprio patrimonio apparve ben presto pericolosa, e rese quindi necessari nuovi artificiali provvedimenti, che dovevano durare sino alla fine del venticinquesimo anno», SAVIGNY, Federico Carlo di, *Sistema de Diritto romano attuale. Volume terzo*, p. 93.

¹⁰² *Ibidem*, p. 94.

¹⁰³ A partir de aquí siguen las protecciones al menor, que van desde la *restitutio in integrum*, hasta la imposición de un curador para la conservación del patrimonio, cfr. *Ibidem*, p. 94.

caso, existía la técnica en el Derecho romano de tener una edad de referencia como eje de la capacidad de obrar, y esa técnica es la que continúa Savigny con la propuesta de la frontera de la mayoría de edad legal, aunque escoja una edad superior y más cercana a los 25 que a los 12/14 años¹⁰⁴.

A partir de la identificación de la capacidad de obrar con la mayoría de edad legal, el resto de factores que se refieren a la capacidad de obrar serán catalogados como circunstancias impeditivas/modificativas de la capacidad de obrar, entre las que está la minoría de edad —o «edad inmadura» como la llama Savigny—¹⁰⁵. Esta perspectiva será muy

¹⁰⁴ Así expresa Ihering la lógica del legislador que hemos visto: «Supponiamo che un legislatore voglia regolare legalmente la capacità personale (...) e che egli parta da questa idea: sarà maggiore chi possiede il discernimento e la fermezza di carattere necessari per gestire da sé i propri affari (...). Sia giusta oppur no questa idea, sarebbe non poco assurdo farne una norma di legge in questa forma astratta: si perderebbe tempo e si soffrirebbero non poche preoccupazioni se si verificasse in ogni specie concreta l'esistenza delle due condizioni. Il legislatore creerebbe una sorgente inesauribile di controversie ed aprirebbe il varco all'arbitrio dle giudice (...). Come eviterà queste difficoltà il legislatore? In luogo di esigere caso per caso la verificazione del discernimento e della fermezza di carattere, ne fisserà di altre che hanno con quelle una certa correlazione regolare, sebbene non necessaria, ma che hanno su di esse il vantaggio di poter essere in concreto riconosciute in maniera più facile e sicura: ad es., l'età superiore ai ventun'anni», IHERING, citado en ANDRIOLI, Virgilio, *Presunzioni. Diritto civile e Diritto processuale civile*, en *Novissimo Digesto Italiano. Volume XIII*, UTET, 3ª ed., Torino, 1957, p. 767.

¹⁰⁵ En la pregunta que el mismo Savigny se hace, se observa el punto de partida negativo con que inicia su planteamiento: «Quali sono le condizioni personali della capacità di agire, o più esattamente: quali sono, da una parte, gli impedimenti, per i quali quella capacità è esclusa o menomata, e dall'altra quali ne sono le artificiali estensioni?» (pp. 22-23). Y responde lo siguiente: «Gli impedimenti della capacità di agire (...) possono ridursi ai seguenti, i quali dovremo tra poco esaminare ad uno ad uno: età immatura, alienazione mentale, [interdizione e natura delle persone giuridiche]», SAVIGNY, Federico Carlo di, *Sistema de Diritto romano attuale. Volume terzo*, p. 23.

Colin y Capitant también tratan a los menores como incapaces legales, cfr. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo primero*, p. 170; también en cfr. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de derecho español. Tomo I*, p. 259.

frecuente a la hora de sistematizar todo lo referente a la capacidad de obrar, y eso ha provocado, en mi opinión, la ocultación de la verdadera naturaleza jurídica de la edad en la teoría de la capacidad de obrar. Es importante retener este paso, porque será asumido por la doctrina mayoritaria, incluida la española: en primer lugar se formula la teoría de la capacidad de obrar como capacidad natural y, pasando ya al terreno legal, se identifica la capacidad de obrar con la mayoría de edad, por lo que indirectamente la conclusión que se obtiene es la siguiente: la capacidad natural es igual a la mayoría de edad legal, con la consecuencia de la incapacidad de obrar del menor¹⁰⁶. Como dice Ferrara, «durante la minor età, l'individuo è spogliato della capacità d'agire (...), essi non compare sulla scena giuridica»¹⁰⁷. En mi opinión, se ha comprendido mal la edad una vez que se ha incorporado al Código.

«La doctrina legal del Código acerca de la edad es, en resumen, la siguiente: la edad influye en la capacidad de obrar, inhabilitando para realizar por sí actos jurídicos con eficacia definitiva y completa a los menores de veintitrés años, los cuales, en tal respecto, están sometidos a patria potestad o a tutela», DE DIEGO, Felipe Clemente, *Curso elemental de Derecho civil español común y foral. Tomo 2º. Parte General*, Ed. Victoriano Suárez, Madrid, 1927, p. 85.

Es llamativo que Sánchez Román lo estructure todo bajo el sujeto de derecho y las causas modificativas de la capacidad civil, cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil. Parte General. Tomo segundo*, Ed. Establecimiento tipográfico 'Sucesores de Rivadeneyra', 2ª ed. corregida y aumentada, Madrid, 1911, índice.

¹⁰⁶ «La legge anzi parte dal principio della generale capacità d'agire delle persone, e determina tassativamente coloro che sono incapaci. Qualunque persona può esercitare liberamente i propri diritti se non è dichiarata incapace per legge. La capacità può essere tolta o limitata. Incapace d'agire in modo assoluto sono, i minori sotto patria potestà o tutela, e gli interdetti per infermità di mente o condanne penali durante lo stato di pena», FERRARA, Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, p. 460.

«La incapacidad de obrar que la menor edad produce se suple mediante la representación legal», RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho civil*, p. 345.

Cfr. DOGLIOTTI, Massimo, *Le persone fisiche*, p. 27.

¹⁰⁷ FERRARA, Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, p. 491.

«L'ordinamento fissa un termine unico, e cioè il compimento del diciottesimo anno di età per l'acquisizione della condizione de maggiorenne e della piena capacità di agire. Prima di raggiungere la maggiore età, il soggetto è un *incapace legale* a prescindere dalla sua effettiva maggiore o minore maturità», BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile. I. La norma giuridica. I soggetti*, pp. 233-234.

Contra esta postura reacciona Federico de Castro, aunque a mi modo de ver, sólo parcialmente.

2. Federico de Castro y un sector de la doctrina española

Federico de Castro ofrece una alternativa a la interpretación habitual de la mayoría de edad en las doctrinas española¹⁰⁸ y extranjera¹⁰⁹ de influencia alemana posterior a la codificación en la primera mitad del siglo XX¹¹⁰; de no hacerlo sería como aceptar la teoría de Savigny en nuestro Ordenamiento, y entonces habría que admitir que en el Código civil español se consagra el principio de incapacidad de obrar del menor, lo cual sería del todo extraño no sólo a nuestro Derecho histórico, sino al

¹⁰⁸ «De los preceptos del Código se deduce, que mientras estén los menores sometidos a la patria potestad nada pueden hacer sin el permiso de sus padres o sin su autorización, siendo el criterio negativo de la capacidad, pues a esto equivale el tener que realizar los actos por medio de otra persona», VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de derecho español. Tomo I*, p. 264; cfr. DE DIEGO, Felipe Clemente, *Curso elemental de Derecho civil español común y foral. Tomo 2º*, pp. 80 y ss.

«Las incapacidades propiamente dichas son restricciones de la capacidad de obrar o capacidad de ejercicio. Se fundan en circunstancias subjetivas de ciertas personas, que obligan a la ley a retardar o suspender, por un cierto tiempo o tiempo limitado, la aptitud para realizar actos jurídicos (...). Son caso típico de incapaces de obrar los que no han alcanzado cierta edad (menores) y los que padecen ciertas enfermedades», CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, p. 152.

¹⁰⁹ En la doctrina francesa, Colin y Capitant recogen el sentir general: «Desde el punto de vista de la aptitud puramente jurídica, es decir, de un nivel de inteligencia y voluntad suficiente para permitir al individuo realizar actos necesarios para el ejercicio de sus derechos, nuestra legislación divide la vida del hombre en dos períodos: la mayoría y la minoría de edad. (...). El individuo menor de edad es, en principio, totalmente incapaz. El momento en que el individuo se hace ‘capaz para todos los actos del vida civil’ [art. 488 Cc francés] es el de la mayoría de edad», COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo segundo. Volumen I*, Ed. Reus, Madrid, 1923, p. 6.

Bajo el *Codice civile italiano* de 1865, la doctrina mayoritaria consideraba a los menores como incapaces, cfr. DOGLIOTTI, Massimo, *Le persone fisiche*, p. 10.

La menor edad como incapacidad legal, cfr. RESCIGNO, Pietro, *Capacità di agire*, p. 864.

¹¹⁰ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, pp. 172-173.

mismo Código civil¹¹¹. La defensa de la capacidad de obrar del menor por parte de Federico de Castro –en este punto respaldado por toda la doctrina española– concluye con el reconocimiento del estado civil del menor de edad como causa y soporte legal de su capacidad de obrar en el Código civil¹¹².

La propuesta de Federico de Castro en parte ya apuntada es la siguiente: «No puede admitirse que la capacidad de obrar y su extensión dependan de la aptitud natural psicológica. (...). La capacidad de obrar de cada uno se deriva de su estado civil. (...). La ley no nos obliga a medir las condiciones psíquicas de cada persona, para averiguar su capacidad de obrar, sino que pone esta capacidad en relación y dependencia de cada estado civil»¹¹³.

Creo que para De Castro, la teoría que parte de la identificación entre capacidad de obrar y capacidad natural propuesta por la doctrina alemana le parecía poco jurídica: «el prejuicio doctrinal, de que la capacidad de obrar ha de depender de la idoneidad psicológica natural hace que se interprete el precepto sobre la edad de la mayoría como reflejo de un criterio extralegal, el de que la ley ve en ella el comienzo de la requerida aptitud psicológica, y por tanto, de la capacidad; lo que

¹¹¹ «Al codificarse el Derecho español, ni en la doctrina ni en el Proyecto de 1851 se encuentra ningún indicio de que se pensara suprimir la capacidad de obrar del menor. (...). En el Código civil no se nota ninguna desviación esencial respecto al Proyecto de 1851, y no hay que olvidar al interpretarlo que, según la Ley de Bases se conserva la regulación del Derecho histórico patrio», *Ibidem*, p. 172.

¹¹² «En el Derecho español moderno, la implantación del sistema de la mayoría de edad ha traído consigo el que la minoría de edad se dibuje claramente como un estado civil», *Ibidem*, p. 176.

Así lo ve también Pere Raluy, que afirma que para Federico de Castro «la capacidad aparece considerada en función del estado», PERE RALUY, José, *Derecho del Registro civil*, p. 9.

¹¹³ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 49.

En el mismo sentido y siguiendo esta doctrina: «La capacidad de obrar se adquiere al ir incidiendo en cada estado civil en particular y se extingue totalmente con la muerte», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, p. 279.

lleva, a su vez, a una nueva consecuencia equivocada: entender que el menor de edad o el incapacitado carecen totalmente de capacidad de obrar»¹¹⁴. Eso le hace tamizar la teoría de la capacidad de obrar —a la que considera pura teoría—, por la técnica jurídica del estado civil entendido según la moderna formulación. Pero, ¿no sería posible otro modo de entender la edad legal de la mayoría al margen del estado civil sin que se concluya la incapacidad de obrar del menor? Para Federico de Castro no es posible: «La capacidad de obrar de una persona de veinte años (menor de edad) no será la del desprovisto totalmente de capacidad, por presumírsele inepto para pensar o querer, sino la correspondiente al estado civil de la minoría de edad»¹¹⁵. Pero la alternativa del civilista tiene las siguientes carencias a mi modo de ver.

Para explicar las edades legales de algunos actos jurídicos concretos, Federico de Castro tiene que asumir que, en esos casos, las edades especiales «no constituyen estado civil»¹¹⁶, y se justificarían por tanto conforme a la norma legal (al estilo de Savigny). Si no fuera así, tendría que admitir un estado civil cuando existe una edad distinta, aunque sólo sea para un negocio jurídico; De Castro prescinde en este punto de la explicación unitaria de toda edad legal prevista en el Código. En mi opinión es la primera de las deficiencias técnicas de su propuesta, que intenta subsanar con un nuevo concepto: el de ‘capacidad jurídica especial’¹¹⁷, que a pesar de referirse al ejercicio no la llama capacidad de obrar.

La tesis sostenida por Federico de Castro podría quedar sintetizada en el siguiente *iter* doctrinal. En primer lugar observa dos inconvenientes en la propuesta alemana: 1) que se basa en la capacidad natural, y por lo tanto es un recurso extralegal; y 2) que la consecuencia

¹¹⁴ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 49.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 49.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 76.

¹¹⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 55.

de la incapacidad de obrar del menor es inaceptable. Posteriormente ofrecerá soluciones respectivas a esos inconvenientes: 1) la capacidad natural no forma parte del Ordenamiento, es extralegal, y no puede constituir por sí misma una solución jurídica; 2) hacer depender la capacidad de obrar, no de la capacidad natural, sino del estado civil –del mayor de edad, del menor de edad, etc.–. Pero ofrece algunas dudas este planteamiento: ¿cuál es el fundamento de esa capacidad de obrar que depende del estado civil? Y aquí tiene que reconocer que, mediatamente, depende de la capacidad natural¹¹⁸.

Por lo que al final, tanto para Savigny y la doctrina alemana, como para Federico de Castro y parte de la doctrina española, la capacidad natural es el fundamento último y más básico de la capacidad de obrar; e igualmente ambas posturas acuden a la edad legal como mecanismo jurídico fundamental para incorporarlas al Derecho. La diferencia se halla en que De Castro, además, encuadra la edad legal en el estado civil para no dejar desprovisto al menor de edad sin algo de capacidad de obrar, tal y como se venía haciendo en el Derecho histórico español. En mi opinión, ambas interpretaciones del sistema de capacidad cometen un error al calificar la edad legal: para Savigny viene a ser una norma imperativa con su clásica estructura –si A, entonces B; si no A, entonces no B–; y para De Castro la edad legal es vista como la edad natural que precisaría de una técnica jurídica que sería el estado civil, que es lo que le dota de eficacia jurídica. Pero en ambos casos, la capacidad natural sólo es tenida en cuenta como fundamento extrajurídico, bien de la edad legal, bien del estado civil, pero sin que esta capacidad natural entre a formar parte de algún modo del Ordenamiento jurídico.

Hay otra razón importante que convierte en extraña la postura de Federico de Castro: ¿qué eran para él la mayoría de edad y la minoría de edad antes de la codificación? Nunca en la historia fueron estados

¹¹⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 49.

civiles¹¹⁹, ni en el Derecho romano un *status*; la capacidad de obrar del menor se explicaba por su capacidad natural (reflejada en varias edades que tenían a una como referencia) limitada por la patria potestad y la tutela. Por ello, considerar la mayoría y la minoría de edad como estados civiles es tan extraño al Derecho histórico¹²⁰ como lo es la incapacidad de obrar del menor¹²¹. De hecho, el mismo civilista usa el estado civil de la minoría de edad como reacción a la configuración que el Derecho moderno estaba dando a la mayoría de edad, configuración que empezaba a tener las trazas de un estado civil: «En el Derecho moderno la implantación del sistema de mayoría de edad, con sus características

¹¹⁹ Entre otras cosas, porque es un concepto reformulado *ex novo* en el Derecho moderno, ya que los *status* del Derecho romano no pueden considerarse siquiera un precedente más allá de la nomenclatura.

«La edad, el sexo y el nacimiento, que se refieren al estado natural, no constituyen estado civil, pues hablando en propiedad no es este otra cosa que la capacidad relativa de los derechos en el orden civil (...). ¿Sería lícito decir estado de sexo, estado de nacimiento, etc? No: eso lo que quiere significar es que todas las condiciones de un individuo, desde que se presume la posibilidad de su existencia, determinan una capacidad, una relación en la vida. Si se las llama naturales, es porque no tienen otro origen las desigualdades de nacimiento, de sexo; pero mejor es decir que estas desigualdades no constituyen el estado, sino son circunstancias que influyen en la condición, en la manera de ser y estar las personas en el estado civil», GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Tomo I*, Ed. Gabriel Sánchez, 5ª ed., Madrid, 1881, p. 187.

¹²⁰ «El menor, como persona, es capaz de obrar jurídicamente desde que tiene conocimiento de lo que hace y sabe hablar [en el Derecho histórico]», DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 171.

¹²¹ En nuestro Derecho, la primera sistematización de la edad como estado civil la llevan a cabo en el siglo XVII autores como Ignacio Jordán de Asso y del Río, y Miguel de Manuel y Rodríguez, en sus *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, obras que según Ramos Chapparro fueron el punto de apoyo de Federico de Castro para su defensa de los estados civiles relacionados con la edad, cfr. RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 75. Y sigue diciendo, que es en los tratados de esa época cuando se comienza a «trasvasar la eficacia del *status* desde el ámbito de la capacidad jurídica al de la capacidad de obrar, sobre la base de considerar la edad como condición o situación de estado, lo que no ocurre en el Derecho medieval. Esta construcción está, pues, en el origen de la posterior inclusión de las condiciones de capacidad en la temática del *status*. Obsérvese, no obstante, que la edad no pertenece al estado civil, sino a la figura contrapuesta: el estado natural», *Ibidem*, p. 76.

de fijeza y automatismo, ha tenido el efecto reflejo de que la menor edad se configure como un estado civil de significado unitario»¹²². No hay base en el Derecho histórico español para un estado civil configurado por la edad¹²³. Ello nos lleva a buscar una solución que evite tanto la extraña sumisión de la capacidad de obrar al estado civil, como el inédito principio de la incapacidad de obrar del menor en nuestro Derecho.

Por otra parte, ese equilibrio que propone Federico de Castro le lleva a una contradicción en el concepto de capacidad de obrar. Por un lado, la definición que da de la capacidad de obrar evita la referencia a la capacidad natural: «cualidad jurídica de la persona que determina, conforme a su estado, la eficacia jurídica de sus actos»¹²⁴; y en consecuencia, el cambio de la capacidad de obrar no se debe a un cambio en la capacidad natural sino al cambio de estado civil: «mientras que la capacidad jurídica como inherente a la persona es igual e invariable, la capacidad de obrar depende del estado civil y por tanto es cambiante»¹²⁵. Hasta aquí es coherente con su planteamiento. Pero, por otro lado, hace las siguientes afirmaciones: «la capacidad de obrar es una condición natural de la persona»¹²⁶ y «la capacidad de obrar puede estar afectada mediatamente por la aptitud natural del individuo»¹²⁷, afirmaciones éstas que, aunque contradictorias con las anteriores, son exigidas por el realismo jurídico y no tiene más remedio que mencionarlas.

¹²² DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 169.

¹²³ Ningún precedente legal cita Scaevola del derogado artículo 32.2º del Código civil, cfr. SCAEVOLA, Quinto Mucius, *Código civil comentado y concordado extensamente. Tomo I*, Imprenta de Moreno y Rojas, Madrid, 1889, p. 148.

¹²⁴ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, pp. 49-50.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 50.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 57.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 49.

Y por último, Federico de Castro no mantiene la misma lógica ni para la incapacitación que también es un estado civil —aquí aparece un estado civil dependiente directamente de la capacidad natural sin que importe ahora que sea un criterio extralegal— ni para la capacidad requerida en un negocio jurídico concreto —a la que llama capacidad jurídica especial pero para hacer referencia a una especial aptitud natural—¹²⁸. La contradicción aquí es la siguiente: todas las edades legales distintas de la mayoría de edad y de la minoría de edad, las normas de la incapacitación —el otro gran grupo de normas que afectan a la capacidad de obrar—, y las deficiencias de capacidad en cualquier negocio jurídico, tienen una naturaleza jurídica distinta de la señalada por De Castro, por lo que la excepción viene a ser más importante que la regla general. Además, desde un punto de vista sistemático también sería deficiente: la estructura jurídica de la edad en la Parte general y vertebrada, según él, por los estados civiles no se mantiene en los negocios jurídicos de la Parte especial¹²⁹.

La doctrina española ha seguido totalmente a Federico de Castro a la hora de afirmar el principio de la capacidad general del menor, y debido a las imprecisiones señaladas sólo una parte ha continuado con la explicación de la capacidad de obrar sometida jurídicamente a los estados civiles¹³⁰, siendo mayoritaria la que ha optado por otro

¹²⁸ «La aptitud psíquica es tenida en cuenta por la Ley, mas para otros efectos; así, para el cambio de estado civil que supone la incapacitación (falta habitual de capacidad natural) y como requisito para un determinado acto o negocio (falta de capacidad actual)», *Ibidem*, p. 49.

¹²⁹ Ciertamente, la naturaleza jurídica de los negocios jurídicos con una edad particular, como aquellos en los que exista controversia judicial (como por ejemplo la nulidad de un acto jurídico llevado a cabo por un mayor de edad sin capacidad natural), quedarían al margen de la tesis de Federico de Castro.

¹³⁰ Sancho Rebullida, que es parte de esa doctrina, cita además de a Federico de Castro, a autores como García Goyena, Morato, Gómez de la Serna y Montalbán, De Diego y Pere Raluy, cfr. SANCHO REBULLIDA, Francisco Asís, *El estado civil*, en *Nueva Enciclopedia jurídica. Tomo VIII*, Ed. Francisco Seix, 1956, Barcelona, p. 884.

«Aunque las situaciones por las que atraviesa una persona son distintas a cada momento y diferentes de las que actúan sobre las demás, hay, sin embargo, un cierto *quid* semejante en ellas, un fondo común al que la ley adscribe un determinado contenido de derechos. Y esas varias situaciones determinadas por las circunstancias y con trascendencia en cuanto al Derecho que pueden hacer efectivo las personas, son otros tantos estados jurídicos de estas personas. Abstrayendo o prescindiendo de la individualidad de estas situaciones, nos quedamos con el fondo común y genérico (estado mayor o menor de edad,...), al que corresponde un contenido especial de derechos, un cierto grado de capacidad. Y son estos estados o posiciones de las personas que vienen fijados, como acabamos de ver, por las distintas circunstancias que se dan en ellas, los que determinan el contenido y extensión de su capacidad, su grado e influjo y trascendencia en una doble actuación: determinando los derechos (capacidad jurídica) y muy principalmente en orden a la capacidad de obrar», PALOMAR RARÓ, Alberto, *Edad*, en *Nueva Enciclopedia jurídica. Tomo VIII*, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1956, p. 9.

De una forma clara en Puig Brutau y Puig Ferriol: «Estas situaciones fundamentales o básicas de la persona que condicionan su capacidad de obrar se encierran en la categoría del estado civil, de suerte que para graduar la capacidad de obrar de las personas el legislador delinea una serie de estados civiles, a cada uno de los cuales atribuye una determinada capacidad de obrar acorde con tal estado», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, p. 278.

«La relevancia jurídica de la edad es grande, por cuanto el legislador toma en consideración el tiempo de vida de una persona para establecer en función de este dato unos distintos estados civiles, el de mayor de edad, menor de edad y menor emancipado, a cada uno de los cuales liga una determinada capacidad de obrar, y un determinado ámbito de poder y responsabilidad, en consecuencia con el grado de dependencia o independencia jurídica que comporta cada uno de estos estados civiles», *Ibidem*, p. 316.

«En razón, simplemente de la edad, no se advierte más distinción fundamental que la existente entre el mayor y el menor y, en Aragón, adquiere autonomía y relieve como situación especial de la persona, en función de su edad, la condición del menor de edad y mayor de catorce años (art. 13 del Apéndice)», PERE RALUY, José, *Derecho del Registro civil*, p. 16.

Aunque no mencionen expresamente el artículo 1 LRC, estos autores se basan en la Ley de Registro Civil de 13 de diciembre de 1943 que califica la mayor edad como estado jurídico, y en el derogado artículo 32 del Código civil.

«El estado es, en suma, cualidad de la personalidad jurídica determinante de su capacidad de obrar», SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *El concepto de estado civil*, en *Estudios de Derecho Civil I*, Eunsa, Pamplona, 1978, p. 118.

«En rigor la capacidad de obrar general depende del estado civil de la persona y de su edad. Cada una tiene la que la ley reconoce al estado civil que ella disfruta y a la edad que tiene. Y, así, una tendrá el mayor de edad, otra el menor, otra el incapacitado judicialmente, etc», ALBADALEJO, Manuel, *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, p. 218.

camino¹³¹. Podríamos decir que la situación actual y mayoritaria en los civilistas españoles se basa en estos postulados: 1) se asume la teoría de

«A nuestro juicio, la incapacidad o la limitación de la capacidad está en función del estado civil, es general», DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía jurídica. Persona jurídica*, Ed. Tecnos, 12ª ed., Madrid, 2012, p. 203.

Cfr. PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Orientaciones actuales del estado civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1993, p. 152.

¹³¹ «Nuestro Derecho, como otros de su entorno, ha optado por establecer una *capacidad general de obrar* (...) y por vincular esta capacidad general de obrar a la concurrencia de circunstancias objetivas y fácilmente comprobables; la edad y la ausencia de incapacitación judicial (...)», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La persona y el Derecho de la persona*, 327.

«La capacidad de ejercicio requiere inteligencia y voluntad, y como estas condiciones no existen en todos los hombres, ni siempre en el mismo grado, la ley niega unas veces en absoluto esa capacidad, y otras la limita y condiciona», CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, pp. 150-151.

«Desde la novedad de nuestro Derecho reformado, una primera observación se impone por sí misma: la menor transcendencia que hoy tiene la disyuntiva aptitud natural-estado civil en orden al origen de la capacidad de obrar», GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 49.

«La fecundidad jurídica de las nociones de *status*, estado, estatuto, su evidente potencial expansivo, no quedan ignorados ni traicionados por adoptar una construcción restrictiva de la categoría clásica del estado civil, que la reduzca al *civitatis* y al *familiae*. Simplemente se busca la coherencia histórico-racional de las grandes categorías del Derecho de la persona, y para encontrarla nos parece necesario excluir del concepto de estado civil en sentido técnico, a las situaciones determinantes de la capacidad de obrar, es decir, oponernos a la última de las ampliaciones o adaptaciones doctrinales que ha sufrido el concepto en nuestra patria, divulgado sobre todo por el gran Federico de Castro», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 26. Y más adelante el mismo autor hace la siguiente afirmación: «El triunfo de la construcción realista de la capacidad (es decir, la configuración jurídica de ésta desde bases puramente naturales o biopsicológicas) pasa por el abandono de la concepción castriana del estado civil como determinante de la capacidad de obrar», *Ibidem*, p. 135.

«El Derecho atiende hoy para reconocerla [la capacidad de obrar] en mayor o menor medida, a la aptitud de cada uno para regir su persona y bienes», LACRUZ BERDEJO, José Luis y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II*, p. 4.

«La capacidad de obrar tiene su presupuesto en su idoneidad para tomar conscientemente la decisión de realizar un determinado acto y comprender su transcendencia jurídica», HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *La personalidad*, p. 111.

la capacidad de obrar de la doctrina alemana¹³²; 2) se reconoce la capacidad natural como fundamento de la capacidad de obrar legal¹³³; 3) se afirma el principio de la capacidad de obrar (limitada) del menor¹³⁴; 4) se constata la falta de soporte legal del principio anterior en el Código civil¹³⁵; 5) se obvia la técnica del estado civil como canalización jurídica de la capacidad de obrar y como explicación teórica. Queda pendiente, por tanto, la tarea de articular jurídicamente la capacidad de obrar de un modo tal que se respeten los cinco puntos mencionados con los que la doctrina española delimita el camino a seguir.

Aunque en realidad aquí estarían todos los autores que reconocen sin paliativos en la edad legal el fundamento de la capacidad natural.

¹³² No es una teoría alemana, sino que la doctrina alemana la ha elaborado extrayendo los principios del Derecho romano y del Derecho común. El mismo De Castro no rechaza la teoría de la capacidad de obrar, pero la matiza por los estados civiles como acabamos de ver.

¹³³ Aquí la doctrina es unánime, incluido De Castro, aunque de forma indirecta como se ha visto.

¹³⁴ Aunque mayoritariamente se reconoce que no hay base legal. Es más, los autores señalan una base legal que dice lo contrario (art. 32.2º Cc ya derogado, que veremos en el capítulo segundo). Incluso uno de los seguidores de las tesis de Federico de Castro, afirma lo siguiente: «Parece que debe afirmarse para resolver este problema que no puede prescindirse del art. 32.2º Código civil, que califica expresamente la menor edad como una restricción de la personalidad jurídica, y por bien que el precepto no debe entenderse en un sentido literal, con todo parece claro que se configura aquí el estado civil del menor de edad como una situación que comporta un principio general de incapacidad con algunas excepciones», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, p. 321. Y más adelante: «De todo lo expuesto cabe deducir que el Código civil parte de un principio de incapacidad de los menores de edad, si bien no absoluto, sino temperado por algunas excepciones, y según el alcance que se dé a tales excepciones, ya se comprende que el anterior principio de incapacidad tendrá en la práctica uno y otro sentido», *Ibidem*, p. 322.

¹³⁵ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, en «Anuario de Derecho Civil», Tomo XLV, IV, 1992, p. 1432.

3. Deficiencia de ambas propuestas: la capacidad de obrar como elemento del negocio jurídico

El punto de partida para Savigny es la incapacidad de obrar del menor, y el punto de partida para Federico de Castro es la capacidad de obrar limitada del menor. En ambos casos, esas reglas —situadas en la Parte general de los Códigos— encontrarán excepciones, cuya solución conducirá a una inesperada e inevitable coincidencia en las dos posturas: la capacidad de obrar identificada con la capacidad natural como requisito del negocio jurídico¹³⁶. Esta postura es unánime en la doctrina¹³⁷, pero forzada por los planteamientos que acabamos de ver, e

¹³⁶ Veamos citas de sendos autores:

«El Derecho tiene en cuenta la capacidad especial, en los casos excepcionales en que la misma peculiar naturaleza del negocio requiere una especial aptitud; mientras que la capacidad para los distintos actos, en general, resultará del estado civil de la persona», DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 55.

«Dopo incominciata la pubertà (...) vengono stabiliti anche altri gradi di età intermedii, i quali hanno anche importanza giuridica. Ma in quanto essi si riferiscono a negozi giuridici singoli, nulla hanno che vedere collo studio generale della capacità giuridica nella sua dipendenza dall'età, piuttosto essi appartengono soltanto a quei singoli istituti e sono da considerarsi come elementi di essi», SAVIGNY, Federico Carlo di, *Sistema de Diritto romano attuale. Volume terzo*, pp. 85-86.

¹³⁷ «Nosotros creemos, con los más, que todo estado de perturbación de las facultades mentales, con tal que sea grave y se demuestre su existencia en el momento en que el consentimiento fue prestado, y, por consiguiente, además de la locura, la imbecilidad, la demencia, otras causas transitorias que oscurezcan o supriman la conciencia y el uso de razón, puede legítimamente invocarse para negar eficacia y hacer declarar nulo un contrato, y, en general un negocio jurídico. La capacidad natural, implicando la capacidad de querer, es un supuesto de toda declaración de voluntad y un requisito esencial del consentimiento y el primer fundamento de éste; no puede haber negocio jurídico, no puede haber contrato, si la persona no era capaz de querer y no tenía conciencia de lo que declaraba; y con esto no se compromete la estabilidad de la contratación que se aduce como fundamento de la doctrina contraria; sirve a alejar el peligro de la excesiva facilidad en la impugnación la dificultad y el rigor de la prueba que debe dar quien alega una causa de incapacidad natural. Se debe pues, admitir, como influyente en la existencia y validez del contrato, al lado de una incapacidad legal, una incapacidad natural, siendo diversas las consecuencias que una y otra producen», RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho civil. Volumen primero*, p. 359.

«Si junto a la capacidad legal es también influyente la capacidad natural como presupuesto de validez del negocio ha sido debatida en el pasado. Era, sin embargo, un problema mal planteado. En línea de principios, según el sistema de la ley y mientras no existan normas concretas que se aparten de éste, y obstáculo a la validez del negocio pero esto, no como ausencia de un presupuesto, que es el caso de la capacidad, sino como defecto de un elemento del negocio, como lo es la voluntad o la conciencia de quien lo realiza. Sólo al haber equivocadamente conducido el problema a la órbita de la capacidad (y era errada en este sentido su colocación, ya que se hablaba de incapacidad natural) se pudo por alguno afirmar que la ineptitud psíquica de quien no fuera legítimamente incapaz no acarrearía nulidad del negocio. Desde luego, esta opinión no fue seguida por la jurisprudencia [italiana], la cual, juntamente, reconoció en la ineptitud natural una causa de nulidad del negocio; una causa que, según la distinción que después expondremos (capítulo VIII), lo es de nulidad y no de simple anulabilidad, como sucede, en cambio, con la incapacidad legal», BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 173-174.

«Pero si no hay incapacitación (ni reclusión), los actos del presunto loco, no estando regulados por el Código civil, no pueden ser nulos más que en virtud de las reglas generales del derecho, por la razón de que les falta un elemento esencial de todo acto jurídico, que es la voluntad de obrar. Será necesario por lo tanto probar que el autor del acto estaba loco en el momento preciso en que realizaba el acto», COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo segundo. Volumen I*, pp. 288-289.

«Tal invalidez (la de los actos llevados a cabo por mayor de edad sin uso de razón) no se da por proceder el acto de un incapaz (de obrar) con incapacidad natural, sino por, aun procediendo de persona capaz (de obrar) según su estado, haberlo realizado sin las condiciones psíquicas que la ley exige, en el sujeto, para la validez del acto. O, dicho de otro modo, el acto no es inválido por proceder de un incapaz, sino por proceder de quien no se halla en condiciones de ejercer la capacidad que tiene. En conclusión, para realizar válidamente un acto se precisa: 1º. Capacidad de obrar, es decir, aptitud abstracta reconocida por el Derecho para otorgarlo, o si se quiere denominarla así, capacidad de obrar legal. 2º. Estar, además, en condiciones psíquicas de poder llevarlo a cabo, o si se quiere denominarla así, capacidad natural», ALBADALEJO, Manuel, *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, p. 155.

«Suscribo la opinión de que la capacidad no es un presupuesto de la existencia del consentimiento, sino un presupuesto de la validez y de la eficacia del negocio» (p. 6); y poco más adelante: «Estimo que, a raíz de la reforma por la Ley 26/2015 de algún precepto del Código civil, como el art. 1263.1º, se atisba un horizonte más permisivo con la eficacia de los negocios concertados por los menores, en especial, cuando por haber llegado a cierta edad se les presume que tienen capacidad natural —de entender y querer el acto jurídico que realizan—», NIETO ALONSO, Antonia, *Capacidad del menor de edad en el ordenamiento patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales*, en «Revista de Derecho civil», volumen III, núm. 3, julio-septiembre, 2016, Estudios, pp. 1-47, en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, pp. 6-7.

implica desistir de una explicación unitaria para toda edad legal tanto en la Parte general como en la Parte especial.

Las carencias de ambas formas de organizar el sistema de capacidad de obrar llevan –a ambos autores– a proponer la capacidad de obrar como un elemento específico del negocio jurídico, con el fin de resolver aquellos casos que la doctrina se plantea y que existen en todos los Ordenamientos: 1) la nulidad del negocio jurídico por falta de capacidad natural en el mayor de edad; 2) la ‘no nulidad absoluta’¹³⁸ del negocio jurídico por existir capacidad natural en el menor de edad o incapacitado judicial que lo realiza. En ambos casos hay que demostrarlo en el momento procesal y respecto al negocio jurídico de que se trate¹³⁹. Ésta es la postura mayoritaria en la doctrina europea¹⁴⁰: la capacidad natural admitida únicamente en el ámbito del específico negocio jurídico.

Aquí debemos hacer una distinción importante: puede haber capacidad de obrar especificada por una edad legal para algún negocio jurídico concreto (p. e. testamento), o puede ser que no haya determinación de edad legal y se aplique la edad general –la mayoría de edad–. En el primer caso, la capacidad de obrar se identificaría con la edad legal y no con el estado civil, por lo que antes de la edad legal no se tiene capacidad de obrar, y después sí (coinciden ambas posturas). El problema se presenta en el segundo caso en el que nos centraremos: cuando en un negocio jurídico no se establece una edad legal específica, pero se reconoce en el momento procesal la validez de los actos llevados a cabo con capacidad natural pero sin capacidad de obrar legal, o

¹³⁸ Es la anulabilidad o nulidad relativa, en la que el negocio jurídico mantiene cautelarmente la validez porque en el fondo no se considera que la minoría de edad sea una causa de nulidad radical.

¹³⁹ Con respecto al negocio jurídico llevado a cabo por el menor de edad, la solución la trataré en el capítulo tercero.

¹⁴⁰ En la doctrina italiana, incluso fue necesario codificar la incapacidad natural (art. 428 y 1425 Cc italiano), que la doctrina se apresuró a decir que se refería únicamente al acto concreto, cfr. RESCIGNO, Pietro, *Capacità di agire*, p. 864.

viceversa. ¿Qué significa esta postura?, ¿en qué medida esta solución es teóricamente razonable?

La cuestión es solucionar el tema de la capacidad de obrar. Los autores establecen unos criterios generales y perfilan así el sistema teórico de capacidad; pero resulta que, ese sistema así construido en la Parte general, no es capaz de informar ni de explicar teóricamente la realidad de la capacidad de obrar en buena parte de los casos acaecidos bajo el Ordenamiento jurídico, concretamente en todos en los que existe controversia.

Ahora bien, si los negocios jurídicos de la Parte especial y el enjuiciamiento de la capacidad en el caso concreto quedan al margen de la explicación general, ¿qué validez puede tener ésta más allá de la teoría?, ¿por qué mantener una explicación esquizofrénica entre la previsión legal y la aplicación judicial? Es decir, si en cada negocio jurídico lo decisivo es la capacidad de obrar como requisito del mismo, y siendo que esa capacidad de obrar se identifica con la capacidad natural (capacidad de prestar un consentimiento adecuado), ¿por qué no se construye en la Parte general una teoría de la capacidad de obrar que dé razón de la parte más práctica del Ordenamiento y que acontece en cada negocio jurídico?, ¿por qué establecer una regla general de capacidad para el negocio jurídico en abstracto, si luego en cada negocio jurídico concreto se establece un sistema distinto? Dicho de otro modo: ¿por qué decir que la mayoría de edad es un estado civil, o que también lo es la minoría de edad en la Parte general, si luego se reconoce que cada negocio jurídico es nulo si no existe la capacidad natural?; o ¿por qué decir que los menores no tienen capacidad de obrar legal en la Parte general, si al final lo decisivo es que haya capacidad natural con independencia de la edad para no decretar la nulidad absoluta de un negocio jurídico concreto?; ¿cómo comprender esta solución mayoritaria?

Hay dos mundos, el teórico y el jurídico. Desde la teoría se fue elaborando un sistema de capacidad de obrar, viable desde el punto de vista del tráfico jurídico en abstracto, y de ahí provienen las dos interpretaciones que hemos visto, que de un modo u otro han pasado a la Parte general de los códigos; y en un segundo momento, se ha añadido a esa teoría una explicación de cómo son las cosas de hecho en el Ordenamiento, y de ahí surge la capacidad de obrar como requisito del negocio jurídico, postura compartida por la doctrina mayoritaria, y que daría cuenta de la capacidad de obrar en la Parte especial y jurisprudencial. Son dos reflexiones paralelas sobre lo mismo, pero en partes sistemáticas distintas. Aunque se presente como algo excepcional, en el fondo no deja de ser el único sistema real de capacidad de obrar; es el que tiene lugar en cada negocio jurídico concreto, cuya validez es atendida por los jueces conforme al criterio de la capacidad natural, auténtica referencia de la vida jurídica.

Por lo que en mi opinión, creo que la doctrina tiene pendiente afrontar una explicación unitaria de la capacidad de obrar en la Parte general que encuentre su confirmación y aplicación en la Parte especial y en la fase procesal, y no su absoluta excepción y contradicción como ocurre actualmente en la doctrina. No es satisfactorio en mi opinión el recurso a dos sistemas de comprensión de la capacidad de obrar distintos y distantes: la edad no puede ser una cosa en la Parte general, otra en la Parte especial, y otra en sede judicial; y lo mismo ocurre con la incapacidad, el otro gran ámbito de la capacidad de obrar¹⁴¹.

¹⁴¹ «En efecto, la locura, en tanto no ha dado lugar a una declaración de incapacitación, no afecta al estado civil, y aunque desde luego, la locura puede repercutir sobre los actos realizados por el demente, tal repercusión operará, caso por caso, y no con la generalidad propia de la incapacitación; por ello, en tanto que la incapacitación pertenece, de modo indubitable, al estado civil, quedan al margen del mismo los estados patológicos, sin perjuicio de que estos puedan servir de base para llegar a la situación de incapacitado», PERE RALUY, José, *Derecho del Registro civil*, p. 17.

Además, desde un punto de vista sistemático, creo que la teoría de la capacidad debe dar cuenta acabada de la capacidad de obrar sin delegar su respuesta a la teoría del negocio jurídico, al que le correspondería en todo caso señalar una edad legal específica, pero no la comprensión de la capacidad de obrar que debe quedar cerrada en el Derecho de la persona. En mi opinión, en este punto la doctrina trata de solucionar los desajustes de sus teorías, pero provocando una falta de unidad¹⁴² en la comprensión teórica de la capacidad de obrar que convierte al régimen jurídico de capacidad en complicado y disperso.

Es más, ni el Código civil español ni el *Code* establecen una teoría general de los negocios jurídicos, sino que hacen indicaciones en la Parte general acerca de los actos jurídicos más importantes –contratos y testamentos–. Y no lo hace nuestro Código porque ha querido establecer en la Parte general la persona física y su capacidad como fundamento del Derecho de la persona, dejando para cada negocio en particular las especificidades –pero no la teoría de la capacidad de obrar–. De ahí que introducir una teoría distinta sobre la capacidad de obrar, sin base legal (no está codificado con carácter general el negocio jurídico como ocurre en el Código alemán), y opuesta a la prevista codicialmente en la parte general, en mi opinión, es una solución doctrinal forzada y contraria a la misma sistemática de ambos Códigos.

¹⁴² «La ley atribuye a la persona que en abstracto reúne determinadas condiciones la facultad de poder ejercitar los derechos y las obligaciones que le afectan; y presupuesta esta aptitud general para obrar con eficacia jurídica, la incapacidad natural legitimará tan solo para impugnar un acto concreto realizado por una persona capaz de obrar, pero que en aquel supuesto determinado obró sin las condiciones psíquicas en entendimiento y voluntad necesarias. Cuales sean estas condiciones psíquicas es cuestión que no debe tratarse aquí (en la capacidad de obrar), sino al estudiar los requisitos de la voluntad negocial y los vicios que pueden afectarla en las distintas categorías de negocios jurídicos (patrimoniales, familiares o sucesorios)», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, pp. 277-278.

4. Solución olvidada

La edad legal surgió en el Derecho romano. A ella hace referencia toda la doctrina enfocándola desde la teoría moderna de la capacidad de obrar. En mi opinión ha de ser el punto de partida para una reorganización del sistema de capacidad de obrar legal. La opción de Savigny es acudir a la mayoría de edad legal entendida como límite para afirmar o negar la capacidad de obrar, prescindiendo del estado civil. La opción de Federico de Castro es asumir la capacidad de obrar modulada jurídicamente por cada estado civil: la mayoría de edad, la minoría de edad, la incapacitación¹⁴³. Existe otra solución que ha sido olvidada.

Ante la postura del civilista español me pregunto: ¿existe algún modo de mantener esas distintas capacidades de obrar sin necesidad de que dependan jurídicamente del estado civil? Y ante la postura del romanista alemán la pregunta es: ¿existe otra forma de entender la mayoría de edad que no sea como límite legal de atribución o negación de capacidad de obrar? En mi opinión sí existe, y la respuesta es única a los dos interrogantes: interpretar la edad legal como presunción jurídica de capacidad. Éste fue el olvido de Savigny: asumió la centralidad de una edad legal propia del Derecho romano, pero no su técnica; por eso, Federico de Castro recubrirá con la técnica del estado civil la teoría de la capacidad de obrar determinada por la edad legal.

Si se hubiera asumido la técnica de la edad legal como presunción jurídica, no existiría la consencuencia de la incapacidad de obrar del menor, sino sólo un desplazamiento en la carga de la prueba de la capacidad natural, a diferencia del mayor de edad que tendría la presunción a su favor; y, entonces, quizá tampoco hubiera sido necesario acudir a la técnica del estado civil para recubrir jurídicamente la capacidad natural de la persona, sea mayor, menor, o incapacitado.

¹⁴³ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 49.

Por lo tanto, tanto el error de Savigny y de la pandectística al interpretar reductivamente la edad legal, como el error de Federico de Castro al hacer depender la capacidad de obrar del estado civil, ha hecho que cualquiera de los dos caminos nos lleven a sistemas jurídicos de capacidad donde la edad legal no es comprendida correctamente. De hecho, es una de las materias más debatidas y no resueltas en la doctrina. No obstante, creo que es posible, desde la edad como presunción legal, una explicación del sistema donde la capacidad de obrar no derive jurídicamente de los estados civiles, se reconozca el principio de la capacidad de obrar del menor, y se arroje luz sobre el estado civil para redefinirlo. Además, creo que es la opción vigente en el Código civil español desde su redacción originaria y en el Código de Derecho canónico (tanto en el actual como en el CIC de 1917).

Conviene aclarar que lo que critica Federico de Castro es la técnica de determinación jurídica que se deriva de la capacidad de obrar entendida al modo alemán, sin que se oponga a la misma teoría en sí, que por otra parte utiliza.

B. DISTINCIONES

1. Estado civil y sujeto de derecho/capacidad jurídica: distinción

Hay dos ámbitos que debemos distinguir antes de afrontar el estudio de la edad: el del estado civil y el de la capacidad (jurídica y de obrar). De un modo u otro, el estado civil ha estado siempre conectado a la capacidad en general, también en el Derecho moderno, si bien, nunca en el Derecho romano fue la edad un *status*¹⁴⁴. La doctrina ha tratado de

¹⁴⁴ «Ora, indipendentemente da queste limitazioni alla capacità giuridica fondate sullo *status* dell'individuo, ve ne sono altre fondate sulla età, sul sesso, sullo stato di

precisar si el concepto de estado civil pertenece a la personalidad jurídica/capacidad jurídica¹⁴⁵, a la capacidad de obrar, a ambas¹⁴⁶, o si es una categoría jurídica que sobra¹⁴⁷.

salute e alcune conseguenti a condanne penali. In tali casi non sempre è possibile distinguere se si tratti di capacità giuridica o di capacità di agire; ma la distinzione non ha rilievo nel diritto romano, che non conosce neppure la nozione generale di capacità di agire», SCIASCIA, Gaetano, *Capacità giuridica. Diritto romano*, en *Novissimo Digesto Italiano. Volume II*, UTET, 3ª ed., Torino, 1957, p. 870.

¹⁴⁵ «Lo stato implica un rapporto della persona con altre persone o soggetti determinati (rapporto di sudditanza collo stato, rapporto coniugale, rapporto di filiazione legittima, naturale o adottiva, altri rapporti di parentela, rapporto di affinità). In esso si raggruppano diritti e doveri giuridici spettanti alla persona in conseguenza di esso; ma esso non è la somma di tali diritti e doveri, sibbene la condizione giuridica a cui essi si ricollegano», GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, p. 98.

«La capacità è il fondamento e la preconditione di ogni diritto, ed è uno *status*», FERRARA, Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, p. 458.

«El estado de las personas sirve para determinar los derechos y deberes respectivos que los individuos tienen», VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de derecho español*, p. 214.

En general la clásica definición del estado como condición o cualidad jurídica de la persona, suele hacer referencia sólo a la capacidad jurídica, dando cuenta de la diversidad que existe en los derechos y deberes de las personas.

Sánchez Román estudia el estado civil dentro del concepto de sujeto de derecho, pero sin darle mucha relevancia a la hora de estructurar el estudio del sujeto de derecho y/o la capacidad jurídica. Pero como tiende a equiparar la capacidad jurídica y la personalidad civil, en tanto que define la primera como ‘aptitud para ser sujeto de derecho’ (p. 112), parece que para él la noción de estado justifica las diferencias en la capacidad jurídica, llegando a veces a identificarse (p. 112). Pero tiene el problema de partir de un concepto unitario de capacidad civil (p. 113) que engloba por un lado la capacidad jurídica y por otro la capacidad de obrar, siendo la primera una e invariable, y la segunda lo contrario (p. 116). En todo caso, es de los primeros que asume en España la teoría de la capacidad elaborada en la doctrina alemana y hoy asumida de forma unánime en sus puntos esenciales por todos los autores: no están debidamente delimitados los conceptos, y quizá el punto más discutible es hacer depender la personalidad de la capacidad jurídica («la personalidad, aunque es una noción total, se engendra por la capacidad de derecho, y es, así considerada, derivación necesaria de su existencia, como resultado de dicha capacidad; quien tiene ésta, tiene personalidad»), y luego incluir la capacidad jurídica junto a la capacidad de obrar bajo el género de la capacidad civil, lo que le lleva a una explicación insuficiente de las causas que limitan la capacidad, que no se sabe si limitan la capacidad jurídica o la capacidad de obrar (p. 114), cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*.

El realismo jurídico también seguirá su progreso hasta esta cuestión tan debatida. El primer paso, de acuerdo con la actitud metódica adoptada, es detectar a qué realidad remite cada uno de los conceptos (personalidad/capacidad jurídica, capacidad de obrar y estado civil) para distinguirlos y poder señalar sus conexiones, así como para establecer una jerarquía entre ellos. Ya señalé que la personalidad jurídica es el hombre, y la capacidad jurídica era la titularidad y tenencia efectiva de los derechos y obligaciones.

Como vimos, para que la capacidad jurídica no quede absorbida en el concepto de sujeto de derecho y tenga una función en el sistema de capacidad, habrá que reconocer que lo único igual y estático en todos los hombres es que todos tienen capacidad jurídica, aunque la de cada sujeto

¹⁴⁶ «La importancia del estado civil se halla: 1º. En que determina, en principio, la capacidad general de obrar de la persona, es decir, a cada persona se le otorga la capacidad que corresponde a su estado total o conjunto de cualidades de estado que reúne. 2º. En que, además, atribuye a la persona ciertos deberes, derechos, etc.», ALBADALEJO, Manuel, *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, p. 161.

Pere Raluy introduce la personalidad como contenido del estado civil, más aún, como «cualidad del estado civil» (p. 13) y todo lo relativo a la diferenciación en la capacidad jurídica y en la capacidad de obrar: viene a ser como un cajón de sastre, cfr. PERE RALUY, José, *Derecho del Registro civil*, pp. 12 y ss. En cambio, la doctrina europea, incluida la española, no deja de situar mayoritariamente la noción de personalidad, cuando más, como presupuesto del estado, que sería más acertado en mi opinión.

¹⁴⁷ «Lo *status* non rappresenti che un momento terminologico della tecnica giuridica, una semplice *conceptio verborum*, e cioè una di quelle categorie con le quali operano il legislatore e l'interprete», VASALLI, Filippo, *Lezioni di diritto matrimoniale. Volume I*, CEDAM, Padova, 1932, pp. 38-39.

«Una primera posición doctrinal opta por prescindir de dicha teoría [de los estados civiles], estimando que puede ser sustituida por la de la capacidad jurídica y sus circunstancias modificativas. Los tratados de pandectas (Windscheid, Regelsberger, Bekker, Dernburg) siguen esta dirección, prescindiendo del *status*. También lo excluyen los Códigos de Alemania y Suiza», CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, p. 153.

«La doctrina científica relativa al estado civil ha perdido importancia, si se tiene en cuenta la que tuvo en Roma; porque ahora las limitaciones de la capacidad obedecen en su mayor parte a la naturaleza de las cosas, y a la necesidad de que las relaciones jurídicas tengan la eficacia debida», VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de derecho español*, pp. 213-214.

de derecho sea distinta por el contenido y titularidad de los derechos y obligaciones. Este enfoque está más acorde con el realismo jurídico: si no tengo descendientes, no soy titular de algunos derechos y obligaciones respecto a ellos, y mi capacidad jurídica es distinta de quien los tenga. Esto es realismo jurídico. Es como si en la concreción de la capacidad jurídica no se quisiera perder la igualdad: es un intento de aunar lo específico en cada hombre sin perder lo igual, tan radical uno como otro. A la diversidad se opone la uniformidad, no la igualdad. Por lo tanto, la capacidad jurídica señala jurídicamente ese aspecto de la realidad humana: la igualdad en la aptitud para ser titular y la variedad en la tenencia efectiva de los derechos y deberes de una persona.

Pues bien, la doctrina europea es mayoritaria al conectar el estado civil con la personalidad y la capacidad jurídica (raras veces con la capacidad de obrar), precisamente para dar cuenta de la diversidad que se da en las distintas personas físicas¹⁴⁸, y que los conceptos de

¹⁴⁸ «La persona fisica gode di una serie di *status* o qualità giuridica. La soggettività è un complesso di *status*. Tradizionalmente, questi *status* concernono la persona in sè e l'appartenenza di essa alla famiglia e allo Stato (*status personae, familiae, civitatis*)», MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, p. 206. Para Messineo, el *status personae* aparece confundido con la personalidad, y viene a ser una mediación jurídica entre ésta y la capacidad jurídica: «La capacità è soltanto una conseguenza dello *status personae*; logicamente, deve precedere la determinazione del contenuto dello *status* di persona, nei suoi aspetti fondamentali. Ora, questi aspetti fondamentali son dati, a mio avviso, dal fatto dell'esistenza del soggetto, e dal fatto che il soggetto ha una personalità e che il riconoscimento di questa, in ogni uomo, in quanto tale, è la base fondamentale e insopprimibile di qualsiasi ordinamento giuridico moderno», *Ibidem*, p. 207.

«L'eguaglianza giuridica dei soggetti non significa identità di posizione giuridica, poichè non possono trattarsi in modo eguale esseri diseguali. Le persone infatti presentano diversità naturali fra loro, sia di sviluppo fisico o mentale, sia di sesso o posizione nella famiglia, sia di condizione sociale, o possono trovarsi in certi stati legalmente determinati, i quali hanno influenza sulla capacità d'agire. Il diritto non può ignorare o prescindere da queste varietà organiche e psichiche, ma deve tenerne conto, commisurando la capacità d'agire alla condizione diversa della persona. Tali qualità e stati sono l'età, il sesso, la posizione della donna nella famiglia, le infermità fisiche e mentali, (...)», FERRARA, Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, pp. 488-489.

personalidad y capacidad jurídica no podrían atender por haber remarcado su carácter igualitario desde un punto de vista teórico. Este es el principal motivo para justificar los estados civiles en el Derecho moderno: su complementariedad al sujeto de derecho y a su capacidad jurídica, señalando las diferencias más esenciales.

Ahora bien, esas diferencias básicas, en el mismo seno de la personalidad y la capacidad jurídicas (en el ser y en la titularidad), no surgen del sujeto de derecho individualmente considerado, sino de su posición en la sociedad, o dicho de otro modo, de sus relaciones con los demás sujetos de derecho. No puede ser de otro modo, pues cualquier diferencia en el sujeto de derecho en sí mismo, rompería la igualdad radical basada en la igual dignidad de la naturaleza humana de cada hombre.

De ahí que la complementariedad del estado civil con respecto a la personalidad y capacidad jurídica que la doctrina europea señala (sobre todo la italiana), recogiendo el nervio jurídico que el *status* ha tenido a lo largo de su historia, refiere al estado civil aquella parte de la realidad humana que la noción individual y aislada del sujeto de derecho había descuidado: la dimensión social de la persona¹⁴⁹. Por un lado es una

«Si los hombres son sustancialmente iguales, existe entre ellos una desigualdad accidental que, dentro del todo social, determina distinta consideración, estado diferente y por lo tanto desiguales derechos y deberes que del mismo emanan. El estado civil se produce por la mera posición del individuo en el orden político y se halla determinado por las distintas cualidades individuales jurídicamente relevantes», DE COSSÍO, Alfonso, *El moderno concepto de la personalidad y la teoría de los estados en el derecho civil actual*, p. 16.

¹⁴⁹ Quizá Cicu sea el autor que más insiste en esta idea como nota diferenciadora que, en su opinión, concurre en el Estado y en la familia: «No es una condición o posición cualquiera del individuo frente a los demás individuos, sino aquella condición por la cual resulta miembro de un todo orgánico, o más bien aquella condición por la cual se halla en relación de dependencia respecto de un fin superior y de interdependencia con respecto a los demás individuos sujetos al mismo fin», CICU, Antonio, *Il concetto di 'status'*, en *Scritti minori. I*, Giuffrè Editore, Milano, 1965, p. 196.

Insiste Alpa: «Riguarda la posizione del singolo nei confronti della comunità», ALPA, Guido, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Ed. Laterza, Bari, 1993, p. 41.

Igualmente Coviello: «La posición que la persona tiene con respecto a la sociedad política o a la familia, se llama estado personal (estado civil), que se distingue, por lo mismo, en estado de ciudadanía y estado de familia», COVIELLO, Nicolas, *Doctrina general del Derecho civil*, p. 165.

En la doctrina española, esta línea será desarrollada por Ramos Chaparro: «La conexión interdisciplinar entre lo público y lo privado, característica esencial del *status* en la noción estricta, tiene, pues, su reflejo en el Código civil, a través de la instauración de estos regímenes adjetivos especiales, en los que se combina la protección de ambos intereses (el particular y el general) de una forma más claramente publicada o intervenida por el Estado que en todo el resto de las instituciones civiles. Ello resulta lógico, ya que se trata de los vínculos formalmente constitutivos de la propia organización política y social, cuya inherencia a la personalidad implica, al mismo tiempo, la proyección o trascendencia de ésta sobre lo colectivo, y justifica su pertenencia al llamado contenido ‘apriorístico’ del Derecho civil como el Derecho de la persona en cuanto tal», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 149.

«Quizá la teoría más extendida y por más tiempo mantenida en la doctrina es la que, con multitud, a su vez, de variantes, considera al estado como el resultado, la cualidad, particularidad o condición que para la personalidad resulta del hecho de ser miembro de una comunidad determinada», SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *El concepto de estado civil*, p. 105; cfr. IDEM, *El estado civil*, p. 880.

«La pertenencia de los estados civiles a la estructura o naturaleza jurídica de la personalidad, como característica específicamente relacional o social del ser humano, en una consideración integral de la persona que no la reduzca a pura subjetividad jurídica, implica la indeclinable relevancia jurídica de los mismos, y la necesidad, por tanto, de un conjunto normativo regulador de las relaciones y situaciones constitutivas del *status* o directamente derivadas de él», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, pp. 20-21. Y en otra ocasión: «[Estado civil] como expresión de esa influencia jurídica global derivada de la relación orgánica entre el sujeto individual y la colectividad social, en cuanto supone un vínculo previo y estructural de la persona con un determinado grupo (ciudadanía y familia), de naturaleza diversa a las demás relaciones y situaciones que, como simple sujeto privado, ostente en la realidad jurídica», *Ibidem*, p. 22.

«La doctrina civilista mayoritaria, partiendo de la tradición romanista, sigue conceptuando el *status* en torno a la idea de ‘posición del hombre en la sociedad’ y, desde esta perspectiva, el estado civil es una situación jurídica. Situación jurídica en cuanto que hace referencia a determinado modo o determinada manera de estar las personas en la vida social y que el Ordenamiento jurídico considera fundamentales para la organización de la comunidad. Es estado civil, por tanto, en cuanto define la posición de la persona frente a los demás, resulta definitivo para la generalidad de las relaciones jurídicas de la persona», PARRA LUCÁN, María Ángeles, *El estado civil*, en

cualidad personal y, por otro lado y en conexión con ello, eso personal hace referencia a la pertenencia a un grupo. Dicho esto la pregunta es la siguiente: ¿es así la realidad humana?, ¿existe una sociabilidad inherente a la persona?, ¿forma parte de la realidad humana que los hombres vivan en sociedad y en familia? La respuesta es clara desde Aristóteles: el hombre es un ser social por naturaleza, por lo que la referencia a lo social debe tener un reconocimiento jurídico.

Pero, ¿qué es más importante o primero en la persona: su individualidad o su sociabilidad? En este sentido, la teoría del sujeto de derecho ha optado por situar la dignidad personal e individual en el centro del Derecho¹⁵⁰, no el grupo al que pertenece. Pero a la vez, ese hombre real, si bien es un ser individual, no es un ser solitario; a esto responde que siga perviviendo el estado civil en el estudio de la teoría general de la capacidad en buena parte de la doctrina y de la legislación europeas. Una vez más, el realismo jurídico ha hecho que el estado civil dejara la centralidad que tenía en el Derecho romano¹⁵¹, pero que perviviera para atender una dimensión real del sujeto de derecho: la dimensión social.

Curso de Derecho civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona, Ed. Colex, 4ª ed., Madrid, 2011, p. 377.

Respecto al Derecho romano, aunque con otro valor, la dimensión social era el presupuesto de los *status*: «Con questo termine [*status*] si indica appunto la posizione giuridica dell'uomo rispetto a una comunità di consociati», SCIASCIA, Gaetano, *Capacità giuridica. Diritto romano*, pp. 869-870.

¹⁵⁰ Pero también hace ver el protagonismo del término de la personalidad y la capacidad de derecho: «Nella personalità —che è il *prius*— sta la radice di ogni diritto soggettivo, attribuito all'uomo e la stessa sua capacità di diritti, poichè, negata che ne fosse la personalità, egli sarebbe degradato al rango di oggetto e sarebbero abolite in lui l'autonomia e la libertà», MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, p. 207.

¹⁵¹ La concepción del estado civil en el derecho romano no era realista. Vuelvo a transcribir la cita de Stanzione: «L'atteggiamento si accentua man mano che l'individuo è liberato dalla soggezione agli *status*, sì che la compenetrazione tra realtà naturalistica ed entità giuridica diventa totale. Lineare la conseguenza: ogni essere umano vivente è persona e quindi soggetto di diritto», STANZIONE, Pasquale, *Persona fisica. Diritto civile*, p. 11.

Ahora bien, esa dimensión social no anula lo personal, sino que lo completa. Por lo tanto, los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, incrustados en el de sujeto de derecho, en tanto que hacen referencia al ser y al obrar de la persona individualmente considerada (dignidad personal, titularidad de derechos y obligaciones, y capacidad natural, respectivamente), son conceptos anteriores y más básicos que el del estado civil¹⁵², pero en ningún caso contrarios porque cada uno remite a una realidad distinta, aunque conectada: la individual y la social. ¿En qué consistiría esa conexión?

El estado civil vendría a organizar en varios grupos sociales, tanto los derechos y deberes individuales como su ejercicio, dotando a dichos grupos de unas características jurídicas comunes debido a la misma posición que un sujeto de derecho ocupa con respecto a otros sujetos de derecho. Sería un tratamiento jurídico conjunto del sujeto de derecho y de su capacidad, una combinación de la titularidad de derechos y obligaciones de una persona, de su situación social y de su idoneidad

¹⁵² «La dignidad fundamental, la capacidad jurídica y de obrar, los derechos de la personalidad, preceden lógica y axiológicamente a los *status* en nuestra caracterización jurídica de la personalidad, de manera que éstos últimos no afectan sustancialmente a las mencionadas categorías, y han perdido, definitivamente, con el paso del tiempo, su función prioritaria y determinante en este sector del ordenamiento», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 23.

«Nelle grande codificazioni del secolo scorso trova posto a sè, e posto preminente in parte generale, la disciplina della persona intesa come soggetto giuridico e degli attributi che tale la costituiscono: in primo luogo la capacità giuridica, considerata come attitudine del soggetto ad essere attributario di diritti e di doveri, e quindi a porsi come destinatario di normative giuridiche e come punto di riferimento di relazioni giuridiche. A tale conferma si adeguano immediatamente manualistica e letteratura giuridiche, nelle quali le caratteristiche e le condizioni inerenti alla persona come sopra concepita vengono comunemente indicate come stato personale. La tematica dello *status* qui si connette strettamente (o addirittura si identifica o si confonde) con quella della capacità giuridica e/o della soggettività giuridica. L'accostamento fra persona e capacità giuridica nel senso, sopra indicato, di attitudine ad essere attributaria di diritti e di doveri e quindi soggetto di diritto, è usuale tanto nella sistemazione dei codici, quanto nella letteratura giuridica», CORASANITI, Aldo, *Stato delle persone*, en *Enciclopedia del Diritto. XLIII*, Giuffrè Editore, Varese, 1990, pp. 952-953.

para ejercerlos por sí mismo. Por tanto, no formaría parte ni de la capacidad jurídica ni de la capacidad de obrar, pero a ellas se referiría aunque de un modo diverso al *status* romano, donde la situación de una persona ante el Derecho derivaba no de su naturaleza humana, sino de su posición en la sociedad¹⁵³. Ésta es la postura de buena parte de la doctrina europea.

Dicho esto, interesa remarcar un aspecto del estado civil en la doctrina que los mantiene: su valor complementario respecto a la personalidad/capacidad jurídica y a la capacidad de obrar, no para determinarlas jurídicamente, sino para señalarlas en un contexto especialmente relevante para el Derecho en el que existe estabilidad¹⁵⁴, como no puede ser de otro modo, toda vez que la sociabilidad es un elemento permanente de la persona humana y por lo tanto del sujeto de derecho.

En este sentido, el estado civil, no sólo señala las diferencias que realmente existen en el sujeto de derecho y su capacidad jurídica, sino también la causa de esas diferencias: obedecen a la posición del sujeto de derecho en la sociedad (Estado y familia). Creo que en esta postura están todos aquellos autores que califican al estado civil como una cualidad personal o una posición jurídica en la sociedad, que juntas configurarían como un estatuto personal. La técnica sería la misma que

¹⁵³ Cada uno de estos modos de estar en la sociedad era un *status*, que determinaba la existencia de determinados derechos o capacidades.

¹⁵⁴ «La evolución histórica del Derecho de la persona, si bien ha supuesto una profunda mutación en el régimen jurídico del sujeto individual, a través del reconocimiento de la igual capacidad jurídica de todo ser humano, independientemente de sus *status*, no ha conducido, sin embargo, a la total desaparición o abolición de la categoría. Perdiendo su función determinante y modificador de la capacidad jurídica, los *status civitatis* y *familiae* han continuado incorporados al régimen jurídico general de la personalidad no sólo por razones de inercia histórica, sino también porque resultan instrumentalmente necesarios para la plena integración del sujeto humano en la comunidad jurídica. Los vínculos de estado se refieren a realidades jurídicas transpersonales (familia, nación)», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 22.

con el sujeto de derecho: el reconocimiento jurídico, sin más pretensiones prácticas en el Ordenamiento, más allá de las descriptivas y organizativas de las relaciones sociales y familiares del sujeto de derecho¹⁵⁵.

¹⁵⁵ «Gli *status* tradizionali, vale a dire quelli comunitari, in tale prospettiva non vengano obliterati: la sistematica tende a collocarli accanto allo stato personale e tutti come angolazioni dalle quali il complessivo stato della persona può essere considerato. Ma il baricentro sta nello statuto personale individuato, ed esaurito, dalla soggettività-capacità giuridica nei sensi prima indicati, mentre lo *status civitatis* e lo *status familiae* sono rilevanti solo in quanto incidono sulla capacità giuridica. Secondo questa visuale, l'uomo non è quale risulta dalla sua appartenenza a un gruppo; non è, cioè, qualificato dalla dimensione sociale a lui imposta dalla natura o dal costume, o da lui prescelta: modo di essere rispetto al quale la capacità giuridica è una mera conseguenza. L'essenza dell'uomo, viceversa, sta nell'essere la proiezione soggettiva del sistema giuridico, il suo centro formale», CORASANITI, Aldo, *Stato delle persone*, p. 953.

«Pero este ocaso apariencial no significa la desaparición real de la figura del *status* como categoría civil sustantiva. Ni siquiera decae completamente, en el fondo, su poderosa función sistemática, puesto que, como ya advertimos, tanto en el Proyecto de 1851 como en el Código civil de 1889, la materia del Libro Primero, se ordena internamente (aunque no lo manifiesten nominalmente las rúbricas) con arreglo a la secuencia básica y clásica de los *status* subsistentes en el orden burgués: ciudadanía y familia», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 91.

En mi opinión, incluso ese valor sistemático le estaría privado al estado civil, porque no deja de ser un mero reconocimiento realista de la sociabilidad natural del sujeto de derecho, por lo que mantener el estado civil en este punto, podría incluso ser una especie de positivismo jurídico en virtud del cual la ciudadanía (nacionalidad y vecindad) y la familia fueran producto de la ley y no de la realidad de las cosas. La propuesta de Ramos Chaparro parece demasiado artificial atribuyendo al Derecho la creación de esos grupos sociales como medio para tener vigencia en el Derecho: «(Estado civil como) 'relación orgánica', o sea, una forma institucionalizada de relación personal considerada socialmente básica, y de eficacia trans-personal o *erga omnes*. Tal es el denominador común de los dos estados civiles (ciudadanía y familia) y de todos los vínculos en ellos integrados (nacionalidad, vecindad civil, matrimonio y filiación)», *Ibidem*, p. 185. Ese peligro es advertido por el mismo autor, que en sus obras trata de apartarse de todo formalismo jurídico y de buscar el realismo: «Asumiendo el riesgo que conlleva toda aproximación a una figura explicativa unitaria y, en cierto modo, artificial, intentemos abordar aquí ese tipo de análisis, conducente, en definitiva, a la construcción del esquema elemental de los *status*, al descubrimiento de sus componentes necesarios, sin atribuir a la categoría instrumental de 'relación orgánica', que procuraremos abocetar, más valores que los puramente conceptual y sistemático», *Ibidem*, p. 186. Por ello, aunque Ramos Chaparro no

Es por lo tanto un concepto accesorio del sujeto de derecho y su capacidad, razón por la que muchos autores lo consideran prescindible, toda vez que la realidad humana a la que remite ya está comprendida jurídicamente a través del sujeto de derecho y su capacidad jurídica: bastaría con que la igualdad del sujeto de derecho no fuera abstracta, y tuviera en cuenta la dimensión social y real del individuo. Si bien hay autores que prescinden del estado civil y otros que lo mantienen, donde la doctrina es unánime es a la hora de reconocer jurídicamente la dimensión social de la persona: esto es lo importante, independientemente de que se le llame a ese reconocimiento estado civil o simplemente Estado y familia.

La que hemos visto es básicamente la propuesta italiana que ofrece un salvavidas al concepto de estado civil. Otra vía de escape es la que propone parte de la doctrina española, y tiene que ver decididamente, no con la capacidad jurídica, sino con la capacidad de obrar.

2. Estado civil y capacidad de obrar: distinción

Hasta ahora hemos hecho referencia fundamentalmente a la conexión del estado civil con la personalidad y capacidad jurídicas.

incluye en su lista de estados civiles los determinantes de la capacidad de obrar, sí que mantiene el carácter del estado civil como técnica jurídica que media entre el hecho constitutivo (natural, personal-social) y la determinación legal, cfr. *Ibidem*, p. 199. Una vez más, la cuestión sobre cómo recibir lo personal, social, natural en definitiva, en el Derecho, explica la falta de acuerdo doctrinal en todos los sectores que van desde el sujeto de derecho hasta la capacidad de obrar, pasando por la capacidad jurídica, y llegando a los estados civiles.

Este valor sistemático es frecuente en la doctrina europea y en Ramos Chaparro, autor que en España desliga totalmente el estado civil y la capacidad de obrar.

Es cierto que sería casi ilegible un código civil visto desde un punto de vista individualista; sería incomprensible e irreal. Incluso en los autores que piensan que los estados civiles introducen al individuo en la ciudadanía y en la familia, a la hora de estudiar la capacidad jurídica y de obrar las hacen depender enteramente del ser y del obrar del hombre, de la dignidad y de la capacidad naturales jurídicamente articuladas; no la hacen depender de la teoría del estado civil, que no da para más.

Ahora nos planteamos cómo debería ser la conexión entre la capacidad de obrar y el estado civil. Admitiendo esta conexión, la evolución del estado civil en este punto ha de ser forzosamente paralela a la que acabamos de apuntar: el estado civil pasaría de una situación central en el Derecho romano a una posición instrumental, no ya de la capacidad jurídica, sino de la capacidad de obrar, noción que también está incrustada en el sujeto de derecho y por lo tanto más básica y primaria que la del estado civil.

El estado civil no sólo ha dejado de ser la fuente de los derechos —es el sujeto de derecho con su capacidad jurídica—, sino que tampoco es la fuente del ejercicio de los mismos —es la capacidad natural del sujeto de derecho—. Hoy, en nuestra legislación y en el resto de Códigos europeos¹⁵⁶, la capacidad natural y no el estado civil —ni el grupo al que pertenece— es el fundamento de la capacidad de obrar, como ocurría para los *sui iuris* en el Derecho romano¹⁵⁷, únicos en los que cabía un cierto realismo jurídico. El sujeto de derecho es el hombre con su capacidad natural.

Si bien es mayoritaria en la doctrina europea la opción de situar el estado civil en el estudio del sujeto de derecho y de la capacidad jurídica, la doctrina española es original a la hora de conectar la capacidad de obrar en una relación de dependencia con el estado civil,

¹⁵⁶ «Il problema de la capacità di agire ha grande importanza per le sole persone *sui iuris*, in relazione all'età (*infantes, impuberes, minores XXV annis*), al sesso (*mulieres*), alle infermità mentali (*furiosi*), alle tendenze dissipatrici (*prodigi*)», ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, p. 66.

«Alla stratificazione della società nei vari *status* si sovrappone storicamente una differente ma non meno odiosa articolazione, operata questa volta all'interno di uno stesso *status* e basata, significativamente, sulla divisione delle persone in classi d'età», STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 266.

¹⁵⁷ Cfr. BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, p. 137.

En ellos había realismo jurídico, y la capacidad de obrar se basaba en la capacidad natural escalonada por edades en el Derecho romano.

que la determinaría. Esto es lo verdaderamente llamativo: la sumisión de la capacidad de obrar del sujeto de derecho al estado civil, cosa que no ocurre en la doctrina europea cuando se conecta con la capacidad jurídica –donde tendría un carácter instrumental y accesorio–. Pero, ¿qué significa que la capacidad de obrar depende del estado civil?

De Castro asume la teoría de la capacidad de obrar, pero como es parte de la dogmática se plantea cómo darle entrada en el Derecho, y la única vía que ve posible es por medio del estado civil. Dicho de otro modo: la capacidad natural está en la base de la edad legal para De Castro, pero como no es posible un reconocimiento legal directo de la misma, recurre a la técnica del estado civil haciendo depender de ella la teoría de la capacidad de obrar. ¿Pero qué ocurre con las edades especiales? Que Federico de Castro, como ya apunté, tiene que admitir que no son un estado civil, por lo que la edad en De Castro se explica del siguiente modo: la mayoría de edad, la minoría y la edad de la emancipación son estados civiles, y las edades especiales no¹⁵⁸. El resultado es que la edad legal tiene en parte una explicación con la teoría del estado civil, y en parte una explicación con la teoría de Savigny. Lo relevante de esto es que, en el fondo, se admite un reconocimiento jurídico de la capacidad natural que no tiene lugar por medio del estado civil: en las edades especiales y, mediatamente, en la edad general rodeada por el estado civil.

La “vía de escape” que De Castro y parte de la doctrina española ofrecen al estado civil en el Derecho es comprensible en mi opinión, pero anacrónica, porque es difícil justificarla teóricamente una vez que se acepta la doctrina sobre el sujeto de derecho y su capacidad. Es

¹⁵⁸ «Pueden señalarse varias importantes condiciones de la persona que no constituyen estado civil en nuestro Derecho actual [1952]: 1) La edad y las edades en general, en cuanto pueden determinar una capacidad especial (por ejemplo, de testar, de adoptar, etc). La edad de 21 años, en cambio, constituye estado en cuanto determina automáticamente la emancipación», DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 76.

preciso tomarse en serio, ya sea a través de la edad legal por sí sola ya sea por medio del estado civil, que la capacidad de obrar legal se apoya en la capacidad natural. Coherentemente, ese apoyo debería suponer una dependencia de la edad legal —o del estado civil— respecto de la capacidad natural; esto debería formar parte de las propuestas jurídicas, pues está en el fondo de ambas soluciones (la de Savigny y la de Federico de Castro)¹⁵⁹.

Quedarse en la afirmación de que la capacidad de obrar depende del estado civil deja sin resolver el fundamento del mismo estado civil —es decir, la capacidad natural—, y es además un anacronismo que nos retrotrae al *status* romano carente de todo realismo jurídico, en tanto que era un punto de partida desconectado de la realidad. La capacidad de obrar legal no puede surgir de un estado civil legal. El paso que se dio con el sujeto de derecho, reconociendo como tal al hombre real, a cada concreto hombre, condiciona una solución similar para la capacidad de obrar; aunque en este caso con más técnica, porque no basta el simple reconocimiento jurídico¹⁶⁰. En mi opinión, hay un modo más genuino de incorporar jurídicamente la capacidad natural al margen del estado civil como veremos más adelante.

¹⁵⁹ «Al quedar sin base la concepción romana con la abolición de la esclavitud, la concesión de los derechos civiles a los extranjeros y el reconocimiento de capacidad jurídica a las personas sometidas a potestades familiares, hubo de perder la teoría del *status* su antiguo significado, y ha ofrecido dificultades a la técnica jurídica al acomodarla a las circunstancias del Derecho moderno», CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, p. 153.

¹⁶⁰ «Superada pues, al menos en parte, la identificación del estado civil con las cualidades determinantes de la capacidad de obrar general de la persona, cabe preguntarse si cualquier condición de la persona forma parte del concepto de estado o si el concepto de estado civil se mantiene como un mero *nomen iuris* sin ninguna relevancia jurídica», PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Orientaciones actuales del estado civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1993, p. 183.

3. Carácter instrumental del estado civil

Así pues, de lo visto hasta ahora, en la doctrina mayoritaria subyace este carácter instrumental del estado civil con respecto al sujeto de derecho y a su capacidad jurídica¹⁶¹ y/o capacidad de obrar¹⁶². Los autores ponen la categoría de estado civil como nudo donde encuentran unidad todos los factores que interfieren en el sujeto¹⁶³ formando como un estatuto personal, donde confluyen la capacidad jurídica y la

¹⁶¹ «Esta especie de ‘revival’ caracteriza la historia jurídica de los *status hominum*, y nos hace pensar en su entronque estructural, ontológico, con la misma personalidad, no del modo determinante y directo que se concebía en la doctrina antigua, sino de forma subsidiaria, complementaria o instrumental, en orden a una adecuada integración o coordinación de la persona en el colectivo social en que se desenvuelven las relaciones jurídicas», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 32.

¹⁶² «L’insieme delle cause per le quali, secondo l’ordinamento giuridico positivo, la capacità di diritto e la capacità di agire è più o meno piena, dà luogo a quello che si dice *stato della persona* che è, poi, la misura della sua capacità e costituisce esso stesso un diritto subbiiettivo», DEGNI, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 6. Sigue precisando Degni: «Questo stato generale giuridico della persona può essere considerato nella condizione di essere dell’individuo per sè medesimo, o nella condizione di essere dell’individuo in relazione ad altre persone con le quali egli forma un aggregato, una società più o meno ampia, riconosciuta dal diritto oggettivo, come lo Stato e la famiglia. Epperò si ha lo *stato della persona come individuo, come membro dello Stato e come membro della famiglia*, i quali due ultimi stati, che diconsi di *cittadinanza* e di *famiglia*, costituiscono lo *stato civile* della persona: d’onde gli atti e registri dello stato civile, destinati a documentare i fatti più importanti della vita dell’uomo che modificano (nel senso più largo della parola) la sua capacità giuridica», *Ibidem*, p. 6. Al hablar sobre el estado individual ya empieza a diferenciar aspectos naturales de otros jurídicos (habría que precisar que tan jurídicos son unos como otros, aunque se entiende); los naturales serían como siempre la edad y la enfermedad, y el sexo; los jurídicos: la condena penal, la condición de extranjero y la raza, cfr. *Ibidem*, p. 7. Hay que recordar la complicación doctrinal que suponía para muchos autores determinar si estos factores eran causas modificativas de la capacidad jurídica o de la capacidad de obrar.

¹⁶³ «Al lado del nexo que liga a la capacidad con el estado civil, se incurre en el error de no separarlos cuidadosamente como nociones vinculadas pero distintas», SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho civil*, pp. 140-141.

capacidad de obrar¹⁶⁴. Pero si el estado civil llega a ser todo eso significa que en el fondo es nada, un *flatus vocis*. Algunos autores equiparan estado y capacidad jurídica¹⁶⁵, y otros dicen que es una suma de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar¹⁶⁶. Otras posiciones hablan o bien del estado civil como medida de la entera capacidad¹⁶⁷, o como presupuesto de la misma¹⁶⁸. Considero más acertado mantener la distinción de los conceptos y no subsumirlos en el estado civil, porque el sujeto de derecho, la titularidad jurídica y la capacidad de obrar ocupan una posición hegemónica en el Ordenamiento y en la doctrina por referirse a unos aspectos de la realidad humana más básicos y esenciales, a los que la categoría secundaria del estado civil, con su complementariedad social, se remitiría con carácter instrumental. Creo

¹⁶⁴ «La lógica conexión que existe entre la doctrina de la capacidad y la teoría del estado de las personas individuales, deriva de la decisiva circunstancia de que dicho estado es el presupuesto de una esfera de capacidad», *Ibidem*, p. 140.

En esta perspectiva está Santoro-Passarelli: «El estado es el presupuesto de una esfera de capacidad y, por lo tanto, de una serie abierta de poderes y deberes, o de relaciones, que pueden variar y varían sin que por ello cambie el estado», en *Ibidem*, p. 140.

También Ripert y Boulanger: «Así, la cuestión de saber si una persona posee o no un estado determinado interesa tanto a la existencia misma del derecho o de la obligación como simplemente a su ejercicio», en *Ibidem*, p. 164.

¹⁶⁵ El *status* sirve «ad indicare apuunto il rapporto in cui la persona si trova con altre persone, e in altre parole la somma di diritti e di doveri che a tali rapporti si riconnettono», VASALLI, Filippo, *Lezioni di diritto matrimoniale*, p. 39.

¹⁶⁶ Cfr. STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 24.

¹⁶⁷ «Tra le diverse definizioni di ‘stato personale’ spesso si comprendono quelle riferite alle qualità fisiche, come il sesso, l’età, la sanità di mente, oppure a qualità giuridiche che più propriamente attengono alla capacità (interdizione, inabilitazione, fallimento, età minore, ecc.)», ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 113.

«Non è infatti mettere in chiaro la differenza tra ‘stato’ e capacità, nè basta dire che lo *status* sia una situazione giuridica obiettiva complessa, mentre la capacità sia un modo di essere del soggetto in quella situazione», *Ibidem*, p. 113.

¹⁶⁸ «Sería erróneo creer que el estado no es un presupuesto de la capacidad jurídica y de capacidad de obrar», SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho civil*, p. 142.

«In riferimento alla codificazione, lo *status* dell’individuo segna, senza possibilità di travalicarli, i confini del suo essere ed operare giuridicamente», STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, pp. 225-226.

que los Códigos europeos han optado por este orden de importancia: la relevancia del estado civil en la legislación es mínima, y sí es fundamental el sujeto de derecho, su capacidad jurídica y sobre todo la capacidad de obrar¹⁶⁹. Los estados civiles mantienen una cierta relevancia legal en la sistemática de la codificación: para ordenar la capacidad jurídica y de obrar de los sujetos de derechos en función de su posición social.

No obstante, y puesto que la doctrina mayoritaria señala la sociabilidad de la persona como el aspecto real que justifica el estado civil¹⁷⁰, creo que esta sociabilidad, debido a las diferencias doctrinales que existen y a la irrelevancia legal del término, podría quedar expresada por medio de un concepto más amplio del sujeto de derecho, sin necesidad del dualismo conceptual que divide, por un lado, al sujeto y su capacidad (lo personal individual), y por otro, al estado civil (lo personal social). No es conveniente separar y nombrar teóricamente lo que en la realidad es una misma entidad: se debería distinguir pero no dividir.

¹⁶⁹ «El mayor desarrollo conceptual en torno a la relación jurídica y a las situaciones jurídicas subjetivas, así como el producido respecto a los derechos de la personalidad y al régimen de capacidad de obrar, imponen, a estas alturas de la elaboración científica, una distinción cualitativa entre las múltiples cualidades, condiciones y circunstancias personales tenidas en cuenta por el ordenamiento para muy diversos y desiguales efectos, de tal modo que la aplicación indiscriminada del término ‘estado civil’ a todas ellas no pasa de ser una denominación genérica inútil y superada, correspondiente a la etapa inicial del contemporáneo Derecho de la persona (que, por inercia histórica, se contenía todo en la teoría de los estados), y, por tanto, insostenibles en la fase actual, donde las categorías generales se hallan mucho más aquilatadas y jerarquizadas, habiendo perdido, definitivamente, el *status* su ancestral protagonismo o principalidad», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 120.

¹⁷⁰ «Mediante la institución del estado civil, el Derecho traduce la dimensión social básica de la personalidad, es decir, la persona no en tanto que sujeto de derechos, obligaciones y actos jurídicos, sino en tanto que miembro (o no) de los organismos socio-jurídicos fundamentales», *Ibidem*, p. 188.

Tampoco se puede encontrar la especificidad del estado civil en las características¹⁷¹ de las normas que lo regulan, que no son sino las mismas que aquellas que se refieren al sujeto de derecho y a su dignidad: de orden público¹⁷², *erga omnes*, indisponibles, no sujetas a transacciones, etc. Esto ocurre porque el estado civil es el mismo sujeto de derecho en su dimensión social. En este sentido, la categoría del estado civil es totalmente prescindible.

El problema es que se ha partido de conceptos uniformes del sujeto de derecho y de la capacidad jurídica; debido a ello, las posibles peculiaridades no podían tener cabida. Para explicar dichas diferencias fundamentales en la persona, que lógicamente no derivan de una mayor o menor dignidad, sino de la posición ocupada en los distintos grupos humanos en los que está inserto, muchos autores han acudido al estado civil para poner de manifiesto la diversidad entre los hombres dentro de la común naturaleza humana, no acudiendo al sujeto y/o capacidad

¹⁷¹ «Al igual que sucede con la capacidad jurídica, cabe repetir aquí la afirmación de que la capacidad de obrar de la persona es una cuestión de orden público, y por ello está fuera del ámbito de la autonomía de los particulares», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, p. 280.

«Porque mientras no se concibe al hombre sin algún vínculo con la sociedad, por lo que el estado tiene caracteres de necesidad y de permanencia, las otras cualidades y condiciones son pertenencias accidentales de la persona, o hechos transitorios (ej. Edad) que no alteran con su existencia o con su desaparición el sello que tiene la persona en virtud de sus relaciones con la sociedad política o con la doméstica; (...) es una relación inherente de tal modo a la persona que no puede cederse ni transmitirse, por lo que las cuestiones que se refieren a ella no pueden ser objeto de compromiso o transacción», COVIELLO, Nicolas, *Doctrina general del Derecho civil*, p. 165.

«Se dice, y con razón, que tanto las normas jurídicas referentes a la persona física, como las que atañen a su estado, capacidad jurídica y capacidad de obrar son en principio normas imperativas, por cuanto se refieren a unas materias que por obvias razones quedan fuera del ámbito de la autonomía privada», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, pp. 6-7.

¹⁷² «En atención a su importancia, es indudable que el estado de las personas se gobierna por normas jurídicas de orden público inmodificables por la voluntad de los particulares», COVIELLO, Nicolas, *Doctrina general del Derecho civil*, p. 166.

jurídica, que no admitirían distinciones, sino al estado civil¹⁷³. En este sentido, se comprende su permanencia como parte de la evolución del realismo jurídico, en tanto que señala diferencias profundas que son reales, aunque en mi opinión sea una complicación innecesaria por lo dicho más arriba.

Por último, creo que es necesario, como paso previo al estudio de la edad legal, aclarar los conceptos de estado civil y de capacidad de obrar.

C. CONCEPTOS

1. Nuevo concepto de estado civil

El que fuera un término protagonista en el Derecho de la persona y de la capacidad desde el Derecho romano –*status*– y hasta el Derecho moderno –estado natural y estado civil–, llegando a acaparar toda condición o posición jurídica del individuo en el Ordenamiento, se ha convertido en un término vagabundo en el Derecho de la codificación, sobre el que la doctrina ha hecho numerosas propuestas y muy distintas entre sí con intención de darle cobijo en el actual sistema, pero sin que suceda nada en la práctica durante tal indefinición jurídica, razón por la que algunos autores lo consideran prescindible. Esto ocurre porque la realidad a la que hacía referencia está “ocupada” por otros conceptos más nucleares –sujeto de derecho, capacidad jurídica y capacidad de obrar–. En mi opinión, el estado civil sólo puede pervivir como

¹⁷³ Algún autor español considera también los estados civiles como limitaciones de la capacidad jurídica (y de la capacidad de obrar) para explicar estas diferencias: «El principio enunciado de que la capacidad jurídica es uniforme para todas las personas, podría en su caso ser objeto de algunas matizaciones o excepciones en razón sobre todo a ciertas circunstancias de carácter natural o social que concurrieran en el sujeto (nacionalidad, filiación, ...)», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, pp. 265 y ss. Entre las circunstancias que cita, no se encuentra la edad.

categoría meramente técnica, no como categoría que haga referencia a un aspecto de la realidad, como sí ocurría hasta la aparición de los citados términos. Esto debe ser explicado.

En una primera observación, y a la vista de lo expuesto por la doctrina, podría decirse que la clasificación más básica que se puede hacer es, según que el estado civil inhiera en la personalidad/capacidad jurídica, o también en la capacidad de obrar; y en conexión con ello, según se consideren las circunstancias sociales de la persona, o también las individuales. En este punto la doctrina española es significativa por defender la tesis segunda (incluir las circunstancias individuales también, y por tanto las que son determinantes de la capacidad de obrar entre las que está la edad—¹⁷⁴ en contraposición a la doctrina europea, que normalmente sitúa el estado civil en relación con la subjevidad/capacidad jurídica, y siempre en referencia a la sociabilidad¹⁷⁵.

¹⁷⁴ «Circunstancias procedentes de la consideración del individuo en sí mismo (edad, enfermedad, etc.), o de las relaciones que guarda con la familia, región, nación, municipio, sociedad en general y con el espacio», DE DIEGO, Felipe Clemente, *Curso elemental de Derecho civil español común y foral*, pp. 75-76.

¹⁷⁵ «El estado aparece así, no como el fundamento de la personalidad, sino más bien como el complemento de la misma, constituyendo el signo distintivo del individuo que, precisamente por él, no es simplemente un hombre, sino un hombre que pertenece a esta o a aquella comunidad: es ciudadano o extranjero, forma parte de esta o aquella familia cuyo nombre lleva. En consecuencia, además de tenerse el estado como cosa distinta de la capacidad, no debe confundirse con otras cualidades que puede tener la persona o condiciones de hecho en que puede encontrarse, aunque de ellas deriven consecuencias jurídicas, como (...) las condiciones de edad, sexo, enfermedad», COVIELLO, Nicolas, *Doctrina general del Derecho civil*, p. 165.

«Il complesso delle qualità enumerate costituisce quello che si chiama 'stato civile' della persona, da non confondersi con l'altro complesso di qualità che hanno influenza soltanto sulla capacità dell'uomo stesso», AZZARITI, Giuseppe, *Stato civile*, en *Novissimo Digesto Italiano. Volume XVIII*, UTET, 3ª ed., Torino, 1957, p. 293.

Entre los autores españoles que defienden esta tesis está Ramos Chaparro, autor de la última monografía en nuestro país: «Se distinguen y especifican así dos de las dimensiones jurídicas básicas de la personalidad: subjevidad (estructurada por las categorías de la capacidad jurídica y de obrar) y sociabilidad (articulada mediante los

En ese ámbito y de modo general, los autores alemanes verán innecesario el estado civil¹⁷⁶, los italianos lo pondrán como complemento del sujeto de derecho y de la capacidad jurídica¹⁷⁷, los franceses lo identifican con la capacidad jurídica o con el estatuto jurídico de una persona¹⁷⁸, y parte de los españoles como determinante

status), traduciéndolas en instituciones civiles autónomas, o no inter-relacionadas, que se basan, en el primer caso, en hechos y situaciones individuales, y, el segundo, en relaciones orgánicas o sociales», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 134. Los estados serían el de ciudadanía (nacionalidad y vecindad civil) y el de familia (matrimonio y filiación), cfr. *Ibidem*, p. 134.

¹⁷⁶ «Los pandectistas alemanes, aceptando que el *status* era la posición del hombre en la comunidad romana, determinante de su capacidad jurídica, como quiera que para el Derecho moderno ésta existiese en toda persona por el hecho de serlo concluyeron por la inutilidad del concepto, sustituyéndolo por el de causas modificativas de la capacidad de obrar: en ellas encuentran pálido reflejo las desigualdades del hombre, considerado como simple centro de imputación de normas», SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, *El concepto de estado civil*, pp. 91-92.

Sánchez Román es uno de los primeros que incorpora a la doctrina española la teoría de la doctrina alemana, pero aún con algunos desajustes; en Sánchez Román, el estado civil no tiene peso en la teoría sobre el sujeto de derecho y la capacidad, aunque lo mantiene, y lo que sí hace es establecer las diferencias, no por medio del estado civil, sino por medio de lo que llama ‘causas modificativas de la capacidad civil’, cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, p. 193. Existe un problema, porque para él, capacidad civil es la suma de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar —«la reunión de ambas forma la plena capacidad civil»— (p. 113). Aunque otras veces identifica la capacidad civil con la capacidad de obrar (p. 116) como consecuencia del carácter práctico que atribuye a la noción de la primera (p. 112) que hace que en el fondo se identifique con la de obrar, y no con la capacidad jurídica que tiene un reconocimiento como mero principio sin una consecuencia práctica directa.

¹⁷⁷ Cfr. COVIELLO, Nicolas, *Doctrina general del Derecho civil*, p. 165; cfr. MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, pp. 206-207; cfr. SCARDULLA, Francesco, *Stato civile*, en *Enciclopedia del Diritto. XLIII*, Giuffrè Editore, Varese, 1990, p. 939.

¹⁷⁸ «État juridique qui se compose de qualités multiples», PLANIOL, Marcel, *Traité Pratique de Droit Civil Français. Tome I. Les personnes*, Ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1925, p. 8.

«Une grande diversité d’opinions semble caractériser la question. Étant admis que l’état de la personne —son statut— se distingue de son état —de son statut— politique, on est volontiers conduit, à partir des articles 7 et 8 du code civil, à considérer que l’état de la personne coïncide avec la situation de celle-ci en tant qu’elle est titulaire de droits

de la capacidad de obrar¹⁷⁹. La doctrina española mantendría el carácter diferenciador del estado civil, no ya en el seno de la personalidad y capacidad jurídica como en el Derecho romano, sino en la capacidad de obrar, pero con la fuerza de determinar ese tipo de capacidad (la de obrar), lo que implica atribuir una importancia jurídica a los estados civiles mayor que cuando complementa a la capacidad jurídica —como propone la doctrina italiana fundamentalmente—.

A partir de aquí podríamos dar dos conceptos de estado civil: uno en cuanto se refiere al sujeto de derecho y capacidad jurídica, y otro en cuanto que se refiere a la capacidad de obrar. Respecto al primero, realmente no se distinguiría del sujeto de derecho; al igual que éste es la persona reconocida por el Ordenamiento, eso mismo sería el estado civil: la dimensión social de la persona reconocida por el Ordenamiento. Pero bastaría comprender el sujeto de derecho en todas sus dimensiones para hacer inútil la distinción. Por lo tanto, en este caso sería una categoría jurídica prescindible y sin un ámbito propio que justifique su mantenimiento. Con respecto al segundo, donde el estado civil haría referencia a la capacidad de obrar, parte de la doctrina española no ve

civils», TERRÉ, François y FENOUILLET, Dominique, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Éditions Dalloz, 7ª ed., París, 2005, p. 129.

«L'état est l'ensemble des traits caractéristiques qui déterminent le statut juridique de la personne; à défaut de précision, lorsqu'on parle de l'état d'une personne, c'est de son état civil qu'il s'agit (à la différence de son statut professionnel, par exemple), c'est-à-dire de sa situation en tant que sujet de droits et de son statut familial», VOIRIN, Pierre y GUOBEAUX, Gilles, *Droit civil. Tome I*, pp. 70-71.

«La distinction des personnes repose sur des critères de fond. Ces éléments distinctifs déterminent, par les conséquences que leur attache la loi, la situation personnelle des individus; il composent l'état civil de chacun; ce sont des éléments de l'état des personnes», CORNU, Gérard, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, Ed. Montchrestien, 8ª ed., París, 1997, p. 200.

¹⁷⁹ Ya hemos visto algunos autores, sobre todo Federico de Castro. Otro ejemplo es Bercovitz: «El estado civil no es sino la expresión de la situación que ocupa la persona en relación con ciertas circunstancias que el ordenamiento valora como esenciales para determinar su capacidad de obrar y para definir su inserción en una familia», BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, *Derecho de la persona*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, p. 171.

sólo un reconocimiento, sino una herramienta jurídica para determinar la capacidad de ejercicio, y en este sentido sería una técnica jurídica necesaria y no prescindible. Ya hemos visto las deficiencias de esta postura representada por Federico de Castro.

En mi opinión, veo necesario ofrecer un nuevo concepto de estado civil, que sea capaz de superar esa fragmentación en su contenido, y de aunar, no sólo la referencia a la capacidad de obrar, sino también al sujeto de derecho y a la capacidad jurídica, pero no por hacer referencia a una realidad ya atendida por esos términos, sino por aportar con exclusividad algo pura y estrictamente técnico.

La cuestión del estado civil, tan debatida desde la codificación, ha tenido el mismo problema que todo lo que se refiere al sujeto de derecho y a la capacidad en general: ¿cómo relacionar, coordinar, armonizar... la realidad natural y la realidad jurídica que los autores distinguen en el estado civil? Creo que Sancho Rebullida detecta la raíz de todos los debates sobre el estado civil (y en mi opinión también sobre el sujeto de derecho y sobre la capacidad), al decir que «quizá la dificultad inmanente, o la clave de las dificultades concretas, se encuentre en que el de *status* ha sido y es un concepto de base y arranque *metajurídico*, natural o social, que la ciencia jurídica simplemente recoge y acota, por cuanto, una parte de él, tiene transcendencia jurídica»¹⁸⁰. El testimonio más claro está en la dualidad que surgió en la Escuela de Derecho Natural entre estado natural y estado civil, división que sigue presente en el fondo de cada debate. A esta complejidad se añade el contraste entre

¹⁸⁰ SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, *El concepto de estado civil*, p. 62.

De otro modo y con otras conclusiones en su estudio lo recoge Ramos Chaparro: «La base jurídico-natural del *status* está, pues, en la misma personalidad, en cuanto manifiesta una de las facetas o notas características del concepto institucional de persona, y es precisamente dicha categoría, hoy constitucionalmente fundamental, la que debe iluminar el principio básico que lo preside: procurar la más efectiva y armónica integración social del sujeto, desde el respeto a su dignidad, igualdad y libertad, en las comunidades esenciales o necesarias al sistema jurídico total», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 192.

el origen romano del *status* y el nuevo punto de partida del Derecho en la modernidad. Creo que aquí también, los principios del realismo jurídico se van abriendo paso para resituarse el concepto de estado civil, para comprenderlo teóricamente, y para que el régimen jurídico del estado civil —después de la purificación histórica del concepto— sea coherente con los nuevos postulados.

Situados ya en el ámbito de la codificación, el problema con el que nos encontramos es que es una cuestión controvertida en la doctrina¹⁸¹, y como dice Pere Raluy, «uno de los conceptos más imperfectamente cristalizados en el ordenamiento jurídico»¹⁸²; de hecho no existe un concepto legal ni base para extraerlo. Normalmente los autores distinguen dos ámbitos en el concepto de estado: como situación personal¹⁸³ y como condición jurídica¹⁸⁴ en sentido amplio en ambos

¹⁸¹ Cfr. PARRA LUCÁN, María Ángeles, *El estado civil*, p. 377.

Esa indeterminación doctrinal y legal es común en el Derecho comparado, tal y como hace ver Pere Raluy: «El examen particularizado de los diversos ordenamientos vigentes conduce a afirmar que, ninguno de los sistemas de Derecho positivo actuales, ni los que les precedieron, ha alcanzado a acuñar un concepto preciso de estado civil y que tal expresión se utiliza siempre en forma vaga e indeterminada, para designar cualidades y atributos más o menos permanentes de la persona, sin que ello suponga que todas esas cualidades o atributos pertenezcan propiamente al estado civil y sin que, por otra parte, el hecho de que alguna de tales condiciones o atributos no sea inscribible suponga necesariamente, en la generalidad de los ordenamientos, que la misma deba ser excluida del campo del estado civil», PERE RALUY, José, *Derecho del Registro civil*, p. 6.

¹⁸² *Ibidem*, p. 3.

¹⁸³ Sancho Rebullida explica así estas teorías: «Aquellas que consideran el estado como un *prius* de la norma (distinguiéndose en ésta, aunque como dos momentos de una sola operación, la contemplación o previsión de los supuestos de hecho y la disciplina de las relaciones) y, consiguientemente, fuente de efectos jurídicos», SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, *El concepto de estado civil*, pp. 98-99.

«Del conjunto de los textos se infiere que es materia propia del estado civil la que se refiere a cualidades, situaciones o atributos de la persona, aunque no es seguro que toda cualidad, atributo o situación personal corresponda propiamente al estado civil», PERE RALUY, José, *Derecho del Registro civil*, p. 4.

Desde Federico de Castro se le llama ‘título de adquisición’ a la situación, hecho o acto adquisitivo que da lugar a un estado civil, y ‘título de legitimación’ a la misma

casos. Pero en las dos calificaciones está imperfectamente resuelto el gran escollo que acompaña a todo lo que se refiere al sujeto de derecho y a la capacidad en general: superar ese dualismo entre dos realidades, la natural y la jurídica¹⁸⁵. Por eso, entre las dos posturas existe una cierta

situación en cuanto que permite actuar en la vida jurídica como titular de un estado civil.

«Considerado el estado en su acepción más genuina, como el conjunto de cualidades personales de que dependen ciertos derechos», GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, p. 199.

«Definir el estado de los hombres como medio de precisar su capacidad de derecho, tiene que ser el principal objeto de la ciencia», *Ibidem*, p. 186.

«Las personas pueden tener ciertas cualidades que la ley toma en consideración para otorgarles efectos jurídicos, y esto es a lo que se llama estado civil», VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de derecho español*, p. 212.

¹⁸⁴ La definición de Sancho Rebullida: «El estado civil es una cualidad de la persona dependiente de la realidad natural (manera de ser) o social (manera de estar, con estabilidad, en los grupos sociales, trascendentes), determinante de su dependencia o independencia jurídica, de su capacidad de obrar y de su ámbito de poder y responsabilidad», SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *El concepto de estado civil*, p. 128.

«La valoración jurídica como última diferencia, consiste simplemente en el reconocimiento jurídico de la realidad previa (de la cualidad natural o social de la persona) y en supeditar a ella la esfera personal y específica de la dependencia y capacidad. Con ello es suficiente para que se pueda afirmar la existencia de un estado civil», *Ibidem*, p. 128.

Sancho Rebullida resumiendo a Coviello: «Lo característico de todos los *status* y que los diferencia de las demás cualidades jurídicas, es el no ser construcciones del ordenamiento jurídico, instrumentos forjados por exigencias de su funcionamiento, sino configuraciones que el mismo ha encontrado en la realidad social», *Ibidem*, p. 115.

Contrariamente Sánchez Román: «La ley es la verdadera causa del estado civil de las personas. Entendemos pues por estado civil la distinta consideración de las personas por la ley civil», SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, p. 110.

¹⁸⁵ «Tan incompleto resulta considerar el estado civil como mera cualidad natural cuanto el considerarlo pura abstracción doctrinal de un conjunto de derechos o de relaciones jurídicas; lo uno por fijarse sólo en el presupuesto en cierto sentido fáctico, y lo otro por considerar únicamente los efectos jurídicos», SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *El concepto de estado civil*, p. 127.

Esta tensión se ve en la definición de Puig Brutau, que más que definición es una descripción de los hechos inscribibles: «Se entiende por estado civil ciertas situaciones fundamentales o básicas en que puede encontrarse la persona por razón de la edad, el matrimonio, la nacionalidad, los defectos psíquicos, físicos o morales que determinan

‘mezcla’ a la hora de precisar lo que realmente son los estados civiles, pasando de la realidad natural a la jurídica y viceversa, siendo difícil hacerse cargo de una noción precisa¹⁸⁶. Respecto a la primera no tiene un sentido jurídico estrictamente hablando (las situaciones son personales), y el estado civil en este caso sería más un concepto de sociología o metafísica que jurídico. En mi opinión, el concepto auténtico de estado civil en la codificación es un concepto que hemos de encontrar en el Derecho. En este ámbito la doctrina es mayoritaria al calificar el estado civil como condición jurídica de la persona que era la segunda propuesta. Pero, ¿en qué consiste esa condición jurídica?

La realidad humana que justificaría los estados civiles son esas situaciones personales (lugar, nacimiento, muerte, ausencia, capacidad, matrimonio, familia, nacionalidad, vecindad, etc.); pero, ¿en qué

su capacidad de obrar, así como la atribución de un conjunto de derechos y deberes acordes con la situación de autonomía o dependencia en que puede encontrarse la persona», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, p. 297. Lo único común es lo de situaciones fundamentales o básicas, pero esto no es suficiente para aquilatar un concepto.

¹⁸⁶ «Ni la legislación, ni la doctrina, ni el Derecho histórico y comparado ofrece una base segura y de aplicación general para definir el estado civil, ni siquiera para señalar los hechos, cualidades o circunstancias que integran la plenitud de dicho estado. Solo hay una nota común característica del estado —de los estados—: la de que se trata de cualidades, atributos o situaciones de la persona, ya sean de tipo físico o jurídico, pero con relieve en el orden jurídico; al margen de dicha nota, todos los demás elementos definidores son, o pueden ser, objeto de crítica y de controversia», PERE RALUY, José, *Derecho del Registro civil*, p. 11.

«Su unidad [estado civil] se encuentra más bien en el lado de la ‘condición’ o supuesto de hecho, donde se manifiesta como expresión jurídica del carácter esencialmente social de la persona, al situar a ésta, necesariamente y *erga omnes*, en relación con determinados colectivos o comunidades básicas, por las que se estructura la llamada sociedad civil», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 135. Y más adelante lo expresa de este modo: «El significado de este principio de *status* viene a ser el de un inseparable complemento jurídico del principio de personalidad que preside todo el Derecho en su conjunto. La complementariedad consiste en que, mediante el estado, se introduce, en dicho núcleo valorativo esencial de la persona, su básica realidad societaria; y se pone de relieve que ésta tiene una virtualidad o eficacia jurídica propia, en cierto modo *a priori* respecto a las restantes relaciones de la persona-sujeto», *Ibidem*, p. 192.

consiste esa ‘condición jurídica’ que el Derecho denomina ‘estado civil’? Los autores que así lo entienden, no hacen sino juridificar esas situaciones personales, y en consecuencia esa ‘condición o cualidad jurídica’ es sencillamente el reconocimiento jurídico de dichas condiciones o cualidades personales¹⁸⁷. La definición que ofrece De Diego expresa un modo habitual de entender el estado civil en esta dirección: «la distinta consideración que la persona merece a la ley, según las circunstancias personales»¹⁸⁸. En mi opinión, se produce un

¹⁸⁷ Se funden por lo tanto lo natural y lo jurídico en el concepto de estado civil, como una especie de mediación jurídica. Así Pere Raluy: «El estado civil puede definirse como el conjunto de cualidades, atributos y circunstancias de la persona, que la identifican jurídicamente y que determinan su capacidad con cierto carácter de generalidad y permanencia», PERE RALUY, José, *Derecho del Registro civil*, p. 12. El mismo autor explica la intención de este concepto y sus limitaciones: «Reconozco que la definición, como todas las formuladas, ofrece cierta vaguedad e imprecisión, pero a mi juicio, tiene la ventaja de su amplitud, que permite incluir el nombre y a todas las circunstancias que con cierto carácter de permanencia repercuten en la capacidad de obrar», *Ibidem*, p. 12. Como se ve, no viene a solucionar un problema jurídico, sino únicamente doctrinal, intentando dar un concepto común a un sistema jurídico que funciona sin necesidad de un concepto preciso de estado.

«El estado civil es en principio la situación jurídica básica que ocupa una persona en el seno de la sociedad. Viene pues a reflejar el modelo social vigente en cada comunidad nacional. En nuestro ordenamiento el estado civil es actualmente la situación que ocupa la persona en relación con ciertas circunstancias que aquél valora como esenciales para determinar la sumisión de una persona al mismo, su capacidad y su adscripción a una familia», BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, *Manual de Derecho civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, p. 101

¹⁸⁸ DE DIEGO, Felipe Clemente, *Curso elemental de Derecho civil español común y foral*, p. 70. Prácticamente reproduce la que da Planiol: «On appelle état d’une personne certains qualités que la loi prend en considération pour y attacher des effets juridiques», PLANIOL, Marcel, *Traité Pratique de Droit Civil Français. Tome I. Les personnes*, p. 12. Más adelante lo expresa de otro modo: «L’état d’une personne est une situation juridique, établie sur des règles légales et qui peut d’ailleurs ne pas répondre à l’état naturel. (...). L’état légal en principe a seul une valeur juridique», *Ibidem*, p. 13.

«Ningún estado deriva directamente de la naturaleza y sí todos del Derecho positivo; pero el Derecho positivo atiende y acota las condiciones naturales y sociales que de suyo lo merecen, y así, el concepto de estado civil puede encontrar en la naturaleza, como en la sociedad a que aquélla impulsa a todo hombre, su género próximo», SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *El concepto de estado civil*, p. 88.

paso jurídico innecesario, ya que esas situaciones personales de las que parten (edad, sexo, enfermedad, posición en la familia, lugar, etc.) tienen un tratamiento legal específico para cada una de ellas, viniendo a ser el estado civil un rodeo jurídico o solapamiento innecesario que nada aporta. Y además, no queda solucionada la duda: ¿por qué situar bajo la misma noción jurídica de estado civil a situaciones personales tan diversas? La definición del estado civil no hemos de buscarla en las situaciones personales que son variadas¹⁸⁹, sino que hemos de hallarla estrictamente en el Derecho, pero diciendo algo más sobre aquello en lo que consiste esa ‘condición jurídica’, no bastando un simple traslado al ámbito legal de realidades ya reconocidas por otras categorías¹⁹⁰.

«No juzgamos exacta esta clasificación [estado natural y estado civil], porque la naturaleza no causa por sí sola los estados civiles, sino mediante la declaración de la ley, siquiera ésta se conforme con aquélla, que influye o da ocasión, con sus hechos, a los diversos estados. La ley es la que verdaderamente determina la distinta consideración que gozan ante la misma los miembros de una sociedad. Si la naturaleza, por sí, creara un estado, sobre menoscabarse la noción de Derecho positivo, como ella procede bajo reglas invariables, no tendrían racional explicación las diferencias ofrecidas por las distintas legislaciones, en cuanto a los derechos que aquéllas atribuyen a cada uno de esos estados naturales. Ante la ley positiva no hay más creaciones que las de la ley misma, por eso todos los estados son legales o civiles», SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, p. 111.

«Hoy los hombres no tiene diferente condición esencial ante la ley, aunque sí distinta *consideración*», ARAMBURO, Mariano, *La capacidad civil*, p. 21.

«Contra la distinción entre estados naturales y civiles se hizo corriente la argumentación de que todos son, a la vez las dos cosas, ya que la ley no hace sino conectar consecuencias a supuestos de hecho reales o naturales de la persona», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 20.

Con la codificación, «la parola *stato* fu usata ad indicare qualità personali, che la legge prende in considerazione per attribuir loro effetti giuridici, con una certa tendenza a considerar quelle che si sottraggono alla disponibilità individuale. Ma talvolta è considerato anche come *stato personale* tutto il complesso delle norme che regolano rapporti che non si possono qualificare come reali, obbligatorii o di successione», BESTA, Enrico, *Le persone nella storia del diritto italiano*, p. 12.

¹⁸⁹ Cfr. PARRA LUCÁN, María Ángeles, *El estado civil*, p. 378.

¹⁹⁰ Sancho Rebullida trata de solucionar la dualidad acudiendo al estado civil como mediador entre la realidad natural y la jurídica, pero en mi opinión es una propuesta insatisfactoria; si el estado civil es un término jurídico, no puede mediar porque es parte. Dirá que los estados aparecen como diafragma jurídico-conceptual entre las

Por explicarlo de un modo gráfico, el estado civil es un molde (jurídico) utilizado para diversos materiales (distintas situaciones o aspectos personales); la unidad no se encuentra en el heterogéneo material, sino en su caracterización externa (molde jurídico). Lo que es común no es lo personal sino lo jurídico. ¿En qué consiste ese molde jurídico o técnica?, ¿qué es eso ‘jurídico’ que tienen en común? Esto común que sería el estado civil es, en mi opinión, una protección jurídica especial¹⁹¹ que el Ordenamiento otorga a determinadas situaciones o aspectos de la persona por su relevancia en el tráfico jurídico (lugar, nacimiento, muerte, ausencia, capacidad, matrimonio, familia, nacionalidad, vecindad, etc.).

En este sentido, Parra Lucán, al observar las reglas jurídicas comunes a todo estado civil, las reconduce a dos conceptos, las acciones de estado y las peculiaridades de prueba¹⁹², lo cual denota el carácter

cualidades naturales (manera de ser) y sociales (manera de estar) de las personas y su capacidad de obrar; es decir, son la valoración jurídica, el acotado técnico, de una realidad metajurídica, que pasa a operar consecuencias jurídicas, cfr. SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *El concepto de estado civil*, p. 128; IDEM, *Estado civil*, pp. 863, 887.

¹⁹¹ Esa protección lo es de la persona, y es una protección del tráfico jurídico en las relaciones interpersonales.

El mismo Puig Brutau y Puig Ferriol, sólo estudian estrictamente en la sede del estado civil a las acciones de estado, y no el resto por ser radicalmente propio de cada situación: «Al estudiar cada uno de los estados civiles en particular se hará concreta referencia a los deberes, derechos y facultades que forman el contenido del respectivo estado, sobre todo en cuanto inciden en la capacidad de obrar de la persona, tema este de mayor transcendencia en la parte general del Derecho civil. Aquí será suficiente hacer algunas indicaciones con respecto al contenido general del estado civil, destacando las facultades que encierra y las acciones que concede el ordenamiento jurídico para proteger el estado civil», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, pp. 306-307.

¹⁹² «Las reglas específicas aplicables al estado civil pueden agruparse, fundamentalmente, en torno a dos conceptos: las llamadas ‘acciones de estado’ y las peculiaridades de prueba que, dadas sus especiales características, ofrece el estado civil», PARRA LUCÁN, María Ángeles, *El estado civil*, p. 380; cfr. IDEM, *Orientaciones actuales del estado civil*, pp. 49, 95 y ss.

Parra Lucán señala que el TS propone una definición de estado civil en la STS de 14 de noviembre de 1963: «[En el ámbito de la filiación] porque suponiendo una posición que la persona ostenta ante todos y de la que se derivan derechos y obligaciones, implica un estado cuya significación y valor jurídico radican en que la ley vincula a él una serie de derechos y deberes reclamables mediante las llamadas por la doctrina acciones de estado, tendentes a obtener la declaración de que a determinada persona le corresponde la cualidad de hijos», citada en *Ibidem*, p. 187. De la misma autora: «Acciones de estado serán aquéllas que buscan obtener un pronunciamiento concreto en relación a un estado civil», *Ibidem*, p. 50.

«El interés práctico del concepto de estado civil reside precisamente en esta posibilidad de aplicar un mismo régimen jurídico —por más que la ley nos lo proporcione sólo de forma fragmentaria y desordenada— a los diversos casos incluidos, en particular por lo que se refiere a la prueba y a las acciones de estado. Por ello, ha podido decirse que son en buena parte los aspectos judiciales los que han impuesto la noción de estado civil al legislador y a la doctrina, de modo que la teoría del estado civil ha comenzado por ser una teoría de las acciones de estado (Carbonnier)», LACRUZ BERDEJO, José Luis y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II*, p. 25.

«Facultades y acciones de estado: (...) para conseguir que sea respetada, para obtener su reonocimiento, para pedir el establecimiento de otro estado que corresponda, para pedir su constatación, para impugnarlo», ALBADALEJO, Manuel, *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, pp. 161-162.

En la clasificación que se ha hecho clásica desde Federico de Castro, entre títulos de adquisición (que hace referencia a la variada causa fáctica que lo provoca) y título de legitimación, respecto al cual dicen Puig Brutau y Puig Ferriol: «Que el Estado tenga especial interés en crear un título en virtud del cual el interesado pueda acreditar en cada momento, y de una forma fehaciente, el estado civil que le corresponde en vez de dejar este extremo a merced del juego de la libertad de pruebas. De lo cual resulta que el título de legitimación lleva en sí la idea de que se trata de una prueba preconstituida del estado civil de la persona, si bien la palabra prueba se emplea aquí en un sentido amplio, es decir, no limitada al ámbito de las controversias judiciales, sino como forma de acreditar que se tiene un determinado estado civil ya sea ante particulares o frente a cualquier organismo oficial (...). La inscripción registral opera como título de legitimación, en el sentido de que la persona puede ejercer las facultades y acciones propias del estado civil que proclama la inscripción», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, p. 302.

«El título de legitimación, representado por la inscripción en el Registro civil, es bastante más que una prueba del estado civil, por cuanto constituye la forma pública y solemne de manifestarse el estado civil con el fin de que la persona pueda actuar en consonancia con el mismo, sin tener que acudir a los medios normales de prueba», *Ibidem*, p. 305.

«La razón fundamental de ser de la institución [Registro civil] se halla en el papel que juega el estado civil en las complejas comunidades políticas de nuestro tiempo; el

protector del régimen jurídico del estado civil, que despliega sus efectos en el horizonte procesal en el caso de discutirse la situación o dimensión personal estable e importante, y por ello anticipadamente protegida por el Derecho. Toda la regulación legal del estado civil tiene delante la hipótesis de la controversia, y arbitra una protección anticipada para el caso de verificarse tal hipótesis.

Parte importante de la regulación del estado civil, y también de claro carácter procesal, es la excepción de la ‘cosa juzgada general’ en los procesos del estado civil¹⁹³. Después de la codificación, lo que hace que

intenso comercio jurídico entre personas (...) exige la preconstitución y fácil disponibilidad de instrumentos probatorios de los hechos de estado civil que, con mayor simplicidad y garantía que los medios de prueba ordinarios, puedan acreditar, en los frecuentes casos en que ello es necesario, el estado civil de una persona», PERE RALUY, José, *Derecho del Registro civil*, p. 41.

Cfr. MAYOR DEL HOYO, María Victoria, *Estado civil. Condiciones de la persona*, en *La persona física. La capacidad. Su localización*, Cuaderno I, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 85.

«In tutti gli esempi dati, ed in altri numerosissimi che si potrebbero offrire, la determinazione delle qualità della persona si presenta come una determinazione pregiudiziale, fatta la quale, la appartenenza o no del diritto su cui si discute è senz'altro decisa, è una conseguenza necessaria che deriva dall'qualità che ha la persona di cui si tratta (...). È evidente la convenienza che il legislatore provveda a chè, al momento in cui si verifica un fatto influente sullo stato della persona, sia costituita la prova del fatto stesso, prova che serva in qualunque emergenza nella quale dal fatto stesso dipenda la decisione sull'esistenza o non esistenza di un diritto. È evidente la convenienza che lo stato delle persone risulti da prove precostituite», PIOLA, Giuseppe, *Degli Atti dello Stato Civile*, 2ª ed., Ed. Torinese, Torino, 1925, pp. 5-6.

«E da tanto deriva la somma importanza di stabilire la qualità della persona, che a volte esige il risalire da una generazione ad altre immediatamente precedenti. E lungi dall'affidare la documentazione dello stato di una persona ai normali mezzi di prova con cui le parti mirano a conseguire un determinato intento, è di evidenza alla pari intuitiva la opportunità che dal legislatore si provveda a costituire la prova dei fatti influenti sullo stato della persona, e quindi la convenienza che quello stato risulti da prove precostituite, e cioè da atti scritti che possano costituire una prova», AZZARITI, Giuseppe, *Stato civile*, p. 293.

Cfr. SCARDULLA, Francesco, *Stato civile*, p. 939.

¹⁹³ «El Derecho español se aleja de la tendencia que en la época de la Codificación llevó al legislador francés a admitir sin excepciones la relatividad de la cosa juzgada.

el estado civil no sea una figura de arqueología jurídica como algunos sostienen, es precisamente el régimen jurídico de protección común de esas situaciones o aspectos. Ello se deriva de la exclusiva importancia legal concentrada en las peculiaridades de prueba derivadas de la inscripción del Registro civil, que consisten en «dotar de medios de prueba preconstituidos de fácil demostración»¹⁹⁴. Es lo que la doctrina ha llamado desde De Castro «títulos de legitimación»¹⁹⁵ que serían las inscripciones en el Registro civil y, de forma subsidiaria, la posesión de estado¹⁹⁶.

La aceptación entre nosotros sin reservas por parte de la doctrina y la jurisprudencia de la tesis contraria, formulada en el art. 1252 Cc (hoy en el 525 Lec), aparece siempre vinculada al propio concepto de estado civil. Y en efecto, suele ponerse de relieve que la estabilidad de los supuestos que integran el estado civil es de interés público; o que la indivisibilidad de las cuestiones de estado se opone a la existencia de fallos opuestos sobre ellas; o que la cuestión básica no es la de saber la situación que tienen entre sí los que litigaron —lo que, con carácter general explica el que la sentencia sólo produzca el efecto de cosa juzgada entre las partes que han litigado—, sino el estado que se ha de reconocer a una persona en la comunidad, por lo que no es admisible que el estado sea distinto frente a las personas según que se haya litigado o no con ellas», PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Orientaciones actuales del estado civil*, p. 101.

¹⁹⁴ Sigue añadiendo Parra Lucán: «Parece razonable que la prueba del estado civil no quede al arbitrio y a la libre apreciación de los particulares o, en su caso de los funcionarios, sino que, por el contrario, quede preparada por un medio de prueba preconstituida que elimine en cada caso la necesidad de investigar su existencia y validez», *Ibidem*, p. 112.

¹⁹⁵ «El por qué jurídico del estado civil (...). Puede ser un simple hecho (...); una combinación de circunstancias (...); una o más de una declaración de voluntad (...)), DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 78.

«La alegación de un estado civil resultaría, por consiguiente, difícil si hubiese que probar cada vez esa causa de su adquisición, o título constitutivo o de atribución. Lo que ha llevado a recurrir a la idea de un título de legitimación. Este no es sino la causa suficiente (de fácil prueba) para que una persona pueda disfrutar de un estado civil como si fuera titular del mismo. Se trata de preconstituir una prueba oficial y de fácil utilización para que las personas no tengan que recurrir a la prueba verdadera de la causa (constitutiva) que determinó la adquisición de su estado civil», BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, *Manual de Derecho civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, pp. 102-103; IDEM, *Derecho de la persona*, pp. 174-175.

¹⁹⁶ «Podemos asumir aquí la consideración de la posesión de estado como la apariencia del estado, creada por el ejercicio de sus facultades y la convicción de la

A partir de aquí, todas las características que tienen las normas sobre el estado civil no son sino la consecuencia de encomendar legalmente al estado civil la protección jurídica del sujeto de derecho y su capacidad en general. Esas características¹⁹⁷ no definen el estado civil, sino que manifiestan su referencia a la persona y su capacidad: publicidad, carácter de interés u orden público¹⁹⁸ (con intervención del Ministerio Fiscal)¹⁹⁹, eficacia *erga omnes*, excluidos del arbitraje, indisponibilidad²⁰⁰. Estas características se deben a las situaciones personales protegidas por el estado civil, no al estado civil en sí mismo considerado. En mi opinión, el estado civil es el nombre que el Derecho da a una protección específica del sujeto de derecho y su capacidad jurídica y de obrar.

generalidad. Se reúnen de esta forma los tres requisitos clásicos de la posesión de estado y que han venido manteniéndose por la doctrina y la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el tema: *nomen*, *tractatus* y *fama*, si bien destacando el valor prevalente de este último elemento (*opinio communis*, publicidad)», *Ibidem*, p. 121.

¹⁹⁷ Afecta al orden público, fuera del ámbito de autonomía de la voluntad, se rige por su ley nacional, cfr. PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, p. 261.

¹⁹⁸ Cfr. RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 23.

¹⁹⁹ «La intervención del Ministerio Fiscal constituye una excepción en la ley para casos concretos y justificada por el carácter indisponible de la materia que se debate en algunos procesos civiles. Se trata, por ejemplo, de cuestiones de Derecho necesario, en relación a las cuales los interesados carecen de poder dispositivo y respecto de las que la ley no abandona al libre juego de los particulares la investigación y fijación de los hechos, ni el ejercicio de los derechos procesales ni, en ocasiones, la misma proposición de la acción», PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Orientaciones actuales del estado civil*, p. 87.

²⁰⁰ Cfr. RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 148.

2. Concepto de capacidad de obrar

Siendo discutidas muchas cuestiones conexas con la capacidad de obrar como hemos visto, y más que veremos, respecto a su definición la doctrina es bastante coincidente y las diferencias son mínimas²⁰¹.

La definición no se refiere al funcionamiento interno de la capacidad de obrar, sino a lo que es. En la doctrina existe una expresión común a todas las definiciones y que en mi opinión resume su esencia: «por sí mismo»²⁰². Con esta expresión se completa la perspectiva del realismo

²⁰¹ «Al repasar y espigar la multitud de definiciones de la capacidad de obrar, prácticamente idénticas o muy similares, que nos ofrece la doctrina, acaban encontrándose algunas diferencias de matiz que tal vez permitan agrupar en dos tipos básicos de conceptualización de todos los intentos definitorios de la figura. Así, algunos autores acentúan más el ‘resultado’, es decir, la producción de eficacia jurídica del acto, mientras otros privilegian más la ‘causa’, esto es, la aptitud psíquica como presupuesto o requisito del acto. Aunque la ‘definición completa’ y más usual suele contener, eclécticamente, ambos elementos, todavía es perceptible en muchas formulaciones la preponderancia de una u otra conceptualización», IDEM, *La persona y su capacidad civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 299.

²⁰² «La aptitud natural para atender por sí mismo al cuidado de su persona y bienes», MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, *La persona y el derecho de la persona*, p. 326.

«La capacidad de obrar ya no se refiere a la titularidad de derechos y obligaciones sino a la idoneidad para ejercer *por sí mismo* los poderes y facultades que emanan de los derechos subjetivos de los que es titular, así como a la aptitud para adquirir *por sí mismo* esos derechos o para contraer obligaciones», SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho civil*, pp. 197-198.

«La capacidad de obrar es la aptitud para actuar con eficacia jurídica, para que los actos realizados por una persona puedan ser considerados, en su caso, como jurídicamente válidos», BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, *Manual de Derecho civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, p. 71.

Stanzione define la capacidad de obrar como «idoneità della persona a svolgere l'attività giuridica che riguarda la sfera dei suoi interessi oppure come attitudine a compiere manifestazioni di volontà che siano idonee a modificare la propria situazione giuridica, o ancora come idoneità ad acquistare ed esercitare da soli diritti e assumere con il proprio volere obblighi giuridici», STANZIONE, Pasquale, *Persona fisica. Diritto civile*, p. 23. También en cfr. MARRONE, Matteo, *Manuale di diritto privato romano*, p. 64.

«Per capacità di agire s'intende l'idoneità a svolgere l'attività giuridica che riguarda la sfera d'interessi propria della persona», RESCIGNO, Pietro, *Capacità di agire*, p. 861.

jurídico que domina la entera teoría general de la capacidad: el sujeto de derecho es el hombre real, que vive en familia y en sociedad, que es titular de unos derechos y obligaciones, cada uno los que tenga, y que podrá ejercer por sí mismo de acuerdo a su capacidad natural presumida en la norma que establece la edad o probada en sentencia. Sujeto de derecho, capacidad jurídica y capacidad de obrar son la persona humana, sus derechos y deberes, y su capacidad natural articulados jurídicamente por la edad en el Derecho.

La expresión ‘ejercer por sí mismo’ tiene otros sinónimos en la doctrina: sobre todo el de ‘capacidad natural’, pero también ‘capacidad de entender y querer’, ‘capacidad de discernimiento’, ‘madurez’, ‘discreción de juicio’, ‘poder gobernarse por sí mismo’, etc. En la legislación parece que entre todas las expresiones, la última es la preferida por nuestro Código civil²⁰³, aunque en otros textos legislativos extranjeros existen otras expresiones sinónimas como hace notar

«Questa è la attitudine ad acquistare e ad esercitare col proprio volere, ossia da sè solo, diritti soggettivi, o di assumere, col proprio volere, ossia da sè solo, obblighi giuridici, cioè di compiere gli atti di natura personale o patrimoniale della vita civile», MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, p. 227.

Cfr. COVIELLO, Nicolas, *Doctrina general del Derecho civil*, p. 159.

²⁰³ «Con esta categoría técnica se traduce jurídicamente un aspecto dinámico y un valor de la persona como sujeto de los actos jurídicos, que pretende tener en cuenta precisamente su misma realidad psicológica, la existencia y el funcionamiento de las facultades propiamente humanas, lo que se llama, algo crípticamente, desde la redacción originaria del Código civil la capacidad de gobernarse a sí mismo (antiguo art. 199 y actual 200). Esta noción demuestra plenamente la inexistencia de una teoría exclusivamente jurídica de la persona. Siendo, como es, un concepto valorativo dentro de los elementos descriptivos de la norma, su aplicación necesita del auxilio de otras ciencias mixtas, principalmente de la Medicina Legal y la Psiquiatría forense, y es inteligible sólo desde una óptica filosófico-antropológica en la que tengan sentido los valores de la libertad, la igualdad y la dignidad de las personas y su conexión práctica con las facultades naturales, inteligencia y voluntad, por las que el hombre dirige su actividad jurídica», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, p. 121.

Gordillo²⁰⁴: el Código civil italiano habla de «cuidar por sí mismo sus propios intereses»²⁰⁵ y el Código civil portugués de «gobernar su persona y bienes»²⁰⁶. El Código civil español en el art. 200 (sobre la redacción originaria del art. 199) habla de «gobernarse por sí misma», explicado por la jurisprudencia en los siguientes términos: «hallarse en las condiciones físicas y de inteligencia indispensables para expresar su voluntad de un modo deliberado y consciente», que no es otra cosa, que la ‘capacidad natural’ que ha utilizado la doctrina mayoritaria²⁰⁷.

Ahora bien, nos podemos hacer la siguiente pregunta: capacidad natural, ¿para el ejercicio de qué derechos y obligaciones? Si bien existe una determinación general de la capacidad de obrar, la doctrina advierte que la capacidad natural ha de ser la adecuada al concreto acto o negocio jurídico de que se trate, tal y como lo explica Ferrer Ortiz: «En primer lugar, como la capacidad de obrar está naturalmente vinculada a la

²⁰⁴ Cfr. GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 38.

«Los Derechos contemporáneos codificados han recogido en fórmulas más o menos sintéticas y estereotipadas (autogobierno, libre determinación de la voluntad, cabal juicio) este dato del funcionamiento psíquico adecuado del sujeto en toda actuación jurídica en que estén implicados sus intereses», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, p. 282.

²⁰⁵ Artículo 414: «Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, devono essere interditti».

²⁰⁶ Artículo 138: «Podem ser interditos do exercicio dos seus direitos todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostem incapazes de governar suas pessoas e bens».

²⁰⁷ «El autogobierno personal, que puede llamarse también en Derecho ‘capacidad natural’, es, de suyo, un concepto psicológico que ha dado de sí una noción o categoría jurídica, al erigirse en requisito de los actos y negocios», *Ibidem*, p. 282.

«La existencia de autogobierno se da cuando el grado de desarrollo intelectual y emocional del individuo permiten decidir libre, consciente y racionalmente sobre aquellos ámbitos relativos a la dignidad y a la personalidad a través de la figura del derecho subjetivo de la personalidad sin necesidad de acudir a otros mecanismos de tutela» [si es o no un derecho subjetivo la personalidad no entrará, pero es una cuestión debatida], DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, p. 103.

capacidad de conocer y querer, depende del grado de libertad y responsabilidad de la persona; y en segundo lugar, como se refiere a la aptitud para realizar actos jurídicos de diversa índole, la capacidad de obrar admite distintas modalidades, según la naturaleza de los actos que se realicen»²⁰⁸. Este es otro avance del realismo jurídico en la capacidad

²⁰⁸ FERRER ORTIZ, Javier, *Los sujetos del Ordenamiento canónico*, en *Manual de Derecho canónico*, Euns, Pamplona, 1988, p. 153.

«L'infermità mentale dirimente va giudicata e valutata in relazione alla natura dell'atto compiuto, sia che si tratti di atto delittuoso, sia che si tratti di atto legittimo», ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, pp. 96-97.

«Sicchè anch'esso fece omaggio ai principi che le norme legislative devono rispondere per quanto è possibile alle necessità della vita e conformarsi ad esse e che al graduale sviluppo fisico e intellettuale delle persone deve adattarsi la molteplicità dei rapporti regolati dalla legge», TRIFONE, Romualdo, *Le persone e le classi sociali nella storia del diritto italiano*, p. 62.

Cfr. STANZIONE, Pasquale, *Persona fisica. Diritto civile*, p. 23.

Del mismo modo Gordillo Cañas: «La capacidad de obrar resulta fundamentalmente proyectada sobre el campo del acto y del negocio jurídico; esto es, sobre aquél ámbito en que la voluntad humana, consciente y responsable, es determinante del nacimiento (siempre) e incluso, a veces, de la conformación o configuración de los efectos jurídicos producidos. La capacidad de obrar va ligada principalmente al interés del sujeto que actúa; justamente por ello la doctrina ha puesto en relación la capacidad de obrar con el comportamiento del sujeto en su propio interés y, por tanto, con el fenómeno de la autonomía privada», GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, p. 36.

En el mismo sentido Ramos Chaparro: «Así como la capacidad jurídica dice relación a la existencia humana, la capacidad de obrar se refiere a la conducta. Allí donde hay acto humano puede exigirse la capacidad de obrar como presupuesto de validez o eficacia jurídica, y por ello es por lo que en la categoría abstracta y general de *acto jurídico* ha encontrado su mejor encaje y casi su misma denominación, la figura esquemática llamada *capacidad de obrar* (general), como designación sintética del cumplimiento de todos los requisitos subjetivos de la declaración de voluntad (o de la voluntad misma), relativos a la madurez y normalidad psíquica del sujeto agente», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, p. 276.

«Estos datos (formales y objetivos que presupongan la capacidad natural de cada persona) que delimitan la capacidad de obrar de las personas son la edad (a tenor de la cual se evalúa la madurez de las personas) y la naturaleza y/o transcendencia de los actos (lo que permite la modulación del concreto actuar con eficacia jurídica a las condiciones de madurez, valoradas abstractamente por el criterio de la edad)», HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *La personalidad*, p. 112.

de obrar que justifica la existencia de capacidades concretas en los Ordenamientos, y que permite la valoración de las circunstancias que influyen en la voluntad que tiene que llevar a cabo un negocio jurídico determinado (por ejemplo, el matrimonio)²⁰⁹. Considero un gran acierto estudiar la capacidad de obrar, sea la general que la específica, de forma

«La ley aprecia el discernimiento y la libertad teniendo en cuenta la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial del acto jurídico, así como su carácter personalísimo», SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho civil*, p. 218.

²⁰⁹ «Con todo, y pese a la gran variedad de especies formales, no debemos dejar de reconocer, una vez más, que el negocio jurídico, en cuanto construcción teórica y doctrinal (lo mismo que la relación en el ámbito pasivo), constituye el cauce especialísimo y más cualificado de la subjetividad activa, y que por ello, la capacidad de obrar tiene también su sede propia entre los presupuestos del negocio, aunque, en general, suele resolverse con una remisión al Derecho de la persona. Sin embargo, sólo desde dentro del negocio (es decir, teniendo en cuenta su estructura y su dinámica) puede explicarse completamente la naturaleza y funcionalidad de la capacidad y distinguirlas de otros límites o presupuestos de la subjetividad activa, como la legitimación, el poder de disposición o las prohibiciones legales. Además, es en el marco del negocio bilateral (y especialmente del contrato) donde la capacidad de obrar entra en relación con otros límites jurídicos del ejercicio de los derechos y con otros valores objetivos del tráfico, como la buena fe o la estabilidad de los contratos, que despliegan su eficacia matizando e incluso eliminando, en algún caso, las consecuencias de la incapacidad», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, p. 279.

Un paso más da Spota al concretar circunstancias a tener en cuenta en la capacidad de obrar: «Dice el art. 1040 del Cc argentino: “El acto jurídico, para ser válido, deber ser otorgado por persona capaz de producir ese efecto de su derecho”. Y el elemento capaz de producir ese efecto es la voluntad acogida y amparada pro el derecho objetivo cuando se desenvuelve dentro de los límites externos y de consuno con el fin social y económico del precepto jurídico. Conjunción de la ley y de la voluntad que se exterioriza por medio de una declaración y que tiene esa resonancia en el mundo de lo jurídico y que se traduce en la creación, modificación, transferencia, conservación o extinción de derechos. Esa voluntad sólo existe cuando se dan sus factores integrantes: discernimiento, intención y libertad. La ley aprecia el discernimiento y la libertad teniendo en cuenta la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial del acto jurídico, así como su carácter personalísimo. Esto explica que el estado de menor bajo patria potestad o tutela no siempre importa incapacidad de obrar y que el discernimiento requerido para contraer matrimonio o reconocer la filiación natural no es el mismo que para los actos de disposición o administración. Grados y matices de la capacidad de obrar que la ley ha sabido distinguir también de modo general con la clasificación de los incapaces en absolutos y relativos», SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho civil*, pp. 217-218.

conjunta en cuanto a sus principios fundamentales, situadas ambas en el Derecho de la persona y su capacidad y no en la Teoría del negocio jurídico; esto viene justificado porque toda capacidad de obrar, también la específica de algunos negocios jurídicos, tiene la misma conexión con la capacidad natural. Pero una cosa es que cada negocio pueda señalar la capacidad adecuada, y otra que siga un sistema de capacidad de obrar distinto del establecido en la Parte general en cuanto a sus principios y funcionamiento.

Del mismo modo que el legislador reconocía el sujeto de derecho y la capacidad jurídica como principios inspiradores presentes en todas las normas, lo mismo ocurre con la capacidad natural²¹⁰. Otra cuestión será la técnica que el legislador siga para articular los elementos que confluyen en ella, y que veremos en el apartado siguiente.

Por lo tanto, la definición clara y sencilla de la capacidad de obrar, llena de realismo jurídico, que en este caso es más fácil que emerja por su carácter práctico, contrasta con la complicación doctrinal a la hora de definir el estado civil. Nos situamos por lo tanto como punto de partida en el concepto de capacidad de obrar, señalado de forma unánime por los autores –tanto por aquellos que la hacen depender del estado civil como por aquellos que la estudian de forma autónoma–, y proseguimos ahora centrados exclusivamente en la capacidad de obrar y en los elementos que se derivan de la definición aceptada.

Aquí defenderé el estudio de la edad bajo el prisma de la capacidad de obrar, y no bajo el del estado civil, marginado a englobar bajo un

²¹⁰ «Allí donde tal capacidad de autogobierno se verifica, allí mismo debe reconocerse, y en esa medida, la capacidad de obrar. Evidentemente es ésta el cauce ordinario del desarrollo de la personalidad. Tan sólo dependiente de la posibilidad de actuación libre y responsable conecta con la expresión dinámica u operativa de la misma personalidad, y en tal sentido debe entenderse como atributo básico y esencial de la persona, tanto que, en una adecuada concepción personalista, también en este punto el legislador actuaría vinculado», GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, p. 42.

mismo nombre a situaciones que tienen un mismo régimen jurídico de protección. Antigua y recientemente, esta vía de la capacidad de obrar existe en la doctrina española: la cuestión será planteada por Sánchez Román, y continuada por Castán. Pero más importante aún, es la unanimidad de la doctrina en el estudio de la edad desde la teoría general de la capacidad, desechando, aunque lo acepten, el estudio de la edad desde el prisma jurídico del estado civil, cuya teoría es inservible para estructurar e hilvanar todo lo que sobre la misma apuntan los autores. Más allá de decir que existe un estado civil del mayor de edad, otro del menor de edad, y otro del menor emancipado, la fecundidad doctrinal del estado civil queda agotada y, en mi opinión, relegada al ámbito del régimen jurídico de protección registral (protección en las pruebas y acciones de estado).

3. Edad legal, estado civil y capacidad de obrar

¿Qué relación existe entre el estado civil y la capacidad de obrar?, ¿cuál es el criterio último sobre el que se estructura el régimen jurídico de capacidad: sobre los estados civiles o sobre la capacidad de obrar?, ¿son los estados civiles la causa o la consecuencia de la capacidad de obrar?; dicho de otro modo, ¿qué es antes: la voluntad y la capacidad natural, o los estados civiles? Aquí es donde, en mi opinión, muchos autores adolecen de falta de realismo. Creo que es preciso acoger con todo rigor la teoría sobre la capacidad de obrar en el régimen jurídico del Código civil español, y atribuir por lo tanto a la capacidad natural el protagonismo a la hora de fundamentar la capacidad de obrar legal: es una consecuencia necesaria de la centralidad del sujeto de derecho en el Ordenamiento con su tenencia efectiva y con su capacidad natural.

Si bien el Libro I del Código civil parece un catálogo de estados civiles, aquí debemos hacernos la siguiente pregunta: ¿ha asumido el Código la teoría de la capacidad de obrar? En mi opinión la respuesta ha de ser afirmativa, y además es un punto de partida hermeneútico como

lo es el sujeto de derecho y la capacidad jurídica²¹¹, con el que tanto el legislador como la doctrina cuentan de inicio, y cuya teoría está siempre presente a la hora de interpretar el régimen jurídico del Libro I del Código civil.

Centrándonos en la edad, ¿qué es en último término: un estado civil o la determinación de la capacidad de obrar? En mi opinión, la edad legal determina la capacidad de las personas comprendida exclusivamente desde la teoría de la capacidad de obrar. La estabilidad que da el ser mayor de edad, o emancipado, o menor de edad, no es por ser un estado civil, sino que el estado civil existiría en este caso por la común capacidad natural de los que se encuentran en parecida situación (mayor de edad, emancipado y menor de edad). La prueba fundamental de ello es el mantenimiento de la eficacia jurídica de un acto concreto que el menor ha realizado con capacidad natural, sin que por ello exista un cambio de estado civil. Esto puede tener dos explicaciones: o como excepción al estado civil, o dejar de considerar la capacidad de obrar como dependiente del estado civil y considerarla únicamente referida a la edad como presunción legal. A partir de aquí, el estado civil es aquél concepto que engloba una protección jurídica especial de situaciones

²¹¹ STS 646 de 30 junio de 2004: «El derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad».

STS 104 de 19 de febrero de 1996: «La capacidad de las personas físicas, es atributo de la personalidad, no obstante cabe su restricción y control, por disposición expresa de la ley, en supuestos como el que se estudia, mediante las que han sido llamadas circunstancias modificativas de la capacidad, al presumirse siempre la capacidad mental, mientras no quede demostrado lo contrario, pues los medios procesales legales arbitrados, observancia de las garantías constitucionales, y con base a pruebas concluyentes y rotundas en contrario, que conforman probanzas directas, dada la trascendencia de la resolución en cuanto priva a una persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial».

importantes del sujeto de derecho para cuando se pongan en duda en un proceso, entre ellas las relativas a la capacidad de obrar.

La jurisprudencia considera la edad bajo la teoría de la capacidad de obrar, no como un estado civil, como mostraré en el capítulo siguiente. Antes podía tener justificación por la división drástica en mayores y menores de edad, que parecían formar dos grupos rígidos más que estables, que constituirían sendos estados civiles. Pero hoy, con el reconocimiento doctrinal de capacidad (limitada) a los menores como regla general, con la tendencia manifestada en varias leyes, con la referencia de la emancipación a la capacidad de obrar y no a la dependencia de otra potestad humana, hoy, la edad no es considerada bajo la categoría de estado civil, sino bajo la teoría de la capacidad de obrar, porque la edad es la misma capacidad natural legalizada conforme a una técnica peculiar descubierta en el Derecho romano²¹². La edad es el núcleo de la capacidad de obrar; y el estado civil, de mantenerse, estaría con respecto a la edad en una función instrumental para proteger diversos aspectos de la persona: sus derechos, sus relaciones y su capacidad natural en un contexto jurídico preciso. Eso creo que es el estado civil.

Respondiendo por lo tanto a la pregunta anterior: el criterio del régimen jurídico de capacidad del Libro I del Código civil no es el estado civil sino la capacidad de obrar, que establece el ejercicio de unos derechos y deberes de los que alguien es titular (capacidad jurídica) por ser un sujeto de derecho que vive en sociedad y en familia. Después de lo dicho en la teoría general en el apartado anterior, entenderemos aquí por estado civil “la protección jurídica de aspectos o situaciones

²¹² No es ahora el momento de tratar esta cuestión. La edad no es un estado civil, sino una presunción jurídica. Esta es la disyuntiva de la naturaleza jurídica de la edad en el régimen jurídico general. En el matrimonio, la disyuntiva estará en considerar la edad como impedimento o como presunción jurídica. Pero en ambos casos, en la edad del régimen general y en la edad matrimonial, la opción es entre una opción positivista, o una opción técnico-jurídica.

pertenecientes a la capacidad jurídica y a la capacidad de obrar de un sujeto de derecho ante una hipotética controversia²¹³, pero remarcando lo ya dicho, que es una función meramente instrumental de los conceptos fundamentales que conforman el régimen jurídico del sujeto de derecho y su capacidad²¹⁴.

Muchas veces se ha hecho referencia a la estabilidad o relevancia de las circunstancias consideradas como estados civiles. Pero esas características lo son de los aspectos humanos, de la conexión con la misma persona, del sujeto de derecho, no de los estados civiles. Lo que aportan los estados civiles no es estabilidad o relevancia, sino protección a esos aspectos que ya eran relevantes y estables por estar insertos en la persona que vive en sociedad. Muchas veces se mezclan los campos, y no hay un tratamiento definido de a qué ámbito se refiere. Ya dije anteriormente, que el estado civil ha de ser enfocado como mera técnica jurídica, no como situación o aspecto personal, y ni siquiera como categoría jurídica que haga referencia a una realidad personal (sea individual o social).

Algunos autores españoles que desligan el estado civil y la capacidad de obrar, también quieren quitar la protección jurídica que el Registro civil dispensa a las situaciones referidas a la capacidad de obrar. En mi opinión no es necesario si se ve el estado civil como una protección jurídica de situaciones relevantes de la persona, entre las que

²¹³ Es la definición que considero más adecuada.

²¹⁴ «El Derecho de la persona, explicado tradicionalmente a través de la teoría de los *status*, experimenta en sus instituciones actuales la íntima conexión de lo privado y de lo público, necesaria, siquiera sea de forma instrumental, para determinar los presupuestos subjetivos de la eficacia legal en algunos sectores normativos», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 19.

Puig Brutau y Puig Ferriol estudian parte de los estados civiles como limitaciones de la capacidad jurídica, para explicar así la diversidad en la titularidad, cfr. PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, p. 265.

está la capacidad de obrar²¹⁵, capacidad que reside en el sujeto de derecho. Esos autores aciertan al proponer soluciones jurídicas a la capacidad natural como fundamento de la capacidad de obrar al margen del estado civil, pero como entienden el estado civil según el modelo francés e italiano —es decir, adyacente al sujeto de derecho y a la capacidad jurídica—, no quieren que dicha relación se perpetúe con la capacidad de obrar, y por ello defienden sacar incluso del Registro civil esas circunstancias, algo que no sería necesario si se ahondara en el concepto de estado civil como mera protección jurídica especial de aspectos personales (tanto de la capacidad jurídica como de la capacidad de obrar).

* * *

En conclusión, el Ordenamiento jurídico español hace un reconocimiento del sujeto de derecho, incluida su dimensión social, su capacidad jurídica y su capacidad de obrar. Luego, el Derecho otorga una protección jurídica a esas situaciones o aspectos humanos más importantes para el tráfico jurídico. Pero en el caso de la capacidad de obrar no basta con lo anterior: se precisa de una técnica elaborada que articule el ejercicio de los derechos y deberes de un modo viable desde el punto de vista jurídico —esta es la preocupación del Código—. Esa técnica no es el estado civil, pues en la práctica no resuelve nada, sino que es, en mi opinión, un complejo sistema cuyas normas no hacen sino facilitar el juego de la presunción *iuris tantum*, auténtica naturaleza jurídica de la edad legal.

²¹⁵ Coviello, aunque no califica de estados civiles los referentes a la capacidad de obrar, no ve inconveniente en que sean parte de las actas del registro civil también estos últimos: «Los principales hechos que atañen a la existencia de las personas, a su estado, o que influyen en la capacidad, resultan de documentos especiales que se llaman certificados del estado civil y los cuales se reúnen en registros particulares», COVIELLO, Nicolas, *Doctrina general del Derecho civil*, p. 214.

III. LA CAPACIDAD DE OBRAR

A. ELEMENTOS DE LA CAPACIDAD DE OBRAR

Una vez que hemos identificado la esencia de la capacidad de obrar, que es ‘ejercer por sí mismo’, ‘autogobierno’, ‘capacidad natural’, etc., la pregunta que nos hacemos a continuación es la siguiente: ¿cómo se individualiza la capacidad natural? La doctrina describe dos vías de concreción: 1) Generalmente y como punto de partida por medio de la edad natural a la que está conectado el desarrollo de las capacidades cognitivas y volitivas. 2) Excepcionalmente por medio de un previo examen de la enfermedad en tanto que afecte al estado normal de esas capacidades.

Todavía no hemos entrado dentro de la técnica jurídica. Hasta el momento hemos visto la definición, y ahora la doctrina continúa identificando los elementos con los que se concreta la capacidad natural, preparando el terreno para la articulación jurídica que veremos en el siguiente subapartado.

Los elementos que se distinguen en la capacidad natural son los ya citados edad y enfermedad²¹⁶, que son la base para determinar la

²¹⁶ «El Derecho podría optar por atender a las circunstancias personales de cada individuo, para determinar cuándo ha llegado a la madurez, o cuál es el grado de madurez al que ha llegado. Pero esta es una solución impracticable por las dificultades de comprobación que plantea, más en un modelo de sociedad cuyo entramado de relaciones económicas, políticas, sociales, etc. es tan complejo como el actual. De ahí que el Derecho –al menos en nuestro ámbito cultural y jurídico– tienda a adoptar un criterio externo fácilmente comprobable, que permite una considerable simplificación del funcionamiento de la vida jurídica, como es el de ligar a la edad del sujeto tanto la capacidad de obrar como, en general, el sometimiento a un régimen especial de protección», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 1415.

capacidad de obrar desde el Derecho romano²¹⁷ hasta la actualidad²¹⁸. La edad de modo positivo y general, y la enfermedad de modo negativo y

«En tanto en cuanto condicionante de las capacidades físicas, intelectuales y emocionales de las personas, la edad constituye un dato que el ordenamiento jurídico ha de tener en cuenta en diversos supuestos de hecho en los que esas capacidades adquieren relevancia directa o indirecta», BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, *Derecho de la persona*, p. 11.

La edad y la enfermedad como circunstancias que configuran la capacidad de obrar, cfr. WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle pandette*, p. 219.

«È per ciò che il primo e fondamentale fatto costitutivo della capacità di agire è rappresentato dall'età. Solo con l'età si acquista maturità e perciò consapevolezza delle proprie azioni e delle loro conseguenze. La opportunità di un criterio uniforme, che valga per la generalità dei soggetti, ha determinato l'introduzione di norme che fissano in forma costante l'epoca in cui si reputa raggiunta la pienezza delle facoltà mentali ed in cui quindi è riconosciuta al soggetto la capacità di agire», FALZEA, Angelo, *Capacità. Teoria generale*, p. 38.

«El ejercicio de un derecho y el cumplimiento de una obligación exigen una aptitud especial que hemos llamado capacidad de obrar. Ésta requiere, como ya sabemos, conciencia y libertad, y como estas condiciones se desenvuelven en el hombre a tenor de la edad que alcanza, de aquí la transcendencia que ésta tiene para la capacidad», DE DIEGO, Felipe Clemente, *Curso elemental de Derecho civil español común y foral*, p. 76.

«La menor edad, en cuanto expresiva del *iter* hacia una madurez aún no lograda, y las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter psíquico o físico que impidan a la persona gobernarse por sí misma sean circunstancias impeditivas de la normal capacidad de obrar», GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, p. 39.

«El ejercicio de un derecho y el cumplimiento de una obligación exigen una aptitud especial que requiere conciencia y libertad, ciertas cualidades físicas e intelectuales, discernimiento completo, madurez de juicio y poder medir el alcance de sus acciones y las consecuencias de sus actos; y como estas cualidades y condiciones se adquieren y desenvuelven gradualmente y en relación a la edad de las personas, de aquí la transcendencia que esta última tiene para la capacidad», PALOMAR RARÓ, Alberto, *Edad*, p. 5.

²¹⁷ «Il diritto romano antico distingue recisamente tra *furiosi*, caduti in preda a manifesta mania, e *dementes*, infermi di mente di altra specie. Ciò è al diritto giustiniano: per esso viene in considerazione soltanto il momento negativo della mancanza della normale sanità di mente, non la forma della malattia mentale. (...). Gli infermi di mente sono incapaci di agire», DERNBURG, Arrigo, *Pandette*, p. 155.

«Independientemente dall'età, la capacità intellettuale, richiesta nel soggetto al fine di riconoscerlo capace di agire, può poi mancare in tutto o in parte a causa di difetti psichici. (...). In diritto giustiniano, in base a precedenti fors'anche classici, si perviene a distinguere tra due forme di pazzia, quella del *furiosus*, pazzo agitato ma

suscetibile di lucidi intervalli durante i quali gli si riconosce capacità di agire, e quella del *demens* o *mentecaptus*, infermo di mente senza possibilità di lucidi intervalli», BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, pp. 142-143.

«Le infermità fisiche e psichiche hanno sempre portato con sé una incapacità assoluta o relativa di compiere atti giuridici. Lo stesso diritto romano dovette tener conto così della mancanza di *iudicium* come della *corporis imbecillitas*», BESTA, Enrico, *Le persone nella storia del diritto italiano*, p. 124.

También en el Derecho germánico: «I barbari sembrano applicare la norma, che domina in tutto il loro ordinamento giuridico, per la quale non può vantare diritti chi non è capace de portare le armi e difendere sé stesso o gli altri. (...). Venne tolta la capacità di agire a coloro che per malattia o per difetto del corpo e della mente non potevano appartenere all'esercito», ROBERTI, Melchiorre, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, p. 145.

²¹⁸ «Ma poichè non si è voluto lasciare all'incertezza e varietà soggettiva dei singoli casi determinare quando il soggetto abbia potenza di volere e coscienza dei propri atti, così nell'interesse della sicurezza del commercio, la capacità d'agire è stata connessa a fatti obbiettivi esternamente riconoscibili (es. raggiungimento della maggior età)», FERRARA, Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, pp. 459-460.

«Las condiciones por las cuales se deduce la ineptitud de la voluntad se refieren generalmente a la edad y a la salud mental. Entre estos dos órdenes de condiciones existe una diferencia en cuanto a la facilidad de su comprobación, que es mayor sin comparación para la primera que para la segunda. Así se explica la notable diferencia en cuanto al tratamiento de la incapacidad en ambos casos. La minoridad determina, sin más, la incapacidad, es decir, no necesita comprobación previa. (...). Tratándose de la salud mental, el problema técnico es más grave. *Quoad iustitiam* la solución mejor es que se compruebe en cada caso», CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del Derecho*, p. 250.

«No basta la existencia y el nacimiento para el ejercicio de los derechos, se requieren cualidades físicas e intelectuales, discernimiento completo, madurez de juicio para entrar por sí solo en la vida de relación y poder medir el alcance de sus acciones o las consecuencias de sus actos, y como estas cualidades y condiciones se adquieren gradualmente y en relación con la edad de las personas, al derecho interesa muy especialmente, fijar los diferentes derechos que pueden ser ejercitados en relación con la edad de las personas y con la naturaleza de los actos. (...). La determinación de las edades debe ser no una cosa arbitraria y caprichosa, sino consecuencia y deducción precisa de una ley biológica, en virtud de la cual, los organismos con el tiempo van desarrollándose y desenvolviéndose sus facultades hasta llegar a su plenitud», VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de derecho español*, pp. 258-260.

«Lo stato di salute, ossia, più precisamente, alcune imperfezioni fisiche e alcune infermità mentali, sono, in generale, cause limitatrici soltanto della capacità di agire, non anche della capacità giuridica», GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, pp. 24-25.

Cfr. RUGGIERO, Roberto de, *Istitutioni di diritto civile*, p. 174.

excepcional. Puede ser evidente lo dicho, pero interesa mantener el razonamiento para más adelante.

Ahora nos centraremos en la edad por ser la regla general y un hito doctrinal en la historia. Quizá nos parezca imprescindible la edad como elemento jurídico en la doctrina y en el Ordenamiento, pero lo cierto es que era desconocida en un principio en la determinación de la capacidad²¹⁹. La capacidad natural siempre ha sido lo que es hoy, es decir, una capacidad psicológica y corporal, una aptitud humana para llevar a cabo actos por sí mismo²²⁰. Pero la forma de determinar la capacidad natural no ha sido siempre la misma, ni la edad fue el primer modo²²¹. La cuestión era determinar quién podía actuar con relevancia

«La enfermedad, en cuanto viene a producir su limitación en las facultades físicas o intelectuales de las personas, es una causa que altera y modifica la capacidad civil de las personas», VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de derecho español*, p. 273

²¹⁹ «Tengamos en cuenta, que la anteposición de la categoría edad a la categoría capacidad implica, como toda ficción, un notable desarrollo de la técnica jurídica; carece de espontaneidad y, por ello, difícilmente podemos hallarla en las primeras fases, dominantemente consuetudinarias, de un Derecho. En ellas, se antepone la categoría capacidad, y se individualiza en cada persona sin referencia directa a la edad y, sobre todo, sin que una prefijada edad determine capacidad de obrar en todas las personas. Se tiene capacidad cuando ya no se es niño; pero cuando ya no es niño el sujeto jurídico en cuestión; no se impone la presunción de que todos, al cumplir una determinada edad, dejan de serlo y de que nadie deja de serlo hasta que la cumpla. Por ello, se atiende a circunstancias individualizadas e indiciarias de esta singladura de la vida: el aspecto, la madurez física o —como en los Derechos germánicos anteriores a la época de los francos— la aptitud para guerrear o para llevar las armas», SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *La edad en Derecho aragonés*, p. 47.

²²⁰ En el Derecho Romano: «Circa la capacità di agire, essa è riconosciuta ai soggetti, di regola, sulla base di un substrato naturale, costituito dalla capacità fisio-psichica dei medesimi di intendere e volere in relazione a determinati atti. Può pertanto darsi il caso di un soggetto che abbia capacità giuridica, essendo libero, cittadino e *sui iuris*, ma non abbia capacità di agire, essendo infante o pazzo; o viceversa di un soggetto che abbia capacità di agire, essendo dotato di capacità d'intendere e volere, ma non abbia capacità giuridica, essendo schiavo», BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, p. 137.

²²¹ «Sea por influencias externas o por un autónomo afinamiento de la técnica jurídica, aquel presunto sistema de adaptación a la realidad vital de cada sujeto dio paso a la fijación de una edad predeterminada y uniforme que, sin embargo, no significa cambio brusco de la incapacidad total a la capacidad plena, sino el simple

jurídica –quién tenía capacidad de obrar–; y, dejando al margen otras limitaciones –*alieni iuris*–, ostentaba capacidad de obrar quien tenía la capacidad natural que venía probada por criterios diversos según el genio jurídico del pueblo en cuestión: para los romanos fue la capacidad de la pubertad²²², para los germánicos la capacidad de portar armas²²³. ¿Cuál era el mayor inconveniente de estos criterios? Que exigía la comprobación caso por caso.

Comprobar en cada persona la pubertad era un sistema insostenible en un Imperio con una creciente presencia del Derecho. Fue entonces, cuando los jurisconsultos romanos, por primera vez en la historia del Derecho y después de un largo proceso, optaron por apartarse de dicha comprobación de la pubertad caso por caso²²⁴, y sustituirla por la edad²²⁵

acceso a una etapa o situación en que la capacidad es regla general, limitada por más o menos importantes excepciones; es decir, el acceso a la mayoría de edad, aunque no concebida al estilo romano, sino mucho más diluida; más cercana a la mayoría germánica. Decimos esto por el carácter popular y consuetudinario del primitivo Derecho aragonés, y como explicación de que, cuando una ley creó oportuno fijar una edad de mayoría, lo hiciera, no en sentido preceptivo y de instauración, sino meramente explicativo, sin darle mayor importancia, y como referido a un uso de imprecisión genérica, de variabilidad subjetiva», SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *La edad en Derecho aragonés*, pp. 47-48.

²²² «Può dirsi che nel corso del Principato si arrivò a delineare una nozione confrontabile con il nostro concetto di capacità di agire: la quale era espressa dicendo che il ragazzo diveniva *pubes* o che la ragazza diventava *viripotens*», TAFARO, Sebastiano, *Pubes et viripotens nella esperienza giuridica romana*, p. 22.

²²³ Cfr. BESTA, Enrico, *Le persone nella storia del diritto italiano*, p. 119. En el Derecho germánico la capacidad natural era la aptitud para llevar armas. Los pueblos germánicos fijaron la capacidad también en primer lugar por aspectos externos, aunque más adelante adoptaron el criterio de la pubertad de los romanos, cfr. TRIFONE, Romualdo, *Le persone e le classi sociali nella storia del diritto italiano*, pp. 53, 54, 57.

²²⁴ «Originariamente la *pubertas* era accertata con criterii così materialistici che, dove non la indicava la lanugine del volto, si ricorreva ad una *inspectio corporis*», BESTA, Enrico, *Le persone nella storia del diritto italiano*, p. 116.

²²⁵ «Infatti di *viripotens* parlavano Scevola, Papiniano, Paolo e Ulpiano. Poichè sia di Papiniano, che di Ulpiano ci sono pervenuti frammenti che, per la maturità della donna, facevano capo direttamente all'età (dei 12 anni), appare evidente che per essi, e forse più in generale per i giuristi del Principato (almeno a datare dal 2° secolo d. C.) età *pubere* e *viripotens* dovevano apparire come sinonimi e dovevano coesistere nel loro

calificada jurídicamente como una presunción legal de capacidad. Es decir, la edad en la que normalmente se tenía la capacidad natural según la inspección corporal, ahora se convertirá en una edad legal que presume la existencia de la capacidad natural y, de este modo, la edad de los 12/14 años determina el inicio de la capacidad de obrar²²⁶. Este punto de llegada tiene una larga discusión entre los proculeyanos²²⁷ y sabinianos²²⁸, cuya disputa ilumina la naturaleza jurídica de la edad. Lo veremos en el capítulo tercero.

linguaggio», TAFARO, Sebastiano, *Pubes et viripotens nella esperienza giuridica romana*, p. 95.

²²⁶ «Attraverso di essi (riferimenti all'età pubere) si individuarono momento essenziali per la determinazione di capacità specifiche e, con tempo, si finì per indicare in via sempre più generale l'inizio della capacità di agire», *Ibidem*, pp. 21-22.

Cfr. ALBANESE, Bernardo, *Le persone nel diritto privato romano*, p. 431; cfr. BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, p. 140. En estos autores se pueden ver fuentes romanas refiriéndose a la pubertad establecida por la edad como capacidad de obrar.

Así lo resume Gete Alonso: «Como regla general, hasta la pubertad (doce-catorce años) todo individuo se halla sujeto a una autoridad: o a la patria potestad del pater familias o a la del tutor. De modo que a la presunción de incapacidad se une la de dependencia personal y patrimonial. A partir de la pubertad —admisión de capacidad— la situación varía notablemente, pero se produce una diversificación en atención al tipo de potestad al que se encuentra sujeto el menor, en función de si es o no un *alieni iuris*», GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, pp. 18-19.

Cfr. DELMILLE, J., *Age*, en *Dictionnaire de Droit Canonique. I*, Ed. Librairie Letouzey et Ane, París, 1935, p. 342, sobre la pubertad legal y la pubertad natural (discusión que la moderna doctrina continúa entre capacidad de obrar legal y capacidad natural, o entre edad legal o edad natural).

Cfr. ARNDTS, Karl Ludwig, *Le Pandette*, p. 124.

²²⁷ «Los proculeyanos, siguiendo una máxima de la escuela estoica, o más bien los usos sociales, establecieron los catorce años cumplidos como término de la impubertad», BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, Ed. Reus, 5ª ed., Madrid, 2002, p. 56.

²²⁸ «Per stabilire quando l'individuo aveva raggiunta la *pubertas*, i Sabiniani volevano una *inspectio corporis* e i Proculeiani l'età di 14 anni compiuti», TRIFONE, Romualdo, *Le persone e le classi sociali nella storia del diritto italiano*, p. 51; cfr. MARRONE, Matteo, *Manuale di diritto privato romano*, p. 164; cfr. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, p. 493.

En el tercer capítulo veremos la mayor parte de las referencias bibliográficas.

Esta genialidad inunda el Derecho de los países civilizados²²⁹, y hasta tal punto está integrado en la mente jurídica actual que nos resulta difícil pensar que pueda existir otro criterio jurídico de determinación de la capacidad natural al margen de la edad²³⁰. Surgió como un avance en el Derecho²³¹, que se aplicó en todos los ámbitos incluido lógicamente el matrimonio²³², y así lo asumió la Iglesia²³³.

²²⁹ «Ce procédé, fixant la majorité, non d'après l'examen individuel du développement des intéressés, mais à un âge constant, est adopté par toutes les législations modernes, et le chiffre de 21 ans est le plus communément admis», PLANIOL, Marcel, *Traité Pratique de Droit Civil Français. Tome I. Les personnes*, p. 307.

«Recordando que la *facultas agendi* o capacidad de hecho obedece al desenvolvimiento de las facultades del individuo, al desarrollo de la naturaleza física, es claro que la edad en el derecho es importantísima, puesto que de ella depende la adquisición y ejercicio de muchos derechos civiles. Es un supuesto necesario de la capacidad de obrar, y por esto, todas las legislaciones y todos los códigos han precisado los períodos o momentos en que se adquiere la plena capacidad civil», VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de derecho español, Tomo I*, p. 258.

²³⁰ «El cambio del vivir social, al exigir reglas fijas que den seguridad al tráfico y permitan decisiones rápidas, hace que en todas las civilizaciones se agregue, a una determinada edad, la presunción de que con ella se alcanzan unas determinadas condiciones psicofísicas, con lo que se da paso a que, al fin, el requisito de una edad fijada sustituya totalmente al antiguo supuesto del desarrollo corporal o mental de la persona», DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 150.

²³¹ «Cabría optar por atender a las circunstancias personales de cada uno, para determinar cuándo ha llegado a la madurez, o cuál es el grado de madurez al que ha llegado. Pero esta es una solución impracticable por las dificultades de comprobación que plantea. De ahí, que el Derecho –al menos en nuestro ámbito cultural y jurídico– tienda a adoptar como criterio externo, fácilmente comprobable, el de la edad, a la que se vincula tanto la capacidad de obrar como, en general, el sometimiento a un régimen especial de protección. Se produce así el paso de una cualidad (la capacidad natural) a una cantidad (la edad o años cumplidos), a la que se liga el reconocimiento de la capacidad de obrar, por su mayor simplicidad», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La edad*, en *Curso de Derecho civil. Volumen I, Derecho privado. Derecho de la persona*, Ed. Colex, 4ª ed., Madrid, 2011, p. 399; cfr. IDEM, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 1415.

²³² «Per il matrimonio il diritto romano richiedeva che i contraenti fossero puberi. Giustiniano stabilì l'inizio della pubertà a 14 anni compiuti per i maschi e a 12 per le femmine, troncando una vecchia questione, che si era agitata fra le scuole dei Sabiniani e dei Proculiani. I Sabiniani avevano sostenuto che la pubertà dei maschi si dovesse

ascertare caso per caso mediante *inspectio corporis*, mentre i Proculeiani avevano opinato che i maschi raggiungessero tutti la pubertà al compimento dei 14 anni. L'età di 12 anni per le femmine risulta invece ammessa concordemente ab antico (Gai. 1.126. C. 5, 60, 2)», DI MARZO, Salvatore, *Le base romanistiche del codice civile*, pp. 49-50.

²³³ De los trabajos de preparación del CIC de 1983: «Codex I. C. primo quidem legislationem proprie canonicam de aetatibus, sicut de statu mentis et de sexu, stabilivit. Ius Decretalium non habebat de iisdem praescripta, et in genere ad capacitatem personarum admisit et applicavit praescripta quae in iure romano vigeant. Unde iuris canonici antequam monumenta pauca tantum de iisdem habuerunt praescripta, sed universa doctrina ante Codicem applicavit quae ius romanum de hac materia praescripta edixit», *Communicationes* 21, 1989, p. 36.

Cfr. BESTA, Enrico, *Le persone nella storia del diritto italiano*, p. 118; cfr. CONTE A CORONATA, Matthaeus, *Institutiones iuris canonici. De sacramentis. Tractatus canonicus. Volumen III*, Ed. Marietti, 3ª ed., Casali, 1957, p. 359.

«Legibus atque consuetudinibus rationabilibus Ecclesia sese ut plurimum facile accommodavit, ut eruitur ex praxi primorum christianorum», WERNZ, Francisco Xavier et VIDAL, Petri, *Ius canonicum. Tomo V. Ius matrimoniale*, Universitatis Gregorianae, Romae, 1925, p. 227.

«Ecclesia hanc legislationem adoptavit (sobre la pubertad legal de Justiniano), eamque ipse Codex recepit, ut patet ex can. 88.2. Equidem in cit. c. 3, X, De Desponsatione impuberum, IV, 2», GASPARRI, Pietro, *Tractatus canonicus de matrimonio. Volumen I-II*, Typis Polyglottis Vaticanis, Vaticano, 1932, p. 290.

«Iure naturae ad validitatem matrimonii ea discretio requiritur qua sponsi essentiales huius contractus obligationes cognoscere et ad illas se sub gravi obligare possint, etiamsi compulae carnalis nondum capaces sint. Quae discretio cum ante pubertatem haberi non praesumeretur, Ecclesia, ius romanum imitata, ante Codicem, invalidum matrimonium declarabat quod ex statu corporis declarare, ius romanum omnibus habilitatem aetate definiverat, sc. 14 annorum in viro, 12 annorum in muliere, quod ius ecclesiasticum admisit et retinuit. Veritati tamen praesumptio cedebat, etenim 'nisi malitia suppleat aetatem'; ideoque validum habebatur matrimonium, dummodo constaret sponso copulae capaces, obligationibus essentialibus contractus perspectis, contraxisse», VEERMEERSCH, Arthur y CREUSEN, Joseph, *Epitome iuris canonici, Tomus II*, Ed. Mechliniae, 6ª ed., Bruxelles, 1940, p. 236.

«La Iglesia aceptó la norma del Derecho Romano tan solo como base de presunción, y más bien se atuvo a la pubertad real», MANS PUIGARNAU, Jaime, *Derecho matrimonial canónico. Volumen I*, Ed. Bosch, Barcelona, 1959, p. 152.

Cfr. MONTERO Y GUTIÉRREZ, Eloy, *El matrimonio y las causas matrimoniales*, Imprenta Sáez, 7ª ed., Madrid, 1965, p. 120; cfr. REGATILLO, Eduardo F., *Derecho matrimonial eclesiástico*, Ed. Sal terrae, Santander, 1962, p. 132.

Esa asunción recorre la historia de los avances seculares que se van incorporando a la ciencia canónica. Los avances de la pandectística fueron prudentemente asumidos en la gran obra de Wernz tal y como hace notar Lombardía poco antes de la primera codificación canónica: «El tratado de Wenz supone una asimilación de la sistemática y

Un dato interesa resaltar: la edad no es nunca una limitación de la capacidad natural, sino la misma capacidad natural medida²³⁴. La edad es el criterio que el Derecho ha individualizado para concretar y medir la capacidad natural con la que se identifica como paso previo a la determinación legal de la capacidad de obrar, dejando atrás todos los criterios elementales anteriores.

Considero muy importante resaltar la lógica con que la edad hace su entrada en el mundo jurídico. Siempre en el Derecho lo decisivo ha sido y es la capacidad natural a la que ha venido referida sin excepción la capacidad de obrar en los Derechos de todos los pueblos desde su origen²³⁵. Siendo esto firme, la cuestión era cómo determinar la capacidad natural que todo Derecho ha resuelto de un modo u otro. Y es aquí donde la edad es escogida por el Derecho romano después de un largo proceso para concretar, especificar y determinar la capacidad natural en orden al reconocimiento legal de la capacidad de obrar, sustituyendo la comprobación de la capacidad natural caso por caso a que conducían los anteriores criterios. Se establecía así técnicamente una

conceptos fundamentales de la Escuela alemana, la canonización de sus elementos técnicos fundamentales», LOMBARDÍA, Pedro, *Aportaciones del Vincenzo del Giudice al estudio sistemático del Derecho canónico*, en *Escritos de Derecho canónico I*, Eunsa, Pamplona, 1973, p. 455.

²³⁴ «Non solleva dubbi, infatti, l'affermazione che l'età si presenta come unità di misura, come trasposizione nel linguaggio chiaro delle cifre di un fenomeno altrimenti indefinibile», STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 262.

²³⁵ «In antico, certamente si attua non con il raggiungimento di una certa età, eguale per tutti, ma con la raggiunta capacità, da parte del singolo individuo, di fare o loqui, di emettere cioè un eloquio ragionevole», BURDESE, Alberto, *Età*, p. 79.

«Resulta muy difícil hacer afirmaciones categóricas sobre la mayoría de edad y, en general, sobre el juego de la edad en la capacidad de obrar de las personas, en el Derecho anterior a la Compilación de Huesca de 1247. Posiblemente, el acceso a la plena capacidad no estaba determinado por el cumplimiento de un número fijo de años, sino por la aparición de signos indiciarios de madurez física y discernimiento mental», SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *La edad en Derecho aragonés*, p. 47.

presunción jurídica de capacidad que hacía viable, justo y seguro el tráfico jurídico.

Es al manejar estos conceptos donde tiene lugar una imprecisión frecuente en la actualidad: confundir las pruebas de la capacidad natural con la misma capacidad natural²³⁶. Si en los pueblos germánicos inicialmente se miraba a la capacidad de portar armas, ello no significaba que la capacidad natural para el Derecho germánico fuera la aptitud física, sino que esta era una prueba de la capacidad natural (psíquica fundamentalmente), esto es, un criterio visible y comprobable para llevar a cabo la atribución de capacidad de obrar legal. Lo mismo ocurre en el Derecho romano: la capacidad de engendrar era la prueba de la capacidad natural y por lo tanto la base para la atribución de la capacidad de obrar; pero en ningún caso la capacidad para engendrar fue en sí misma la capacidad de obrar legal. Como la capacidad de engendrar acontecía a una edad determinada generalmente, a esa edad se le llamó pubertad legal. Ésta es siempre en el Derecho una edad legal que vendrá referida a las capacidades cognitivas, volitivas y corporales como base para atribuir la capacidad de obrar de que se trate²³⁷.

²³⁶ Este error es bastante frecuente en la doctrina matrimonial civil y canónica.

²³⁷ «La *pubertas* è la più antica del pari che la più importante [entre infantes, impubes y púberes]. Il diritto romano infatti, fino dal tempo più antico a cui risalgono le notizie storiche, ammette che con la maturità del sesso vada congiunto anche il pieno uso della ragione. Prima di tal momento adunque l'uomo è incapace di agire, e perciò il suo patrimonio è sottoposto all'amministrazione di un tutore. Da tal momento in poi esso è pienamente capace di agire, dispone quindi egli stesso del suo patrimonio, e non ha più bisogno di un tutore. (...). Essa non costituisce che lo stato normale, nel quale in generale non esiste alcun impedimento alla piena capacità di agire», SAVIGNY, Federico Carlo di, *Sistema de Diritto romano attuale. Volume terzo*, pp. 25-26.

«Il limite decisivo di età era la pubertà [en el Derecho romano]. (...). I proculeiani, e dopo di essi Giustiniano, si decisero pel limite fisso di età, del quattordicesimo anno compiuto. Le donne divennero in ogni tempo puberi al dodicesimo anno compiuto», DERNBURG, Arrigo, *Pandette*, p. 145.

«Il completamento dello sviluppo fisico e intellettuale raggiunto con la pubertà gli consente di partecipare alla cura e alla difesa degli interessi pubblici», ASTOLFI, Riccardo, *Il matrimonio nel Diritto romano classico*, p. 234. La pubertad era la

La edad de la pubertad legal no podía referirse sólo a la capacidad de generar porque era la mayoría de edad para todos los contratos²³⁸, que venía escenificada por el cambio a la *toga virilis* con la entrada en el foro, lugar de la vida pública romana²³⁹. Se confundía la prueba

mayoría de edad en cuanto a capacidad natural, de hecho; lo principal era la ceremonia de introducción al foro: «Egli è accompagnato dal padre nel foro (*deductio in forum*) con indosso la toga virilis, possibilmente il 17 de Marzo, festa del dio Libero, per essere iscritto nelle liste civiche e concludere il sacrificio domestico mediante il sacrificio in un tempio pubblico», *Ibidem*, p. 234. El foro es el lugar de la vida pública en todos los aspectos, lo cual venía a ser un signo de que el púber era capaz para los actos de la vida civil.

«La capacità intellettuale della persona è presupposto per il riconoscimento della capacità di agire, è, a sua volta, condizionata anzitutto al raggiungimento di una determinata età. La giurisprudenza romana è tuttavia orientata, sin da antico, all'accertamento, caso per caso, dello sviluppo, vuoi fisico vuoi psichico, dell'individuo, al fine di riconoscerli una totale o parziale capacità intellettuale, e, quindi, di agire, mentre solo progressivamente si viene a sostituire siffatto accertamento con la determinazione di limiti generali di età», BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, p. 139.

«Dello sviluppo fisico dell'uomo due momento soprattutto possono avere importanza per la attribuzione della capacità giuridica; quello in cui si fa atto cooperare alla difesa e dalla prosperità del grupo e quello in cui, attraverso la potenza a generare, diventa capace di costituire una propria familia. Per il riconoscimento della capacità di agire rilevava anzitutto l'età», BESTA, Enrico, *Le persone nella storia del diritto italiano*, p. 115.

«Púberes son propiamente los que han alcanzado el desarrollo físico que los hace aptos para la generación, con el cual se presume que va unido un suficiente desarrollo intelectual», BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, Ed. Reus, 5ª ed., Madrid, 2002, p. 56.

Cfr. RAVÀ, Adolfo, *Instituzioni di diritto privato. II*, p. 49; cfr. TRIFONE, Romualdo, *Le persone e le classi sociali nella storia del diritto italiano*, p. 61; Cfr. RUGGIERO, Roberto de, *Istituzioni di diritto civile*, p. 267.

²³⁸ La pubertad es el inicio de la capacidad de obrar en el Derecho romano. Si bien la pubertad se determinó por la aptitud de engendrar, eso no significa que para los jurisconsultos la pubertad tuviera una dimensión física, sino que era la ocasión elegida por el Derecho romano para reconocer la capacidad natural que consiste sobre todo y en última instancia en la dimensión psíquica.

²³⁹ «Il fanciullo romano consacra ai lari domestici la bolla d'oro che porta al collo e il giovane muta la toga pretesta colla virile, e al foro viene condotto dai parenti e dagli amici per essere iscritto nelle liste dei cittadini con un suo proprio prenome; il barbaro invece diventa maggiorenne quando rapisce la giovane che vuole sua sposa, impugna l'arma e abbraccia lo scudo. Per questo nelle Varie di Cassiodoro si legge che per i goti

(corporal) de la capacidad natural con la misma capacidad natural (psicológica)²⁴⁰. Este error en el ámbito canónico-matrimonial producirá una gran desorientación doctrinal en el siglo XX que oscurecerá, junto a otras causas, la naturaleza jurídica de la edad matrimonial. La capacidad de obrar matrimonial fue siempre la pubertad legal, nunca fue la aptitud de engendrar; nunca ha reducido el Derecho canónico la pubertad legal a la *potentia coeundi*.

Hemos explicado por qué y para qué surgió la edad en el Derecho. La doctrina, de forma unánime, a la hora de establecer la capacidad de obrar la hace depender siempre, sea o no con el rodeo del estado civil, de la capacidad natural expresada en la edad (de forma positiva), o de su ausencia manifestada en la enfermedad²⁴¹. Que la capacidad natural se identifique por estos dos elementos revela el carácter realista de la teoría de la capacidad de obrar: interesa la capacidad verdadera, la capacidad real, la capacidad histórica de una persona determinada. Algunos autores dan un paso más al considerar a la misma persona en la edad, no sólo en su dimensión psíquica, sino en las circunstancias espacio-temporales que determinan dicha aptitud²⁴².

virtus legitimam faciebat aetatem», ROBERTI, Melchiorre, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, p. 140.

²⁴⁰ Por ejemplo en cfr. DEGNI, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, pp. 274-275. En todo caso reconoce que con el tiempo se añadió también como base de la edad la propiedad psíquica, y que es el criterio que llega a la codificación; igualmente en cfr. ROBERTI, Melchiorre, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, p. 138.

²⁴¹ «El capaz para todos los actos de la vida civil es quien reúne estas dos notas: la positiva de estar emancipado sin restricciones y la negativa de no estar incapacitado», DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 54.

²⁴² «Anche a voler designare l'età come un aspetto della persona —più correttamente, espressione numerica di uno stadio del suo sviluppo fisio-psichico—, essa costituirebbe sempre parte integrante della realtà unitaria in cui consiste l'uomo», STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, pp. 262-263.

«La edad constituye un modo de ser de la persona», CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del Derecho*, p. 244.

Pero una vez que la edad y la enfermedad han sido individualizadas como elementos que concretan y señalan la capacidad natural, es oportuna otra cuestión: ¿cómo se articula jurídicamente esa capacidad natural?, ¿cómo se convierte en capacidad de obrar legal? Aquí la doctrina sigue siendo unánime: por medio de la edad legal y de la incapacitación judicial. La edad legal se basa en la edad natural, y la incapacitación en la enfermedad.

Recapitulando, los elementos que resultan son éstos: 1) capacidad de obrar legal: edad legal e incapacitación judicial; y 2) capacidad natural: edad natural y enfermedad. Una vez más aparece lo natural y lo jurídico. Ahora la pregunta importante es la siguiente: ¿cómo se relacionan la capacidad de obrar legal y la capacidad natural? Aquí la doctrina comienza un intenso debate aún no conclusivo.

B. ARTICULACIÓN JURÍDICA DE LOS ELEMENTOS

La doctrina, con su origen en la pandectística alemana, ha conseguido individualizar el concepto de la capacidad de obrar señalando su esencia: ‘la capacidad natural’, o ‘el ejercicio por sí mismo’, o ‘gobierno de sí mismo’, etc. En un momento posterior ha concretado esa capacidad natural por medio de la edad y la enfermedad. El siguiente paso es articular desde la técnica jurídica la capacidad natural (edad natural y enfermedad) y la capacidad de obrar legal (edad legal e incapacitación). En este punto los autores se dividen²⁴³.

²⁴³ «L’indecisione che regna in dottrina intorno al concetto di capacità d’agire», STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 149.

«El concepto de capacidad, en sus dos vertientes de capacidad jurídica y capacidad de obrar, por su íntima conexión con los conceptos de persona y personalidad, presenta en buena parte las mismas dificultades que se constataban para llegar al concepto estrictamente jurídico de persona. También aquí debe intentarse evitar excesivas especulaciones filosóficas en torno al concepto de capacidad, para atenerse más bien a

A mi modo de ver, tres son los modelos de articulación entre la capacidad de obrar legal y la capacidad natural que se distinguen en la doctrina, y que a su vez responden a tres concepciones del Derecho.

1. *Modelo positivista*

Consistiría en negar toda relevancia jurídica a la capacidad natural en las normas. En este modelo la cuestión es resuelta reconociendo sólo la capacidad de obrar legal: se afirma el Derecho y se niega la realidad. El modelo positivista sería ajeno al progreso de la teoría general de la persona y de la capacidad que vimos con anterioridad, quedando al margen del realismo jurídico que ha impulsado el desarrollo doctrinal en este campo. Serían las normas las que determinan ‘el ejercicio por sí mismo’, sin que los motivos que se tuvieron en cuenta en su promulgación ejerzan algún tipo de influencia en el momento de la aplicación. El fundamento próximo de la capacidad de obrar sería la norma positiva, único dato a tener en cuenta en el enjuiciamiento, momento en que se actuaría de espaldas a la realidad de las cosas. Se parece a la fundamentación de la capacidad basada en el *status* que ofrecía el Derecho romano, donde no comparecía la verdad material (no todos tenían la misma dignidad)²⁴⁴, en tanto que la capacidad de obrar

la idea que puede pensarse acoge nuestro ordenamiento jurídico», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, p. 259.

«Si preferisce così, anche in campi in cui sono coinvolte le suindicate categorie, il rinvio acritico all’una o all’altra di tali impostazioni. (...). Vero è che i risultati conseguiti in tali ricerche sono, per un verso, discordanti e, per l’altro, insoddisfacenti. Discordanti, in quanto non si è riusciti a pervenire ad una definizione della capacità giuridica e d’agire tale da raccogliere il consenso dei vari indirizzi dottrinali», STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, pp. 14-15.

²⁴⁴ «Incapacità di intendere e di volere: formula per sè insufficiente, se la capacità di intendere e di volere si dovesse riferire unicamente all’oggetto materiale immediato dei proprii atti o delle proprie intenzioni, dando ad essa un significato puramente psicologico, in quanto, di tale elementare capacità sono suscettibili anche le persone immature e alienate di mente, pur nelle quali è sempre possibile la distinzione tra atti

estaba constreñida en el caso del *alieni iuris* y del esclavo por razones ajenas a su capacidad (real). Aquí se evita el problema de la articulación negando toda conexión jurídica con la capacidad natural²⁴⁵. Esta postura,

coscienti e fatti incoscienti, tra atti, come tali, voluti, e fatti non voluti, tra atti commessi con una certa intenzione ed atti commessi senza oppure con diversa intenzione, consistendo la incapacità di queste persone nella assenza del potere di valutazione etico-giuridica della loro condotta e nella assenza del potere inhibitorio degli impulsi al materiale agire, oppure e specialmente nella aberrazione dei motivi determinanti rispetto alla comune logica e al comune modo di operare», ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 89.

La relación entre la capacidad de obrar y la capacidad natural no es de presupuesto. Stanzone (cfr. STANZIONE, Pasquale, *Persona fisica. Diritto civile*, p. 68) no consigue articular la distinción entre el mundo real y el mundo jurídico: el sujeto de derecho es el sujeto real, y la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, son la persona real con sus derechos y deberes y con el ejercicio por sí de los mismos, por lo que no es necesario un reconocimiento formal para su vigencia, sino una articulación técnico-jurídica.

²⁴⁵ Es bastante representativo de esta corriente Falzea: «Se la capacità di intendere e di volere è il presupposto della capacità di agire —e per conseguenza, la incapacità di intendere e di volere la causa (sia pure mediata) della incapacità di agire—, deve necessariamente escludersi che essa costituisca il substrato di fatto della corrispondente qualità giuridica. Questa precisazione, che ha carattere essenzialmente teorico, appare indispensabile di fronte all'idea, peraltro frequente, secondo cui la capacità di agire (nel diritto penale: la imputabilità) sarebbe un fenomeno complesso, costituito da un elemento di fatto, rappresentato dalla capacità di intendere e di volere, e da un elemento giuridico, costituito dalla corrispondente qualità giuridica. Una combinazione di elementi formali e materiali presenta solo il fatto giuridico, mentre la capacità di agire è un effetto giuridico e perciò una situazione esclusivamente formale», FALZEA, Angelo, *Capacità. Teoria generale*, pp. 41 y ss.

Falzea tiene una visión en parte positivista, concibiendo únicamente los elementos formales, y por eso deja sin resolver satisfactoriamente la cuestión planteada. Al explicar la relación entre in/capacidad legal de obrar e in/capacidad natural de obrar, como no puede negar la influencia evidente que tiene en el Derecho, las sitúa en un orden distinto: la legal con respecto a la validez de los actos y negocios jurídicos, y la natural mirando al momento de producirse las consecuencias jurídicas. Lógicamente, tiene que acudir rápido a una excepción de lo que él mismo ha propuesto, que se refiere a la influencia directa de la capacidad natural en los actos llevados a cabo por los menores, que no serán inválidos sino anulables. Esta postura frecuente no consigue articular ambas capacidades, que siempre van juntas, no se oponen; la relación entre ellas no es de mero presupuesto externo al Derecho, afectan al mismo ámbito, y se relacionan en los siguientes términos en mi opinión: la prioridad que el mismo Derecho da a la capacidad natural siempre, y cuando por circunstancias especiales no coinciden capacidad legal de obrar y capacidad natural, entonces se ejerce esta prioridad como en

por su radicalidad legalista, no existe prácticamente en el Derecho, pero sí puede ser una tendencia en algunas propuestas doctrinales que reaccionan frente al modelo naturalista.

2. *Modelo naturalista*

Consistiría en negar toda relevancia jurídica a la capacidad de obrar legal: sólo tendría valor la capacidad natural, y únicamente valdría el caso por caso. Es un modelo prejurídico en sus orígenes, y ajurídico en la actualidad²⁴⁶. Se afirma la realidad y se niega el Derecho. En sentido

todos los demás casos. Para ello es preciso considerar las normas de la capacidad bajo la técnica de la presunción.

²⁴⁶ Es el sistema de los derechos de la personalidad después de la reforma de 2015, que al suprimir la necesidad de la previsión legal, deja únicamente a la capacidad natural como condición para su ejercicio. Incluso bajo la redacción anterior, Santos Morón afirmaba lo siguiente: «En el Derecho actual puede considerarse plenamente asentada la idea según la cual, en el ámbito de los derechos de la personalidad, no rigen las reglas generales de capacidad de obrar. Dado que el núcleo básico de estos derechos es la libertad y la dignidad de la persona, y su ejercicio contribuye al libre desarrollo de la personalidad, debe permitirse a todo individuo tomar sus propias decisiones en este campo siempre que tenga el suficiente discernimiento para comprender el acto que realiza. Para el eficaz ejercicio de los derechos de la personalidad basta pues que el titular de los mismos tenga lo que se viene denominando ‘capacidad natural’, que puede ser definida como la capacidad de entendimiento y juicio necesarias para comprender el alcance y consecuencias del acto de que se trate y adoptar una decisión responsable. (...). La capacidad natural es una cualidad del sujeto que debe ser valorada caso por caso, en relación a la decisión de que se trate. (...). Por ello, y a pesar de que parezca contrario a la seguridad jurídica, en el ámbito de los derechos de la personalidad debe prevalecer el criterio casuístico frente al cronológico», SANTOS MORÓN, María José, *Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor*, en «Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid», núm. 15, Madrid, 2011, p. 64, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3753028>.

Sin embargo, a pesar de lo dicho, existen leyes que exigen una determinada edad, por ejemplo en el consentimiento para la donación de órganos, para el tratamiento médico, etc. Creo que incluso en el ámbito de los derechos de la personalidad, la concepción de la edad como presunción legal, unida a un sistema más flexible en este tipo de derechos para hacer valer la prueba en contrario (capacidad natural), respetaría la libertad y dignidad personales. Y como hace ver la misma autora, el sistema actual no deja de carecer de contradicciones internas: «Si se reconoce la autonomía decisoria del menor en su ámbito personal y se limita al mismo tiempo la intervención paterna, parece que

estricto no existe como tal, es insostenible, aunque fue el modelo inevitable en los pueblos primitivos, que sorprendentemente se intenta revivir en algunos casos²⁴⁷, dejando sin responder los inconvenientes en materia de seguridad jurídica que dicha propuesta presenta en la sociedad actual con un tráfico jurídico hiperdesarrollado en comparación al de los pueblos primitivos.

3. *Modelo jurídico-realista*

Consiste en afirmar la relevancia de ambas (capacidad natural y capacidad de obrar legal) y una cierta conexión entre ellas. Es la postura de la doctrina mayoritaria. Se afirman la realidad y el Derecho. Los autores sí reconocen unánimemente la relación entre la capacidad natural y la capacidad de obrar²⁴⁸, aunque las explicaciones que dan son

lo lógico y coherente sería responsabilizar al menor de sus propias decisiones y reconocerle capacidad para asumir las consecuencias negativas de éstas. Sin embargo no ocurre así en la práctica, al menos no en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. (...). La jurisprudencia civil no suele dar ninguna relevancia al hecho de que el menor tenga un grado de discernimiento y madurez que permita considerarlo ‘imputable’ y, por tanto, responsable de los daños causados *ex* artículo 1902 Cc. Mientras que, de acuerdo con el artículo 61.3 LORPM, el menor mayor de 14 años es, junto con sus padres, responsable civilmente del delito cometido –es decir, se presume legalmente su ‘imputabilidad’–, cuando se trata de ilícitos civiles los tribunales no entran a valorar la capacidad de discernimiento o la madurez de éste a efectos de determinar su imputabilidad y se limitan a declarar responsables a sus padres. Probablemente ello se debe a que se pretende proteger a la víctima ante la habitual insolvencia de los menores de edad, pero tal situación no deja de ser criticable y contradictoria con los principios anteriormente enunciados», *Ibidem*, p. 90.

²⁴⁷ «Los conceptos de evolución de las facultades y autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes comportan elementos configurativos de la capacidad progresiva; cuyo reconocimiento delinea posibilidades de actuación al menor, no sólo con fines patrimoniales, –sino además y esencialmente–, en la esfera de sus derechos personalísimos en aras de cumplimentar en cada caso concreto su interés superior», MONTEJO RIVERO, Jetzabel Mireya, *Menor edad y capacidad de ejercicio: reto del derecho familiar contemporáneo*, en «Revista sobre la infancia y la adolescencia», 2, p. 33, Marzo, 2012, en <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2012.1036>.

²⁴⁸ «Capace di agire è colui, il cui volere e il cui sapere vengono giuridicamente presi in considerazione», DERNBURG, Arrigo, *Pandette*, p. 127.

variadas pero no contrapuestas todavía. Por un lado están los autores que señalan que la capacidad natural es el sustrato o presupuesto o fundamento de la capacidad de obrar²⁴⁹; otros afirman que la capacidad

«La acción llega a ser jurídica cuando produce efectos en derecho según la ley, y para ello, naturalmente, es preciso que el autor de la acción tenga también capacidad jurídica. Ésta se apoya en la capacidad natural y la traduce, pero a veces no coinciden, pues o exige con mayor determinación aquellas condiciones de capacidad natural o exige otras nuevas, o desconoce por excepción el efecto de aquéllas», DE DIEGO, Felipe Clemente, *Curso elemental de Derecho civil español común y foral*, p. 43.

«En nuestro sistema legal, la capacidad de obrar está estrechamente relacionada con la aptitud natural para atender alguien por sí mismo al cuidado de su persona y bienes. La posibilidad de que quien es naturalmente capaz de atender a sus propias necesidades personales y patrimoniales, y de gobernar sus asuntos, pueda hacerlo con plena eficacia jurídica, aparece como una consecuencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE): también por supuesto, en el caso de las personas afectadas por cualquier discapacidad. No ha habido que esperar a la Convención para obtener esta conclusión», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 27.

«La capacidad natural, además de fundamentar el reconocimiento de la capacidad (o incapacidad) general de obrar, en la forma que se ha indicado, adquiere relevancia jurídica propia, precisamente en los casos más graves de disociación entre la capacidad de obrar general (=capacidad natural presumida legalmente) y la capacidad natural real de una persona determinada, como mecanismo corrector de las disfunciones que esa disociación podría producir», IDEM, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 140.

«Ciò che si constata oggi nelle legislazioni moderne si verifica anche nelle legislazioni passate, e ciò per il fatto che le norme giuridiche devono, per quanto è possibile, rispondere a'bisogni pratici, alla realtà della vita, e quindi anche alle condizioni fisiche, fisiologiche e intellettuali degli individui», TRIFONE, Romualdo, *Le persone e le classi sociali nella storia del diritto italiano*, p. 51.

«Ésta [la capacidad de obrar] exige una efectiva capacidad de querer, que no todas las personas poseen, pudiendo carecer de ella, algunas por causas varias y múltiples, como la menor edad, la enfermedad, la condena penal», RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho civil*, p. 339.

²⁴⁹ La doctrina, en el momento de examinar la relación de la capacidad natural con la capacidad de obrar, suele referirse a la primera como el *sustratum* o presupuesto de la segunda. A la pregunta, de qué significa presupuesto, la respuesta sería, que no cabría ninguna limitación de la capacidad de obrar que no esté basada en la capacidad natural, y también, que allí donde hay capacidad natural, debe haber capacidad de obrar. En el

de obrar tiene una doble dimensión legal y natural a la vez²⁵⁰, que es una suma cumulativa de ambas²⁵¹; y otros que son requisitos o limitaciones

fondo se trata de buscar el equilibrio entre la seguridad jurídica y la verdad material. Esta postura es frecuente en la explicación de los autores: «La consideración de la capacidad natural como *substratum* o presupuesto de la capacidad de obrar puede ser defendida, para nuestro Derecho, en línea de principio» MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 1402.

Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II*, p. 4.

«La capacidad de entender y querer es el fundamento natural de la capacidad de obrar en sentido de una situación (subjetiva) natural sobre la que se funda la ley para atribuir la capacidad de obrar. En este sentido es exacto hablar de capacidad natural junto a la capacidad jurídica», CARNELUTTI, Francesco, *Notas sobre la capacidad y la incapacidad*, en «Revista de Derecho Privado», Tomo XXXVII, Noviembre, 1953, p. 950.

«Per la capacità d'agire è necessaria la capacità di volere. Perciò mentre tutti gli uomini sono capaci di diritti, non tutti sono capaci d'esercitarli, ma solo quelli che per età, stato mentale, ecc. si trovano in condizione di esprimere una volontà cosciente. La capacità d'esercizio dei diritti ha un substrato nelle condizioni naturali del soggetto», FERRARA, Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, p. 459.

«È necesario che il soggetto possieda una maturità sufficiente a valutare la convenienza economica degli atti che compie. Perciò la capacità di agire supone l'attitudine materiale alla cura dei propri interessi e la capacità di volere», RESCIGNO, Pietro, *Capacità di agire*, p. 861.

«Atta a governarsi da sè (...); tale è il substrato di fatto della capacità di agire. La capacità di agire corrisponde a uno stato psichico di idoneità a intendere e a volere o, come pure dice la legge, alla 'pienezza delle facoltà mentali', che può chiamarsi anche, capacità naturale», MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, pp. 227-228.

Cfr. RUPERTO, Cesare, *Età*, en *Enciclopedia del Diritto. XVI*, Giuffrè Editore, Varese, 1967, p. 89.

²⁵⁰ «Ancora si parla di capacità legale fondata su presupposti di legge e di capacità naturale, sulle condizioni 'naturali' della persona, sottolienandosi la possibilità che un soggetto sfornito di capacità di agire abbia la capacità 'naturale' o, al contrario, che un soggetto formalmente capace sia in realtà sfornito momentaneamente o premanentemente di tale capacità. Si considera infine la capacità di intendere e di volere come presupposto della capacità di agire, sostenendosi peraltro, talora, l'impossibilità per la prima di configurarsi quale elemento costitutivo della seconda, che risulterebbe altrimenti fenomeno complesso, costituito da elementi di fatto e di diritto, in contrasto con la concezione della capacità, come qualità giuridica esclusivamente formale», DOGLIOTTI, Massimo, *Le persone fisiche*, p. 16.

«La menor edad puede considerarse como mixta puesto que se halla establecida por la ley en atención al desarrollo físico e intelectual del individuo», SCAEVOLA, Quinto Mucius, *Código civil comentado y concordado extensamente*, Tomo I, p. 148.

Cfr. RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, p. 305. «La ligazón capacidad natural-capacidad de obrar, que es propiamente de causalidad, se mediatiza o instrumenta jurídicamente a través de las llamadas situaciones subjetivas puras (edad-emancipación; enfermedad-incapacitación), cuya apreciación externa u objetiva es más fácilmente verificable que la del autogobierno en sí. Pero ello no permite convertir los citados índices legales en determinantes o auténticas causas de aquél, porque ello supone invertir los términos de la relación causal en aras de un injustificado formalismo», *Ibidem*, pp. 283-284.

«Dalla incapacità di agire (o incapacità legale) si distingue la incapacità naturale che consiste nella inidoneità dell'individuo a intendere o volere. (...). A differenza ancora della incapacità legale, la incapacità naturale non si presume, ma deve essere dimostrata. Si presume, in altri termini, che chiunque abbia raggiunto la maggiore età sia capace di intendere e di volere quello che fa», ALPA, Guido e RESTA, Giorgio, *Le persone e la famiglia*, p. 25.

«La capacidad de obrar la tienen sólo aquellos que se encuentran en ciertas condiciones naturales o jurídicas», COVIELLO, Nicolas, *Doctrina general del Derecho civil*, p. 160.

²⁵¹ «La capacidad de obrar real constituye la suma de la capacidad de obrar abstracta y la disposición psíquica concreta», LACRUZ BERDEJO, José Luis y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II*, p. 4; al final, aún sin mencionar que la capacidad de obrar depende del estado civil, acaba en la misma perplejidad que De Castro. La misma idea encontramos en el siguiente autor: «La capacidad de obrar, especialmente en el ámbito de los derechos de la personalidad, vendrá determinada por la existencia o no de madurez suficiente. De ahí, que, conforme a la interpretación que aquí se mantiene del art. 162.2 Cc y del art. 155.2 CF, el menor podrá ejercer por sí mismo los derechos de la personalidad siempre que tenga suficiente capacidad natural y la ley no se lo impida», DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, p. 102.

«Para que una persona pueda ejercer un derecho es preciso: a) que tenga discernimiento necesario, es decir, que sea apta para comprender el alcance de sus actos; b) que no esté declarada incapaz por la ley. La incapacidad de ejercicio proviene de dos causas diferentes: es natural o legal», COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo primero*, p. 170.

«Por regla general todo el que tiene una determinada capacidad de derecho puede actuarla por sí; excepcionalmente algunas personas no pueden realizar ciertos actos relativos a las capacidades de derecho de que gozan. Sucede esto último siempre que faltan los requisitos naturales que son supuesto de la realización de aquel acto (si por ejemplo falta el desarrollo intelectual necesario no se pueden realizar aquellos actos que exijan un maduro discernimiento) y entonces se puede hablar de incapacidad natural, o cuando faltan los requisitos establecidos por la ley, y entonces puede

de la capacidad de obrar²⁵² –dándole así un carácter negativo–²⁵³. En todos los casos se establece una relación de causalidad entre la capacidad natural y la capacidad de obrar legal, ofreciéndose soluciones doctrinales que procuran superar la dicotomía y lograr un sistema unitario.

hablarse de incapacidad legal», IDEM, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo segundo. Volumen I*, p. 218. Comentario al Código español.

Cfr. STANZIONE, Pasquale, *Persona fisica. Diritto civile*, p. 94; cfr. IDEM, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 269; cfr. RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español*, en «Anales de la Cátedra de Francisco Suárez», núm. 49, Madrid, 2015, p. 132.

²⁵² «Presupponendo tale capacità lo sviluppo dell'intelletto e della volontà del soggetto, ossia la capacità di intendere e di volere, essa può essere esclusa o subire delle limitazioni per quale cause che influiscono sullo sviluppo e sulla integrità dell'intelletto e della volontà. Essa inoltre può subire limitazioni per altre cause che la legge ha creduto opportuno di prendere in considerazione. Le cause che escludono o limitano la capacità di agire, o come si dice comunemente, che *modificano* tale capacità, un tempo erano più numerose di quelle di oggi. Oggi si può dire che tali cause si rifucono all'*età*, allo *stato di salute*, ossia alle infermità fisiche e mentali, alle *condanne penali*, alla *cattiva condotta* ed al *fallimento*», GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, p. 73.

«La minoría de edad no es hoy un supuesto de incapacidad, sino sólo de limitación de la capacidad de obrar», GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p. 25; cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del Derecho*, p. 248.

²⁵³ «Tali situazioni possono essere guardate da due angolazioni distinte, sí che la loro assunzione nel diritto può avvenire sotto forma di due distinte modalità: infatti, altro è soffermare l'attenzione sul profilo positivo, ed allora esse si mostrano come situazioni costitutive (vale a dire, requisiti o presupposti) della capacità; altro è osservarle da un punto de vista negativo, ed allora assurgono a limitazioni, restrizioni della stessa capacità», STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 207.

«Siccome questi requisiti della capacità di agire [edad y enfermedad] possono essere presi in considerazione anche dal lato negativo, ossia da quello della loro mancanza, e presi in considerazione da questo lato, essi escludono o limitano la capacità di agire, essi possono ugualmente essere considerati, così come vengono comunemente considerati, come condizioni limitatrici o modificatrici della capacità di agire», GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, p. 76; cfr. FERRARA, Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, p. 460.

A partir de aquí la cuestión es la siguiente: ¿con qué técnica se articulan la capacidad de obrar legal y la capacidad natural? Las distintas opciones doctrinales que reconocen el fundamento claro de la capacidad de obrar en la capacidad natural, podrían agruparse, dentro del modelo jurídico-realista, del siguiente modo, según la técnica jurídica empleada.

a) Articulación formalista

Es la postura mayoritaria, aunque con variantes por las salvedades que introducen. Los autores de dicha articulación describen un cierto equilibrio entre la generalidad del Derecho y la realidad natural, entre capacidad de obrar legal y capacidad natural, entre positivismo y casuismo. Pero incluso en estos casos la capacidad natural sólo es tenida en cuenta como presupuesto para la determinación jurídica de la capacidad de obrar²⁵⁴. Esta postura acaba eligiendo la capacidad de

²⁵⁴ «La capacidad natural se traduce adecuada y exactamente en capacidad de obrar (en su grado correspondiente) y constituye la aplicación o concreción normativa de los postulados de la noción realista de persona en el ámbito civil», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, p. 283. Frecuentemente acude Ramos Chaparro a otra expresión: la ‘causalidad’, que tampoco me parece suficiente porque no logra el sistema unitario a que aspira: «Se impone la definición causalista como primera piedra de la noción real de la capacidad de obrar. (...) La capacidad de obrar indica, pues, la relevancia jurídica que en un determinado acto adquiere el grado de autogobierno psíquico de la persona», *Ibidem*, p. 301. Al final, Ramos Chaparro parece congelar la capacidad natural en la norma, aunque no es esa su intención, ya que a su vez reconoce vigencia en Derecho a la capacidad natural; pero siendo esto así, la capacidad de obrar no es una simple traducción jurídica de la capacidad natural. Tampoco sería propiamente causal, en tanto que sigue existiendo la capacidad natural a veces con desajustes con la capacidad legal. Hay contradicciones porque las normas de la capacidad de obrar son una presunción jurídica como veremos posteriormente.

Windscheid no comprende admitir legalmente la incapacidad natural, porque no ve la presunción jurídica: «Ma i sostenitori della incapacità naturale la trattano come vera incapacità e la affermano quindi genericamente anche pel caso in cui a cagion d'esempio si tratti di malattia mentale che lasci una qualche possibilità di ragionare e di volere. Onde la incapacità naturale verrebbe spesso a coincidere colla civile, e il bambino sarebbe incapace non solo come minorenne, ma come bambino, l'interdetto non solo come interdetto, ma come pazzo», WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle pandette*, p. 893.

obrar legal de modo preferente²⁵⁵, y no encuentra la manera de integrar jurídicamente la capacidad natural²⁵⁶. Es un cierto positivismo retardado en el fondo, mitigado, amortiguado, en tanto que al final las normas funcionarían con autonomía con respecto al fundamento que las motivó. Aquí la capacidad natural se quedaría fuera del Ordenamiento²⁵⁷. Tal fue

«La incapacità di agire è presunta, o, per meglio dire, stabilita dalla legge nel caso della minore età, indipendentemente dalla effettiva capacità mentale che il soggetto possa avere», ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 96. Aquí se mantienen paralelas sin coordinarse unitariamente.

²⁵⁵ Gordillo Cañas y Ramos Chaparro son muy críticos con esta postura. El segundo autor, al proponer un concepto de sujeto de derecho y una capacidad de obrar basadas en el hombre real, no logra en mi opinión integrarlos adecuadamente, ya que acude a una mezcla de elementos jurídicos y filosóficos. A mi modo de ver, no se trata de integrar dos mundos paralelos, sino de reconocer el único mundo que existe y hacer del Derecho una ciencia jurídica que aborda de un modo peculiar el estudio del único mundo, el real. Ramos Chaparro acusa de romper con la teoría realista de la capacidad de obrar a los autores que se encontrarían en la postura formalista que hemos llamado. En mi opinión lo que existe es una falta de enfoque sobre la naturaleza jurídica de las normas legales que establecen la capacidad de obrar. Por un lado está la capacidad natural y por otro las normas que reconocen la capacidad de obrar legal: el problema es cómo se articulan. Puede parecer que los autores mantienen una posición formalista porque recalcan el enunciado legal en demérito de la capacidad natural, sobre la que se apoya, dicen, mediatamente. Del mismo modo que el sujeto de derecho no se apoya mediatamente en el hombre real, tampoco la capacidad de obrar legal se apoya mediatamente en la capacidad natural. El hombre real y el sujeto de derecho es lo mismo, y la capacidad de obrar legal y la capacidad natural son también lo mismo. Repito, el problema es hallar la técnica que permita armonizar adecuadamente, sin contraponer, la capacidad natural y la capacidad legal en una relación donde se implican mutuamente sin excluirse.

²⁵⁶ «La incapacidad de ejercicio proviene de dos causas diferentes: es natural o legal. La incapacidad natural afecta a las personas que no comprenden lo que hacen (...). Tienen una incapacidad de ejercicio general de derechos. La incapacidad legal resulta de las causas siguientes: la minoría de edad (...). Las incapacidades de ejercicio varían de extensión: unas son generales como la del menor (...). En todos los casos, las incapacidades no existen más que en cuanto así lo declara la ley. En otros términos, la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción. Toda persona puede ejercitar sus derechos civiles a menos que la ley la haya colocado expresamente en el número de los incapaces», COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo primero*, p. 170.

²⁵⁷ «Come può esservi un'incapacità naturale (di agire), cui non corrisponda una incapacità legale di agire, così può esservi capacità di intendere e di volere o capacità naturale di agire, cui non corrisponde capacità legale di agire. Questa è capacità di

la discusión en la doctrina civil italiana que acabó codificándose la incapacidad natural, muestra paradigmática de esta postura formalista, que consecuentemente les hace decir: «Quando il soggetto sia legalmente capace di agire, è irrelevante l'incapacità naturale»²⁵⁸.

¿Cuál es el problema de esta postura? En mi opinión, que para este sector doctrinal la capacidad de obrar depende de la capacidad natural sólo mediatamente, o mejor aún, extralegalmente, por lo que en último término esa capacidad de obrar encontraría su justificación en una previsión jurídica que vendría a legalizar la capacidad natural²⁵⁹. Esa

discernere e di determinarsi: tipica la figura del minore di età. Ma, ad essa, può non corrispondere —a causa dell'età— la capacità legale di agire; è il caso, testè richiamato, del minore di età, nel quale, la legge ne presume l'imaturità mentale e l'inesperienza, cioè l'incapacità di intendere e di volere, mentre, in singoli casi (o, diciamo anche, in molti casi), esso può, al contrario, avere maturità mentale ed esperienza: ma la maturità di fatto non conta, agli occhi della legge», MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, p. 234.

«El texto articulado de 1889, como sucediese en la inmensa mayoría de los Códigos europeos de la época y como ha habido avanzado en España el Proyecto de Código civil de 1851, no fundamenta la capacidad de obrar de las personas en atención a su aptitud intelectual y volitiva —facultad de entender y querer—, sino que la delimita en función de un criterio estrictamente cronológico. Se quiere con ello evitar la realización de continuos juicios subjetivos de valor para descifrar el verdadero nivel de desarrollo y la capacidad de autogobierno que presentan los sujetos en la ejecución concreta de cada uno de los negocios jurídicos en los que participan. Esta situación, alerta el legislador decimonónico, hubiera podido desembocar en considerables inconvenientes, que repercutirían esencial y primordialmente en la seguridad del tráfico», RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español*, pp. 137-138.

²⁵⁸ Introducida en el art. 428 (y art. 1425) del Código civil italiano, Rescigno hace la salvedad de que eso no significa que la capacidad natural esté vigente: «Se il soggetto è in istato di incapacità legale (per minore età o per interdizione), non rileva che egli sia in concreto idoneo a curare i suoi interessi; gli atti compiuti restano annullabili. Nè il principio è scosso dalla considerazione che vera capacità è quella naturale, legata ad un attributo ontologico, mentre l'incapacità legale riposa su di un vizio ontologico presunto. Quando il soggetto sia legalmente capace di agire, è irrelevante l'incapacità naturale», RESCIGNO, Pietro, *Capacità di agire*, p. 864.

²⁵⁹ Hay posturas que hacen matices, excluyendo para los casos más notorios la necesidad de legalizar la incapacidad natural: «Cuando la falta de idoneidad de la persona para celebrar ahora actos procede de que aquélla carece actualmente de las

previsión jurídica es la norma que establece la edad (edad legal), ya sea en sí misma considerada –Savigny y la doctrina europea en general–, o incluyéndola en el estado civil –Federico de Castro y parte de la doctrina española–; pero en ambos casos para llegar al mismo punto: es la norma legal lo que justifica a fin de cuentas la capacidad de obrar. Sin embargo, muchos autores no ocultan su insatisfacción, y por ello desearían un mayor respeto del principio de la capacidad natural sin menguar la seguridad jurídica²⁶⁰. Es una postura sensata. Las propuestas más exacerbadas estarían en el modelo positivista.

Ésta era la posición de Federico de Castro, autor que encuentra peligroso y antijurídico el recurso a la capacidad natural de forma directa²⁶¹; la teoría de la capacidad de obrar necesita tener un soporte

condiciones psíquicas de entendimiento y voluntad necesarios para poder llevarlos a cabo (así, si se trata de un niño sin uso de razón o de una persona en estado actual de perturbación mental que los excluye, o de sonambulismo o hipnosis o embriaguez total, etc.), se habla, por muchos, de que existe incapacidad natural; cuando la falta tiene su origen, no en una ausencia de entendimiento y voluntad adecuados, sino en otras causas, se suele decir que existe incapacidad legal», ALBADALEJO, Manuel, *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, pp. 154-155. En esta posición estuvo nuestra jurisprudencia, como se ve en la STS 175 de 10 de marzo de 1960: «Considerando que la capacidad procesal hay que presumirla en todos los que comparecen en juicio mientras no se demuestre que los comparecidos están comprendidos en alguna de las restricciones a dicha capacidad establecidas por la Ley entre las cuales se hallan la imbecilidad y la locura, que para estimarse han de ser declaradas judicialmente por el procedimiento establecido por el Código Civil o hallarse probado de una manera incontrovertible la completa insania mental», criticada por Albadalejo: «La sentencia de 10 de marzo de 1960 parte de esa errónea base de estimar que hay una incapacidad de obrar natural por insania mental», *Ibidem*, p. 155.

²⁶⁰ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La persona y el Derecho de la persona*, p. 327.

²⁶¹ «La doctrina jurídica ha sufrido uno de sus errores mayores de dirección al aceptar como axioma que la capacidad de obrar estaba determinada en el Derecho por la aptitud natural del individuo para conocer, saber o querer», DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 48. Y más adelante apunta lo siguiente: «La capacidad de obrar depende del estado civil y, en su caso, de la condición de las personas. (...) La ley no nos obliga a medir las condiciones psíquicas de cada persona, para averiguar su capacidad de obrar, sino que pone esta capacidad en relación y dependencia de cada estado civil», *Ibidem*, p. 49.

jurídico y éste lo suministra la categoría del estado civil²⁶². Por eso, para De Castro no es la capacidad natural el fundamento de la capacidad de obrar, sino el estado civil propio de la codificación²⁶³, aunque en último término tiene que reconocer el carácter fontal de la capacidad natural²⁶⁴. No está resuelta la articulación de forma satisfactoria ni desde la edad legal ni desde el estado civil.

A De Castro no le falla ni el método ni la concepción del Derecho. En mi opinión, el civilista tiene delante dos opciones de fundamentación: o por medio del estado civil, o por medio del casuismo del caso concreto; de entre estas dos opciones sólo sería jurídico el recurso al estado civil. Pero a mi modo de ver existe otra vía jurídica más apropiada que superaría las contradicciones, excepciones y salvedades que conlleva recurrir al estado civil como ya vimos.

b) Articulación casuística

Esta posición, como la anterior, es susceptible de matices y diferencias en su interior. A ella vienen referida los que en el fondo mantienen una equiparación entre capacidad natural y capacidad de obrar, pero intentando dar respuestas a la inseguridad jurídica que generaría²⁶⁵. Del mismo modo, las posturas más exacerbadas estarían en

²⁶² «No puede admitirse que la capacidad de obrar y su extensión dependan de la aptitud natural psicológica. La economía de los textos legales muestra que la capacidad de obrar depende del estado civil y, en su caso, de la condición civil de las personas», *Ibidem*, p. 49.

²⁶³ «Puede definirse [la capacidad de obrar] como la cualidad jurídica de la persona que determina, conforme a su estado, la eficacia jurídica de sus actos», *Ibidem*, p. 49.

²⁶⁴ «La capacidad de obrar, aunque mediatamente puede estar afectada por la aptitud natural del individuo, jurídica e inmediatamente resulta del reflejo de cada estado civil», *Ibidem*, p. 49. Y también en el siguiente texto: «La capacidad de obrar es una condición natural de la persona», *Ibidem*, p. 57.

²⁶⁵ «Llevada a su extremo, la correspondencia entre capacidad natural y la capacidad de obrar (que sería un mero reflejo jurídico de aquélla) obligaría a comprobar caso por caso la capacidad natural de las personas, para poder determinar así, también caso por

el modelo naturalista. Así lo sentencia Rescigno: «l'adeguamento della capacità di agire all'attitudine naturale alla cura dei propri interessi non può realizzarsi in modo assoluto»²⁶⁶. En general, se podría decir, que la multitud de edades en el Derecho de la Edad Media²⁶⁷ y en el momento previo a la codificación sería un sistema que se acercaba a este modo de articulación. En la actualidad, a causa de la imprecisión de la capacidad de obrar de los menores en el campo de los derechos de la personalidad, y del hastío de un sistema de capacidad de obrar legal entendido al modo formalista, existe una corriente que se extiende a todo el ámbito de la actuación civil, que postula un reconocimiento legal de la capacidad progresiva y gradual de los menores²⁶⁸, lo que en mi opinión es un retroceso técnico y una causa importante de inseguridad jurídica.

caso, su concreta capacidad de obrar; lo cual es impracticable porque, evidentemente, paralizaría por completo la vida jurídica», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 1406.

²⁶⁶ RESCIGNO, Pietro, *Capacità di agire*, p. 862.

«La admisión de esta tesis en la práctica podría originar considerables inconvenientes, que repercutirían sobre todo en la seguridad del tráfico», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, p. 277.

²⁶⁷ «Il termine della maggiore età e degli stadi intermedi, negli statuti comunali, era fissato nel modo più vario tra i 12 ed i 25 anni. Erano stabiliti termini differenti per la capacità civile, penale e per i rapporti feudali», SCIASCIA, Gaetano, *Capacità giuridica. Diritto romano*, p. 871.

²⁶⁸ «En la medida en que evolucione la capacidad cognitiva del niño para comprender el alcance de sus actos, mayor autonomía habrá de reconocerse en el ejercicio de sus derechos. Lo cual, vislumbra el desarrollo evolutivo del menor en relación directamente proporcional a la autonomía progresiva. Dicho de otro modo, valorar el criterio de madurez, desde la noción de evolución de las facultades del niño, genera ineludiblemente estimar la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes», MONTEJO RIVERO, Jetzabel Mireya, *Menor edad y capacidad de ejercicio: reto del derecho familiar contemporáneo*, p. 28.

Algunos entienden que este modelo es el que sigue el artículo 162.1º Código civil después de la reforma de 13 de mayo de 1981, continuada en el mismo sentido con la de 28 de julio de 2015²⁶⁹.

Pero entre la articulación formalista y la casuística, con una cierta tendencia a caer en planteamientos antijurídicos, en el primer caso por romper con el fundamento de la capacidad natural, y en el segundo por renunciar a la técnica jurídica, existe en mi opinión otra articulación que ha sido olvidada y que paso a exponer.

c) Articulación técnico-jurídica

Es la posición olvidada, la propia de los jurisconsultos romanos, la técnica con que surgió la edad en el Derecho, y que a mi modo de ver no ha sido cambiada. Esa técnica es la edad como presunción jurídica. ¿Por qué se olvidó? En mi opinión por los parámetros teóricos y técnicos de la codificación (lo veremos al inicio del siguiente apartado). No obstante, creo que está latente en la doctrina mayoritaria, sin formularla expresamente, cuando describen el funcionamiento de la edad legal antes y después de la codificación; cambiar la naturaleza jurídica que la edad tuvo al inicio es incluso difícil de imaginar. Tendremos ocasión de verlo en el capítulo tercero con motivo del estudio de la esencia jurídica de la presunción con objeto de comprobar si la edad cumple con sus exigencias.

En mi opinión, la capacidad natural no es un simple fundamento o presupuesto de la capacidad de obrar legal ni tampoco está en una relación de mera causalidad, sino que es un elemento de ella, siempre presente en la norma de la capacidad de obrar. No se trata de hacer un reparto de importancia jurídica entre la capacidad de obrar legal y la

²⁶⁹ Se refiere a los derechos de la personalidad. En 1981 se reconocía una capacidad de obrar legal de acuerdo con la madurez y las leyes, y en 2015 se suprime la necesidad de previsión legal.

capacidad natural²⁷⁰, sino verlas dentro de un mismo sistema. El problema sigue siendo hallar la técnica jurídica (ni formalista ni casuística) que permita una articulación aceptable²⁷¹.

A mi modo de ver, el sistema normativo de la capacidad de obrar establece una presunción jurídica, sistema que vendría determinado por el momento normativo y por el momento procesal globalmente considerados. No existe un establecimiento general de la capacidad de obrar legal sin excepciones. No existe un reconcomiento de la capacidad natural de cada persona para cada caso. Sí existe en cambio el establecimiento de una presunción jurídica donde la generalidad y el caso concreto son atendidos: la edad establece la regla general, y la excepción es atendida en el caso particular enjuiciado en el proceso judicial. Así surgió la edad en el Derecho y en mi opinión ésta sigue siendo la *ratio iuris* de las normas sobre la capacidad de obrar. De este modo se logra el equilibrio entre la seguridad jurídica y la verdad material.

La capacidad natural no es simplemente el fundamento de la capacidad de obrar, sino su elemento más importante, no sólo en el

²⁷⁰ Incluso un decidido defensor de la capacidad natural sólo reconoce su presencia en los casos en los que el ordenamiento la reconoce, lo cual no nos permite salir del positivismo: «Diríase que la capacidad natural impregna o permea todo el ordenamiento de forma ubicua y difusa; que éste no es totalmente opaco ante la misma, sino, al contrario, la deja traslucir y operar en muchas ocasiones, dando a entender así la relatividad de sus propias limitaciones (legales o formales) de capacidad», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, p. 284.

²⁷¹ También ha influido en el olvido el concepto de Derecho que se tenga. Desde el siglo XVII parece como si existiera el mundo real y el mundo jurídico, y las explicaciones irían encaminadas a fundamentar éste en aquél; más tarde la fundamentación será, no tanto en el mundo natural cuanto en la autoridad del legislador; esta concepción explica la postura formalista. Pero también se puede concebir un único mundo, el mundo real, que puede ser abordado técnicamente, con su método propio, por el Derecho; el Derecho no sería fuente de una realidad jurídica, sino la ordenación justa de la única realidad; el Derecho no es un mundo paralelo, es una ciencia que estudia el único mundo que existe; esta concepción deja abierta la puerta a otros instrumentos jurídicos que reciben su justificación de la misma realidad.

momento de producción legislativa —como un motivo que fundamenta la promulgación de las normas que contienen la edad—, sino también después, hasta el punto que tarde o temprano emerge y prevalece en el sistema jurídico vigente²⁷². La codificación ha estructurado de otra forma esta técnica, pero no ha eliminado la esencia con que la edad surgió en el Derecho romano, ya que el Código como instrumento legal aporta sistemática, no contenido jurídico. La edad, como cualquier institución jurídica, no es inventada por el Código ni por la doctrina postcodicial.

Esta es la otra vía que en mi opinión De Castro no tenía delante para evitar la articulación casuística. Aquí se concibe la edad, no bajo la técnica del estado civil, sino con la de presunción jurídica; la capacidad de obrar encontraría su fundamento legal no en el estado civil ni en la sola norma legal que establece la edad, sino en un sistema normativo: el conjunto de normas y mecanismos jurídicos que afectan a la capacidad de obrar, visto unitariamente, del que forma parte la capacidad natural, considerando el momento normativo y el judicial conjuntamente, y todo ello organizado por la edad legal como presunción. La capacidad de obrar así fundamentada es viable desde el punto de vista de la seguridad jurídica, y tiene una naturaleza enteramente legal; y la capacidad natural deja de ser extrajurídica sin dejar de ser capacidad natural. Por ello, como ya apunté, esta vía permite liberar a la capacidad de obrar del

²⁷² Windscheid reconoce que en el código alemán existe el principio de «che quando una persona, per qualsivoglia ragione, trovasi nella impossibilità de consentire, il negozio giuridico da essa conchiuso è assolutamente inesistente siccome quello che manca di uno degli elementi costitutivi. (...)». La incapacità legale adunque non toglierebbe la possibilità di far valere l'incapacità naturale, e questa produrrebbe il suo effetto quando pure incapacità legale non vi fosse», WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle pandette*, p. 891. Aunque la consecuencia la llaman de otra manera a nulidad, a saber, inexistencia: «Avvertiamo subito che la nullità derivante da incapacità naturale, per chi l'ammette, non può essere a rigor di termini che una inesistenza, poichè solo questa può pronunciarsi all'infuori di una tassativa disposizione di legge», *Ibidem*, p. 892. Y en todo caso, esta capacidad natural está encerrada y supeditada a la teoría del negocio jurídico, y no formaría parte de la Teoría general de la capacidad.

estado civil e invertir las posiciones: será el estado civil (de mantenerse) el que dependa de la capacidad de obrar, no al revés. Es el Derecho el que sigue a la persona, no la persona al Derecho.

De todos modos, observando fenomenológicamente el sistema de capacidad en funcionamiento, llega a decir De Castro que la «capacidad de obrar es una condición natural de la persona»²⁷³ en la que el Derecho admite una serie de «presunciones de capacidad»²⁷⁴, que tienen las siguientes características: 1) se fundamentan en la mayor probabilidad; 2) tienen un sentido positivo: declaran la existencia de la capacidad, y con el mayor alcance; 3) los preceptos que limiten la capacidad son de interpretación restrictiva; 4) son presunciones *iuris tantum*; 5) la incapacidad será una excepción, que hay que alegar y probar²⁷⁵. En estos cinco puntos señalados por De Castro se resume el subconsciente de la doctrina mayoritaria cuando estudian la edad como más adelante veremos.

Para nuestro tema, ya sea mediata o inmediatamente, lo que incluso De Castro reconoce es que depende, aunque sea en última instancia, de la capacidad natural; por eso, al hablar del estado civil relativo a la edad, no tiene problemas en acudir al desarrollo físico o mental de la persona como fundamento²⁷⁶. Concluyendo, considero preciso ofrecer una salida jurídica a la articulación jurídico-realista del Derecho que predomina en los autores tendiendo incesantemente a adecuarse a la realidad personal, en este caso, la capacidad natural. Creo que esa técnica la suministra la edad como presunción legal, que evita todos los inconvenientes que la técnica del estado civil provocaba en la propuesta de Federico de Castro.

²⁷³ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 57.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 57.

²⁷⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 57.

²⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 151.

C. ESTRUCTURACIÓN LEGAL DE LA CAPACIDAD DE OBRAR

Hasta ahora hemos visto modelos teóricos de articular jurídicamente los elementos de la capacidad de obrar. En este apartado nos detendremos a examinar cómo se han estructurado en los cuerpos legales.

Ya habíamos señalado que, normalmente, el sujeto de derecho y la capacidad jurídica estaban como principios informadores, inspiradores y rectores en cada norma de los Ordenamientos. En el Código civil son realidades que se dan por supuestas y por eso no requieren de un desarrollo especial en el articulado, si bien actualmente dichos principios vienen previstos en la Constitución de cada país. Además, lo propiamente práctico es la capacidad de obrar y lo que requiere de una estructuración legal más elaborada que el simple reconocimiento jurídico. Así pues, atenderé en este apartado al reflejo legal de la teoría de la capacidad de obrar, que si bien nunca ha estado ausente desde el Derecho romano, es en la codificación donde se eliminan las últimas ataduras a los estados civiles.

La personalidad civil y la capacidad jurídica (en cuanto aptitud genérica) son iguales en todos, su reconocimiento es general, y cualquier distinción sería una discriminación. En cambio, la capacidad de obrar se basa en la capacidad natural²⁷⁷, por lo que su reconocimiento es

²⁷⁷ «El ejercicio de una legitimación y el cumplimiento de una obligación sólo pueden ser realizados por quienes son portadores de una voluntad. Y como el Derecho objetivo quiere implantar un orden racional de las relaciones humanas, no basta por lo general una voluntad sin más, sino que ha de ser una voluntad racional. Esta presupone de una parte una cierta madurez y de otra parte la ausencia de perturbaciones en el entendimiento. La necesaria madurez presupone, con base en la experiencia, que existe en cuanto se llega a un cierto nivel de edad, que se denomina ‘mayoría de edad’. Aquellos hombres que no han alcanzado aún la edad de madurez legal, o que carecen de discernimiento, se ven privados normalmente, de derecho, de la capacidad de construir con su actividad derechos subjetivos y deberes jurídicos. Así aparece el concepto de *incapacidad de obrar* y su contrario, el de *capacidad de obrar*. La capacidad de obrar presupone la capacidad jurídica, en cuanto que a los requisitos de

ésta añade los antes indicados», NAWIANSKY, Hans, *Teoría general del Derecho*, p. 190.

También Carnelutti: «Por otra parte, los motivos que inspiran el régimen de la capacidad son también muy diversos. En su sentido más amplio, se trata siempre de un modo de ser del sujeto manifestado en relación con su voluntad», CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del Derecho*, p. 248. Y en otro escrito del mismo autor: «La capacidad de entender y de querer es el fundamento natural de la capacidad de obrar en el sentido de que es una situación subjetiva natural sobre la que se funda la ley para atribuir la capacidad de obrar», IDEM, *Notas sobre la capacidad y la incapacidad*, pp. 949-956.

También Martínez de Aguirre: «La capacidad de obrar está estrechamente relacionada, si bien de forma indirecta, con la llamada capacidad natural de conocer y querer; es decir, con la aptitud natural para atender alguien por sí mismo al cuidado de su persona y bienes. La posibilidad de que quien es naturalmente capaz de atender a sus propias necesidades personales y patrimoniales, y de gobernar sus asuntos, pueda hacerlo con plena eficacia jurídica, aparece como una consecuencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). La consideración de la capacidad natural como *substratum* o presupuesto de la capacidad de obrar puede ser defendida, para nuestro Derecho, en línea de principio (sin perjuicio de las matizaciones que enseguida habrá que hacer). De aquí se deriva que, a diferencia de la capacidad jurídica, la de obrar no es igual para todas las personas, entre otras razones porque tampoco es la misma la capacidad natural», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La persona y el Derecho de la persona*, p. 326.

Castán fundamenta la capacidad jurídica o de derecho en la persona, y la distinta capacidad de obrar o de ejercicio en las condiciones naturales del sujeto: «La capacidad de obrar es contingente y variable. No existe en todos los hombres, ni se da en ellos en el mismo grado. Así como para la capacidad de derecho basta la existencia de la persona (conciencia potencial), para la capacidad de ejercicio se requiere inteligencia y voluntad (conciencia actual), y como estas condiciones no existen en todos los hombres, ni siempre en el mismo grado, la ley niega unas veces en absoluto esa capacidad, y otras la limita y condiciona», CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, p. 151.

Doral también lo señala: «Un respeto absoluto al presupuesto en que se fundamenta la capacidad de obrar exigiría reconocerla en cada persona y para cada acto concreto que realizara en atención a su aptitud para entender y querer las consecuencias jurídicas de su actuación (capacidad natural); es decir, que la eficacia jurídica de cada acto realizado por una persona quedara supeditada a la comprobación de su concreta capacidad natural para llevarlo a cabo. Sin embargo, fácilmente se comprende que esta solución es solamente válida en el plano teórico, pero imposible de ser mantenida en la práctica. Por ello, se hace preciso establecer unos datos formales y objetivos que presupongan la capacidad natural de cada persona y, por tanto, permitan conocer, con carácter previo, cuál es su ámbito de actuación jurídicamente eficaz», DORAL GARCÍA, José Antonio, *La personalidad jurídica. De la libertad formal a la libertad civil*, p. 112.

relativo²⁷⁸, aunque no arbitrario²⁷⁹. El realismo jurídico que hemos estado viendo requiere de una elaboración más compleja en el caso de la capacidad de obrar.

«El Derecho atiende hoy, para reconocerla en mayor o menor medida, a la aptitud de cada uno para regir su persona y bienes: nula en el recién nacido, creciente con la edad hasta el pleno juicio, disminuida o anulada por las enfermedades mentales; y trata de adaptar la capacidad de obrar (legal) a la situación concreta, es decir, a la aptitud o capacidad (natural) de entender y querer de cada uno», LACRUZ BERDEJO, José Luis y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II*, p. 4.

En la misma idea insiste Falzea: «La figura della capacità di agire legata al presupposto della capacità di intendere e di volere è di gran lunga più importante. Il comportamento adottato dal soggetto è imputato allo stesso, per gli effetti che produce, in quanto l'agente sia in grado di rendersi conto del significato e della portata del comportamento medesimo», FALZEA, Angelo, *Capacità. Teoria generale*, p. 38.

«Essa [capacità di agire] riguarda propriamente le persone fisiche, ed è riconosciuta agli esseri umani intellettualmente capaci», MARRONE, Matteo, *Manuale di diritto privato romano*, p. 164.

«La capacità di agire si acquista soltanto collo sviluppo della facoltà intellettiva e di quella volitiva, in quanto che presuppone la capacità d'intendere e di volere», GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, p. 7.

«È troppo naturale che non si possa riconoscere ad una persona la piena capacità di agire fino a che essa non abbia raggiunto una certa maturità fisica e intellettuale. Ma tale maturità si raggiunge gradualmente», RAVÀ, Adolfo, *Istituzioni di diritto privato*. II, p. 49.

²⁷⁸ «El Derecho trata de adaptar la capacidad de obrar legal a la situación concreta, es decir a la aptitud o capacidad natural de entender y querer de cada uno. Pero no lo hace caso por caso, para cada individuo, sino atendiendo a rasgos externos típicos, como haber alcanzado o no determinada edad, o constituyendo al sujeto, mediante declaración judicial, en la situación de incapacitado», LACRUZ BERDEJO, José Luis y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II*, p. 4.

En la misma idea insiste Hualde Sánchez: «La capacidad de obrar no es esencial, sino contingente, pues se puede carecer totalmente de capacidad de obrar; y tampoco es una e igual para todas las personas, sino que es variable en función de la aptitud de cada persona para gobernarse a sí misma», HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *La personalidad*, p. 112.

²⁷⁹ Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II*, p. 4.

«En principio, también la capacidad de obrar es un atributo que corresponde a la persona conforme a su naturaleza. Ni la capacidad jurídica ni la capacidad de obrar, en sus manifestaciones como capacidad negocial y como capacidad delictual, están

La capacidad natural (o gobierno de sí mismo) ha de ser medida objetivamente, utilizando el mismo criterio para todos²⁸⁰; dos personas con la misma capacidad natural y en iguales circunstancias han de tener la misma capacidad de obrar legal. Este reconocimiento tiene lugar primero en el Derecho penal, y de ahí pasa al Derecho civil²⁸¹ una vez que la teoría de la capacidad de obrar y su realismo jurídico²⁸² se abren paso y se imponen a la teoría de los estados civiles.

¿Cuál es el criterio que el legislador utiliza para medir objetivamente la capacidad natural (o autogobierno)? Aparentemente es de una sencillez que parece una ingenuidad: lo que ha hecho el legislador es traducir la edad natural en edad legal, y la enfermedad que afecta a la capacidad natural traducirla en incapacitación civil. ¿Cómo se articulan jurídicamente entre ellos? La edad legal es la regla general reconocida en la norma, y la incapacitación es la excepción particular reconocida en el proceso judicial.

Aquí veremos las opciones posibles con las que cuenta el legislador. Dichas opciones serían las soluciones técnicas congruentes a cada una

simplemente puestas al arbitrio de un ordenamiento jurídico positivo», LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, p. 105.

²⁸⁰ «Lo indudable es que el requisito de la capacidad, activa o pasiva, se ha establecido en razón a la conveniencia de que determinados efectos estuvieran ligados a la conducta de una persona en relación con determinadas cualidades suyas; y dicha conveniencia puede apreciarse de muy diversa manera según la variedad de motivos y situaciones. El motivo más corriente, por virtud del cual de un modo de ser de la persona se hace depender que un acto suyo produzca o no produzca efectos jurídicos, se refiere a la normalidad en sus facultades psíquicas. Este motivo se manifiesta en aquellas normas que tratan de la capacidad según la edad o la salud mental», CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del Derecho*, p. 248.

Cfr. RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, pp. 283-284.

²⁸¹ «Mentre infatti l'acquisto della piena capacità negoziale ha luogo col raggiungimento della maggiore età, quello della cosiddetta capacità delittuosa ha luogo coll'acquisto d'intendere e di volere; acquisto, che normalmente ha luogo prima ancora del raggiungimento della maggiore età», GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, p. 8.

²⁸² Cfr. RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, p. 121.

de las articulaciones previamente apuntadas en el subapartado anterior. Será en el capítulo siguiente cuando abordaremos el concreto régimen jurídico del Código civil español y del Código de Derecho canónico.

1. La edad legal: regla general

El gran reto que tiene el legislador ante sí es cómo reflejar legalmente la capacidad natural. Desde el Derecho romano esto se hace por medio de la edad²⁸³: se convierte la edad natural en edad legal. Pero el problema es que la edad natural cambia cada día; por lo que la pregunta que nos hacemos es: ¿cuántas edades legales se reconocen? Hay varias soluciones técnicas para estructurar legalmente la edad en función de la articulación teórica que se haya adoptado.

a) Varios tramos legales por edades

Sería propio de la articulación casuística. El Derecho debería codificar la capacidad natural, y así habría una perfecta equiparación entre capacidad de obrar legal y capacidad natural; pero como es una solución técnica inviable, la propuesta es la de multiplicar las edades legales, para lograr así una graduación múltiple de la capacidad de obrar legal²⁸⁴, y en vez de reconocer la capacidad natural aquí y ahora, se

²⁸³ «Le incapacità o le capacità derivanti dalla età maggiore o dalla età minore furono presto regolati generalmente secondo le norme giustinianee», BESTA, Enrico, *Le persone nella storia del diritto italiano*, p. 120.

Cfr. MARRONE, Matteo, *Manuale di diritto privato romano*, p. 164.

²⁸⁴ «Le varie graduazioni [de la edad en el Derecho romano] contribuirono forse alla confusione che si rileva nel diritto volgare o popolare. (...). Si può trovare la ragione di quell'incertezza che dura per tutto l'alto medioevo riguardo ad uno o più limiti fissi, per il graduale e per il pieno esercizio dei propri diritti», ROBERTI, Melchiorre, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, p. 139.

Ya era la opción del Derecho romano y del Derecho medieval de inspiración romanista que distinguían varios tramos legales que iban desde antes de la pubertad a la mayoría de edad en los 25 años.

trataría de reconocerla legalmente por tramos. Se desecha en consecuencia que haya una edad legal central que establezca con carácter general la capacidad de obrar²⁸⁵.

Respecto al Derecho anterior al Código de 1889, la influencia romana es evidente: «Los individuos se clasificaban en mayores y menores, según constasen o no con veinticinco años de edad. Éstos se subdividían, a su vez, en impúberes y púberes, los primeros eran los menores de doce o catorce años, según fuesen hembras o varones, y los segundos los que estaban por encima de esas edades. Los impúberes, por su parte, se organizaban en infantes y simplemente impúberes, según estuvieran dentro de los siete años o pasasen de esa cifra. Y finalmente, los simplemente impúberes se dividían en próximos a la infancia y próximos a la pubertad, según alcanzaran o no los diez años y medio –varones– o los nueve años y medio –mujeres–», RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español*, p. 133.

Debido a las reformas iniciadas en 1981, incluidas las de 2015, algunos autores proponen este tipo de capacidad para los menores, vaciando de contenido la previsión legal de la mayoría de edad del artículo 322: «Se defiende la capacidad de obrar ‘limitada’ del menor, capacidad que es además ‘graduable’. Es ‘limitada’, en atención a las disposiciones dictadas para su protección que se concretan, tanto en la intervención de los representantes legales del menor, como en el control por estos de la autoridad judicial, en refuerzo de la protección e interés de los menores de edad, y es ‘graduable’, en función de sus condiciones de madurez. Precisamente, el disfrute por parte del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de su madurez y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar», NIETO ALONSO, Antonia, *Capacidad del menor de edad en el ordenamiento patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales*, p. 41.

Sobre esto mismo llama la atención Lete del Río: «Este criterio [fijar una edad como punto de referencia] se está olvidando en las modernas leyes reformadoras del Código civil, que se inclinan por una dependencia entre capacidad y aptitud ‘concreta’ de la persona que se trate, prescindiendo del dato objetivo de la edad», LETE DEL RÍO, José Manuel, *Título XI. De la mayor edad y de la emancipación*, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Tomo IV*, Edersa, 2ª ed., Madrid, 1985, p. 495.

²⁸⁵ Cfr. STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 315. Stanzione está en contra de una norma general como la del art. 2 del Código civil italiano.

En nuestro Derecho la propone con vehemencia Ramos Chaparro por ejemplo, discípulo de Gordillo Cañas. Ramos Chaparro ve la mayor edad como edad central un obstáculo a la graduación y al reconocimiento de la capacidad natural como causa del sistema de capacidad de obrar: «El carácter gradual de la capacidad de obrar, predicable sólo desde la concepción causal, es el recurso metodológico realista para la superación del llamado ‘atomismo’ o pluralismo exacerbado, al configurar una escala, asociable a las edades, y proyectable sobre todo el conjunto institucional, en la que se

En la doctrina italiana Stanzione propone un sistema similar a la multiplicación de los tramos legales. La preocupación de este autor es la misma que en todos: cohonestar lo más posible la capacidad de obrar legal y la capacidad natural²⁸⁶. Para ello propone establecer una multitud de ‘hipótesis’ en las que el menor pueda encontrarse, y valorar, con la mediación de los padres, si el menor tiene o no capacidad natural en la hipótesis concreta; si el examen ha sido positivo, se atribuye la capacidad de obrar legal²⁸⁷. Aquí los tramos ya no son por edades legales sino por hipótesis²⁸⁸. Pero el sistema que resultaría parece complicado.

La opción de los tramos legales haría más ajustado el sistema de capacidad de obrar, pero al final no consigue superar el positivismo

pueden clasificar todas las especies formales o tipos existentes, en función de la causa real (la aptitud psicológica de autogobierno) a que obedecen como límites de la subjetividad activa. El problema de la actual plasmación legal de este sistema es que la normativa civil no ofrece explícita y separadamente los dos criterios mencionados (gradual y sectorial), sino que, dándolos por supuestos, los combina concretamente en cada caso, partiendo, además, de una presunción de plena y general capacidad a partir de la mayor edad», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, p. 301.

²⁸⁶ Así por ejemplo en STANZIONE, Pasquale, *Persona fisica. Diritto civile*, p. 26. El autor habla de la capacidad de discernimiento como el cardo en el que se apoya la edad, y lo que permitiría romper la rigidez en la capacidad de obrar legal superando la simple división entre mayoría y minoría de edad. Propone una graduación según personas e hipótesis, acercándose al naturalismo del caso por caso.

²⁸⁷ «La soluzione che si propone è di non enunciare in proposito una regola generale, che dètti criteri fissi per l'individuazione di tale età. Imprescindibile è, al contrario, la valutazione dell'ipotesi concreta, sì che di volta in volta, in presenza del singolo tipo di manifestazione o di attività ed inoltre in considerazione dell'ambiente in cui si trova ad agire il figlio nonché delle condizioni soggettive dello stesso, si dovrà stabilire se il minore abbia oppur no la capacità o, se si preferisce, il discernimento per prendere una decisione con la medesima consapevolezza con cui la prenderebbe una persona adulta. Criterio che, come si ricorderà, è fissato anche legislativamente, e proprio per le situazioni personali, nel codice svizzero», IDEM, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, pp. 374-378.

²⁸⁸ Stanzione renuncia a poner edades en el Derecho porque supone una esquematización incompatible. Y renuncia igualmente a reconocer una relevancia independiente a la edad real, cfr. IDEM, *Persona fisica. Diritto civile*, p. 242.

jurídico que a toda costa quiere evitar: ¿no se justifica en esta articulación la validez de los actos por la edad legal por muy escalonada que esté en tramos? No consigue dar entrada a la capacidad natural en el Ordenamiento. Nos seguimos preguntando: ¿es posible que la incapacidad natural tenga relevancia jurídica sin necesidad de ser codificada como en el Código civil italiano?²⁸⁹

b) Mayor y menor de edad

La capacidad de obrar basada en la mayoría y la minoría de edad es la propuesta propia de la articulación formalista. Esta postura, sin ser la preferida, supone un avance²⁹⁰, y es la mayoritaria²⁹¹. En mi opinión, el legislador, más que preguntarse por una adecuación mimética entre la capacidad de obrar legal y la capacidad natural, planteó la cuestión fundamental de otro modo quizá menos ambicioso pero más práctico:

²⁸⁹ Artículo 428: «Gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti, possono essere annullati su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore. L'annullamento dei contratti non può essere pronunziato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta la malafede dell'altro contraente. L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui l'atto o il contratto è stato compiuto. Resta salva ogni diversa disposizione di legge».

²⁹⁰ «El sistema de la mayoridad, en general, prescindiendo ahora de los preceptos particulares, regulado en los Fueros y Observancias, creemos que merece un decidido juicio favorable. *Se ha escrito mucho sobre el difícil y delicado problema* que, a la técnica jurídica, plantea la realidad vital del diluido y suave paso de la incapacidad a la capacidad por razón de la edad, y de los muchos y graves inconvenientes que presentan las dos fórmulas extremas posibles: uniformidad y casuismo», SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *La edad en Derecho aragonés*, p. 89.

²⁹¹ «Di rado la legge accerta direttamente la maturità necessaria a provvedere ai propri interessi: abitualmente si serve di regole di esperienza, che possono essere contraddette dalla realtà. Così nel nostro ordinamento la maggiore età è fissata al ventunesimo anno di età, mentre in altri sistema si richiedi un'età superiore o inferiore a quella prevista (...). Presupposto della capacità di agire è la maggiore età», RESCIGNO, Pietro, *Capacità di agire*, pp. 862-863.

¿cuál es el mínimo necesario de capacidad natural para ejercer ‘por sí mismo’ el conjunto de los actos de la vida civil? Ahora no se trata de seguir la capacidad natural en su transcurso vital, sino de fijar el inicio a partir del cual se considera que se tiene ese mínimo o capacidad media²⁹² para poder llevar a cabo los actos y negocios jurídicos en general o alguno en particular. Antes de esa edad no hay capacidad de obrar legal, después sí²⁹³. En la doctrina de la primera mitad del siglo XX se interpretó de este modo el régimen jurídico de la capacidad de obrar del Código civil español, contra lo que reacciona Federico de Castro y toda la doctrina con él, por considerarlo contrario al Derecho histórico y falto de todo realismo jurídico²⁹⁴.

²⁹² «Ogni ordinamento giuridico statuale ha dovuto necessariamente tener conto di tali fatti, e ne ha tenuto conto particolarmente in rapporto al modo in cui ogni soggetto può manifestare il proprio volere, esercitare certe attività (...), almeno sul presupposto di una capacità intellettuale media, risultante dall’equilibrio fisio-psichico che ogni essere dovrebbe raggiungere per il concorrere di fattori fisiologici in rapporto con l’età. Pero quanto essa non sia il solo elemento atto a condizionare la capacità dell’uomo ad agire e a vincolarsi, tuttavia è, prima ancora della salute, fattore essenziale perché è il più intimamente atto a qualificare il soggetto nella sua condizione fisiologica», GUALAZZINI, Ugo, *Età*, p. 80.

²⁹³ «La conciencia que la persona debe tener de los actos jurídicos y de la importancia de sus efectos exige que sea establecido un término antes de transcurrido, en el cual, a la inmadurez de la mente, corresponda una incapacidad de obrar. Este término se fija por regla general, y para ambos sexos en los veintiún años [la mayoría entonces vigente]», RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho civil*, p. 343.

«Con il conseguimento della maggiore età, non si ha il repentino acquisto della capacità naturale di agire, come se, ancora il giorno prima del compimento del ventunesimo anno, il soggetto fosse totalmente incapace. La verità è che, per ragioni di indole pratica, ossia per semplificare i rapporti, nei quali è rilevante l’età del soggetto, è necessario stabilire un punto cronologico fisso della vita di lui, a partire dal quale, lo si considera (sino a prova contraria) capace di agire e prima del quale, lo si condiera incapace —poichè sarebbe complicato e malagevole esigere, caso per caso, la prova della capacità in concreto, da darsi per ogni singola età—. Ma questo non toglie che la capacità si va acquistando gradualmente, col progredire negli anni: ed è possibile, anzi frequente, che il soggetto —incapace di agire agli occhi della legge— sia capace di farlo», MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, p. 228.

²⁹⁴ «Precisamente por reunir la adquisición de la capacidad natural los caracteres propios de una evolución progresiva (en un proceso que, como sabemos, es distinto en cada persona, aunque paralelo en sus líneas maestras), la consideración de ese límite

Ciertamente, sería injusta esta estructuración legal tan tajante en tanto que el recién nacido tendría la misma capacidad de obrar que al que le falta un día para la mayoría de edad, como hace notar Martínez de Aguirre junto a otros autores²⁹⁵. Sin embargo el legislador matiza esta división drástica reconociendo algunos ámbitos en los que se establece una edad inferior, y sobre todo mediante la edad intermedia de la emancipación referida en el Derecho moderno enteramente a la

como determinante de una separación drástica entre dos situaciones jurídicas radicalmente distintas, sería excesivamente distorsionadora de esa correspondencia edad-capacidad natural de que venimos hablando. La fijación de un límite legal de edad para la obtención de la mayoría de edad, no puede suponer, en una consideración realista de las cosas, la asociación de una alteración tan radical de la situación jurídica de una persona a un instante de razón (una especie de momento ‘mágico’), que, en la vida real, apenas si supone variación alguna en la capacidad natural de esa persona», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 1423.

²⁹⁵ Cfr. IDEM, *La edad*, p. 401.

«La edad tiene un significado específico, que es el de marcar las fases en la evolución y desarrollo de la persona, con gran transcendencia en las primeras etapas de su vida, pues ésta cuando nace no goza plenamente de todas las facultades físicas y psíquicas, sino que las mismas se desarrollan conforme se va desenvolviendo el período normal de su formación. Desde esta perspectiva está claro que para el ordenamiento jurídico no puede ser lo mismo un niño de 3 años, que una persona madura de 40 años», VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario, *El Derecho civil. Codificación y Constitución*, en *Derecho Civil. Parte general. Derecho de la persona*, Ed. Tirant lo Blanc, 4ª ed., Valencia, 2003, p. 213.

«Il Codice nostro [italiano], a simiglianza del Codice Napoleone, non distingue, nella minore età, periodi intermedi, come, invece, fece il Codice civile per l'impero germanico. Nella Commissione parlamentare il Piola-Caselli si fece valido assertore del sistema dello sviluppo progressivo della capacità intellettuale e morale, concedendo al maggiore di 18 anni la capacità giuridica di compiere gli atti non eccedenti l'ordinaria amministrazione, per evitare l'inconveniente del passaggio dalla completa incapacità alla completa capacità giuridica. La proposta non fu accolta, ma si accorda al maggiore di 18 anni, come dirò di qui a poco, la piena capacità giuridica nel campo dell'attività professionale», DEgni, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 8. Aunque la terminología no está aquilatada (habla de capacidad jurídica pero se refiere a la capacidad de obrar), lo relevante es la gradación que propone en la edad, los motivos y para qué.

capacidad de obrar, distinta de la *emancipatio* clásica²⁹⁶, pero con precedentes en la *venia aetatis* del Derecho romano²⁹⁷. En mi opinión, la emancipación actual tiene su antecedente más inmediato en el Derecho medieval consuetudinario como auténtica edad intermedia²⁹⁸, para

²⁹⁶ «La emancipación actúa (...) en el ámbito de la patria potestad y nunca, por sí sola, en el de la capacidad», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p. 71.

²⁹⁷ Cfr. ALBANESE, Bernardo, *Le persone nel diritto privato romano*, p. 529.

Además la *venia aetatis* suponía la suspensión de los privilegios en el tráfico jurídico de los menores de 25 años: «A los menores que hubiesen pasado los veinte años, o si eran mujeres los dieciocho, se concedió más adelante que solicitaran del Príncipe la *venia aetatis*», BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, p. 58.

«La *emancipatio* moderna, invece, trova il suo precedente storico nella *venia aetatis* per cui ai minori di 25 anni si concedeva una capacità anticipata, facendo cessare prima del tempo la curatela. Nel diritto intermedio, l'*emancipatio* e la *venia aetatis* si fusero nell'instituto dell'*emancipatio* moderna», DEgni, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 11.

También en otros autores: cfr. BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, UTET, 4ª ed., Torino, 1993, p. 142; cfr. MARRONE, Matteo, *Manuale di diritto privato romano*, p. 168; cfr. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo segundo. Volumen I*, pp. 226-227; cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p. 71; cfr. PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *El menor emancipado*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pp. 31-32.

²⁹⁸ «Otra cosa ocurría en los países de Derecho consuetudinario, en los que la patria potestad terminaba a los veinticinco años, pero donde, en cambio, la minoridad y la incapacidad se prolongaban siempre hasta esa misma edad. La *venia aetatis* funcionaba allí como un medio de adelantar la edad de la capacidad bajo el nombre de emancipación, tanto en beneficio de los menores sometidos a tutela como en el de aquellos otros sometidos a la patria potestad. (...). Es pues en los países de Derecho consuetudinario donde se encuentra el origen de nuestra emancipación actual, a pesar de su nombre romano. También procede igualmente de estas regiones la regla actual de que la emancipación se produce de pleno derecho por el matrimonio del menor. (...). Si nos fijamos en el Código civil, observaremos que después de algunos intentos de originalidad, se ha limitado, en los más de los casos, a codificar las antiguas prácticas consuetudinarias», COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo segundo. Volumen I*, p. 227.

«El Fuero Juzgo es, sin duda, un antecedente de la emancipación por matrimonio y por mayoría de edad. (...). Muchos autores consideran que la primera ley que concedió a los hijos la emancipación por matrimonio fue la ley VIII, Título XI, libro I del Fuero Real. (...). La ley llamada del Matrimonio civil vuela por los fueros de la tradición genuinamente nacional (la del Fuero Juzgo y los cuerpos legales que en él se inspiran)

contrapesar la elevación que tuvo lugar con el paso de la pubertad como plena capacidad de obrar del Derecho romano a la mayoría de edad del Derecho escrito de la Edad Media, y heredado por la codificación.

Carnelutti llama «semicapacidad» o «hipocapacidad» a esta edad intermedia²⁹⁹. Sin llegar a la solución técnica de multiplicar los tramos y sin exigir un examen previo con carácter general para comprobar si el menor tiene capacidad en una hipótesis concreta, la doctrina mayoritaria sí ve razonable una graduación sencilla de la capacidad de obrar por medio de alguna edad intermedia³⁰⁰.

y admite la emancipación por edad y la emancipación por matrimonio. En el Código civil la emancipación propiamente dicha es una manera de terminar la patria potestad y la tutela, que concede al que la obtiene una capacidad mucho mayor que si estuviera sujeto a aquellas potestades, pero que no llega todavía a la capacidad del mayor. Es por lo tanto un medio para pasar gradualmente, y no de un modo brusco, a la mayoría de edad, y en este sentido puede ser aconsejada», *Ibidem*, pp. 244-245, en la parte del comentario al Código civil español.

«Si el menor tiene padre y madre puede ser emancipado por un acto de su voluntad desde la edad de quince años cumplidos. Es el padre el que consiente la emancipación», *Ibidem*, p. 230.

²⁹⁹ «El alcanzar la mayor edad señala el límite entre la insuficiencia y la suficiencia. Precisa, empero, tener aquí en cuenta que durante el período de la menor edad la dosis de voluntad va progresivamente aumentando, de suerte que la voluntad del niño no puede parangonarse a la del adolescente. En cuanto se atribuye relevancia jurídica a los diversos grados de incapacidad natural, se insinúa entre la capacidad y la incapacidad de obrar un tercer concepto que en otra ocasión he denominado semicapacidad o hipocapacidad», CARNELUTTI, Francesco, *Notas sobre la capacidad y la incapacidad*, p. 951; cfr. RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, p. 285. También utiliza este término Messineo, cfr. MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, p. 239.

³⁰⁰ De Castro señala la consideración que el Derecho hace, en orden a la capacidad, de los momentos más representativos del desarrollo vital, y que se dan normalmente a una edad determinada en una misma cultura: «Las edades señaladas por el Derecho, por su carácter necesariamente arbitrario, son distintas en los diversos sistemas jurídicos y respecto de cada acto; no han sido, sin embargo, elegidas de un modo caprichoso, sino que se ha señalado la edad que en cada país y momento se ha creído más representativa o la más general o probable de uno de los momentos esenciales del desarrollo físico o mental de la persona: el momento en que el niño habla y se da cuenta de sus actos; el momento de la pubertad; el momento del pleno discernimiento; el de la vejez o declinar de las facultades físicas y mentales», DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho*

civil de España. Tomo II, p. 151. Esto hace razonable la existencia de la edad intermedia que la emancipación supone.

«La emancipación es un medio de ampliar extraordinariamente la capacidad, que sirve para corregir el inconveniente que resulta de establecer un término uniforme para todas las personas en el cual alcancen la mayoría de edad, por el que se concede a quienes han alcanzado el desarrollo y la madurez necesarios la salida de la patria potestad o de la tutela y el ejercicio de casi todos los derechos de la mayoría de edad», LETE DEL RÍO, José Manuel, *Título XI. De la mayor edad y de la emancipación*, p. 499; véase también la página 504 donde se expresa en parecidos términos.

«La emancipación es un medio de mitigar la rigidez propia del sistema legal de la mayoría de edad, que permite a quienes han cumplido dieciséis años acceder a una situación jurídica de capacidad cuasi-plena, únicamente atenuada por el sometimiento a algunas limitaciones de índole protectora. Presenta también un cierto componente de etapa de aprendizaje, preparatoria de la capacidad de obrar plena (así STS 16 de mayo 1984 [RJ 1984, 2415])», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *Comentario de los arts. 314-324 Cc*, en *Código civil comentado. Volumen I*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 1323-1324.

«La importancia de la emancipación cobra especial relieve en aquellos períodos de tiempo en que existe un desfase entre la realidad y una edad elevada para alcanzar la mayoría, porque es entonces el único medio de que aquellas personas que no tienen cumplida la edad establecida para ser considerados mayores acceden o pueden lograr una mayor capacidad a través de la emancipación», PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *El menor emancipado*, p. 33.

«Ma non sempre si ha questo brusco passaggio dall'incapacità assoluta alla capacità totale, dal buio alla luce del pieno meriggio. Spesso interviene uno stato intermedio in forza d'un atto, l'emancipazione per cui il genitore esercente la patria potestà, od in mancanza, il consiglio di famiglia, dichiara di emancipare il minore (...). Questo stadio dell'emancipazione costituisce una transazione, una tappa dall'incapacità alla capacità: essa è una specie di noviziato del minore per l'uso della sua libertà», FERRARA, Francesco, *Trattato di diritto civile italiano*, pp. 491-492.

«Le procédé peut, toutefois, se révéler, dans quelques cas, trop rigide. Une adaptation individuelle permettant d'anticiper sur l'échéance commune est parfois utile. La faculté d'emancipation corrige l'automatisme du système de fixation de la capacité en conséquence d'âge», GOUBEAUX, Gilles, *Traité de Droit civil. Les personnes*, Librairie générale de droit et de Jurisprudence, Paris, 1989, p. 322.

En el Derecho romano existía una radical diferenciación según la condición de *alieni iuris* o *sui iuris*. Señala Albanese lo siguiente: «Giustiniano contrapose impubertà e pubertà come prima e seconda età; i giureconsulti classici qualificarono talvolta la pubertà come *perfecta aetas*: ma non si trattò di designazione univoca e tecnica», ALBANESE, Bernardo, *Le persone nel diritto privato romano*, p. 432. Encontraremos además en este estudio numerosas fuentes romanas.

«Raggiunta la *iuventus* si acquistava la piena capacità, l'*aetas legitima* o quella che i Romani chiamavano *aetas* per antonomasia. Tutte queste distinzioni dimostrano che per le popolazioni romane la piena capacità giuridica si raggiungeva per gradi e che

La anterior postura ganaba en justicia por acercarse más a la capacidad natural en su previsión legal, y la actual gana en sencillez y seguridad jurídica reduciendo el cuadro de la capacidad de obrar entre mayoría y minoría de edad –por medio de la edad intermedia de la emancipación– y reconociendo capacidades de obrar especiales. Sin embargo, una y otra postura siguen construyendo dos mundos paralelos: el mundo natural (al que tiende la articulación casuística) y el mundo jurídico (al que tiende la articulación formalista). En ambos casos la capacidad natural se cristalizaría al ser estructurada legalmente en el sistema de capacidad de obrar y cualquier desajuste sería considerado un mal menor.

En mi opinión, ninguna de estas posturas consigue una explicación acabada y cabal del desenvolvimiento del sistema jurídico de capacidad de obrar presente en los Códigos: ni con la capacidad de obrar legal por tramos, ni con la división entre una mayoría y minoría de edad. El debate es intenso y abarca un gran número de asuntos que esas técnicas no logran resolver. Los más importantes, que en parte han ido saliendo en las páginas anteriores, son éstos:

- las diferentes concepciones sobre cómo conectar el mundo jurídico y el mundo natural;
- la dependencia de la capacidad de obrar de los estados civiles o viceversa;

seconda dell'età si acquistava il diritto di contrarre matrimonio, di far testamento, di coprire cariche pubbliche, di essere emancipato, di adottare, di essere più o meno benevolmente considerato dalla legge penale e così via», TRIFONE, Romualdo, *Le persone e le classi sociali nella storia del diritto italiano*, pp. 51-52.

«Nel diritto classico mancava invece un termine tecnico che indicasse l'età nella quale si acquistava la piena capacità di agire. Anche il nostro Codice per altro, prescrivendo che “con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa”, ha dovuto tenere presente la distinzione romana, che è poi seguita più da vicino dal Codice penale», DI MARZO, Salvatore, *Le base romanistiche del codice civile*, p. 39. Lo relevante es el uso de la edad para determinar el ejercicio ‘por sí mismo’ de los derechos y deberes.

- las diferencias en la articulación de la capacidad de obrar legal y la capacidad natural;
- si se mantiene o no la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar para los derechos personalísimos;
- si la edad limita la capacidad jurídica o la capacidad de obrar;
- la radical visión de discontinuidad con la que se interpreta el sistema de capacidad antes y después del Código, e incluso antes y después de las reformas iniciadas en 1981;
- si existe o no el principio de incapacidad de obrar del menor y qué soporte legal se ofrece;
- las dudas sobre la relevancia jurídica de la capacidad natural en la codificación;
- la vigencia o no de la incapacidad natural como elemento del negocio jurídico;
- la eficacia jurídica y ‘no nulidad absoluta’³⁰¹ de los actos llevados a cabo por el menor sin capacidad de obrar legal pero con capacidad natural;
- la nulidad de los actos llevados a cabo por la persona con capacidad de obrar legal pero sin capacidad natural;

³⁰¹ La ‘no nulidad absoluta’ es sinónimo de ‘anulabilidad’, pero he preferido mantener la expresión citada para resaltar uno de sus efectos más importantes como es el mantenimiento de la validez del negocio jurídico hasta que no sea definitivamente atacado por el procedimiento que corresponda en cada caso. Ha sido una cuestión discutida. Pero incluso entre aquellos autores que sostienen que se trata de un contrato sin validez, podrían admitir el efecto de la ‘no nulidad absoluta’.

«En este sentido se ha manifestado nuestra jurisprudencia, manifestando que los contratos celebrados por los menores de edad no son nulos ni inexistentes, sino anulables. Ahora bien, precisa la STS de 28 de abril de 1977 que hay que determinar ‘si se trata de un menor sin capacidad natural o con ella, y que en el primer caso el contrato será inexistente y en el segundo anulable’», LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, *La capacidad contractual del menor*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, p. 157.

- la validez de los actos que los menores llevan a cabo según los usos y costumbres;
- la responsabilidad extracontractual de los menores;
- el sistema naturalista del caso por caso para la generalidad de los derechos personalísimos;
- la diferencia en el sistema normativo de capacidad entre el Código civil español y el Código de Derecho Foral Aragonés.

A su vez, cada una de estas cuestiones recibe diversas soluciones en la doctrina, por lo que el tema de la capacidad de obrar legal se ha convertido en una cuestión complicada, siendo imposible encontrar un criterio común que nos permita comprender y aclarar todos los supuestos que entran en ella.

Por eso debemos seguir preguntándonos si existe otra solución técnico-jurídica capaz de articular la capacidad natural y la capacidad de obrar legal de tal modo que esos interrogantes enunciados encuentren una uniforme y adecuada respuesta.

c) La edad legal como presunción jurídica de capacidad

Esta solución ya ha sido apuntada con anterioridad. En mi opinión, todas las sombras en materia de capacidad de obrar legal tienen su raíz en haber olvidado esta naturaleza jurídica de la edad legal, la que tenía inicialmente desde el Derecho romano, la que pervivió a través de la Edad Media y la que mantiene la codificación. Si esto es así, debería aclarar las cuestiones disputadas.

Pero esta solución exige previamente remarcar la sistemática interna de la capacidad de obrar, y recordar cómo se articulan sus elementos. Así pues, y de acuerdo con la doctrina mayoritaria, creo que se debe resaltar que la edad legal no sólo es el elemento más importante, sino el centro del sistema de capacidad de obrar, alrededor del cual se articulan

todos los demás elementos que intervienen en la capacidad de obrar, sea en el momento normativo sea en el momento procesal. Si le damos la relevancia debida a este aspecto, el sistema de capacidad de obrar encuentra una comprensión unitaria y lógico-jurídica. En efecto, según mi parecer, fue un gran avance técnico por parte de la codificación señalar claramente el límite a partir del cual se tiene capacidad de obrar por medio de una edad legal: la mayoría de edad³⁰² (esta técnica fue señalada por Savigny, que hablaba de la existencia de una edad romana con carácter general: la pubertad legal). La cuestión es cómo interpretarla.

Ciertamente, fijar la edad es un primer paso en la estructuración legal, pero no el último que da la jurisdicción civil en la determinación de la capacidad de obrar. La edad legal –por ser el centro de la capacidad de obrar– arbitra un límite a partir del cual se desplaza la carga de la prueba en un sentido o en otro. Se pone una edad legal, no para negar la capacidad de obrar a los que no han llegado a esos años³⁰³, sino para exigir que hasta entonces se pruebe de algún modo la capacidad natural en los negocios jurídicos concluidos y, si es el caso,

³⁰² «Y como para el ejercicio de los derechos suele estimarse necesaria una voluntad plenamente desarrollada y consciente, el ordenamiento jurídico, ante la imposibilidad de medir caso por caso el grado de madurez y también por razones de seguridad, señala un momento en la vida de la persona a partir de la cual se considera que han alcanzado aquella y, por tanto, adquieren la capacidad de obrar», LETE DEL RÍO, José Manuel, *Título XI. De la mayor edad y de la emancipación*, p. 495.

«Essa [capacità di agire legale] si acquista, di regola, con la maggiore età (...). Il compimento del ventunesimo anno segna il momento, nel quale normalmente il soggetto perviene alla maturità fisica e psichica (purchè non scompagnata dall'ideoneità a intendere e a volere), cui corrisponde l'attitudine conseguente a gerire da sè i propri affari; e l'ordinamento giuridico fa coincidere, con questo momento, l'elargizione della capacità di agire», MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, p. 228.

³⁰³ Esta fue la influencia de los iniciadores de la teoría de la capacidad de obrar, que catalogaron la menor edad como circunstancias modificativas de la capacidad de obrar cuando menos, y como la menor edad como impedimento. Si la capacidad de obrar es la capacidad natural en un primer estadio teórico, la menor edad no puede modificar lo que no tiene.

mantener su validez aunque hubieran sido realizados por quien no tiene la capacidad de obrar legal. En cambio, los que tengan esa edad no requieren de esa prevención porque se presume directamente su capacidad por medio de la norma legal; pero aún este caso, existe la posibilidad de destruir dicha presunción mediante la prueba de la falta de capacidad natural. A partir de la redacción originaria del Código civil, en mi opinión, todas sus reformas no serán sino un cambio en el desplazamiento de la carga de la prueba, elemento esencial de la presunción *iuris tantum*. Dichas reformas no son un cambio de sistema como normalmente se interpreta por la doctrina, sino su perfeccionamiento.

Como veremos, considero desmedida la crítica al Código civil español cuando se le acusa de establecer una incapacidad de obrar legal para el menor³⁰⁴; no sólo por la razón expuesta, sino además porque existe la edad intermedia de la emancipación. En mi opinión el Código civil recogió la naturaleza jurídica de la edad a lo largo de toda su historia desde su origen: la edad legal como presunción jurídica de capacidad. Pero la codificación traía unas exigencias técnicas que hicieron interpretar incorrectamente la edad legal; fue un problema más de interpretación doctrinal que del mismo Código. Si la edad legal sigue siendo una presunción jurídica en la codificación, la pregunta de si existe una regla general de capacidad o incapacidad de obrar del menor carece de sentido, precisamente porque por medio de la presunción se consigue que la capacidad natural esté vigente de un modo técnico y complejo.

³⁰⁴ «Para unos se trata de una persona fundamentalmente incapaz, como consecuencia de su falta de conocimiento y voluntad adecuados, a la que el ordenamiento, reconoce capacidad para algunos actos concretos. La incapacidad es la regla y la capacidad es la excepción. Para otros se trata de una persona potencialmente capaz, pero a la que el ordenamiento limita su capacidad para algunos actos en los que estima protegerle frente a su inexactitud. Aquí la regla general será, pues, la capacidad, mientras que la excepción será la incapacidad», BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, *Derecho de la persona*, 24.

Además, los autores reconocen una cierta ‘vigencia’ de la capacidad natural en el funcionamiento del Derecho³⁰⁵, y si bien no califican la edad legal como presunción jurídica, si la describen de ese modo³⁰⁶ al

³⁰⁵ «Esto no significa que el ordenamiento jurídico renuncie al dato de la capacidad de discernimiento o juicio (natural), que a la hora de calificar la actuación jurídica será valorado, sino que la edad, la que corresponda en cada caso, es la que marca en inicio la eficacia del acto, de modo que cuando se quiera atacar éste será necesario probar la falta de discernimiento que se tenía al realizarlo. El dato de la edad general y la concreta fija, *prima facie*, la capacidad de obrar; es decir, el tener la edad requerida presupone gozar de capacidad natural, pero ello sin perjuicio de que se pueda demostrar que, en el caso particular, no se tenía», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La edad*, p. 162.

«Il raggiungimento dell’età che il diritto ritiene sufficiente per l’acquisto della capacità di intendere e di volere può peraltro non escludere che tale capacità, in via generale o con riguardo ad un determinato atto, non sussista: soccorrono in tali casi appositi istituti, quali la interdizione e la inabilitazione, da una parte, e la figura generale della cosiddetta incapacità naturale, dall’altra», FALZEA, Angelo, *Capacità. Teoria generale*, p. 38.

Stanzione llega a examinar si existe una edad real (natural) como figura jurídica autónoma, cfr. STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 292.

³⁰⁶ Adelanto algunas notas para apoyar la afirmación, pero la cuestión será tratada más detenidamente en el capítulo tercero.

«Il significato pratico di quella espressione [*proximus pubertati*] è però senza dubbio questo, che una certa conoscenza del negozio nel tempo vicino alla pubertà deve presumersi, nel tempo vicino alla infanzia non è da presumersi, venendo così rilasciata completamente all’apprezzamento del giudice la decisione per quell’indeterminato periodo intermedio; anzi non è escluso che si possa scostarsi da quella presunzione, ogni volta che ci si presenti evidente uno sviluppo straordinariamente precoce o straordinariamente lento», SAVIGNY, Federico Carlo di, *Sistema de Diritto romano attuale. Volume terzo*, p. 39.

«La capacidad de obrar se establece en función de ciertas situaciones fundamentales o básicas en que pueda encontrarse la persona, a cada una de las cuales en abstracto el ordenamiento jurídico conecta una determinada capacidad de obrar, por presumir que la persona que se encuentra en cada una de estas situaciones reúne los requisitos de inteligencia y voluntad necesarios para actuar en este ámbito que acota la ley», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, p. 278.

«Presunción legal favorable a la mayor capacidad y libertad de la persona: nuestro Derecho parte de la base —y así lo entiende la doctrina y la jurisprudencia— de que las incapacidades, las limitaciones de capacidad y las faltas de legitimación o las prohibiciones, no se presumen, sino que han de hallarse establecidas expresamente por la ley (que en principio está a favor de la mayor libertad de actuación del sujeto), y las

establecidas son de interpretación restrictiva, y ha de probarse que concurren en la persona de que se trate, siendo esta consecuencia cuestión de hecho a apreciar por los tribunales», ALBADALEJO, Manuel, *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, p. 158.

«Questa disposizione [la que fija la mayor edad en los 21 años y la plena capacidad de obrar] che fissa a ventun'anni il raggiungimento della maggiore età, è bassata sulla presunzione che a tale età si è acquistata la piena capacità di volere e la piena maturità intellettuale. Ma poichè in fatto la piena capacità di volere e la maturità intellettuale non si acquistano da tutte le persone alla stessa età, ma l'acquisto varia da persona a persona, si può ammettere che la fissazione del termine di vintun'anni per tute le persone ha qualche cosa di arbitrario; ma tale arbitrio è stato imposto da una necessità di ordine pratico, non potendosi ammettere che si debba decidere, caso per caso, se una persona ad un dato momento, abbia, o non, acquistato della piena capacità di volere coincidesse coll'acquisto della capacità di generare, ossia col raggiungimento della pubertà. Quindi la distinzione fondamentale in diritto romano era fra *puberi e impuberi*. E nei tempi più antichi sembra che si dovesse decidere caso per caso se la persona avesse acquistata, o non, la capacità de generare», GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, p. 76.

«La minoría de edad, que cesa a los veintiún años cumplidos [art. 338 Cc francés] es la situación del individuo que se presume no ha adquirido un grado de formación intelectual suficiente para que pueda gobernarse por sí mismo», COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo segundo. Volumen I*, p. 6.

«Apoyándose a la incapacidad del menor en una presunción legal de ineptitud natural que, como todas las presunciones, puede verse contrariada por la realidad de los hechos, se concibe fácilmente que esta incapacidad experimenta ciertas excepciones a título de moderaciones necesarias», *Ibidem*, p. 8.

«El art. 34 CDFA sienta dos presunciones: se presume la capacidad de la persona que ha cumplido catorce años y que no ha sido incapacitada judicialmente, así como su aptitud de entender y querer un acto concreto. En cualquier caso dichas presunciones son *iuris tantum*, de tal manera que si se acredita esa falta de aptitud, el acto será considerado inválido y, por tanto, podrá solicitarse su nulidad por el propio menor con asistencia (art. 37 CDFA)», LÓPEZ AZCONA, Aurora, *La peculiar situación jurídica del menor aragonés mayor de catorce años*, en «Actualidad Jurídica Iberoamericana», núm. 2, febrero, 2015, p. 455.

«La mayoría de edad representa, indudablemente, un criterio estándar de certidumbre jurídica radicado sobre una presunción *iuris tantum* de existencia de plena capacidad de obrar, que tan sólo puede desvirtuarse por medio de una resolución judicial constitutiva del estado civil de incapacitación», RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español*, p. 130.

«El principio de presunción de capacidad está previsto en nuestro derecho. La regla general es, por tanto, la capacidad de la persona y la excepción la incapacidad», FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad*, p. 54.

intentar conjugar todos los elementos que confluyen en la capacidad de obrar tal y como funcionan en el Ordenamiento.

Esta naturaleza jurídica de la edad ofrece una visión integradora al otro gran elemento de la capacidad natural —la enfermedad—, permitiendo construir un sistema unitario de la capacidad de obrar. Si la edad es una presunción *iuris tantum*, ¿cuál es la prueba en contrario? La edad como presunción jurídica emplaza a la enfermedad³⁰⁷ que afecta al autogobierno a ser demostrada con pruebas en el ámbito judicial en el caso concreto o para una persona determinada.

2. La enfermedad: excepción

a) Incapacitación judicial: excepción particular estable

La edad se había incorporado legalmente de un modo sencillo a primera vista: se trataba de convertir la edad natural en edad legal. A partir de aquí había varias soluciones técnicas (por tramos, mayoría-minoría, presunción jurídica) que tratan de conjugar la capacidad de obrar legal y la capacidad natural. En cualquiera de ellas la edad es la regla general, que señala cuál es la capacidad mínima necesaria para actuar por sí mismo.

Cfr. STANZIONE, Pasquale, *Persona fisica. Diritto civile*, pp. 243-244; cfr. SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *La edad en Derecho aragonés*, pp. 47-48. Referida a la capacidad intelectual sobre todo e intentando que sea progresiva, cfr. DEGNI, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 8.

³⁰⁷ «Raggiunta l'età legale, la maturità psico-etica necessaria alla capacità negoziale si presume, salvo che essa manchi o venga a mancare per qualsiasi causa, anche transitoria che produca, nel soggetto, la incapacità di intendere o di volere (art. 428 cod. civ. it.)», ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 89.

«Se concibe que haya personas individuales que por razones naturales (edad) o por razones de salud (alienación mental), o por otros motivos que el legislador aprecia, se hallen en imposibilidad legal de ejercer por sí mismas sus derechos y en el cumplimiento de los deberes, no en la titularidad de ellos», SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho civil*, p. 146.

Pero en la teoría de la capacidad de obrar, además de la edad estaba la enfermedad como circunstancia relevante para la capacidad natural³⁰⁸, que también tiene raíces en el Derecho romano³⁰⁹. La enfermedad tiene carácter excepcional y supone la falta de la capacidad natural normal. Lo relevante no es la enfermedad, sino la falta de capacidad natural o autogobierno que provoca³¹⁰. ¿Cómo se ha articulado legalmente la

³⁰⁸ «L'infermità mentale deve consistere in uno sconvolgimento delle facoltà volitive, giacchè l'intelligenza ed il volere sono indissolubilmente congiunti», DEGNI, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 17.

También en RUGGIERO, Roberto de, *Istituzioni di diritto civile*, p. 178.

³⁰⁹ Para el Derecho romano también la enfermedad era la otra gran circunstancia que afectaba a la capacidad de obrar. La enfermedad en el Derecho romano, cfr. BESTA, Enrico, *Le persone nella storia del diritto italiano*, p. 124. Los enfermos de mente no tienen capacidad de obrar en el Derecho romano, cfr. ALBANESE, Bernardo, *Le persone nel diritto privato romano*, pp. 537 y ss. También está privado de capacidad el *furiosus* y el *demens*, cfr. BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, pp. 142-143.

«La incapacitación como figura autónoma en el orden doctrinal y legislativo es relativamente reciente, pues arranca del siglo XIX, relacionada –una vez más– en parte con el pensamiento de quienes colaboraron e influyeron en la codificación civil. No obstante, no puede decirse que carecía de precedentes en el sistema romano al que, en parte, siguió el legislador español de 1889», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, pp. 165-166.

«En efecto, al lado de la curatela de los púberes huérfanos, se prevén dos tipos más de curatela especial para los púberes y mayores de edad *sui iuris*, en orden a la capacidad: la *cura furiosi*, para aquellos que se estuvieran en estado de demencia –a los que se equiparaba a ciertos sordomudos analfabetos–, y a la *cura prodigi* para quienes hubieran sido declarados pródigos a consecuencia de haber dilapidado su patrimonio familiar. Este sistema y esta misma configuración es la que, prácticamente, pervivirá hasta la codificación civil», *Ibidem*, pp. 166-167.

³¹⁰ Cuando se trate de anular actos realizados por quien ha sido incapacitado, la regla es volver una vez más a la capacidad natural del incapacitado. Para ello, se tienen en cuenta, a modo de prueba, si ha habido perjuicio patrimonial o moral en el incapacitado, o si ha habido buena o mala fe en la otra parte contratante, cfr. GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, p. 87.

«Quivi la capacità di intendere e di volere non è riferita espressamente alla sanità mentale, nè, rispettivamente, l'incapacità ad una malattia mentale, il che ha fatto pensare che l'incapacità sussista anche quando si tratta di infermità non propriamente psichiche, ma fisiche, incidenti sulla normalità della coscienza e della volontà (ebrietà, stupefazione, da qualunque causa determinate) ed anche di stati emotivi e passionali (ira, intenso dolore, anche indipendentemente da fatti ingiusti altrui, oppure la

enfermedad que afecta a la capacidad natural? Por medio de la llamada incapacitación civil³¹¹. En este caso la solución técnica es más sencilla, porque es más fácil una coincidencia entre capacidad de obrar legal y

cosiddetta ‘follia morale’). (...). Non ha importanza la distinzione tra infermità fisica e infermità psichica, quando l’una si risolve nell’altra ed è causa di questa», ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 92.

Hay una interesante modificación en el Código civil italiano con respecto a la enfermedad física o somática. Al promulgarse el Código en el 1865, los ciegos y sordomudos eran inhabilitados de derecho al llegar a la mayoría de edad. Con la reforma, se invierte la regla: los ciegos y sordomudos son plenamente capaces, salvo excepcionalmente para algunos actos jurídicos en los que esa capacidad fuera esencial. La inhabilitación ya no es algo general sino especial y excepcional. «Secondo il codice del 1865 invece i sordomuti e i ciechi dalla nascita erano, al cessare della minore età, inabilitati di diritto, salvo che il tribunale li avesse dichiarati abili a provvedere alle cose proprie. Il cambiamento della regola nel novo codice è stato fatto in seguito alla considerazione dei progressi realizzati e largamente diffusi nei metodi di educazione delle persone colpite da tali infermità; progressi che imponevano di invertire la regola accolta dal codice del 1865», GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, p. 84.

Es significativo el caso italiano que, como hemos visto, en la redacción originaria consideraba a los ciegos y sordomudos incapaces para los actos en los que era necesario dicho órgano del sentido, mientras que ahora se establece la presunción contraria, con la posibilidad de considerarlos incapaces si se prueba. Se demuestra que la capacidad natural es, al igual que en la edad, el núcleo de dichas normas sobre la capacidad, cfr. DEGNI, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 15.

«El estado mental se concibe como consecuencia y no como localización de la enfermedad. La relación entre enfermedad e incapacidad natural no es de identidad, sino de causalidad: la enfermedad se considera como causa de la incapacidad de entender y de querer» CARNELUTTI, Francesco, *Notas sobre la capacidad y la incapacidad*, p. 951.

«Esta es la única causa de incapacitación; ni la simple debilidad de espíritu, ni la vejez, ni una enfermedad corporal, como la sordomudez, ni la prodigalidad, ni el desorden de la vida privada son causas suficientes en tanto no priven al individuo de la posesión de sus facultades mentales», COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo segundo. Volumen I*, p. 294.

³¹¹ Puede recibir otros nombres. En el Código civil italiano está la interdicción y la inhabilitación, como una cierta gradación dentro de la incapacitación.

«Pour d’autres incapables, comme le mineur et le fou, l’incapacité est réelle. La loi ne fait que sanctionner et régler un état de choses qui s’impose à elle. L’incapacité légale recouvre alors l’incapacité naturelle et il y aura lieu de tirer des conséquences de cette idée», PLANIOL, Marcel, *Traité Pratique de Droit Civil Français. Tome I. Les personnes*, p. 302.

capacidad natural, debido a que la incapacitación civil incluye no sólo una norma sino una sentencia judicial, y por lo tanto ceñida al caso concreto, donde se examina la capacidad natural de un sujeto determinado. Los problemas existían en la edad legal porque no se podía ir caso por caso ni persona por persona, como sí ocurre en la incapacitación por tratarse de una excepción que difiere de la regla general de capacidad que la edad legal previamente establece.

Por tanto, la articulación legal de la enfermedad que afecta a la capacidad natural no ofrece problemas técnicos en la doctrina. En cambio, sí se reproducen aquí los debates teóricos de la capacidad de obrar en versión negativa: la relación entre la incapacidad de obrar y la incapacidad natural³¹², llegando a veces a casuísticas demasiado

³¹² Degni señala que la doctrina dominante distingue y contrapone la incapacidad jurídica y la incapacidad natural: «Altri scrittori negarono tale distinzione, sostenendo che nel nostro sistema giuridico positivo, non si possa parlare di una incapacità naturale contrapposto all'incapacità legale», DEGNI, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 27. Este planteamiento, que ha sido muy debatido y tratado por los especialistas en la teoría general de capacidad, no tiene sentido si se contempla bajo el prisma de la presunción jurídica. Aunque siempre ha habido autores, que han visto una curiosa compenetración de ambas incapacidades, no habiendo lugar a su contraposición, sin que hayan visto su explicación técnico-jurídica en la presunción jurídica, clave para entender toda la normativa de la capacidad de obrar. Hay además bibliografía sobre los autores que no ven incompatibles dichas incapacidades, cfr. *Ibidem*, pp. 26-27.

«Il Cimbali sostenne che non v'è differenza fra incapacità naturale ed incapacità legale poichè questa non è che il riconoscimento e la consacrazione di un'effettiva incapacità naturale derivante da mancanza di sviluppo o di regolarità delle funzioni mentali. La distinzione tra incapacità legale ed incapacità naturale, egli, diodeva, è accettabile soltanto per ragioni di metodo in quanto vi sono talune categorie di incapacità espressamente dichiarate e regolate dalla legge, talune altre non dichiarate nè regolate. Ma non è che fondamento alle prime sia unicamente il dettato della legge positiva, ed alle seconde lo stato di effettiva deficienza delle facoltà mentali derivante dalla natura, la cui giuridica efficacia si svolge indipendentemente dalla legge. Le incapacità naturali, non ostante il completo e deplorabile silenzio del legislatore italiano intorno ad esse, non lasciano di costituire, per la natura stessa delle cose, un ostacolo insuperabile alla valida formazione del contratto. La differenza sta solo in ciò che, mentre l'incapacità dell'interdetto dura finchè non sia revocata la sentenza d'interdizione, l'incapacità di chi, senza essere interdetto, addivenga ad un contratto

complicadas³¹³; si es o no un estado civil³¹⁴ y si por lo tanto la sentencia de incapacitación tiene carácter constitutivo o meramente declarativo³¹⁵; si limita a la capacidad jurídica o a la capacidad de obrar³¹⁶, etc.

non essendo sano di mente dura finchè non sia cessata l'alienazione mentale, ma, tolta questa differenza, quanto alla durata dell'incapacità di contrattare la natura della medesima è identica», *Ibidem*, p. 28. Al hablar de la reforma del Código italiano, Degni dice que se acabaron las discusiones sobre la oposición entre incapacidad natural e incapacidad jurídica, porque se prevé expresamente la primera en el Código.

«Su questo punto si era agitata in dottrina una viva controversia. Secondo l'opinione dominante, accanto all'incapacità cosiddetta legale (quella cioè derivante da interdizione o da inabilitazione) doveva ammettersi la cosiddetta incapacità naturale, la quale importava nullità assoluta dell'atto per mancanza assoluta di volontà del dichiarante. E questa opinione, che era accolta anche dalla giurisprudenza, si basava sul principio fondamentale che per l'esistenza e la validità del negozio giuridico è necessaria la capacità di volere, e quindi, quando questa manca, il negozio giuridico si deve considerare nullo. Secondo un'altra opinione invece, non si poteva far distinzione tra incapacità naturale e incapacità legale, non potendo in ogni caso l'incapacità aver base che nella legge», GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, p. 91.

Carnelutti afirmaba que «la incapacidad natural no puede devenir incapacidad jurídica, si no es en virtud de una norma legal, que faltaba para los actos entre vivos. (...). Actualmente, pues, en el ordenamiento jurídico italiano la incapacidad natural determina la incapacidad jurídica independientemente de su reconocimiento mediante procedimiento de interdicción o de inhabilitación», CARNELUTTI, Francesco, *Notas sobre la capacidad y la incapacidad*, p. 952.

Cfr. MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, p. 232.

³¹³ Sobre la prueba de la enfermedad mental se ha de tener en cuenta el grave perjuicio del enfermo, la mala fe del otro contrayente que remitirá a la primera, y todo ello después de la prueba de la enfermedad mental. Todo esto en el caso de actos anulables, cfr. DEGNI, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 36. Pero incluso en estos casos, cuando se prueba que no hay grave perjuicio, el acto seguirá siendo válido, no por falta del perjuicio, si no porque dicha ausencia de perjuicio, es una prueba de que la enfermedad mental no era tal que impidiera actuar por sí mismo al supuesto incapaz natural.

³¹⁴ También aquí entra el estado civil. Habrá que tener en cuenta lo dicho anteriormente en la capacidad jurídica, donde describíamos qué papel juega el estado civil en el sistema de capacidad. La enfermedad mental o psíquica para Degni afecta al estado civil como causa natural junto a la edad y el sexo, cfr. DEGNI, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 14.

³¹⁵ Ciertamente la sentencia tiene carácter constitutivo como subraya Garcimartín Montero: «La sentencia de incapacitación constituye uno de los supuestos paradigmáticos de pronunciamiento de carácter constitutivo», GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, *La sentencia de incapacitación: posibles contenidos*, en *Hacia una*

Esta es la nota que es conveniente subrayar en la incapacitación: su excepcionalidad. ¿Qué nos revela? Dos cosas.

1) Dicha característica remite a la regla general de la capacidad establecida por la edad, y de este modo la edad legal y la incapacitación judicial están lógicamente conectadas³¹⁷. Por lo tanto, ¿cuál es el criterio

visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 222. Pero más adelante añade: «Las continuas afirmaciones doctrinales no son gratuitas. Como ya he señalado la incapacitación se produce por (y en consecuencia “desde”) la sentencia que pone fin al proceso. Pero también es cierto que la incapacitación se basa en la ficción de que el incapaz lo es desde que la sentencia adquiere firmeza y hasta entonces tenía capacidad lo cual, obviamente, es irreal», *Ibidem*, p. 241. Pero a ello hay que añadir que siempre serán atacables los actos realizados con incapacidad natural. Así pues, debemos ver el carácter constitutivo de la sentencia en el conjunto del sistema para poder tener una comprensión completa de lo que ello significa.

³¹⁶ «Ora dobbiamo occuparci dell'infermità mentale che sia stata accertata dopo un giudizio che ha prodotto l'interdizione o l'inhabilitazione dell'infermo, e che costituiscono la *causa immediata* dell'incapacità giuridica, mentre l'infermità ne è stata soltanto la *causa mediata*», DEGNI, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 16. Se incurre en el mismo error en mi opinión: llevarla al campo de la incapacidad jurídica.

«L'opinione contraria sostenuta da qualche scrittore (per es. Santoro Passarelli) secondo cui le infermità mentali sono causa di esclusione o limitazione della capacità giuridica anche per altri riguardi, cioè, in particolare, per contrarre validamente matrimonio, o per compiere validamente un atto di riconoscimento di figli naturali, o di adozione, o un testamento, o una donazione, non può considerarsi fondata, perchè l'incapacità di compiere validamente tali atti, di cui le infermità mentali sono causa, è, come abbiamo già precedentemente osservato a proposito dell'età, un'incapacità di agire, e non già un'incapacità giuridica», GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, p. 25.

Spota cita al respecto a un civilista francés, Josserand: «Hay ciertas incapacidades, llamadas de hecho, que son necesarias, imperiosas, imponiéndose al legislador, por ejemplo, las que recaen sobre un niño o un alienado; y hay otras, llamadas de derecho o legales, que son más o menos arbitrarias y contingentes, que representan una creación de un derecho positivo determinado: en Roma, la que pesaba sobre las mujeres en razón de su sexo; en nuestros días la que se pronuncia contra los prodigos, o aún la que resulta para la mujer como consecuencia del matrimonio», SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho civil*, p. 167.

Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, p. 215.

³¹⁷ Es a lo que se refiere la doctrina en el fondo cuando habla de una regla general de capacidad: «La capacità di agire è la regola. L'incapacità di agire, ossia l'inettitudine

para incapacitar a una persona? La falta de capacidad natural (o autogobierno). Pero aún es necesaria otra pregunta: ¿cuánto autogobierno o capacidad natural tiene que faltar? Y aquí es donde hay que seguir acudiendo a la edad: se ha de carecer del autogobierno medio que la edad señala, es decir, el que una persona tiene a los 18 años³¹⁸ —mayoría de edad en la generalidad de los casos—. Este es el único criterio positivo³¹⁹ que el juez tiene para hacer la valoración del caso concreto

ad agire —suo termine antitetico— è l'eccezione (...). Chi afferma l'incapacità deve darsi carico della relativa prova», MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, p. 228.

³¹⁸ Resolución de la DGRN de 3 de marzo de 1989: «2. (...) y, por otra parte, el artículo 322 del Código Gvil debe ser valorado en conexión con la técnica del Código Civil de fijar, con ocasión de la regulación de actuaciones jurídicas concretas, la edad requerida para su válida conclusión (vid. artículos 46, 443, 662, 992, 1.246 y 1.263 del Código Civil, y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.), lo que permite afirmar que si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1, 3 y 4 del Código Civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad».

SAP B 566 de 12 de julio de 2016: «En suma, la prueba no es concluyente sobre el alcance no ya de conocimientos políticos, sino de capacidad mínima de discernimiento sobre lo que significa ir a votar. No puede un juez establecer un standard de exigibilidad de capacidades cognitivas o intelectual superior a las que sean predicables en cualquier ciudadano y no se ha acreditado que la recurrente no cumpla con unos mínimos, por lo que debe prevalecer la presunción de capacidad. Lo esencial es entender que el voto personal ayuda a que el partido o la persona más votado será quien gobernará y ejercerá la autoridad política y ni siquiera un eventual error en la configuración de la decisión produciría un efecto directo en el mundo jurídico, sino a lo sumo, un efecto diferido en la configuración de las mayorías políticas. Aunque con precauciones, la asimilación de una discapacidad a una edad mental inferior (6, 8, 10, 14, 18 años) podría ayudar a considerar una pauta de interpretación. Sacramento tiene 63 años, pero *no consta que su edad mental sea inferior a la de una persona de 18 años*». La cursiva es mía.

³¹⁹ «Nella scienza del diritto, l'aspetto negativo dei fenomeni è visto solitamente nell'ottica dell'eccezionalità e ad esso è lecito riservare nelle trattazioni non più di un fugace cenno, mentre l'analisi deve svolgersi sul piano delle connotazioni positive, rispettando ed allienandosi così a ciò che avviene normalmente: la valutazione del profilo patologico non assurge a livello, non rispecchierebbe adeguatamente la realtà.

(además de los requisitos que las normas de incapacitación establezcan, encabezados por el carácter habitual de la enfermedad que afecta a la capacidad natural). Lo dicho no deja de ser algo evidente en sí mismo, admitido por la doctrina, pero interesa retenerlo especialmente en el momento de estudiar otras edades, como la matrimonial canónica.

Además, la jurisprudencia ha ido estableciendo criterios jurídicos que ayudan a perfilar esa capacidad media que presume la edad legal y que, a modo de plantilla, sirven para enjuiciar la capacidad del caso concreto.

2) Hay otro dato que la nota de excepcionalidad nos revela: que la incapacitación no es una regulación jurídica independiente, sino un elemento que viene a completar el mismo y único sistema de la capacidad de obrar cuyo núcleo es la edad legal entendida como presunción jurídica. Es más, la incapacitación es la pieza última en el cuadro legal de la capacidad de obrar, sin la cual no sería posible una comprensión completa y unitaria de ésta. Ello obliga a que el autogobierno –el ejercicio por sí mismo, la capacidad natural– sea el mismo y único punto de referencia tanto de la edad legal (para presumir su existencia a unos años determinados), como de la incapacitación (para destruir esa presunción), tal y como la doctrina reconoce unánimemente. Ahora se puede entender mejor que la edad legal es la

Questa si risolverebbe infatti in una serie di episodi caratterizzati quasi sempre dalla presenza e dall'operatività dei requisiti richiesti per il verificarsi di un certo accadimento: se invece essi o sono assenti o subiscono alterazioni, l'ipotesi è da considerare del tutto marginale e, in quanto tale non degna di attenzione. Ma l'incapacità d'agire fuoriesce certamente da questo schema, ponendosi al centro del dibattito dottrinale; del resto, la stessa disciplina normativa, con la molteplicità delle sue previsioni in argomento, fornisce una valida giustificazione al descritto atteggiamento», STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 192.

presunción de capacidad, donde la incapacitación no es sino la prueba en contrario³²⁰.

Con esto se consigue además la integración de todas las normas que afectan a la capacidad de obrar, dándole un carácter unitario al sistema de capacidad, que tantos autores de la doctrina española venían reclamando. Por lo que ya podemos dar un paso más en la calificación de la naturaleza jurídica de la edad legal. En efecto, el tipo de presunción en que consiste es el de *iuris tantum*, admitiéndose en consecuencia la prueba en contrario. Dicha prueba puede ser estable si la enfermedad es persistente, y a ella se refiere la incapacitación³²¹; o puede ser puntual si la afectación de la capacidad natural no es

³²⁰ «El supuesto necesario de todo legislador prudente, es el de conceder a las personas capacidad civil y considerarlas normales y perfectas, con aptitud física y psíquica bastante para disfrutar y ejercitar los derechos, y de este supuesto han partido las legislaciones de todas las épocas; por tanto, para restringir y limitar a una persona su capacidad de obrar, por razón de enfermedad, ha hecho falta siempre una prueba en contrario de aquella presunción *iuris tantum* que el derecho establece. Esto explica que si en otras causas modificativas, la edad, por ejemplo, el legislador da la regla general para determinar la capacidad de las personas, en la enfermedad, la legislación no puede formular una regla general, ni menos determinar al detalle las distintas enfermedades que pueden alterar el régimen funcional de los individuos, sino que se limita a exigir en cada caso particular la prueba de la enfermedad, que es como una excepción al supuesto de capacidad que todos los hombres tienen», VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de derecho español*, p. 274.

³²¹ Tal es la estabilidad de la prueba en contrario, que Colin y Capitant, hablarán de una ‘presunción de insania’: «No se distingue si el acto ha sido realizado o no en un intervalo lúcido; deberá ser siempre anulado; precisamente, para evitar las invencibles dificultades de la prueba relativa al estado mental de enfermo en el momento de la realización del acto, la ley ha establecido la presunción de insania, que, desde la sentencia, pesa sobre todos sus actos. Siendo esta presunción una de las que sirven de fundamento para que la ley anule ciertos actos, es absoluta y no admite prueba alguna en contrario. No pueden hacerse aquí distinciones como respecto del menor, según los actos del incapaz. Se recordará que el menor es capaz de realizar una porción de actos tan pronto como ha adquirido un cierto grado de desarrollo intelectual suficiente. Sobre todo, los actos de administración que ha realizado siguen siendo válidos en tanto no le causen una lesión», COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo segundo. Volumen I*, p. 302. Y siguen preguntándose los autores si los incapacitados pueden realizar actos en intervalos lúcidos: de ello nos ocuparemos en el apartado siguiente.

persistente, y a ella se refiere la anulación por sentencia de los actos concretos llevados a cabo por el incapaz natural³²².

Al igual que ocurría con la edad, la doctrina normalmente no designa la incapacitación como prueba estable en contra de la edad legal, pero sí la describe fenomenológicamente como presunción de incapacidad³²³. Como ni en la edad ni aquí se trata de una calificación técnica sino sólo descriptiva por parte de los autores, el significado de lo que quieren decir estaría respaldado por la consideración de la incapacitación judicial como prueba que destruye establemente la presunción jurídica de la capacidad establecida por la edad. Que a veces los autores mencionen de forma descriptiva que la incapacitación supone una presunción de incapacidad, no significa otra cosa sino que la falta de capacidad natural es «persistente» –tal y como ha de quedar acreditado en la sentencia–, de modo que la prueba en contra de la existencia de capacidad natural es estable, es decir, igualmente «persistente».

³²² Messineo pone en la prueba la distinción entre incapacidad de obrar legal e incapacidad natural: «La rilevanza della distinzione sta in questo: che, per far valere l'incapacità legale, non è necessario darne la prova caso per caso e con riferimento al momento in cui un dato atto fu compiuto dall'incapace, corrispondono tale incapacità a una situazione del soggetto, obbiettivamente accertabile, o preventivamente accertata, sì che essa può invocarsi da chi vi abbia interesse, senza ricorrere ad una prova specifica: l'incapacità legale opera di *iure*, mentre, nei casi di incapacità naturale, occorre la prova su cennata e gioca l'ipotesi del c. d. lucido intervallo», MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, p. 232. En el fondo no es tanta la diferencia, porque en la incapacidad legal ya ha habido prueba de tal incapacidad natural, prueba que se considera 'vigente'. La diferencia está en el desplazamiento de la carga de la prueba en mi opinión.

³²³ «Fuera de los casos en los que la ley impone un régimen distinto, los actos del incapacitado están afectados por la presunción de incapacidad, en virtud de la propia sentencia de incapacitación», TENA PIAZUELO, Isaac, *La capacidad para realizar actos con eficacia jurídica, en la jurisprudencia*, en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 145.

«La incapacidad del incapacitado, como se funda en una presunción de insania permanente, es más extensa y radical que la del menor», COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo segundo. Volumen I*, p. 302.

Lo importante es que se encuentra en la doctrina, una vez más, el recurso a la presunción legal para describir el mecanismo del otro gran elemento de la capacidad de obrar como es la incapacitación.

b) Incapacidad natural: excepción particular puntual

¿Cómo plantear la relación entre capacidad de obrar legal y capacidad natural ahora que tenemos el cuadro completo de la capacidad de obrar? No se trata de establecer una preferencia a favor de una u otra, ni mucho menos de contraponerlas. Forman parte del mismo sistema, donde la técnica ha sido establecer una norma general por medio de la edad legal, mediante la cual se hace un reparto de la carga de la prueba. Los que tengan la edad legal no necesitan probar su capacidad; y si alguien la niega ha de probarlo en la incapacitación judicial, o en un proceso donde demuestre que carecía de la capacidad natural en el concreto negocio jurídico. En el caso de los menores, esta lógica de la presunción requiere de una explicación más extensa, que haré en el capítulo tercero; baste de momento mencionar que los actos concluidos por el menor no son nulos de pleno derecho, y ello sólo puede ocurrir porque se deja abierta la posibilidad a que exista capacidad natural. En mi opinión, la consideración conjunta del momento normativo y del momento procesal es necesaria para lograr la comprensión jurídica del sistema de capacidad de obrar que el legislador ha establecido.

Con lo dicho hasta ahora se solucionan parte de los interrogantes que enunciaba con anterioridad, y se ponen las bases para comprender los que faltan. En concreto: ¿cómo explicar la pervivencia de los actos del menor incapaz legalmente pero con capacidad natural suficiente?, ¿cómo dar razón de la nulidad de los actos llevados a cabo por quien es capaz legalmente pero sin capacidad natural?, ¿cómo sostener la validez de los actos llevados a cabo por el incapacitado judicial pero con capacidad natural? Lo veremos en el apartado siguiente.

Una respuesta común a todas estas cuestiones ha sido adelantada: el acto así realizado no es nulo de pleno derecho sólo por haberse llevado a cabo por un menor o por un incapacitado, sino anulable³²⁴. Esto es posible si existe un reconocimiento jurídico de la capacidad natural de toda persona, incluidos el menor y el incapacitado. En mi opinión, este reconocimiento se explica si se entiende la norma de la mayoría de edad como presunción jurídica y como centro del entero sistema de la capacidad de obrar legal en nuestro Ordenamiento.

IV. LA EDAD LEGAL: CENTRO DE LA CAPACIDAD DE OBRAR

A. EXPLICACIÓN TEÓRICA: LA EDAD LEGAL COMO CENTRO DE LA CAPACIDAD DE OBRAR

De lo visto hasta ahora en el plano teórico de la capacidad de obrar (distinción con la capacidad jurídica, con el estado civil, definición, elementos y articulación teórica de los elementos), la edad legal aparece como núcleo del sistema de capacidad de obrar, como punto cardinal sobre el que gira todo el sistema, de tal modo que los demás elementos encuentran su posición en relación a ella. Esta conclusión a la que llega

³²⁴ «El art. 502 [Cc francés] dice que todos los actos realizados por el incapacitado después de la sentencia de incapacitación son nulos de pleno derecho. Esta expresión podría hacer creer que son nulos con nulidad absoluta, tanto más cuanto que la incapacitación establece la presunción de la insania permanente, por lo que el acto del incapacitado deber ser considerado como falto de un elemento esencial a todos los actos jurídicos, a saber: la intervención de una voluntad consciente de sí misma. Sin embargo no es así (...); la nulidad de los actos del incapacitado es una nulidad relativa, que puede ser invocada durante la incapacidad solamente por el tutor del incapacitado, por este mismo una vez terminada la incapacitación, y por sus causahabientes», *Ibidem*, p. 306.

la teoría de la capacidad de obrar necesita de una estructuración legal acorde con sus principios. A mi juicio, la edad como presunción jurídica era la solución técnica más adecuada para reflejar los avances doctrinales en materia de capacidad de obrar. En cierta medida es una retroalimentación entre Derecho y doctrina: por un lado la edad legal en el Derecho impulsa la reflexión teórica, y por otro lado la doctrina describe lo que ya existe legalmente.

Llegados a este punto, conviene delimitar dos ámbitos básicos que han salido hasta el momento: la teoría de la capacidad de obrar y la naturaleza de presunción jurídica de la edad legal. Por un lado, la capacidad de obrar es una teoría que nos da la comprensión jurídica de la edad en el Derecho, y responde a la pregunta sobre lo que es, sus elementos y su articulación. Por otro lado, la calificación de la edad legal como presunción señala el mecanismo jurídico que estructura técnicamente la edad descrita por la teoría de la capacidad de obrar, y responde a la pregunta sobre la naturaleza jurídica de la edad en el Ordenamiento. Dicho esto, considero necesarias las siguientes aclaraciones.

La edad legal tiene un carácter positivo: no es una limitación ni una modificación ni un requisito³²⁵, sino el mismo núcleo de la capacidad de obrar. La doctrina posterior a la codificación había discutido si la edad es una limitación de la capacidad jurídica o de la capacidad de obrar, o de ambas³²⁶. La doctrina mayoritaria que sostiene la segunda opción, no

³²⁵ Cfr. DERNBURG, Arrigo, *Pandette*, p. 220.

³²⁶ Es muy frecuente esta postura en los autores civiles. El menor a veces es estudiado incluso en el ámbito de la incapacidad, cfr. RUGGIERO, Roberto de, *Istituzioni di diritto civile*, p. 174; cfr. WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle pandette*, p. 220.

«In via induttiva è anzitutto possibile supporre che i due concetti si distinguano in relazione alle cause di esclusione e di limitazione. Vale a dire, partendo dal presupposto che la capacità giuridica è una regola generale, tutte le limitazioni alla capacità che derivano da speciali ragioni, come l'età, il sesso, la cittadinanza, la buona condotta giuridico-penale, la buona condotta morale, alcune condizioni della persona o del patrimonio (stato di salute, fallimento, amministrazione controllata ed altro) siano

se pone de acuerdo para determinar el lugar que la edad debe ocupar en el cuadro de la capacidad de obrar³²⁷, y ofrecían diversas soluciones al respecto³²⁸ (presupuesto de la capacidad de obrar, fundamento natural, condición de capacidad, limitación, modificación, etc.) que van adquiriendo progresivamente un carácter negativo. Todas estas

necessariamente riferite alla capacità di agire. Il che non può considerarsi esatto, neppure in considerazione dell'elemento preso in considerazione dal codice per determinare la capacità di agire, ossia l'età. Se è vero che le limitazioni ai diritti e alle facoltà sancite per ragioni di età riguardano quasi sempre la capacità di agire, perchè attengono normalmente alla capacità negoziale, non si può negare che quando il difetto di età impedisce l'assunzione *ab extrinseco*, ossia non per attività, volontà o atto del soggetto, di una qualità giuridica, oppure esclude il soggetto da una serie di rapporti (ad es. rapporti politici), tale difetto genera una limitazione della capacità giuridica», ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 38.

«Hay causas que influyen en la capacidad de obrar, limitándola o modificándola [edad, enfermedad, condena penal]», RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho civil. Volumen primero*, p. 343.

Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral. Tomo I*, p. 158.

Estos autores conciben la capacidad de obrar referida a la capacidad de entender y querer, a la capacidad natural. Mientras que la edad legal no tendría nada que ver con la capacidad natural, sino que encuentra su justificación sólo en la norma legal. Es una visión artificial de la cuestión a mi modo de ver que lleva a contradicciones teóricas que la realidad no refleja lógicamente, cfr. DEGNI, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 5.

Hasta que la doctrina fue avanzando, se llegó afirmar que los menores no tienen ni siquiera titularidad de los derechos porque no podían comprenderlos. Esto ocurría en los primeros pasos de la teoría de la capacidad donde la voluntad fundamentaba los pasos doctrinales iniciales.

«L'età é considerata una delle condizioni necessarie per attribuire, limitare, o negare la capacità giuridica, come capacità di agire», GUALAZZINI, Ugo, *Età*, p. 80.

³²⁷ Así se introdujo en el Código civil francés y así lo estudió la primera doctrina que lo comentaba, que estudiaba dentro de la incapacidad a los menores e interdictos (cfr. PLANIOL, Marcel, *Traité Pratique de Droit Civil Français. Tome I. Les personnes*, p. 301).

³²⁸ Cfr. STANZIONE, Pasquale, *Persona fisica. Diritto civile*, p. 80.

La edad no es el presupuesto de hecho de la capacidad de obrar. Decir eso es decir poco. No sólo es presupuesto, sino también elemento que está al principio y durante los efectos de la capacidad de obrar sosteniéndola y dándole validez. No veo adecuado hablar de la edad como limitación de la capacidad de obrar, sino más bien como medición o concreción de la capacidad de obrar. La edad es también la capacidad natural. Pero todas estas afirmaciones carecen de unidad porque la edad no es vista como presunción jurídica.

discusiones son un trasunto de los debates sobre la conexión entre la capacidad de obrar legal y la capacidad natural, y en todos ellos sigue manteniéndose la tensión continua por lograr el mayor ajustamiento entre ellas, nunca logrado satisfactoriamente porque en todas las propuestas hay como un “salto en el vacío” donde la conexión se pierde. Si la edad legal es la capacidad de obrar medida, decir que a la vez es una limitación de la misma no es razonable.

En este punto tiene especial importancia una postura doctrinal muy extendida, que intentando sistematizar todos los elementos que afectaban a la capacidad de obrar elabora la ‘teoría de las circunstancias modificativas de la capacidad de obrar’³²⁹. ¿Qué ocurre? Que la edad ya no ocupa el eje, sino que es una circunstancia más que junto a otras

³²⁹ «La minorité, cause d’incapacité», PLANIOL, Marcel, *Traité Pratique de Droit Civil Français. Tome I. Les personnes*, p. 307.

Sánchez Román ha influido en la doctrina española en este punto. Basta ver para ello el esquema de su obra *Estudios de Derecho civil. Parte general*, véase su índice.

Castán ha asumido esta teoría de las causas modificativas de la capacidad de obrar, que formula del siguiente modo: «En su sentido más propio, circunstancias modificativas de la capacidad son las que limitan la capacidad de obrar o de ejercicio. Se fundan estas restricciones, como ya decíamos, en circunstancias subjetivas de ciertas personas que obligan a la ley a retardar o suspender su aptitud para realizar actos jurídicos, remediando, entretanto, su defecto de capacidad con instituciones y medios supletorios o complementarios», CASTÁN Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, p. 159.

«Las únicas limitaciones de la capacidad de obrar que hoy reconoce el Derecho son la menor edad y la falta de aptitud de la persona para gobernarse a sí misma, que darán lugar a los estados civiles de la menor edad e incapacitación, respectivamente», DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil. Volumen I*, p. 202.

«La menor edad implica una restricción o limitación de la capacidad de obrar, por lo que el menor se encuentra sometido a la patria potestad de sus padres y, en su defecto, a tutela», LETE DEL RÍO, José Manuel, *Título XI. De la mayor edad y de la emancipación*, p. 496.

Y en general la doctrina italiana, que ha asumido con bastante fidelidad los postulados de la doctrina alemana: «Sono cause modificatrice della capacità giuridica l’età, il sesso, la salute, la perdita dell’onore. Si discute in dottrina se e fino a qual punto le circostanze relative all’età, al sesso, alla salute (...) incidano sulla capacità giuridica o piuttosto sulla capacità di agire», RESCIGNO, Pietro, *Capacità civile*, en *Novissimo Digesto Italiano. Volume II*, UTET, 3ª ed., Torino, 1957, p. 875.

determina la capacidad de obrar, perdiendo así toda centralidad y haciendo imposible una comprensión del sistema. Aquí se da una mala aplicación a mi modo de ver de la teoría de la capacidad de obrar, porque se contempla en el ámbito jurídico una capacidad natural abstracta y genérica prescindiendo de la concreción que los autores hacen por medio de la edad; es decir, dejan a un lado el razonamiento que la teoría hacía de la capacidad natural, medida e identificada por la edad natural y reconocida por la edad legal. Olvidan que la capacidad natural y la edad son la misma cosa (capacidad natural=edad), no una limitación una de la otra, y que entran en el Derecho como edad legal. Los autores, al hablar de la edad como circunstancia modificativa de la capacidad de obrar –así la sistematiza este sector doctrinal–, convierten la capacidad de obrar en algo ideal y distinto de la edad; de ese modo, se pierde de vista que la mayoría de edad y la capacidad de obrar plena son lo mismo.

No obstante, los autores que así sistematizan la capacidad de obrar, en el fondo quieren resolver el problema de la incapacidad de obrar legal de los menores. Pero incluso en este caso, la teoría de la capacidad de obrar se tornaría incomprensible: siendo la edad la misma capacidad natural medida, la realidad es que el mayor de edad tiene la capacidad natural propia del mayor de edad, y el menor de edad de 14 años tiene la capacidad natural propia del sujeto de 14 años, y el niño de 2 años no tiene capacidad natural como es propio de su edad; entonces, si la capacidad de obrar legal se apoya en la capacidad natural, ¿cómo va a modificar la minoría de edad la capacidad de obrar si falta la capacidad natural que está en la base? No se puede limitar ni modificar lo que no se tiene. No se ha afrontado el problema en el fondo: ¿cómo se relaciona la capacidad de obrar legal y la capacidad natural que cada uno tiene conforme a su edad?

Da la sensación, que para la teoría de las causas modificativas de la capacidad de obrar se parte de un recocimiento general e ideal de

capacidad de obrar para toda persona³³⁰, y dicho reconocimiento encontraría una modificación por medio de la menor edad (que en el Código civil español los autores señalaban en el artículo 32.2º antes de la reforma de 1983 como veremos en el capítulo segundo). Pero hay varios inconvenientes en esta postura: por un lado no existe base legal para partir de ese reconocimiento general y abstracto de capacidad de obrar a toda persona, por lo que sería un presupuesto puramente teórico, necesario para catalogar la minoría de edad como modificación de una capacidad de obrar legal supuestamente atribuida a todos sin base normativa; y por otro lado, existiría una contradicción entre mantener que el presupuesto de la capacidad de obrar es la capacidad natural, y a la vez considerar la minoría de edad como ‘circunstancia modificativa’ que restringe una capacidad de obrar que ni tiene (porque no existe la atribución legal) ni puede tener (si no tiene capacidad natural). En mi opinión existe en la doctrina española una tensión entre no reconocer el principio legal de incapacidad de obrar del menor como punto de partida, y en justificar la negación legal de la capacidad de obrar del menor.

Esta postura sobre la minoría de edad tiene sus raíces en la posición de Savigny y de la doctrina alemana, que hicieron de la mayoría de edad una frontera legal para reconocer la capacidad de obrar al mayor, y negársela al menor³³¹. No está claro para la doctrina el lugar que la edad

³³⁰ «El reconocimiento de la personalidad supone la atribución de una capacidad de obrar potencial a todos los seres humanos, como derivación de su capacidad jurídica, sin perjuicio de que el ejercicio de esa capacidad de obrar se encuentra circunstancialmente limitada (se habla de la existencia de una incapacidad de obrar), por razones justificadas», BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, *Manual de Derecho civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, p. 71.

«Para que a la causa privativa de un derecho se le asigne la nota de modificativa de la capacidad es necesario que radique en deficiencias, vicios o anormalidades del sujeto», DUALDE, Joaquín, *Capacidad*, en *Enciclopedia Jurídica Española. Tomo V*, Barcelona, Ed. Francisco Seix, 1910, p. 3.

³³¹ Cfr. SAVIGNY, Federico Carlo di, *Sistema de Diritto romano attuale. Volume terzo*, p. 23.

debería ocupar en el cuadro sistemático de la capacidad de obrar³³². En mi opinión la codificación no ha reinventado la edad legal ni ha cambiado su esencia jurídica, únicamente la ha ordenado de otro modo, sin intención de cambiar el carácter positivo que le corresponde como centro sobre el que gira todo el sistema de capacidad de obrar con sus elementos: la edad quiere facilitar el ejercicio de los derechos de los que alguien es titular señalando cuál es la capacidad que posee; no tiene como objetivo decir quiénes no pueden obrar legalmente cuando no pueden por faltar la capacidad natural.

La edad fue una genialidad jurídica, y es un instrumento técnico para señalar el *quantum* de la capacidad de obrar legal. No es algo instrumental, adyacente, sino la misma capacidad medida, y auténtico punto de confluencia de todos los demás elementos que intervienen en la determinación de la capacidad de obrar legal. Su eje o centro es la edad, y en mi opinión, esto desvela su naturaleza jurídica como presunción, técnica capaz de reorganizar todas las normas y elementos que intervienen en la capacidad de obrar tal y como veíamos anteriormente en la doctrina.

El carácter negativo con el que se entendió la edad legal para los menores hizo que se interpretara que en el Código civil español existía el principio de incapacidad de obrar general del menor, contra el que reaccionó la doctrina desde Federico de Castro. Si vemos la edad como presunción *iuris tantum*, nunca podrá existir un principio de incapacidad de obrar legal del menor ni del incapacitado. La edad legal como presunción no tiene esta función, sino desplazar la carga de la prueba de la capacidad natural en un sentido u otro, pero dejando intacto el

³³² «Con l'età già si passa ad una di quelle circostanze sulle quali non v'è concordia di collocazione, di talché è dato ritrovarla tanto nell'elenco delle restrizioni della capacità giuridica quanto, piú di frequente, tra le limitazioni della capacità di agire, con la peculiarità in quest'ultima ipotesi di presentarsi –ad avviso di taluno– come fatto costitutivo e della capacità generale e di quella speciale», STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 212.

principio teórico de que cualquiera que tiene capacidad natural puede actuar con eficacia jurídica, principio que el Código civil da por hecho como ocurría con el sujeto de derecho y la capacidad jurídica; y lo da por hecho porque existía en el Derecho histórico y en la doctrina, y ahora con apoyo en la Constitución³³³. Lo que hace el Código es reordenar de otro modo la edad legal, que técnicamente es lo que ha sido siempre, sin que se haya manifestado en la fase de redacción la intención de cambiarla³³⁴. En el capítulo siguiente abordaremos las normas del Código civil español y del Código de Derecho canónico para comprobar si esa interpretación propuesta y olvidada está vigente en ambos.

B. NATURALEZA JURÍDICA: LA EDAD LEGAL COMO PRESUNCIÓN JURÍDICA DE CAPACIDAD

Siendo la edad el eje de todo el sistema de capacidad de obrar, la naturaleza jurídica acorde con dicha teoría y con la historia, es la edad como presunción jurídica de capacidad. Esta postura olvidada desde la codificación, en mi opinión resuelve los problemas teóricos y prácticos que la edad plantea tomando como base los Ordenamientos jurídicos vigentes.

Retomamos las preguntas que la doctrina se ha planteado constantemente: ¿cómo explicar la validez de los actos del menor incapaz legalmente pero con capacidad natural suficiente?, ¿cómo

³³³ «La capacidad de obrar se presume plena como principio general, como corresponde al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad. Por tanto, las limitaciones han de ser expresamente establecidas (por ley o sentencia), y han de interpretarse en casos dudosos de modo restrictivo», DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil. Volumen I*, p. 202.

³³⁴ «En el Código civil no se nota ninguna desviación esencial respecto al Proyecto de 1851, y no hay que olvidar al interpretarlo que, según la Ley de Bases, se conserva la regulación del Derecho histórico patrio», DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 172.

explicar la nulidad de los actos llevados a cabo por quien es capaz legalmente pero sin capacidad natural?, ¿cómo explicar la validez de los actos llevados a cabo por el incapacitado judicial pero con capacidad natural?, ¿cómo apoyar legalmente el principio de capacidad limitada del menor?, ¿cómo dar una razón unitaria de la capacidad de obrar, tanto la que se refiere a la edad como la que se refiere a la enfermedad?, ¿cómo ofrecer una misma explicación de la capacidad de obrar tanto en la Parte general como en la especial, tanto en la edad de la mayoría como en las edades especiales?, ¿cómo relacionar técnicamente lo natural y lo jurídico en la capacidad de obrar sin caer en extremos naturalistas ni positivistas?, ¿cómo sustentar en las normas vigentes la tendencia a un mayor reconocimiento de la capacidad de obrar del menor? En definitiva: ¿cómo aceptar la vigencia de la capacidad natural sin caer en el casuismo antijurídico? Creo que todas las cuestiones debatidas en la capacidad de obrar reciben una solución jurídica aceptable si se interpreta la edad legal como presunción jurídica de capacidad en el Derecho civil y en el Derecho canónico; y además, se mantendría la coherencia con aquello que toda la doctrina reconoce unánimemente: que la capacidad de obrar se basa en la capacidad natural.

Si la edad legal es una presunción *iuris tantum*, eso significa que la prueba en contrario es uno de sus elementos. En determinados ámbitos jurídicos el Derecho mantiene esta técnica de la presunción, y uno de ellos es el de la determinación de la capacidad de las personas. El momento procesal en el resto de normas –distintas de la presunción– sirve para reafirmar con pruebas lo que el texto legal dice, pero en el caso de la presunción jurídica ocurre al revés: la prueba va destinada a dejar sin efecto la norma, en este caso la edad legal. Por lo tanto, la edad legal necesita para una comprensión jurídica acabada de la fase judicial. Ya vimos que la incapacitación civil determina la capacidad de obrar como prueba en contrario con estabilidad; a ello se añade la incapacitación de obrar determinada por una sentencia para un acto en concreto cuando

se prueba que no poseía capacidad natural el que tenía la presunción legal a su favor. Esto hace que toda excepción a la capacidad de obrar en el fondo sea una excepción a la edad legal como centro de imputación de todo el sistema normativo de la capacidad de obrar legal. Así se soluciona una de las reclamaciones doctrinales más importantes: una concepción unitaria de toda norma de la capacidad de obrar que se cree perdida en el Código.

Si toda excepción es parte de una prueba verificada por el juez, eso pone de manifiesto la naturaleza en parte procesal de la edad legal, exigencia que sólo cumple si es una presunción legal de capacidad, naturaleza jurídica que emerge sólo cuando no se pierde de vista la unidad entre el momento normativo y el momento procesal del Derecho.

En el capítulo segundo examinaremos la legislación actual para ver si es posible la interpretación ofrecida hasta el momento, y en el capítulo tercero aplicaremos la teoría de las presunciones a la edad legal para ver si encaja en dicha técnica.

CAPÍTULO II

LA EDAD LEGAL: CENTRO DE LA CAPACIDAD DE OBRAR EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EN EL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO

I. LA TEORÍA GENERAL DE LA CAPACIDAD DE OBRAR Y LA CODIFICACIÓN

A. LA EDAD EN LA ETAPA PREVIA A LA CODIFICACIÓN

¿Cuál era la situación anterior a la codificación con respecto a la edad? La teoría de la personalidad, de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar está en formación y el binomio estado natural-estado civil aglutina todas las propiedades, condiciones y posiciones jurídicas de la persona en esta etapa³³⁵, por lo que cualquier cualidad ha de ser encasillada en uno u otro estado³³⁶. Este planteamiento provoca que la edad empiece a ser sistematizada conforme a esa clasificación, y catalogada inicialmente como estado natural con relevancia jurídica³³⁷.

³³⁵ «Entre los romanistas que con sus obras pudieron haber influido en los juristas y en el movimiento legislativo español se definía el estado civil como una cualidad en razón de la cual los hombres gozan de diversos derechos, y de acuerdo con esta idea se distinguía un estado natural y un estado civil. Estado natural, se decía, es el que proviene de la misma naturaleza (...). Y por estado civil se entendía el dimanante del Derecho civil», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, p. 281.

³³⁶ Es el concepto omniabarcante de las Partidas (2, 23, 1): «El estado civil como condición o manera en que los hombres viven o están».

³³⁷ «Bajo la legalidad anterior al Código parte de la doctrina entendía que la edad constituía un estado natural de las personas, en contraposición al estado civil, en razón

El estado, concebido no al modo romano sino según el Derecho moderno, seguía siendo el término central en la estructuración jurídica de la persona y su capacidad³³⁸. Más adelante, se difumina aquella distinción, y se funden los estados naturales y los estados civiles, argumentando que la naturaleza no causa por sí sola estados sino mediante la ley, «de lo cual se deducía que todos los estados son legales o civiles»³³⁹, aunque no hubiera acuerdo doctrinal sobre cuáles y cuántos eran³⁴⁰. Debido a que existían en el Derecho español autores que habían clasificado la edad como estado natural, y porque posteriormente todos

seguramente a que el cambio de un estado a otro se producía, valga la expresión, naturalmente, es decir, por el mero decurso del tiempo», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, pp. 288-289.

³³⁸ «Podemos leer en la obra de Jordán de Asso que persona es el hombre considerado en su estado. Se sigue, pues, el criterio de vincular el concepto de personalidad al de *status*, con lo que persiste la posibilidad de estimar persona al siervo a pesar de su carencia de capacidad jurídica: también el esclavo tiene un estado propio. (...). Venía ya esbozada esta concepción en la obra de Samuel Pufendorf, quien sostuvo que con el título de ‘personas morales’ se designaba ‘los hombres mismos considerados en relación a su estado moral o a la función que tengan en la sociedad’. Fue Heinecio, empero, en sus *Institutas*, que tanta influencia tendrían en la enseñanza del Derecho, el que popularizó la fórmula de que el hombre es persona en cuanto se le reconoce un estado, con la que se niega personalidad al que carezca de él. En España, Jordán de Asso, siguiendo estas ideas, escribe, por su parte, que ‘la persona es el hombre considerado en su estado’, agregando a continuación: ‘por lo que se dice que no puede haber persona sin que se considere en uno u otro estado’. Igual doctrina enseñan Sala y Escriche», CORRAL TALCIANI, Hernán, *El concepto jurídico de persona. Una reconstrucción unitaria*, pp. 304-308.

«El criterio ordenador subyacente, es decir, la conservación y reconversión de los estados civiles, sobre la base de la igual capacidad jurídica de todas las personas, es hoy uno de los nervios estructurales del Derecho, el que le permite articular sus posiciones básicas (pública y privada) en relación con los sujetos individuales, sin poner en cuestión la igualdad fundamental de los mismos, ni su libertad como sujetos jurídicos», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 92; cfr. PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, p. 281.

³³⁹ *Ibidem*, p. 282.

³⁴⁰ «Pero la determinación de estos estados civiles tampoco era una cuestión pacífica por cuanto el tránsito del antiguo al nuevo régimen originará una fundamental revisión del estado civil con el fin de acomodarlo a las nuevas coordenadas sociales y políticas», *Ibidem*, p. 282.

los estados —tanto civiles como naturales— serán reconducidos a la única categoría de ‘estado civil’, la edad será considerada por primera vez en nuestro Derecho como un estado civil³⁴¹, y se empieza a justificar sobre todo en la doctrina española dicha sistematización, cuya línea proseguirá Federico de Castro³⁴².

Según se va recibiendo la teoría de la personalidad jurídica y de la capacidad, todo estado civil que implique una desigualdad de partida en la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones irá siendo desplazado como categoría central en el Derecho de la persona, y trasladado a aquél ámbito donde las diferencias estarían justificadas, es decir, al campo de la capacidad natural³⁴³. Esta es la postura de una parte

³⁴¹ «Tesis ésta [mantener la edad como estado natural] que no parece admisible por cuanto el tránsito, por ejemplo, de la minoría a la mayor edad se produce también como consecuencia de la posición que al respecto adopta el legislador, que con cierta arbitrariedad establece el momento a partir del cual se produce el cambio de estado (...); por ello y en relación con esta circunstancia de la edad cabe hablar de un verdadero estado civil, por cuanto condiciona no sólo el desarrollo físico de la persona, sino también el psíquico o intelectual, lo cual justifica que el legislador tome en consideración este dato para establecer con relación al mismo unos distintos estados civiles, delimitadores cada uno de ellos de una peculiar capacidad de obrar», *Ibidem*, p. 289.

³⁴² Ramos Chaparro hace mención del comentario de García Goyena sobre el art. 7 del Proyecto de 1851 [«Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan á los españoles, aunque residan en país extranjero»], donde recoge el siguiente término de estado: «*Estado: como el de hijo legítimo o natural reconocido, mayor o menor edad, casado; el estado, en suma, es una calidad personal á la que la ley reconone ciertos derechos, e impone deberes y restricciones (...)*». Adopta una concepción amplia y evolutiva, que reunifica el material de las Partidas y el de las Instituciones, similar a la de Jordán de Asso, aunque sin distinguir expresamente entre estados naturales y civiles (...). La presencia de esta definición en nuestro comentarista indica la pervivencia doctrinal en la civilística española decimonónica del concepto amplio intermedio del estado, integrador de los ‘naturales’ y de los ‘civiles’, que acaso sea una de las claves explicativas del posterior éxito y arraigo de la conocida construcción castriana. Tal vez este lastre de tradicionalismo es lo que impide al propio García Goyena expresar de forma plena y adecuada el sentido de la dualidad terminológica estado/capacidad que aparece en el texto del art. 7», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 94.

³⁴³ «La distinción entre mayores y menores de edad, cuya eficacia se ha desplegado históricamente sólo sobre el ámbito de la capacidad de obrar, sin tocar el terreno de los

de la doctrina española³⁴⁴, que contrasta con la postura mayoritaria en el resto de Europa donde, o bien se prescinde del estado civil (doctrina y legislación alemanas), o bien se le sitúa como concepto instrumental de la personalidad/capacidad jurídica (doctrinas francesa e italiana) con la misión de atender el aspecto social del sujeto capaz de derechos y obligaciones de tal modo que se justifiquen las diferencias de cada persona en función de la posición ocupada en los distintos grupos (Estado y familia)³⁴⁵.

Así pues, una vez que el estado civil recalca en el ámbito de la capacidad de obrar en nuestra doctrina anterior a la codificación, se usará para dar cobertura jurídica a la progresiva formación de tres grupos diferenciados: la mayoría de edad, la emancipación y la minoría de edad. En principio eran dos temas diferentes —una cosa era el estado

status (que es de la capacidad jurídica y la mejor o peor condición de las personas), se había introducido, como vimos, en el incipiente régimen jurídico de la personalidad, bajo la especie del estado natural», *Ibidem*, pp. 107-108.

Con el reconocimiento de la capacidad jurídica, y la incompatibilidad con aquellos estados civiles que implicaran una desigualdad injustificada, se llega a «una idea más estricta del estado civil, pues sólo se considerarán tales aquellos que hacen relación con el ejercicio de los derechos civiles (...), y de acuerdo con esta idea se definirá el estado civil, con base también a la aludida disposición de la Partida 4,23,1, como un punto del que parten derechos, obligaciones e incapacidades, porque las leyes afectan al hombre de distinto modo atendida su capacidad física y moral y la distinta posición en que se halla», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, p. 283.

³⁴⁴ La influencia del siguiente comentario de García-Goyena es evidente en parte de la doctrina española: «Comentario al art. 7: Estado: como el del hijo legítimo ó natural reconocido, mayor ó menor de edad, casado: el estado, en suma, es una calidad personal á la que la ley reconoce ciertos derechos, é impone deberes y restricciones». No existe ninguna referencia al estado civil en los Comentarios de García Goyena respecto a la mayoría de edad y a la emancipación, cfr. GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Universidad de Zaragoza, Cátedra de Derecho civil, 1974, p. 6.

³⁴⁵ Cfr. CICU, Antonio, *Il concetto di 'status'*, p. 196.

civil y otra la capacidad de obrar—³⁴⁶ pero que acaban confluyendo y en cierta medida facilitando el error de hacer depender la capacidad de obrar del estado civil.

El Proyecto de Código civil de 1851 inaugura la distinción entre mayores y menores de edad³⁴⁷ que, junto a la eliminación de los *alieni iuris*³⁴⁸, provocará un cambio importante en nuestra tradición jurídica a la hora de estructurar la capacidad de obrar³⁴⁹. Ésta se basaba con

³⁴⁶ De hecho, apenas tiene transcendencia jurídica el que los autores califiquen la edad como estado civil (o estado natural antes), ya que la edad hacía referencia siempre a la capacidad de obrar.

³⁴⁷ Artículo 276 del Proyecto 1851: «Son menores todas aquellas personas sin distinción de sexo que no hayan cumplido los veinte años».

³⁴⁸ «Hasta el Proyecto de Código Civil de 1851 (...), a partir de la pubertad legal es posible la dispensa de edad (vid. Arts. 386 y 438 y ss, Proyecto de 1821; arts. 429, 437 y 514 y ss, Proyecto de 1836) y continúa la distinción romana entre el *sui iuris* y el *alieni iuris*», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p. 81.

³⁴⁹ «En el Derecho español anterior a la codificación el modelo romano se sigue con fidelidad en las leyes de Partida. La emancipación es siempre una causa de extinción de la patria potestad que afecta al orden patrimonial (los peculios). No obstante el devenir histórico, se introducirán importantes variaciones en este punto (la admisión del matrimonio como causa de emancipación) provocando en favor de los elementos germánicos de nuestro Derecho propio, una ruptura importante del esquema romano», *Ibidem*, p. 73.

«Será alcanzado el siglo XIX, durante el proceso codificador, y en concreto en el Proyecto de 1851, tildado de afrancesado y fuertemente influido por el *Corpus Iuris Civilis*, cuando definitivamente se fijen las coordenadas inspiradoras del nuevo sistema de la minoría de edad. El Proyecto de Código Civil de 1851 opta, decididamente, por medir la capacidad de las personas atendiendo únicamente a la edad límite programada por la ley, rompiendo con ello, en cierta medida, con la disciplina instituida desde las Partidas», RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español*, p. 135.

«Durante la etapa previa a la codificación, notoriamente dominada por la tradición romanista, primó el criterio de que la capacidad de obrar del individuo, su autonomía personal y patrimonial, se determinaba en atención a dos vectores o parámetros esenciales de valoración: la existencia de la capacidad natural, es decir, la presencia de la aptitud necesaria para entender y querer; y la consideración jurídica de un sujeto como ser dependiente —*alieni iuris*— o independiente —*sui iuris*—. Esta circunstancia, se constata con claridad meridiana en la categorización que recibieron los ciudadanos, en atención a la edad que ostentaran, en las leyes vigentes anteriores a la promulgación del

anterioridad en la capacidad natural, con los límites de la potestad familiar³⁵⁰ que se extendían tanto al mayor como al menor de edad. Ahora, la mayoría de edad será causa de emancipación³⁵¹, y por lo tanto de extinción de la patria potestad y de la tutela (y curatela), dando inicio de este modo a una plena capacidad de obrar sin los límites de ninguna potestad privada (padres o tutores)³⁵².

El realismo jurídico, poniendo el acento en la capacidad natural como fundamento de la capacidad de obrar legal, unido a la concepción individual de la persona propia del movimiento codificador, facilita que

Código civil de 1889 –las Partidas, la Novísima Recopilación, la Ley de Matrimonio Civil de 1870 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881–», *Ibidem*, pp. 132-133.

³⁵⁰ «La diversificación de las personas en orden a su capacidad de obrar, en mayores y menores, con el consiguiente establecimiento de una edad límite entre ambos, procede de la etapa de la codificación civil. Con anterioridad a la misma la capacidad de obrar (...) venía determinada a través de dos datos: la existencia de capacidad natural (...) y la consideración jurídica de dependiente (*alieni iuris*) o independiente (*sui iuris*)», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p. 17.

«La mayoría de edad sólo se contemplaba como plena capacidad: desaparición del curador –para el que lo tuviera (menor emancipado y huérfano)– y de la *actio de restitutio in integrum*. Para el hijo de familia en ningún caso significaba la extinción de la patria potestad», *Ibidem*, p. 75.

³⁵¹ Artículo 160.4º del Proyecto de 1851.

³⁵² «Se va a producir un acercamiento entre ambas [mayoría de edad y patria potestad]. (...). Esto tiene lugar en el momento en que, en dichos Proyectos se pasa a contemplar a la mayoría de edad como causa de extinción de la patria potestad (así todos: Proyecto de 1821, art. 378; Proyecto de 1836, art. 405.5º; Proyecto de 1851, art. 160.4º; Proyecto de Libro I de 1869, art. 199.4º). Por primera vez, y sin ningún precedente propio, la mayoría de edad, que para el hijo de familia (no así para el huérfano y el emancipado ya) sólo es capacidad, al suponer la extinción de la patria potestad, va a significar la plena autonomía personal y patrimonial (salvo la necesidad, que todavía se contempla en dichos Proyectos, de solicitar consejo para contraer matrimonio)», *Ibidem*, p. 77.

«La estratificación de la capacidad de la persona pasó a depender exclusivamente del criterio objetivo de la edad, con absoluta independencia de la relación de subordinación existente entre los hijos y la autoridad parental. También, por vez primera, se dio entrada a la categoría civil del menor emancipado», RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español*, p. 136.

las capacidades volitivas e intelectivas prevalezcan sobre la potestad familiar y tuitiva, provocando un doble cambio: 1) por un lado, desplazando las facultades del padre y tutor al sujeto que pueda ejercerlas por sí mismo por tener la capacidad natural suficiente expresada en la edad legal³⁵³; y 2) por otro lado, cambiando la concepción sustitutiva de la patria potestad y de la tutela a instituciones de protección del menor e incapaz³⁵⁴. Lo principal es el sujeto de derecho, y lo secundario la familia y el Estado.

Es entonces cuando comienza la división clara y definida en la capacidad de obrar que llega al Código: mayores —a los que se equipara el menor emancipado—³⁵⁵ y menores de edad³⁵⁶. La uniformidad y estabilidad en este punto será propicia para la consideración de estos

³⁵³ «La obra codificadora, con buen criterio de unidad sistemática, articuló el régimen de la edad en la dinámica del *status familiae*, generalizando, e intentando uniformar (por la emancipación forzosa), la situación subjetiva, típica o ideal, del individuo totalmente autónomo y plenamente capaz. Este es un nuevo e importante detrimento de la fuerza jurídica del estado familiar, en aras de la realidad subjetiva e individual de la persona», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, pp. 107-108.

³⁵⁴ «Tras la implantación pacífica, definitiva e irreversible del citado sistema (que sólo ha evolucionado después a la rebaja en la cifra de la edad), queda claro que el estado familiar ha perdido su *vis atractiva* sobre la esfera jurídica de la persona, su función absorbente de la capacidad jurídica patrimonial, y se limita ya a instrumentalizar órganos y funciones tuitivas, temporales, en atención a la incapacidad de obrar del hijo, haciéndose coincidir legalmente, el fin de dicha incapacidad con el de aquellos contenidos tuitivos de la relación paterno filial», *Ibidem*, p. 108.

³⁵⁵ «A partir de 1851 la mayoría de edad y la emancipación dejan de contemplarse en sede de patria potestad o tutela para pasar a integrar un título independiente. La generalidad que ello comporta de calificar a la emancipación como causa de ampliación de la capacidad de obrar», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, pp. 81-82.

³⁵⁶ «A partir del Proyecto de 1851 (art. 171 y ss.) la tendencia va a ser la de equiparar a todos los menores de edad (desaparición de la distinción entre *sui iuris* y *alieni iuris*), y de ahí a acercar las causas de pérdida de la potestad ostentada sobre el menor (patria potestad o tutela) a la plena capacidad del mayor de edad», *Ibidem*, p. 81.

grupos como estados civiles: estado civil del mayor de edad, estado civil del emancipado³⁵⁷ y estado civil del menor de edad³⁵⁸.

¿Por qué ocurre esto? La teoría del estado civil había sido claramente desplazada por la del sujeto de derecho y su capacidad por exigencias del realismo jurídico: todos los hombres son iguales por naturaleza, y por lo tanto iguales ante la ley; por lo que cualquier diferencia jurídica no podía encontrarse en una diferente dignidad personal, como ocurría en el Derecho romano, sino en otras cuestiones no discriminatorias. Como consecuencia, el estado civil tendrá dos vías de recolocación: 1) para atender a la diversidad que realmente existe en la capacidad jurídica –en los derechos y deberes de los que alguien es titular–, que fue la opción de la doctrina italiana y francesa; 2) para atender a la diversidad en la capacidad de obrar –en el ejercicio por sí

³⁵⁷ «Así pues, la emancipación es un nuevo estado civil en que puede encontrarse el menor de edad, en el que desapareciendo su dependencia personal y patrimonial por la extinción de la patria potestad o tutela, se encuentra habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor (323)», *Ibidem*, p. 86.

«Tal vez esta emancipación automática por mayor edad, que hoy nos parece tan obvia y natural, signifique históricamente el máximo rasgo de decadencia del vigor jurídico de los vínculos familiares, y sea el mejor exponente de la supremacía alcanzada por el principio de personalidad en nuestras sociedades modernas», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 108.

³⁵⁸ En el Proyecto de 1851 aparece por primera vez un título, el Título VI, después de los dedicados a la familia, referido a la menor edad, con un solo artículo (art. 142: «Las personas de ambos sexos, que no han cumplido 20 años, son menores de edad»): «Introduce un elemento novedoso en la organización jurídica de las relaciones familiares, especialmente en lo que se refiere a la eficacia del vínculo paterno-filial. Se trata de la delimitación temporal de la potestad paterna, sobre la base de un dato subjetivo o personal: la menor o mayor edad del hijo, que marca las fronteras del poder familiar (...). De ahí el tratamiento subsiguiente, plasmado en los Títulos VII y VIII sobre la patria potestad y la tutela, que contemplan la eficacia propia y característica de esa situación del hijo. Hasta aquí se ha regulado la condición de la persona menor, único sujeto sometido, en el Derecho contemporáneo, a una *potestas* privada ajena, aunque la naturaleza de ésta sea muy distante del primitivo y casi absoluto poder familiar. Desde aquí en adelante (Títulos IX y X) se regula la salida de dicha potestad (emancipación y mayor edad). (...). García Goyena advierte la innovación histórica que supone la mayor edad como forma automática de emancipación», *Ibidem*, pp. 106-107.

mismo de los derechos y deberes—, que fue la opción de una parte importante de la doctrina española³⁵⁹. En ambos casos, el estado civil viene a mediar entre la realidad natural y la realidad jurídica³⁶⁰.

Pero en los dos supuestos hay problemas como vimos. En el caso de la doctrina europea, se dará un solapamiento con la personalidad y la capacidad jurídicas. Y en el caso de la doctrina española, la teoría del estado civil chocará con la teoría de la capacidad de obrar; la edad legal es desplazada como eje de todo el sistema de capacidad que se torna incomprensible —las posiciones doctrinales están especialmente enconadas—. De todos modos, el traslado de la categoría de estado civil al ámbito de la capacidad de obrar por parte de la doctrina, no acaba de

³⁵⁹ «En el Derecho actual, la llegada a la mayor edad adquiere un significado análogo (aunque más débil o rebajado) al que tuvo el cambio o progresión de *status (familiae)* en el antiguo Derecho romano, mediante la *emancipatio*, sólo que en lugar de proporcionar el carácter de *sui iuris* (es decir, la capacidad jurídica), proporciona una presunción legal y general de plena capacidad de obrar. La analogía, operando sobre una mentalidad romanizada, ha sido suficiente fundamento para instrumentar una nueva concepción del estado civil como determinante de la capacidad de obrar general, adaptada a los tiempos actuales. Al fin y al cabo, la distinción personal antigua, basada en la capacidad jurídica (entre los *sui iuris* y los *alieni iuris*), ha perdido toda su relevancia, y ahora prevalece, como criterio fundamental de distinción subjetiva, la capacidad de obrar, presupuesto básico de la autonomía privada en su forma específica de capacidad contractual. El mecanismo revolucionario por el que la doctrina y el ordenamiento propician esta readaptación del concepto de *status*, esta aparente conversión en ‘civil’ de un estado ‘natural’ [como era la edad], consiste en una simplificación racional de las categorías jurídico-personales tradicionales, mediante la limitación o delimitación temporal necesaria de la patria potestad», *Ibidem*, pp. 107-108.

³⁶⁰ «Afirma Coviello que pueden encontrarse caracteres peculiares del estado que, dentro de las cualidades jurídicas, permitan mantener en el Derecho actual su concepto técnico. Para ello, analiza y clasifica las cualidades jurídicas, de entre las cuales unas son como expresión abstracta de los presupuestos fácticos y a ellas (y no a éstos) reconoce directamente los efectos el ordenamiento jurídico, aun a costa de algún artificio; constituyen pues, un expediente de mera técnica terminológica para simplificar la obra del legislador y del intérprete que, entre la averiguación de los presupuestos del efecto jurídico y la producción de éste, coloca el diafragma de la cualidad jurídica, la cual sintetiza los primeros y preanuncia el segundo. Otras cualidades por el contrario son pura expresión de la realidad social misma», SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, *El concepto de estado civil*, pp. 114-115.

tener acomodo legal en los proyectos que preceden al Código civil. Buena prueba de ello es la distinción en éstos –y que pervive en el Código– de los términos «capacidad» y «estado civil», donde el segundo no es capaz de abarcar legalmente al primero³⁶¹. Es una muestra de la tensión doctrinal entre la teoría de la capacidad de obrar y la teoría del estado civil para articular jurídicamente la capacidad natural de las personas³⁶². Más adelante examinaremos qué base codicial existe para mantener el estado civil como técnica suministradora de la capacidad de obrar.

B. TÉCNICA DE LA CODIFICACIÓN: PRINCIPIO SISTEMÁTICO

La tesis trata de la edad legal en el Código civil español y en el Código de Derecho canónico. Parece como si la edad hubiera dejado a un lado su *ratio iuris* milenaria, reclamando una nueva fundamentación

³⁶¹ Desde el el Proyecto de 1851, se establece la distinción entre capacidad y estado (art. 6). «Las formulaciones legales han distinguido siempre explícitamente entre el estado y la capacidad civiles. Resulta, por ello chocante, que la interpretación haya querido abolir del todo tal distingo, o minimizar su significado, unificando instrumentalmente ambas nociones, y haciendo del estado, por definición, el determinante de la capacidad. Esta doctrina, que alcanza su máxima expresión en F. De Castro, está ya latente en García Goyena. Pero en este punto, la lacónica y correcta dicción legal, al enunciar los dos núcleos temáticos esenciales del Derecho de la persona (capacidad y estado), para someterlos por igual al régimen del ordenamiento nacional con aplicación extraterritorial, describe más exactamente que la doctrina la variedad e independencia de las instituciones de este sector jurídico, poniendo de relieve la autonomía lograda por la persona-sujeto (capacidad) respecto de las situaciones orgánicas de la persona-miembro (estados)», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 93.

³⁶² «Parece obvio que dicha interpretación extensiva o indiferenciadora convierte en reiterativa la letra de este art. 7 del Proyecto de 1851. Si el término ‘capacidad’ no ha de tenerse por totalmente ocioso es porque se presupone que en el término ‘estado’ van incluidos, además, otros contenidos o elementos normativos, distintos y separables de la capacidad (familia y nacionalidad), que vienen a constituir, por ello, el núcleo del concepto. Esta doble visión del *status* (como género doctrinal amplio y como institución civil especial o autónoma) es, probablemente, la causa de todos los desenfoques conceptuales posteriores en torno a la figura», *Ibidem*, pp. 94-95.

jurídica cuando sobreviene la codificación. ¿Por qué? Para ello es necesario comprender las líneas técnico-jurídicas que implica la codificación y cómo repercuten en la edad legal. Un aspecto se eleva sobre los demás como afirma Irti: «sistema e codice fanno tutt'uno; il metodo sistematico è il metodo, l'unico ed esclusivo metodo»³⁶³.

La naturaleza de la edad legal como presunción jurídica en el Derecho romano y en la Edad Media será presentada sistemáticamente de un modo distinto al irrumpir la codificación. Esto ha podido ocultar su *ratio iuris*; de hecho, ha provocado que el tema de la capacidad de obrar sea uno de los más discutidos y oscuros en la doctrina, hasta el punto de encontrarnos con algunas propuestas que obvian absolutamente el bagaje histórico de la edad en el Derecho como si fuera una institución de nueva creación. Es como si se tratara de explicar la propiedad al margen de las líneas jurídicas que la han vertebrado a lo largo de la historia. En mi opinión, ha cambiado la sistemática, no la institución y, en consecuencia, la naturaleza jurídica de la edad sigue siendo la misma, como ocurre con el resto del contenido del Derecho común.

La codificación se inicia en Francia y se extiende por las demás naciones³⁶⁴. El contexto en el que es promulgado el *Code* (1804) puede ocultar la autonomía técnica de la codificación, que tiene unos

³⁶³ La cita está en el siguiente texto más amplio, que describe muy bien la intención de la época: «L'ufficio della scienza sta, per così dire, nell'esplicitazione del sistema: nel rendere visibile l'unità, che —salendo dai rapporti sociali al codice, e da questo alla dottrina— chiude e rinsera il diritto nei confini del codice. Sistema e codice fanno tutt'uno; il metodo sistematico è il metodo, l'unico ed esclusivo metodo, coerente con le intime strutture del codice. Il metodo è non tanto scelto dagli studiosi, quanto imposto dall'oggetto stesso dell'indagine: esso promana dall'interno del codice, il quale, modellandosi sull'organismo dei rapporti, esige, a sua volta, di esser riprodotto nella forma del sistema», IRTI, Natalino, *La cultura del diritto civile*, UTET, Torino, 1990, pp. 78-79.

³⁶⁴ Prusia (1794), Francia (1804), Austria (1811), España (1889), Alemania (1896), Suiza (1908), Brasil (1916), Rusia (1923), México (1929), China (1930), Perú (1934), Grecia (1940), etc.

presupuestos doctrinales que en realidad son su auténtica causa³⁶⁵, siendo la Revolución únicamente la ocasión que permitió que el Código francés fuera una realidad. El *Code* es principalmente un punto de llegada en la evolución del Derecho a lo largo de los siglos³⁶⁶, aunque

³⁶⁵ «Razionalismo, giusnaturalismo e illuminismo conducono al fenomeno già iniziato nel corso del XVIII secolo, delle moderne codificazioni, destinate a soppiantare definitivamente nell'uso della pratica il *Corpus Iuris* utilizzato quale diritto comune positivo», BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, p. 68.

Cfr. RUGGIERO, Roberto de, *Istituzioni di diritto civile*, p. 41.

³⁶⁶ La principal aportación teórica provendría de la Escuela racionalista, que aporta, la igualdad y defensa de los derechos innatos de la persona y «la técnica jurídica empleada en la construcción de los cuerpos legales. Retomando los postulados metodológicos de la nueva física de Galileo y Newton, y del cartesianismo, abogaron por una formulación del Derecho cierta y precisa, más parecida a los tratados de geometría y matemáticas que al lenguaje metodológico y casuístico de las colecciones jurídicas anteriores», MOTILLA, Agustín, *La codificación como técnica de producción legislativa*, en «Revista de Derecho Privado», Tomo LXXI, Junio, 1987, p. 550.

«La visión racionalista del derecho natural fue distinta. El derecho natural se concibió como un orden o sistema de leyes de la naturaleza que regula la sociedad, junto a otro orden o sistema de leyes constituido por el derecho positivo. Es la mentalidad que ve *dos órdenes* o sistemas de normas jurídicas que confluyen sobre la sociedad. Desde esta perspectiva era lógico que la ciencia del derecho o jurisprudencia se escindiese en dos ramas: la jurisprudencia natural o ciencia del derecho natural, con sus tratados propios y las cátedras universitarias correspondientes, y la jurisprudencia positiva o ciencia del derecho positivo. Con ello se creaba una doble tensión en la ciencia del derecho. Por una parte, se escindía en dos la unidad de la jurisprudencia o ciencia jurídica, avocando a la ciencia más característicamente jurídica a una posición positivista, al menos metodológicamente. Por otra, el derecho natural y el derecho positivo se concebían como dos ordenamientos enfrentados; así ocurría en la práctica, ya que, mientras el derecho positivo entonces vigente aparecía como el derecho de la sociedad estamental del Antiguo Régimen, el derecho natural que el racionalismo ofrecía representaba el nuevo derecho racional —el derecho propio de la era de las luces—, que debía sustituir al antiguo derecho de raíces medievales. Y así ocurría en teoría, pues si la sociedad humana tiene un sistema de leyes racionales a descubrir, tal sistema debe abarcar la práctica totalidad de las conductas, de forma que el derecho positivo o es innecesario o debería limitarse a recoger el derecho natural. De ahí que el ideal racionalista del siglo XVIII terminó por ser la plasmación de ese derecho *racional* en unos cuerpos legales, dando así impulso al movimiento codificador», HERVADA, Javier, *Síntesis histórica de la ciencia del derecho natural*, p. 82.

La situación previa a la codificación: «El panorama es devastador si a la crisis sufrida por el derecho romano (como derecho común) se agrega el fraccionamiento normativo ocasionado por la multiplicación de costumbres locales, de fueros territoriales y

con los presupuestos jurídico-doctrinales confluyan antecedentes económicos³⁶⁷, sociales –la burguesía sobre todo–³⁶⁸ y filosóficos –la

personales, y la proliferación de gran cantidad de leyes, muchas veces inadecuadas para las nuevas realidades. Con todo esto el clima en torno al derecho y sus fuentes no puede ser sino de incertidumbre, confusión y descontento», GONZÁLEZ VERGARA, Paulina Victoria, *Codificación y técnica legislativa*, en «Revista Chilena de Derecho», núm. 25, 4, p. 871.

³⁶⁷ Otro precedente, es la nueva clase burguesa, que «abogará por la simplificación y racionalización del Derecho que lleva consigo la codificación. No sólo por facilitar la agilidad del comercio, que se veía impedido por un bosque de normas particulares. También con el fin de suprimir un Derecho feudal basado en la distinción personal de estamentos, Derecho que no resultaba beneficioso para una clase burguesa no encuadrada en algún estamento. De ahí que luchasen por la abstracción del sujeto de Derecho, conseguida plenamente en las codificaciones racionalistas», MOTILLA, Agustín, *La codificación como técnica de producción legislativa*, pp. 554-555.

«La postura tradicional y la más sostenida es que la codificación refleja y está en íntima relación con los intereses de la burguesía como clase social, grupo revolucionario que deseaba cambiar el orden de cosas que le era desfavorable pero que una vez conseguido el triunfo se transforma en una clase conservadora que desea asegurar sus logros, cuestión que realiza mediante la consagración legal, en los códigos, de los principios básicos de la nueva sociedad, la sociedad burguesa. (...). Teóricamente todos resultarían beneficiados, sin embargo no es así, la igualdad, libertad y propiedad en los términos consagrados en los códigos no benefician a todos, pues existen hechos diferenciadores básicos: las condiciones económicas, el poder adquisitivo y la capacidad difieren de una persona a otra», GONZÁLEZ VERGARA, Paulina Victoria, *Codificación y técnica legislativa*, p. 879.

³⁶⁸ «In effetti, benchè dopo il 1804 o negli anni immediatamente successivi mutino gli orizzonti e le analisi dei giureconsulti, le tesi del giusnaturalismo e quelle del giuspositivismo, rispettivamente antecedenti e posteriori alla promulgazione del *code civil*, filtrano pur sempre le istanze d'una medesima forza sociale e ne accompagnano le metamorfosi. Nell'un caso si tratta di istanze promesse da gruppi in funzione contestativa; nel l'altro, avendo oramai questi stessi gruppi conquistato il potere e non tollerando sostanziali cambiamenti nella convivenza, si tratta di istanze volte a mantenere la situazione esistente. E così, la codificazione francese presenta in fondo una duplice faccia: vista con lo sguardo al passato, alle lotte che furono necessarie per affermare l'urgenza e agli ostacoli che a essa si opponevano, è il prodotto di una autentica rivoluzione compiuta in nome del liberalismo e dell'illuminismo; vista con l'attenzione affissa sul presente, ossia sulle prospettive emergere fra gli esegeti, assume el valore d'uno strumento di conservazione per una società che indubbiamente era 'nuova' rispetto al periodo della monarchia settecentesca e che però non appariva bisognosa di ulteriori 'rinovamenti'», CORRADINI, Domenico, *Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, en *Il diritto privato nella società moderna*, Editrice il Mulino, Bologna, 1971, pp. 55-56.

Ilustración—³⁶⁹ que preparan el terreno a la codificación³⁷⁰ y coadyuvan con ella en un movimiento complejo y osmótico en los objetivos perseguidos.

³⁶⁹ «Aunque las ideas de la Ilustración se centraban en torno a la naturaleza humana y a la sociedad, se encontraban influidas por el gran desarrollo alcanzado por la ciencia experimental, que parecía proporcionar una base para afirmar que la humanidad había llegado a su mayoría de edad y podía prescindir de los apoyos sobrenaturales tradicionales, apoyándose en la razón para conseguir su emancipación definitiva. A medida que se afianzó el progreso científico, adquirió mayor fuerza el cientificismo que considera a la ciencia como el único conocimiento válido o como modelo de todo conocimiento. Por otra parte, en el siglo XVIII comenzaron a desarrollarse las ciencias humanas y sociales que, desde el principio, se plantearon como una aplicación a las realidades humanas del método científico que tantos éxitos proporcionaba a las ciencias naturales», ARTIGAS, Mariano, *Filosofía de la ciencia*, Eunsa, 2ª ed., Pamplona, 2009, p. 37.

«No nos extraña encontrar en la exposición de la doctrina jurídica de la Ilustración planteamientos característicos de la Escuela del Derecho natural racionalista, como el estado de naturaleza, los derechos inalienables del hombre o la misma lucha por lograr la codificación del Derecho», MOTILLA, Agustín, *La codificación como técnica de producción legislativa*, p. 552.

«El fundamento teórico principal de la codificación la forman dos corrientes de pensamiento sumamente interrelacionadas entre sí: la *Escuela racionalista de Derecho natural* y la *Ilustración*. Ambas nacen de los postulados de la filosofía cartesiana, y coinciden sobre el Derecho», *Ibidem*, p. 549.

³⁷⁰ «Il fenomeno della codificazione, della riduzione cioè ad unità organica di tutte le norme vigente in un dato momento storico presso un popolo mediante la pubblicazione di codici o corpi di legge, ha riscontri così frequenti nella storia della civiltà umana, da potersi considerare come una legge naturale dell'evoluzione giuridica. Il bisogno di ordinare le varie regole giuridiche sparse in leggi diverse e contenute in consuetudini od usi molteplici, di semplificarle, di dare certezza e stabilità al diritto, il bisogno di introdurre riforme là dove l'organizzazione statale prenda un assetto nuovo, determinano la necessità della codificazione», RUGGIERO, Roberto de, *Istituzioni di diritto civile*, p. 40.

«La influencia recíproca entre el iusnaturalismo racionalista, junto con la corriente concreta de la *Ilustración*, y el liberalismo burgués trajeron como más importantes consecuencias en el plano de las formas políticas y jurídicas el establecimiento de una norma suprema, la *Constitución*, y la creación de ordenamientos de Derecho positivo según las grandes ramas del Derecho, plasmados en los *Códigos*», MARTÍN OVIEDO, José María, *Técnica legislativa en la elaboración de códigos. Visión general de la codificación. Derecho comparado*, en «Anuario de Derecho civil», Tomo LXIII, I, 2010, pp. 210-211.

Pero, fundamentalmente, la codificación es el fruto granado de la constante aspiración del Derecho a la claridad, que previamente exigía un conocimiento cierto. En este sentido, la codificación se enmarca dentro de un proceso histórico que persigue el esclarecimiento en el conjunto enmarañado de las leyes. En la Escuela de Bolonia (siglo XII) existía el método de la *glosa*, con la que se quería preparar y coordinar el material del *Corpus Iuris Civilis* para su enseñanza; era un trabajo de comentario, de exégesis. En el siglo XIV, los Comentadores (o Postglosadores), sobre todo con Bartolo de Sassoferrato, dan un paso metódico importante y aspiran no sólo a preparar y ordenar el material de Justiniano, sino a crear un sistema, a ofrecer además de una aclaración de la letra una interpretación global³⁷¹. Después vienen las Compilaciones, a partir del siglo XVI, con la aparición del Estado Absoluto, con la intención de reunir la legislación dispersa y lograr un

³⁷¹ Cfr. LA TORRE, Antonio, *Diritto civile e codificazione*, Giuffrè Editore, Milán, 2006, p. 10.

Como precedentes del *Code*, que ayudan a no verlo como producto de la Revolución francesa: «Existen autores que ven en la manera de proceder de los postglosadores un nuevo método, que se aparta del anterior en que para ellos ya no es suficiente la aclaración o interpretación literal de los textos, considerados estos como independientes unos de otros, sino que tales textos deben ser tenidos como partes de un todo, partes que deben ser explicadas y entendidas en función del conjunto. Esto habría llevado a ir dejando de lado el mero análisis casuístico para dar paso a aquel que busca extraer conceptos generales con arreglo a los cuales puedan ser resueltos los diversos casos particulares. Hay quienes van más allá, y señalan que al separarse del análisis literal y meramente casuístico los comentaristas aspiran a la construcción de una teoría general. En el siglo XVI surge un nuevo método, el *mos gallicus*, bautizándose como *mos italicus* a la ciencia jurídica de los glosadores y postglosadores medievales. El *mos gallicus* se caracteriza por su actitud crítica frente a los textos, los que se entienden como resultado de un momento y lugar histórico determinado, y además como textos que han evolucionado a través del tiempo como consecuencia de adiciones y manipulaciones de que han sido objeto. Teniendo conciencia de todo esto, se trata por una parte, de hacer ‘renacer’ el verdadero derecho romano y, por otra, se resta importancia a la interpretación literal de los textos, se busca descubrir el sentido de las insituciones y su desarrollo, la racionalidad de la solución romana más allá del tenor literal», GONZÁLEZ VERGARA, Paulina Victoria, *Codificación y técnica legislativa*, p. 870.

mejor manejo y comprensión: en definitiva una mayor claridad en el conocimiento y aplicación del Derecho.

No obstante el conocimiento del Derecho exigía a su vez saber cuál es el Derecho vigente. Bacon (siglos XVI-XVII) es el primero en hablar de la certeza del Derecho. En su obra *De dignitate et Augmentis Scientiarum* (Libro VIII) dirá: «legis tantum interest ut certa est, ut absque hoc nec justa esse posset»³⁷². Esta certeza, que está en la base de la codificación, pasa a ser con Hobbes³⁷³ una certeza legal, basada en la ley y no en la costumbre: «No law, made after a Fact done, can make it a Crime» (Leviathan, cap. 27, p. 156)³⁷⁴. Con estas bases, la atención se centra en el Derecho en sí mismo y hará que se vayan perfilando unas exigencias técnicas por la Escuela racionalista de Derecho natural que encontrarán cumplimiento en el Código³⁷⁵. La situación revolucionaria ofrece el caldo de cultivo propicio para que los argumentos jurídicos pasen a ser una realidad.

³⁷² Citado en WIEACKER, Franz, *Historia el derecho privado de la Edad Moderna*, Ed. Aguilar, Madrid, 1957, pp. 260 y ss.

³⁷³ Influencia de Hobbes en la fundamentación del Derecho en el Estado: «Hobbes pertenece a la historia europea de la teoría de la sociedad como el perfeccionador de su matematización y su secularización. (...). Bajo la inmediata influencia de Galileo, la que experimentó en Italia, fue el primero que aplicó consecuentemente al forma lógica de la matemática ley natural a la sociedad humana, de lo que, en forma análoga a la sofística griega, se siguió una amoralización de la sociedad concebida como naturalísticamente regida, y que recogió, por cierto, la próxima generación (Pufendorf, Wolff). Con estos medios racionalistas fundó Hobbes la teoría de la soberanía. No tanto por el hecho político, sino por el acto lógico decisivo de resolver radicalmente el Derecho en el mandato del soberano», *Ibidem*, pp. 262-263. Para el positivismo jurídico el Derecho es lo mandado: al principio por el monarca, después por el pueblo.

³⁷⁴ Citado en *Ibidem*, pp. 260 y ss.

³⁷⁵ «Il primato della legislazione è necessario per attuare profonde riforme sociali rispondenti a principi di razionalità e di giustizia: la legge deve essere generale e astratta e la certezza del diritto deve essere garantita perché solo così possono essere rispettati i diritti dell'uomo; la legge è poi vincolata anche quanto al suo contenuto, perché non può invadere la sfera dei diritti individuali. L'illuminismo giuridico mostra quindi nel modo più chiaro che la giustizia e la certezza sono due aspetti della stessa esigenza ideologica», CATTANEO, Mario Alessandro, *Illuminismo e legislazione*, Ed. Di Comunità, Milano, 1966, p. 25.

Una vez asentados los principios doctrinales para la claridad y certeza del Derecho, ahora es necesario el instrumento técnico acorde con dichos principios. El primero en ofrecer una solución a la dispersión y confusión normativa fue Pufendorf³⁷⁶, que pretendía una nueva ordenación del Derecho, no basada en la recopilación sino en la sistematización, no sustentada en la experiencia judicial de los casos sino en el mandato claro y preciso del legislador³⁷⁷. El Derecho se había convertido en un conjunto de leyes formado a lo largo de los siglos difícil de abarcar y de aprehender en su totalidad, con la dificultad añadida de localizar la norma vigente. La doctrina fue preparando el terreno a la codificación cuando la Revolución ni siquiera podía ser imaginada³⁷⁸.

³⁷⁶ «Por medio de la combinación de los dos procedimientos (Descartes y Galileo, deducción e inducción, axioma y experiencia u observación, método analítico y sintético), Pufendorf ha producido el primer sistema auténtico de teoría general del Derecho, que no sólo, como el sistema renacentístico de la jurisprudencia humanística, vacía la materia usual en nuevos moldes, sino que al mismo contenido de la imagen social lo condiciona, lo investiga y lo enriquece; un sistema que se corresponde con el casi contemporáneo sistema ontológico de Spinoza (*Ethica* acabada en 1675 y aparecida en 1677 en las *Opera posthuma*) y con el físico de Newton (*Philosophiae naturalis principia mathematica*, aparecidos en 1687). Este sistema perdura hasta hoy en los grandes códigos de la Europa central y puede decirse que en toda Europa, pues éstos estriban, sin excepción alguna, en la sistematización de la ciencia del Derecho por el Derecho natural; especialmente las ‘partes generales’ de algunos de esos códigos no serían imaginables sin el trabajo de Pufendorf», WIEACKER, Franz, *Historia el derecho privado de la Edad Moderna*, pp. 271-272.

³⁷⁷ «Durante la época moderna se comienza a dar un nuevo sentido a la palabra código, sentido que predomina hasta nuestros días. Ya no se refiere a un libro compilador de leyes preexistentes sino a un libro sistemático de derecho, construido con materias de diversa procedencia, materiales jurídicos reelaborados y refundidos en una unidad nueva», GONZÁLEZ VERGARA, Paulina Victoria, *Codificación y técnica legislativa*, p. 869.

³⁷⁸ «Pufendorf fue quien por primera vez estableció las condiciones metódicas para un sistema autónomo de la Ética social, y dispuso, basado en ellas, el patrimonio ético y lógico de las teorías éticas medievales y de los fundadores del Derecho racionalista en una articulada y universal teoría del Derecho, que llevó a cabo con una viva consideración de la realidad; con lo cual hizo posible por primera vez una influencia activa del Derecho racionalista sobre la ciencia el Derecho positivo. Esta influencia se

Conviene subrayar esta idea: el Código como instrumento jurídico no es ideológico, no comporta en sí mismo un contenido nuevo, sino que sobre todo es una solución técnica a un problema científico que la doctrina lleva planteando hace tiempo³⁷⁹. La técnica no nace de la ideología, sino de la ciencia. No tiene tanto que ver, por lo menos no directamente, con la situación política, sino con la situación teórica. Prueba de ello es que en los proyectos que hubo anteriores a la publicación del *Code*, la misma técnica de la codificación servía para iniciativas ideológicas que diferían mucho unas de otras en la situación política del momento. Además, no se niega el contenido de la costumbre francesa y del Derecho romano en el Código de Napoleón. A este aspecto técnico predominante de la codificación es al que nos atenemos, que moldeará tan originalmente la teoría general de la capacidad, que a veces puede parecer que la edad legal es algo absolutamente nuevo sin nada que ver con lo anterior.

Por lo tanto, si la codificación es sobre todo una técnica de ordenación del Derecho que permite la certeza y la claridad y sólo en este sentido se puede decir que sea revolucionario, ¿qué ocurre con el contenido, con las instituciones jurídicas?, ¿qué sucede con el Derecho precedente a la codificación?³⁸⁰

produjo cuando desde comienzos del siglo XVIII sus discípulos alemanes adquirieron influjo sobre la Ilustración de los Estados autoritarios de la Europa central y se encargaron a juristas formados en el Derecho racionalista los primeros Códigos. Y su aportación sistemática sobrevivió a la época del Derecho racionalista por darle cabida ininterrumpidamente la ciencia del Derecho civil», WIEACKER, Franz, *Historia el derecho privado de la Edad Moderna*, pp. 276-277.

³⁷⁹ Cfr. DíEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1975, pp. 155-156.

³⁸⁰ «Sul piano formale il taglio è netto: La *regula iuris*, che prima era indicata dai giuristi e omologata dai tribunali, adesso è solo quella dettata *iure imperii* dalla volontà politica del legislatore, mentre la voce della dottrina degrada a semplice opinione e la sentenza del giudice a *bouche de la loi*; si direbbe che, finita la lunga stagione del diritto comune, sia cessata con essa l'influenza del diritto romano. (...). Ma sul piano sostanziale le cose non stanno esattamente in questi termini. Se è vero infatti che il

Los avances técnicos, en principio, no prescinden de la tradición jurídica³⁸¹, sino que la canalizan con nuevas exigencias que la hacen más funcional³⁸². Muestra de ello es que uno de los factores que impulsa la codificación es el redescubrimiento del Derecho romano³⁸³, de probadas posibilidades de adaptación a las distintas épocas³⁸⁴ y situaciones como

centro di produzione del diritto passa dalla scienza giuridica al potere statale, è anche vero che questo attinge pur sempre da quella gli strumenti per legiferare, al fine, non già di sovvertire un sistema già compiuto, ma di dargli un più organico assetto e consacrarlo col crisma della legalità statale», LA TORRE, Antonio, *Diritto civile e codificazione*, p. 20.

³⁸¹ «Sulla sua base [Derecho común] riposano le codificazioni moderne, e con eso queste devono precipuamente spiegarsi e completarsi. Ma el nuovo Codice civile [germánico] è edificato in particolare misura sui concetti e sui principii giuridichi del diritto comune, e li presuppone. La conoscenza di questo diritto è perciò affatto indispensabile per l'intelligenza e pel progressivo sviluppo del nuovo Codice», DERNBURG, Arrigo, *Pandette*, p. 13.

³⁸² «El Código Civil es depositario de refinados conceptos y principios, depurados a lo largo de más de dos milenios, y que se pueden aplicar a disciplinas jurídicas muy diversas; esta es la razón profunda de su carácter supletorio de otras leyes (artículo 4.3 del mismo Código). (...). En ese lugar vital del Ordenamiento lo ha colocado la historia de los saberes jurídicos, acuñados desde el Derecho Romano y el Derecho Canónico, junto con elementos de Derecho germánico y toda una tradición doctrinal, y cuyo rechazo devolvería la formulación científico-técnica del Derecho en su conjunto, y no solo del Derecho Civil, a un retroceso inaceptable para una sociedad moderna», CAPILLA RONCERO, Francisco, *El derecho civil. Codificación y Constitución*, en *Derecho Civil. Parte general. Derecho de la persona*, Ed. Tirant lo Blanc, 4ª ed., Valencia, 2003, p. 31.

³⁸³ «Se denomina 'Recepción' a un fenómeno histórico-jurídico que se inicia en el siglo XI, a partir de la Universidad de Bolonia por el que el Derecho llega, nuevamente, a los distintos países europeos, y con un desusado rigor académico para la época, trata de sustituir paulatinamente, o mejor, perfeccionar, el Derecho tradicional de cada pueblo. Cabe distinguir todo un catálogo de recepciones del Derecho romano: a. En la Europa medieval; b. En el Humanismo renacentista; c. En América después de la conquista española; d. En el Iluminismo del siglo XVIII; e. En todo el mundo con la recepción del Código francés; f. En el pandectismo alemán; g. En el código civil alemán; h. Con perfiles particularísimos en la Unión Europea», CAMACHO EVANGELISTA, Fermín, *Historia del Derecho romano y su recepción en Europa*, Univ. De Granada, Granada, 1994, p. 413.

³⁸⁴ «Finito il XV secolo, è combatutto ed a poco a poco tolto de mezzo il cattivo metodo dei commentatori. La trattazione scientifica ritorna a volgersi alle fonti, e mentre la riacquista conoscenza dell'antichità viene utilizzata anche per la giurisprudenza, per la prima volta si fa strada la tendenza a comprendere il senso del

hace notar Volterra: «En el sistema romano se ha inspirado en muy gran medida el movimiento de consolidación y de codificación del Derecho que ha caracterizado al siglo pasado [siglo XIX]»³⁸⁵. No hay por lo tanto ruptura con la tradición jurídica en relación a las instituciones, sino un nuevo modo de presentarlas³⁸⁶. De hecho, el *Code*, y todos los Códigos

diritto romano, fondandosi sull'indagine del suo sviluppo storico. La sede principale di queste tendenze è la Francia», WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle pandette*, p. 22.

Luego surgiría otra Escuela histórica de la que su máximo representante será Savigny: «Questa scuola moderna si distingue dalla scuola storica del XVI secolo, specialmente per l'energia della sua tendenza a concepire i principii giuridici quali prodotti delle forze e dei bisogni che nascono dai rapporti di fatto, ed a scrutare così la sua vita intima, e per maggior attenzione a formulare esattamente i concetti e mostrare l'accordo sistematico dei singoli principii del diritto romano. (...). Se la scuola storica non restò senza opposizione, da tali opposizioni non si impugnò mai la verità della massima, che una cognizione completa dell'essenza del diritto romano, come d'ogni diritto positivo in generale, non si può acquistare se non per mezzo di ricerche storiche», *Ibidem*, p. 26.

«Tra il XVII ed il XVIII secolo si afferma l'indirizzo razionalistico del giusnaturalismo che, perseguendo l'idea di un diritto unico eguale per tutti, scorge nel diritto romano la stessa ragione codificata (*ratio scripta*): Ugo Grozio ne è il massimo rappresentante», BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, p. 68.

³⁸⁵ VOLTERRA, Eduardo, *Instituciones de derecho romano*, p. 38. Precisa aún, que «los compiladores del Código de Napoleón, modelo de otros Códigos civiles, han seguido en buena medida las concepciones de Pothier (1699-1772), jurista francés que se formó en las fuentes romanas», *Ibidem*, p. 38.

«In Francia si perviene nel 1804 alla codificazione napoleonica, che, redatta sulla falsariga delle opere di un grande giurista e romanista francese del XVIII secolo, il Pothier, recepisce in gran parte istituti del diritto comune e, per la vasta diffusione e influenza avute in altri paesi anche fuori d'Europa, contribuisce grandemente a diffondere un ordinamento fondato su basi romanistiche», BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, p. 68.

³⁸⁶ «La stessa opera di codificazione, pur se diversamente attuata secondo le ormai marcate specificità nazionali, trae origine dalla identica matrice, non altro essendo che la traduzione in ordine sistematico del materiale già forgiato dal diritto romano comune», LA TORRE, Antonio, *Diritto civile e codificazione*, p. 20.

«Non pare dunque che le codificazioni dell'Ottocento, nel raccogliere i frutti dell'esperienza giuridica precedente, abbiano disperso il patrimonio ereditato dal diritto romano, che semmai, sul filtro della *interpretatio* evolutiva elaborata durante l'età intermedia, fu attualizzato sotto altra e più moderna veste nell'ottica della legalità statuale», *Ibidem*, p. 22.

«I codici moderni di diritto privato, per es. il diritto territoriale generale prussiano, il Code civil della Francia, il Codice civile germanico formulano delle norme astratte.

en los que influyó incluido el español, ordenan “revolucionariamente” el Derecho romano y el resto del Derecho común³⁸⁷ de un modo tan poderoso que deslumbrará la comprensión de las instituciones jurídicas de siempre debido a su racionalidad sistemática, sin que ello comporte una novedad radical en el contenido del Derecho, como gráficamente lo describe La Torre: «Le acque scaturite dal *Corpus iuris* furono incanalate durante il Basso Medioevo ed oltre nel grande fiume del Diritto comune, per poi diramarsi nei diversi rami dei codici moderni; ma la sorgente era sempre la stessa: per ritrovarla basta risalire il corso delle acque. Nessuno di quei codici poteva in realtà recidere il legame con le comuni origini, come nessuna creatura vivente può disconoscere il proprio ‘codice genetico’. E tale è il diritto romano per la sua impronta di razionalità che, ad onta di ogni esteriore trasformazione, lo rende perennemente vitale. Esso infatti, come *ars boni et aequi*, contiene la sintassi del ragionamento giuridico dal quale nessuna epoca ha potuto

Realmente queste opere legislative riproducono in sostanza il diritto privato esistente, che esse tentano di stabilire, ed in parte di determinare più minutamente, in parte di ulteriormente sviluppare; ma esse fondono il diritto accolto in una nuova forma, talchè questo appare come alcunchè di creato a tutta prima per loro mezzo», DERNBURG, Arrigo, *Pandette*, p. 13.

³⁸⁷ «Le Pandette hanno per iscopo lo svolgimeto de una teorìa generale del diritto privato, nel suo divenire e nel suo stato attuale. Esse risolvono tale compito mediante la esposizione del diritto comune, in quanto se connette al diritto romano, che è infatti il fondamento, su cui poggia il diritto privato dell’epoca presente», *Ibidem*, p. 1.

«El Código Civil es depositario de refinados conceptos y principios, depurados a lo largo de más de dos milenios, y que se pueden aplicar a disciplinas jurídicas muy diversas; esta es la razón profunda de su carácter supletorio de otras leyes (artículo 4.3 del mismo Código). (...). En ese lugar vital del Ordenamiento lo ha colocado la historia de los saberes jurídicos, acuñados desde el Derecho Romano y el Derecho Canónico, junto con elementos de Derecho germánico y toda una tradición doctrinal, y cuyo rechazo devolvería la formulación científico-técnica del Derecho en su conjunto, y no solo del Derecho Civil, a un retroceso inaceptable para una sociedad moderna», CAPILLA RONCERO, Francisco, *El derecho civil. Codificación y Constitución*, p. 31.

Cfr. HERRERA BRAVO, Ramón, *El Derecho Romano en la cultura jurídica del siglo XXI*, Publicaciones Universidad de Jaén, 2007, p. 50; cfr. CREMADES, Carmen María y DÍAZ BAUTISTA, Antonio, *La ideología revolucionaria y la codificación civil napoleónica*, en *Poder ilustrado y revolución*, Universidad de Murcia, 1991, p. 176.

prescindere»³⁸⁸. Ciertamente, el método sistemático no es algo accesorio, sino el único camino para descubrir el antiguo Derecho³⁸⁹.

Habiendo apuntado que el Código es sobre todo un instrumento técnico, fruto de una evolución del Derecho y de unos precedentes doctrinales que fueron preparando su aparición, y dejando a un lado las accesorias influencias ideológicas de la época³⁹⁰, corresponde ahora

³⁸⁸ LA TORRE, Antonio, *Diritto civile e codificazione*, p. 25. He situado la cita en el cuerpo de la tesis para resaltar la idea que venía exponiendo en los párrafos anteriores.

³⁸⁹ «Il metodo sistematico non è più il metodo che scopre ed esplicita il sistema interno alla legge; né il metodo, imposto dall'originaria organicità dei codici. Il postulato della razionalità del legislatore è ormai inservibile, e rischia di apparire tra ironico e grottesco. Il codice non è più il sistema, né la sede deputata ad accogliere i principi generali dell'ordinamento: questi sono emigrati altrove. Allora il metodo sistematico si configura come un metodo sperimentale, che, muovendo dalla fase esegetica e rifiutando di postulare qualsiasi intrinseca razionalità, saggia il contenuto delle norme, e si accolla l'onore di provare che esse si legano, di volta in volta, in cerchi logici più ampi. Questa è la via —appunto, il metodo—, che può condurre il giurista alla costruzione di un sistema, o piuttosto di una pluralità di sistemi», IRTI, Natalino, *La cultura del diritto civile*, p. 85.

Irti explota su sarcasmo sobre la pretensión de plenitud del Código: «Il diritto sta di fronte al giurista nelle solenni volute del codice: ed egli lo studia ed espone, trasferendone l'originaria unità visibile e riflessiva del sistema scientifico. Il senso dell'unità, penetrato in Italia negli ultimi decenni del secolo XIX, dominerà a lungo la dottrina giuridica; ed ancora oggi vi domina, divelto dall'antico sfondo di cultura e digradato ormai da scelta critica di un metodo a stato emotivo. Esso esprime e soddisfa il bisogno di certezza e di stabilità; placa le inquietudini, ed offre la pigra serenità delle concezioni totalitarie. Ogni domanda vi trova risposta: ogni deroga e discostamento è scongiurato sotto il segno dell'eccezione. (...). Le leggi extracodicistiche sono leggi esterne al sistema: incapaci di esprimere principi, e insuscettibili di ricevere il trattamento del metodo sistematico. Per esse basterà l'umile esegesi, che accompagna le parole del testo e nos ardisce di levare lo sguardo verso le teorie generali. L'identità di codice e sistema è ribadita con sdegnosa fermezza. La scienza giuridica è null'altro che *itinerarium mentis in codicem*», *Ibidem*, pp. 79-80.

³⁹⁰ «A nuestro modo de ver, existen, pues, al menos dos factores en los que se puede desgranar el movimiento al que aludimos: uno es el de la ideología de la codificación y otro es el de las técnicas jurídicas que aquélla alumbró o impulsó», CAZORLA PRIETO, Luis María, *Codificación y contemporánea y técnica legislativa*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 26.

señalar los concretos avances técnicos que supuso la codificación³⁹¹. Las ventajas eran evidentes y cumplían con las expectativas de inicio: simplicidad, sistematicidad; unos principios generales que armonizaban el conjunto legal y permitían su aplicación a situaciones no previstas; exhaustividad, autointegración; certeza y facilidad en el conocimiento³⁹²; menos particularismo y más seguridad jurídica.

Estas exigencias de precisión contrastan con el método seguido hasta entonces para el progreso del Derecho: proceder por elevación partiendo de una aparente contradicción entre normas buscando una solución justa entre las varias que las fuentes podían ofrecer para resolver una determinada controversia judicial. Del método de recopilación se pasa al de codificación y la antinomia será considerada

³⁹¹ Logros: mayor seguridad jurídica, unidad legislativa de las naciones y superación del particularismo.

«Pero las técnicas de formulación de la ley, tan importantes para la certeza y seguridad del Derecho, no quedan relegadas en las teorías iluministas. Las leyes deben ser pocas, claras y simples. Su estilo conciso y abstracto, conteniendo el mayor número de supuestos con la determinación clara de la consecuencia jurídica que se les aparea», MOTILLA, Agustín, *La codificación como técnica de producción legislativa*, p. 553.

«La codificación es hoy una mera técnica de producción legislativa. La codificación, concluido el gran impulso histórico, ha pervivido como una técnica de producción y también de publicación del Derecho positivo. Ha perdido toda su carga ideológica e institucional. Por otra parte, no es la única ni probablemente la principal de las técnicas legiferantes», MARTÍN OVIEDO, José María, *Técnica legislativa en la elaboración de códigos. Visión general de la codificación. Derecho comparado*, p. 216.

³⁹² «Bajo este plano, creo que es clara sobre todo la inicial función de simplificación, que consiste antes que nada en la disminución de la cantidad de información. Quizá fuera más exacto decir que lo que se reduce son los recipientes en los que la información queda almacenada. Basta constatar cualquiera de los textos codificados modernos con sus correlativos de hace cuatro, cinco o más siglos, para advertirlo. Los códigos modernos propenden a fórmulas muy breves de una gran concisión y de carácter lapidario», DÍEZ PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, p. 156.

En consecuencia la norma jurídica ha de ser general y abstracta, superando los casos concretos, clara y precisa, con sencillez y hacia una estructura formal constante, configurada racionalmente conforme a las reglas de la lógica, con vocación de exhaustividad, Cfr. CAZORLA PRIETO, Luis María, *Codificación y contemporánea y técnica legislativa*, pp. 28-29.

un defecto. Se quiere verter toda una tradición jurídica dispersa en un cuerpo legal coherente en sí mismo, completo, y sin contradicciones. Dado un Código, lo importante no son ya los jueces sino los exégetas que determinan previamente el alcance de cada norma jurídica³⁹³.

Como la codificación no parte de la acumulación de leyes, el modo en que las normas son dispuestas es un valor importante. El principio sistemático se convierte así, en cierta medida, en el establecimiento del orden y de la racionalidad de las normas contenidas en el Código: dónde están colocadas y cómo se disponen forma parte de la técnica codificadora³⁹⁴. Ese principio sistemático debe llevar al Código a una plenitud capaz de contener todas las situaciones de hecho³⁹⁵, logrando

³⁹³ La Escuela de la Exégesis tenía como misión aclarar el alcance de cada artículo para ampliarlo a los casos no previstos que fueran surgiendo. Así se fue ampliando el sentido de las palabras, generando sin quererlo como un nuevo derecho jurisprudencial de otro tipo. Esto le ocurrió al código francés. Otros códigos, visto lo visto, abrieron vías como la iustunaturalista por medio de los principios de Derecho natural, las costumbres, o los principios generales del Derecho, por medio de los cuales, se permitió acudir ya no a la *analogia legis*, sino a la *analogia iuris*, autorizando así al juez a buscar en la experiencia jurídica la *regula iuris* a aplicar en los casos dudosos, cfr. LA TORRE, Antonio, *Diritto civile e codificazione*, pp. 29-31.

³⁹⁴ «Los códigos, a partir de finales del siglo XVIII y hasta nuestros días, suponen una nueva formulación de la norma legal. Buscan una mayor abstracción en los supuestos que contempla, a la vez que mejor claridad y precisión en la dicción de los preceptos, así como construyen originales procedimientos de sistematización y encuadramiento de las normas en la estructura unitaria del código. En definitiva, el proceso codificador significa un intento de racionalización y tecnificación de la actividad legislativa, sobre la cual no es exagerado afirmar que constituye uno de los fenómenos más importantes de la cultura jurídica y de la historia moderna», MOTILLA, Agustín, *La codificación como técnica de producción legislativa*, pp. 546-547.

«En segundo lugar, en la codificación jurídica se ha insistido siempre en el carácter sistemático de la confección frente a la pura recopilación. Los textos poseen una interna razón en su ordenación o en su distribución. Aquí está latiendo precisamente la creencia en la lógica interna del sistema, pero está también actuando un gran esfuerzo instrumental por la rapidez en el manejo. Abreviación y sistema son los datos del manejo del código», DíEZ PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, p. 157.

³⁹⁵ Respecto a la técnica legislativa: «Las principales innovaciones introducidas por la codificación en materia de técnicas legislativas responden a dos valores, los que se busca realizar a través de los códigos. Su prosecución es la que en definitiva viene a

con ello una mayor seguridad jurídica por la previsión legal de los antecedentes y sus consecuencias, además de por su fácil conocimiento³⁹⁶. Tal era el convencimiento en este punto, que todo el Derecho anterior podía quedar derogado.

determinar sus características técnicas. Tales valores son la simplificación y la sistematización del derecho. El primero, actúa en materias propias de la parte de la técnica legislativa denominada Lenguaje Legal, y el segundo, en aquellas a las que se refiere la Estructuración o composición de las disposiciones jurídicas. La simplificación y sistematización del derecho buscan reducir al máximo las posibles dudas o equivocaciones sobre cuáles son las disposiciones jurídicas que regulan una materia, cuál es su real sentido y alcance, facilitar su conocimiento y hacer que su manejo sea más sencillo y rápido. En definitiva, apuntan al logro de la certeza o seguridad en las relaciones jurídicas», GONZÁLEZ VERGARA, Paulina Victoria, *Codificación y técnica legislativa*, p. 888.

³⁹⁶ «El derecho codificado tiene su base última en la conveniencia de sustituir un sistema de práctica judicial empírica o casuística, justicia del cadí, por un sistema de una cierta autenticidad, que proporciona una mayor dosis de seguridad y de facilidad, que favorece los intereses de determinadas clases sociales. Por la misma razón, tiene su raíz en la sustitución de una formación artesanal de los juristas por una formación abstracta y racional, que satisface mejor los mismos intereses», Díez PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, p. 160.

«Tales fórmulas han de ser lo suficientemente *precisas* para dar seguridad a las relaciones o conflictos de intereses y, al propio tiempo, *amplias y elásticas* para que puedan recoger las múltiples modalidades que en esas mismas relaciones se ofrezcan o puedan ofrecerse», CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Técnica legislativa codificada*, en «Revista de Derecho Privado», Tomo XXI, Marzo, 1934, p. 81.

«La Escuela histórica alemana llegará en ello a la mayor precisión. En las diversas relaciones jurídicas se repiten ciertos hechos y ciertos efectos jurídicos. De aquí parte la sistematización científica. Lo peculiar de ella fue que un hecho o un efecto jurídico peculiares, que sólo se encuentran en la estructura de toda una relación jurídica, se contemplan, aislados, y se emplean como material para otra relación jurídica. Según este método fue construida en el siglo XIX la ‘parte general’ del Derecho de obligaciones y de todo el Derecho civil. La sistemática era más importante que la matemática de conceptos para la opinión de la plenitud del sistema. Un sistema es, sin embargo, una representación de totalidad. Pronto, por lo tanto, se expuso el sistema jurídico como si comprendiera, no precisamente la materia existente, sino todo el Derecho; los conceptos que tenían por contenido, no relaciones jurídicas singulares, sino géneros enteros de relaciones jurídicas, llegaron a ser tan amplios que tenían aspecto de categorías lógicas, en las que cabía todo el orbe de los fenómenos jurídicos. La unidad política, la unidad lógica y la unidad sistemática lograron así una conexión profunda», GÓMEZ ARBOLEYA, Enrique, *Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna*, en «Revista de estudios políticos», XXXIV, núm. 54, Madrid, 1950, p. 64.

La pandectística alemana, que quería evitar la codificación –en este sentido es famosa la discusión entre Thibaut y Savigny–³⁹⁷, comenzó un proceso científico de sistematización con el objeto de hacer aplicable el Derecho común vigente en todo el siglo XIX³⁹⁸. El Código alemán llegaría en 1900, y reflejará en su sistematización las aportaciones doctrinales que los autores habían desarrollado desde Savigny, confluyendo así la pureza legal de la técnica codificadora y la pureza conceptual de la pandectística en el BGB.

Al respecto, es preciso llamar la atención sobre la importancia de la Parte general, donde se prevén los conceptos fundamentales a tener en

³⁹⁷ En frases recogidas en el estudio de Becchi –BECCHI, Paolo, *La codificación posible. Hegel entre Thibaut y Savigny*, XLVIII (I), Madrid, 1995–, podemos sintetizar sendas posturas de Thibaut y Savigny.

Del primero de los autores son las siguientes palabras: «Todo nuestro derecho nacional es un *maremagnum* de disposiciones desordenadas que se anulan o se contradicen recíprocamente, hechas aposta para dividir internamente a los alemanes y para impedir a los jueces y a los abogados un conocimiento profundo del Derecho. Pero incluso su conocimiento perfecto de este barullo no lleva muy lejos ya que todo nuestro derecho nacional es tan incompleto que de cien cuestiones jurídicas al menos noventa deben siempre resolverse mediante el recurso a códigos extranjeros de recepción, al derecho canónico y al derecho romano», *Ibidem*, pp. 197-198.

En cambio, de Savigny son las siguientes letras: «Donde quiera que encontramos historia documentada el derecho civil tiene un carácter determinado, peculiar al pueblo así como lo son la lengua, las costumbres, la constitución. Ninguna de estas instituciones tiene una existencia separada sino que, siendo energías especiales y actividades de un único pueblo, están indisolublemente unidas en su naturaleza y sólo ante nuestra observación se presentan como elementos independientes. Lo que les une en un todo único es la común convicción del pueblo, el sentimiento común de una necesidad interior que excluye toda idea de un origen accidental y arbitrario. (...). El derecho se crea primero por las costumbres y las creencias populares y después por la jurisprudencia (...) y es siempre obra de fuerzas interiores que actúan silenciosamente y no del arbitrio de un legislador», *Ibidem*, p. 203.

³⁹⁸ «Un approfondimento dello studio scientifico e sistematico, condotto sul diritto privato romano attraverso l'elaborazione dei concetti della dogmatica giuridica, e il loro riordinamento in un sistema compiuto, che sono vanto della scuola c. d. pandettistica; l'opera di questa trova il suo massimo coordinamento nel Windscheid, il cui trattato di pandette servira di base alla redazione del codice civile tedesco, entrato in vigore nell'Impero germanico il 1º gennaio 1900», BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, p. 68.

cuenta en el resto del Código y en cada institución de la Parte especial. Aunque muchos, incluido el español, sean anteriores al Código alemán, la influencia de la pandectística se ha extendido a todas las legislaciones por medio de la interpretación doctrinal y jurisprudencial del cuerpo codicial, y en ocasiones, a través de la reforma del Código como ha ocurrido con el italiano de 1942. Digo esto porque en la Parte general se contendrán —o extraerán—, junto a la categoría abstracta del negocio jurídico³⁹⁹, las nociones de sujeto de derecho, capacidad jurídica y capacidad de obrar⁴⁰⁰. Respecto a esta última, lo previsto en la Parte general viene a ser como el armazón básico, la estructura fundamental, cuyos elementos esenciales vertebrarán la comprensión de la capacidad de obrar específica de cada negocio jurídico⁴⁰¹.

La claridad buscada ha llevado a concentrar todo el Derecho en los Códigos, pero ¿realmente se ha conseguido? La historia ha sido

³⁹⁹ «L'individuazione del concetto, e l'elaborazione d'una teoria generale del negozio giuridico sono frutto di un procedimento di astrazione, che parte dall'osservazione di singoli atti onde rilevante le caratteristiche comuni e indurre l'esigenza, *de iure condendo*, di statuire in proposito norme generali, ovvero, *de iure condito*, di abbracciare in una considerazione unitaria il regime dettato dall'ordinamento giuridico per i singoli atti, o tipi di atti, rientranti nella categoria. Siffatto procedimento di astrazione è opera dell'esperienza giuridica moderna, a partire dalla dottrina pandettistica tedesca del secolo scorso. Esso è estraneo al modo di operare della giurisprudenza romana, che rifugge dalle concettualizzazioni astratte e dalle statuizioni generali, n'è lo si trova perseguito in età postclassico-giustiniana», *Ibidem*, p. 184.

⁴⁰⁰ «Vi sono principii giuridici che hanno per oggetto il diritto stesso, el cosidetto diritto in senso oggettivo, le regole sulle quali si fondano i diritti. I principii sul diritto e sui diritti in generale debbono essere esposti prima che si possa trattare dei diritti in specie. (...). Si sogliono indicare insieme le categorie del diritto in genere y dei diritti in genere como 'Parte Generale'», WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle pandette*, p. 41.

Más aún, Doral afirma que «el derecho de la persona no es, en rigor, parte del Derecho, sino premisa de todo el Derecho positivo», DORAL GARCÍA, Juan Antonio, *La personalidad jurídica. De la libertad formal a la libertad civil*, p. 112.

⁴⁰¹ Por ejemplo, la edad en el matrimonio ha de seguir la *ratio iuris* que aparece asentada en la Parte general, aunque pueda tener sus peculiaridades, como una edad más baja, pero teniendo en cuenta, que esa edad es la capacidad de obrar comprendida previamente en sus líneas fundamentales en la Parte general.

implacable: la evolución de los Códigos ha demostrado que no, llegando incluso algunos autores a hablar de un proceso de ‘decodificación’, impulsado por la necesidad de regular circunstancias no previstas por la norma codificada mediante la elaboración de numerosas leyes especiales. La primera corrección que la pretendida plenitud del Código sufrió fue la previsión de unos mecanismos como la analogía y los principios generales que permitieran la aplicación de la norma a supuestos que no encajaban en el supuesto de hecho legal⁴⁰². Son instrumentos para una búsqueda de la justicia del caso concreto y, en este sentido, son una manifestación inconsciente del realismo jurídico⁴⁰³ que van dando vida a una igualdad más real en los Códigos.

Tener en cuenta lo dicho hasta ahora sobre la codificación es importante para abordar el estudio de cualquier materia codicial, en nuestro caso la edad legal. Pongamos como ejemplo el matrimonio: ha de ser comprendido como sistema. ¿Qué significa esta perspectiva? Que la primera concreción del matrimonio vendrá de lo previsto en la Parte general sobre los negocios jurídicos –o contratos en el caso del Código español–. Además, al abordar uno de sus aspectos, como es su específica

⁴⁰² Cfr. MOTILLA, Agustín, *La codificación como técnica de producción legislativa*, p. 557.

⁴⁰³ Incluso, el mismo debate sobre si estamos o no en la era de la decodificación incide en el ámbito doctrinal de este trabajo: el afán de aumentar la justicia por llegar al caso concreto. En este sentido, la obra de Irti es clave para la comprensión técnica de la decodificación, y ver si es o no un avance. Uno de los elementos que lleva a hablar de un movimiento decodificador es la elaboración de leyes especiales. El intento de fijar la justicia para cada caso, está en el seno de la proliferación de las leyes especiales: «Pero más amenazada se ve la técnica de fijación estable y simplificada del Derecho que pretende la codificación, por la generalización del método legislativo típico del Derecho público en todos los campos del Derecho legal, incluso en los ámbitos codificados. La proliferación de disposiciones normativas en una materia y el acelerado ritmo de modificaciones impuesto hacen inútil el intento de la codificación de otorgar durabilidad a la ley y así cristalizar un sector jurídico. La ley actual no se limita a fijar límites a la actuación de los individuos; ahora determina programas y controles, dirige y coordina la actividad económica, en suma, los fines que son susceptibles de tutela. La ampliación de objetos de regulación ha influido en la propia técnica legislativa», *Ibidem*, p. 572.

capacidad de obrar, también habrá de ser analizado con una visión sistemática, es decir, habrá que comprenderlo a la luz del régimen jurídico de la capacidad de obrar previsto en la Parte general para todos los negocios jurídicos. Y por último, comprender la capacidad de obrar matrimonial con la perspectiva sistemática, implicará detectar la función de cada uno de sus elementos —sobre todo el de la edad— así como las conexiones entre ellos, y de nuevo, teniendo presente lo que la Parte general estructure al respecto. En resumen, comprender sistemáticamente la capacidad de obrar de un negocio jurídico concreto, el matrimonial por ejemplo, exige trasladar previamente la plantilla de la capacidad de obrar general y sus principios. Dicho de otro modo, que la edad en el matrimonio o en cualquier otro negocio jurídico, será en esencia la misma, no en número de años, sino en su naturaleza jurídica. Este es el principio sistemático de la codificación, cuya primera aplicación sería que el Derecho de la persona ocupara un puesto primordial en la Parte general de los Códigos, tal y como defienden De Castro⁴⁰⁴ y Lombardía⁴⁰⁵ para el Derecho civil y el Derecho canónico respectivamente .

⁴⁰⁴ «A semejanza del sistema alemán en la Parte general, se estudiarán, junto a la persona, la doctrina del patrimonio, la del negocio jurídico y la del ejercicio de los derechos. La razón no es la de los pandectistas, no se busca el unificar todas las materias comunes a las distintas particulares instituciones jurídicas, ni preocupa reunir las cuestiones que no tengan fácil encaje en otros lugares del sistema; lo que se pretende es mostrar el puesto y significación jurídica de la persona en el Derecho privado y, por eso, se precisa conocer cuál sea su esfera de responsabilidad y de poder, las figuras jurídicas y artilugios que sirven para concretar sus poderes o limitar su responsabilidad, sus facultades para crear legítimas regulaciones jurídicas (autonomía) y el alcance del poder que se le confiere al atribuirle el ejercicio de los derechos subjetivos. De este modo, separada esta materia de la indebida influencia de los principios a ella extraños, o sólo de un valor incidental o excepcional, podrá ser conocida e interpretada conforme a su peculiar función y sentido en el Derecho», DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 19.

⁴⁰⁵ «Podemos partir de esta afirmación: la Ciencia canónica está necesitada de una sistematización de su Derecho de la persona, entendido en un sentido preferentemente privatístico, autónomo por razones de fondo de la Parte General e independizado

C. CODIFICACIÓN Y PRESUNCIÓN

Los apartados anteriores tenían en parte como objetivo plantear la siguiente pregunta que formulo directamente: ¿cabe la presunción jurídica en el tipo de normas que la codificación exige?; ¿la aspiración del Código a la plenitud soporta la presunción jurídica?⁴⁰⁶ Si los jueces son la «bouche de la loi»⁴⁰⁷, ¿no sería inadecuado el mantenimiento de las presunciones jurídicas cuya estructura engloba el momento procesal? Y si las normas han de contener todos los supuestos de forma precisa y clara, ¿cómo permitir que las presunciones legales dejen una puerta abierta para que se examine si está o no justificado el hecho base en el caso concreto? Además, ¿qué anomalía es esa de dejar sin efecto una norma legal admitiendo una solución contraria a la prevista por ella cuando se verifica en la fase judicial que no existe el hecho presunto y sí el hecho base?⁴⁰⁸. En definitiva, ¿es compatible un sistema normativo de

circunstancialmente del Derecho matrimonial», LOMBARDÍA, Pedro, *La persona en el Ordenamiento canónico*, en *Escritos de Derecho canónico III*, Euns, Pamplona, 1974, pp. 64-65.

⁴⁰⁶ Se pregunta ante la reforma del Código civil Clemente de Diego: «Qué hueco habrá que abrir en él a las ficciones y presunciones, y otros medios artificiales de hacer pasar a la vida jurídica ciertas reglas cuya expresión directa por el legislador parezca prematura o inoportuna», CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Técnica legislativa codificada*, p. 81.

⁴⁰⁷ Expresión que desde la Revolución francesa expresaba el carácter meramente declarativo que tenían las palabras de los jueces en la aplicación de las leyes, cfr. PERLINGERI, Giovanni, *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el Derecho civil*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, p. 85.

⁴⁰⁸ En contra de la presunción: «En la base de la propuesta de Thibaut estaba la idea que todo el derecho positivo estuviera contenido en el código y disciplinado de un modo completo y exhaustivo. La ideología que emerge de tal propuesta se caracteriza sobre todo por la creencia en que la disciplina jurídica sea capaz de solucionar todo tipo de controversias, esto es, la idea de la completud del derecho positivo. Una consecuencia directa de esta idea es la doctrina según la cual se estima que es jurídicamente posible y deseable en la práctica que el juez sólo se atenga (o deba atenerse) a lo establecido en la ley. Si el código contiene todo el derecho, entonces es posible que el juez se atenga tan sólo a lo querido por el legislador. La actividad del jurista se reduce esencialmente a una actividad técnica», BECCHI, Paolo, *La codificación posible. Hegel entre Thibaut y Savigny*, p. 199.

capacidad de obrar en el Código que conciba la mayoría de edad como presunción legal?⁴⁰⁹ Valga como adelanto de lo que se tratará en el capítulo tercero la respuesta de Martínez de Morentín: «una institución de tan profundas raíces no podía ser arrinconada totalmente, ni privada de prestigio, debido a que su existencia iba paralela a la necesidad»⁴¹⁰.

La intención de derogar todo el Derecho anterior, de darle seguridad jurídica, de subsumir cada supuesto de hecho en la norma, de evitar la discrecionalidad del juez lo más posible, de identificar el Derecho con una construcción lógico-lingüística, evitando en la medida que sea posible el recurso a la realidad por parte de los tribunales en su sentido más profundo —todas estas premisas son propias de la codificación—, hacían que la presunción, tal y como estaba concebida en la Edad Media, fuera un instrumento jurídico inadecuado. Esos postulados no existen con la beligerancia con que se presentaron de inicio⁴¹¹: el realismo jurídico

⁴⁰⁹ «Es acertada la regulación constitucional de la mayoría de edad atendiendo a la coherencia del Ordenamiento jurídico. Por lo general, se ha aceptado siempre como un paso adelante la concepción codificadora de fijar una mayoría de edad frente a las múltiples edades capacitadoras o habilitadoras características del *ancien régime*», LASARTE, Carlos, *Parte general y derecho de la persona. Principio de derecho civil*, Ed. Marcial Pons, 17ª ed., Madrid, 2011, p. 190.

⁴¹⁰ «El apogeo de la presunción dura hasta principios del siglo XIX. Con la exaltación de la idea de la libertad, se intentan suprimir del antiguo sistema todas aquellas instituciones que parecieran oponerse a este dogma. El sistema de prueba legal, al impedir la libertad del juzgador en la formación de las afirmaciones probatorias, había de incurrir forzosamente en las críticas de los legisladores. Y al suprimir dicho principio, se suprimen también todas sus consecuencias, entre ellas el instituto de la presunción que, una vez concedida plena libertad de apreciación al juzgador, carecía de razón de ser. Sin embargo, una institución de tan profundas raíces no podía ser arrinconada totalmente, ni privada de prestigio, debido a que su existencia iba paralela a la necesidad. Además, aun cuando fuera absurdo dar a la presunción un carácter legal, siempre debería existir con un carácter judicial», MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, María Lourdes, *Régimen jurídico de las presunciones*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 19.

⁴¹¹ Este texto expresa la mentalidad del momento: «El hombre deber dar cuño a su vida temporal desde la temporaneidad. En la esfera social no debe mandar sino el poder temporal. Pero el poder temporal tiene que acomodarse a los dictados de su ‘humanidad pura’. Debe superar la contingencia de los caprichos para atenerse a la

los ha matizado llevándolos en ocasiones al romanticismo, como ocurre con la frase despectiva sobre los jueces atribuida a Napoleón –interpretar la ley es corromperla–, que hoy ya nadie suscribe.

Existiendo un progreso innegable que ha tenido lugar cuando han quedado libres de la ideología los avances técnicos, la codificación ha supuesto un cambio de mentalidad en el Derecho en la dirección de esos postulados, cuya aceptación es una condición imprescindible para el discurso jurídico. Aceptado esto, la duda está en saber si la técnica codificadora es radicalmente incompatible con la presunción jurídica, si ésta es posible en el estado actual de la historia del Derecho y si, por lo tanto, la edad legal está desnaturalizada con respecto a la esencia que había tenido a lo largo de su historia a causa de la codificación. En mi opinión no existen problemas para el encaje de las presunciones legales⁴¹². Es preciso recordar que éstas acontecen en un momento avanzado del Derecho romano, concretamente, con el *Corpus Iuris*

razón. Razón es aquí, como en cualquier orbe práctico, la ley. La ley debe imperar sobre el conjunto. Ella difunde la luz crepuscular en donde todo parece convertirse en fórmula y forma. La forma debe dominar la vida. Cualidad de toda forma racional deben ser necesidad y universalidad. Lo particular y concreto es sólo materia caótica. Lo mismo que el juicio es la sede de la verdad, el precepto o norma lo es del Derecho. Este Derecho no nace de la vida, como la forma en la metafísica ontológicatomista, sino de la norma, que imprime cuño a la materia. La ley se caracteriza por notas formales, tales como necesidad y generalidad. Con ello creará su propio ámbito. Su propio ámbito no se llamará justicia, sino sistema. Lo necesario sólo es tal cuando se corresponde con todo lo demás en un conjunto de necesidades. Lo primordial en toda construcción científica será la no contradicción. En el mundo del Derecho la no contradicción toma la forma de Código», GÓMEZ ARBOLEYA, Enrique, *El racionalismo jurídico y los códigos europeos*, en «Revista de estudios políticos», XXXVII, núm. 57, Madrid, 1951, p. 21.

⁴¹² La presunción legal es una técnica jurídica, apta para regular determinadas materias especialmente sensibles a la naturaleza humana, y con dicha técnica el Derecho quiere ajustarse de una forma precisa a la realidad de las cosas. En este sentido, el Derecho entiende que lo más jurídico no es ni el casuismo (sería naturalismo) ni la norma rígida al margen de la realidad (sería positivismo), sino que es la presunción legal, que sería lo propiamente jurídico en esos casos porque es lo más justo. Alguno podría aducir que lo más justo es el casuismo puro, pero esto no sería Derecho porque no habría ordenación; en este último caso no comparece el Derecho.

Civilis de Justiniano; esto hace que la presunción jurídica sea desde el inicio un instrumento que tiene la formulación legal entre sus elementos.

En mi opinión existe un problema mayor para las presunciones legales, con origen en la codificación pero sobre todo en la especialización del Derecho alentada por la división en ramas o materias. El problema es la pérdida de una comprensión unitaria que abarque tanto el momento legal como el momento procesal; hoy el Derecho aparece reducido e identificado con el primero. Lo veremos en el capítulo tercero que será donde abordaré el estudio de la edad legal desde el Derecho procesal.

Lo dicho puede estar en la base de la habitual consideración de la mayoría de edad legal como una norma positiva típica y, ya en un proceso positivista decadente continuado por el método exegético, en la consideración de la minoría de edad —o de otras edades especiales e inferiores como la matrimonial— como impedimento al ejercicio de los derechos o como circunstancia modificativa/limitativa de la capacidad de obrar en general —o matrimonial en particular—.

De momento dejaré apuntadas las elocuentes dudas sobre si las presunciones jurídicas deben ser reguladas en el Código civil español (material) o en la Ley de Enjuiciamiento Civil (procesal), con los correspondientes titubeos sobre su naturaleza sustancial o procedimental⁴¹³.

⁴¹³ La presunción legal en ocasiones no es vista como derecho sustantivo; se desplaza del lado de los legisladores al lado de los jueces. Del derecho material al derecho procesal, y es estudiada cada vez más entre las pruebas con las que sin duda tiene que ver pero con las que no se identifica. En el Derecho romano la presunción era sobre todo de carácter material, una solución legislativa dada al juez. Esta fue la tendencia en la Edad Media, donde se aspiraba incluso a suplir con las presunciones el decadente nivel judicial. Hay que plantear la cuestión de la naturaleza material-procesal de las presunciones, y explicar su evolución, y cómo se ha recogido esa naturaleza en los códigos. La presunción no es una norma abstracta, y la solución que ofrece es abierta

Sin embargo, creo que es posible, una vez corregidos los postulados de la codificación por el realismo jurídico, recuperar en su justa medida uno de sus principios más ambiciosos y técnicos: el principio sistemático⁴¹⁴; pero matizado en el sentido de buscar el sistema no sólo en el momento legal, sino también en la fase judicial del Derecho. De este modo, el sistema normativo de la capacidad de obrar englobaría tanto los elementos del dato legal como los del dato jurisprudencial.

Esta es la perspectiva que adoptaré en los apartados siguientes, con la intención de obtener una visión global de la edad legal. Obtenida esta panorámica tras el examen, por un lado, de las normas vigentes que recogen la edad legal –tanto en el Código civil español como en el Código de Derecho canónico⁴¹⁵– y, por otro lado, de su aplicación en el proceso judicial, se podrá verificar si su naturaleza como presunción jurídica emerge igualmente en el actual sistema. Si nos quedáramos únicamente con las normas que prevén la edad legal, en mi opinión, se estaría interpretando reductivamente la capacidad de obrar legal y

para adaptarse al caso concreto, y eso hace difícil su encaje en los códigos. Trataré la naturaleza material-procesal de las presunciones en el capítulo tercero.

⁴¹⁴ «Que un Código o que un Tratado jurídico comiencen por esta o aquella materia, que se le dedique o no una parte especial, es en sí indiferente para la regulación y significación de tal materia, y así ha sido en todas las organizaciones jurídicas basadas en firmes o indudables criterios sociales. En el mundo moderno, las cosas no son así; en la sociedad actual, acostumbrada al acatamiento ciego de los dictados de la ciencia, con una dogmática dominada por hábitos de abstracción, la ordenación sistemática crea automáticamente un prejuicio de valoración, y toda especial disciplina hace suponer peculiares principios, que se imponen a toda la materia que forma su contendio», DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 17.

⁴¹⁵ Las presunciones serían contrarias a la mentalidad de la codificación porque son razonamientos lógicos, que se dan sobre todo en los jueces, de ahí lo de presunciones de hombre, y que cuando alcanzan entidad suficiente pasan a ser presunciones legales al preverse en una norma. La aversión a los jueces y a su tarea, que quiere ser reducida al máximo, hace que las presunciones legales sean vistas como una solución deficiente, y devienen normas positivas. De todos modos, como la edad es presunción, los autores la describirán fenomenológicamente como presunción *iuris et de iure*, que no deja de ser una manifestación de la naturaleza original propia del Derecho romano.

perderíamos la novedad que comporta al respecto el momento jurisprudencial.

Se comprende la sospecha sobre la presunción *iuris tantum* en un primer momento por no respetar las exigencias de rigor y claridad en el supuesto de hecho que la codificación propugnaba entre sus ideales. Pero como la *ratio iuris* de la edad no se puede eliminar, sus elementos siguen existiendo y se han camuflado bajo formas y técnicas diversas logrando así la seguridad que la codificación pedía. Ahora corresponde ver todos los mecanismos que intervienen en la edad, encajar las piezas como si de un puzzle se tratara y comprobar si todas juntas y en su dinamismo configuran el instrumento de la *presunción jurídica*.

Ciertamente, la Escuela histórica ha colaborado para extraer de las potencialidades del Derecho unas características importantes: la precisión, claridad y brevedad en el lenguaje jurídico⁴¹⁶. La pureza conceptual a la que se llega es una ventaja y no un inconveniente. En este sentido, Savigny, Ihering, Puchta, Windscheid y otros han conseguido un desarrollo que la ciencia jurídica sigue agradeciendo⁴¹⁷.

⁴¹⁶ «Hay un afán de simplificación. Simplificación quiere decir, en primer lugar, reducción de la mole del material normativo. Quiere decir, en segundo lugar, instalación de dicho material en unas condiciones que le hagan más manejable. Además, en el intento de simplificación hay un componente que se dirige hacia la facilitación del conocimiento», Díez Pícazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, p. 152. Y más adelante: «Los textos se van decantando cada vez más y abreviando cada vez más, pero a costa de una gran pérdida de matices y de unas mayores dificultades de interpretación. El incremento del proceso de abstracción produce también una ruptura del cordón umbilical que ligaba al texto con el problema o grupo de problemas que presidieron su origen», *Ibidem*, pp. 160-161.

⁴¹⁷ Cfr. Wieacker, Franz, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, p. 344. La primera obra de Savigny, *Derecho de posesión* (1803), se convirtió en un modelo expositivo y científico para las monografías; el *Sistema de Derecho romano actual* es una obra precursora del Derecho de los siglos XX-XXI; el rigor del método deductivo de las *Pandectas* de Puchta con el que extrae los principios dogmáticos de los conceptos se extendió por las universidades; Windscheid y sus *Pandectas* fueron prácticamente el Código y a la vez el comentario en la práctica jurídica; estos autores acabaron de aportar la noción de sistema a la ciencia jurídica y convirtieron al juez en

Fue un salto de calidad. Pero el conceptualismo jurídico, el positivismo lógico, la conciencia jurídica del pueblo, todo ello cristalizado en la norma, con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, sólo en principio⁴¹⁸ se opone a la presunción, ya que ésta es capaz de cumplir con esas exigencias técnicas en uno de sus elementos: concretamente en la norma de la mayoría de edad legal, codificada en la modernidad e impulsada por Savigny y la pandectística. La mayoría de edad no es sino la continuidad de la técnica romana que consideraba a la pubertad legal como edad central y capacidad de obrar plena.

El problema no se haya en una incompatibilidad técnica que impida definir la edad legal como presunción jurídica en la codificación, sino en la dificultad de interpretarla como tal, dada la dispersión del resto de elementos que impide considerarlos como un único sistema normativo, paso previo para detectar la naturaleza de la presunción legal propia de la edad. Por lo que, en mi opinión, es preciso volver a las exigencias sistemáticas de la codificación y evitar que el Código pierda la centralidad que tenía, pues creo que no es deseable una dispersión del Derecho de la persona en múltiples leyes inconexas y desistematizadas. Desde un punto de vista técnico, es razonable que el sistema de capacidad de obrar básico esté en el Código debidamente comprendido en aras del principio sistemático.

un 'autómata de la subsunción'. Igualmente contribuyeron a esta influencia sus discípulos, que unas veces proseguían lo aportado por sus maestros, y otras corregían sus desviaciones; entre estos últimos merece especial atención Ihering, que prepara una salida al positivismo al que tendía la pandectística, cfr. *Ibidem*, p. 344-404.

⁴¹⁸ Eso parece, ya que la presunción se caracteriza por incluir el momento judicial y no sólo el legal, por admitir excepciones a la norma, por atender al caso concreto y no a la conciencia jurídica nacional, por acudir a la justicia material y no a la justicia formal y lógica que propugnaban.

D. LA CODIFICACIÓN CANÓNICA

En este apartado dedicado a la codificación canónica sobre la que tanto se escribió a inicios del siglo XX, me centraré únicamente en aquellos aspectos generales que puedan ser útiles para situar la cuestión de la codificación del sujeto de derecho y su capacidad, de la que me ocuparé más detenidamente en el apartado tercero del presente capítulo.

¿Cuál es la causa principal de la codificación canónica? Para Lombardía es la necesidad de «poner fin al confuso estado de las fuentes del Derecho de la Iglesia»⁴¹⁹. La Iglesia es consciente de que una correcta aplicación del Derecho es un bien espiritual para la Iglesia y para los fieles, y en este sentido, la técnica codificadora viene a ser útil a esta finalidad en tanto que el material jurídico de la Iglesia requería una cierta racionalidad⁴²⁰.

⁴¹⁹ Incluyo el texto completo en el que se recogen las palabras citadas en el cuerpo: «El ordenamiento jurídico de la Iglesia Católica se incorporó tardíamente a la corriente de la codificación y no lo hizo por impulso de las ideas racionalistas, iluministas e individualistas que lo impulsaron en los ordenamientos estatales del continente europeo y de Iberoamérica. La inquietud por llegar a una codificación canónica, de la que ya hay testimonios en los trabajos del Concilio Vaticano I, obedeció a una aspiración de índole exclusivamente técnica y pastoral: poner fin al confuso estado de las fuentes del Derecho de la Iglesia. Se advertía un contraste entre los códigos civiles, que eran cuerpos legales unitarios, claros y manejables, y el conjunto de disposiciones eclesiásticas que se habían ido acumulando desde el s. XII: el *Corpus Iuris Canonici*, los decretos disciplinarios del Concilio de Trento y la inmensa masa de textos a que había dado lugar, desde el s. XVI, la legislación pontificia y la actividad de la Curia Romana. La codificación se veía como un remedio para clarificar y hacer posible la aplicación de un sistema de Derecho tan complejo, que muy pocos podían abarcarlo en su conjunto y menos aún resolver las antinomias entre los textos y distinguir los derogados de los vigentes», LOMBARDÍA, Pedro, *Códigos legales. Derecho canónico*, en *Escritos de Derecho canónico y de Derecho eclesiástico del Estado*, Eunsa, Pamplona, 1991, p. 527.

⁴²⁰ «Sencillamente se llama la atención sobre el hecho de que las codificaciones canónicas se han llevado a cabo, no por compromiso con tal o cual orientación de la cultura jurídica profana, que haya alentado de hecho el movimiento codificador; sino sencillamente, porque la forma de código facilita el conocimiento y aplicación de las leyes, especialmente en un ordenamiento jurídico como el de la Iglesia, cuya aplicación

El primer Código en la Iglesia llega en 1917, 114 años después del Código de Napoleón y 28 años después del Código civil español: tiempo suficiente para haber comprobado los logros y deficiencias de la técnica codificadora, que la Iglesia asume prudentemente⁴²¹, con las oportunas cautelas para no desfigurar la especificidad de un Derecho canónico «decantado a lo largo de la historia»⁴²². Esto provocará que en la

depende en muy buena parte de la tarea de hombres que no son profesionales del Derecho», IDEM, *Codificación y Ordenamiento canónico*, en *Escritos de Derecho canónico y de Derecho eclesiástico del Estado*, p. 172.

⁴²¹ «Il desiderio che la nuova legislazione riduca il più possibile lo spazio lasciato alla *interpretatio* è condiviso anche da altri padri, ma viene in genere espresso in forma positiva come esigenza di certezza del diritto, di chiarezza delle fonti, di facile comprensione delle norme anche da parte di chi non sia specificamente versato nella scienza giuridica. Il mezzo principale per conseguire tale scopo è chiaramente individuato nella organicità e sistematicità della nuova raccolta per la quale si chiede un *ordinem*, un *sapientem ordinem*, un sistema *concinnum atque ordinate dispositum*, o, più specificamente, una organizzazione e ripartizione delle singole norme in titoli, capitoli ed articoli secondo la varietà delle materia. Alla richiesta della sistematicità si accompagna quella della brevità: la nuova collezione deve presentarsi come un *brevis liber*, un *systema breve* in cui il diritto *summatim colligatur* e in *collectionem syntheticam reducatur*», FELICIANI, Giorgio, *Il concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, en «Ephemerides Iuris Canonici», Annus XXXIII, núm. 1-2, Romae, 1977, p. 136.

Además, «la nota della tecnicità, che ha lo scopo fondamentale di contribuire alla chiarezza, alla semplicità, alla certezza dei testi giuridici», DE PAOLIS, Velasio y D'AURIA, Andrea, *Le norme generali. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro primo*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2008, p. 54.

«Il metodo proposto appare dunque ispirato a quello adottato dai codici statuali a cui si appellano esplicitamente alcuni padri come monsignor Salzano, il quale, dopo aver lodato la codificazione operata dai vari Stati, lamenta che essa manchi totalmente '*in ecclesiastica (...) societate, quae vera societas est*', nonostante lo stesso Stato della Chiesa sia dotato di un codice di procedura. Un positivo apprezzamento delle codificazioni civili si può forse cogliere anche in quegli interventi che affermano la necessità di una *reformatio iuris*, motivandola con la funzione esemplare tradizionalmente svolta dal diritto canonico nei confronti della società civili, poichè da questa osservazione si potrebbe dedurre che la situazione dei diritti statuali, in seguito all'avvenuto processo di codificazione, è considerata migliore di quella della Chiesa», FELICIANI, Giorgio, *Il concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, p. 137.

⁴²² «El Derecho canónico actualmente vigente se ha ido decantando a lo largo de dos milenios, durante los cuales la Iglesia –utilizando la técnica jurídica de cada momento

codificación canónica sea posible señalar algunas características que suponen una mejora de la técnica napoleónica⁴²³.

En primer lugar, la codificación canónica tiene una gran diferencia con la civil en el mayor aprovechamiento de la tradición jurídico-clásica⁴²⁴, sin vaciar de contenido las ventajas de la técnica

histórico y forjando soluciones originales en el campo del Derecho, que han influido decisivamente en otros ordenamientos jurídicos— ha ido remodelando sus instituciones en una afanosa búsqueda de la congruencia entre su fe y sus estructuras visibles», LOMBARDÍA, Pedro, *Lecciones de Derecho canónico. Introducción. Derecho constitucional. Parte General*, p. 16.

⁴²³ «Una questione particolarmente delicata e difficile fu quella dell'ordine sistematico del nuovo Codice. Esso doveva rispondere a due esigenze che non apparivano facilmente conciliabili: quello di evidenziare anche nella struttura sistematica la peculiarità del diritto della Chiesa e di rispettare le esigenze di ordine tecnico e scientifico proprie di un codice», DE PAOLIS, Velasio y D'AURIA, Andrea, *Le norme generali*, p. 49.

También se menciona el carácter relativo de la forma de código en la Iglesia, que viene a ser una forma que se acomoda a la prioridad de los contenidos jurídicos específicos, cfr. FELICIANI, Giorgio, *Il concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, p. 116.

«La razionalità incarnata dalla peculiare tecnica della codificazione si precisa dunque attraverso una triplice nota caratterizzante: sistematicità, semplicità, perspicuità. È su ciascuno di questi tre punti nodali che deve ora incanalarsi il nostro discorso, cercando anche per ognuno di essi di mettere a frutto il discorso sviluppato nelle pagine precedenti, traendone anzi per certi versi la fila, in modo che si possa consolidare il significato originale della razionalità codiciale canonica», BONNET, Piero Antonio, *La codificazione canonica nel sistema delle fonti fra continuità e discontinuità*, en *Perché un codice nella Chiesa*, Ed. Dehoniane, Bologna, 1984, p. 116.

⁴²⁴ «Una serie de factores del todo propios (del CIC 17) lo alejan tanto de las características propias de la técnica cuanto de la filosofía subyacente. De entre las matizaciones a la técnica, la más sobresaliente sin duda alguna es su peculiar autorreferencialidad. En efecto, aunque el CIC 17 tenga pretensiones de exhaustividad, el modo de prever la solución de las lagunas legales es contrario a la técnica codificadora *stricto sensu* (el c. 20 se refiere a elementos extracodiciales) y, se mantienen, si bien con cierto recelo, las costumbres centenarias e inmemoriales como fuente del derecho canónico (c. 5). La razón de estas peculiaridades obedece a su distinta pretensión. En ningún caso el nuevo Código se presentó como una innovación sustancial de la legislación canónica. Todo lo contrario; la pretensión era hacer accesible, con las oportunas adaptaciones, la experiencia jurídica plurisecular de la Iglesia. La continuidad con la tradición canónica era un punto sobre el que no cabía discusión. En este sentido el c. 6 es suficientemente explícito sobre el valor de la

codificadora⁴²⁵. El equilibrio entre un cuerpo legal orgánico y sistemático y la continuidad del Derecho anterior⁴²⁶, se consigue en el momento de la interpretación y aplicación de cada uno de los cánones⁴²⁷; de ese modo se logra la justicia concreta en cada norma y en

historia como marco hermeneútico de la inmensa mayoría de la legislación codicial. Dichas peculiaridades del CIC 17, reconocidas por todos los autores, ponen de manifiesto una vez más la pretensión de continuidad sustancial que se encuentra en la Iglesia detrás de cada movimiento de reforma. Pero señala, además hasta qué punto la asunción de la técnica codificadora fue deliberadamente limitada para hacerla conforme con la especificidad del derecho canónico. Se habría así idealmente logrado conjugar sus ventajas prácticas (mayor claridad y certeza) y «políticas» (presentación de la Iglesia en el mundo en pie de igualdad con los distintos Estados) sin comprometer ni la sustancia ni el espíritu peculiar que anima el derecho canónico y su desarrollo histórico», ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, Nicolás, *Derecho canónico y codificación: alcance y límites de la asunción de una técnica*, en «Ius Canonicum», volumen 51, núm. 101, Pamplona, 2011, p. 119.

⁴²⁵ La plenitud del Código no es una realidad para los canonistas y actúan coherentemente. En el Derecho canónico, la codificación no es simplemente una reordenación de todo el Derecho, sino una continuidad del mismo intentando mejorar su conocimiento y efectividad, atribuyendo a la tradición jurídica la tarea de seguir informando y encauzando la interpretación del Derecho contenido en el CIC.

⁴²⁶ Aunque según apunta Lombardía «basta repasar su contenido para darnos cuenta que estamos ante una colección auténtica unitaria, con voluntad de sustituir la mayor parte de las normas legales y consuetudinarias (cc. 5 y 6) hasta ahora en vigor, entre ellas lo que aún queda sin derogar del Código pio-benedictino. Su redacción corresponde a los mismos propósitos que inspiraron el Motu proprio *Arduum sane munus* de 19 de marzo de 1904. También en esta ocasión podría hablarse, al menos hasta cierto punto, “*de Ecclesiae legibus in unum redigendis*”», LOMBARDÍA, Pedro, *Técnica jurídica del nuevo Código (Una primera aproximación al tema)*, en *Escritos de Derecho canónico y de Derecho eclesiástico*, Euns, Pamplona, 1991, p. 189.

⁴²⁷ Bonnet habla de la «singularissima razionalità della codificazione ecclesiale, nella quale, alla peculiare ‘sistematicità’, non si accompagna la tradizionale ‘semplicità’ o unicità, almeno tendenziale, dei codici statuali. Infatti il *Codex iuris canonici* si integra necessariamente in modo complesso con l’intera normativa ecclesiale, dando vita a un ‘sistema sempre aperto’, non soltanto globalmente, ma anche in ogni sua singola disposizione, il cui dettato si caratterizza attraverso una particolarissima ‘elasticità’. Per di più la formula normativa attinge la sua chiarezza, e con essa anche la certezza, non immediatamente in se stessa, almeno nella stragrande maggioranza delle fattispecie, ma solo nella prassi, e in modo specialissimo in quella giudiziaria, conformemente a una *natura del diritto ecclesiale più giurisprudenziale*, o comunque legata alla decisione del caso particolare (prassi curiale), che non legale», BONNET,

cada caso, sin perder por ello seguridad jurídica. Ésta vendrá ahora garantizada no sólo por la simple previsión legal del supuesto de hecho, sino también por la correspondiente jurisprudencia que interpreta cada norma en conformidad con la tradición canónica⁴²⁸.

Se echa en falta sin embargo un progreso de la ciencia canónica después del CIC de 1917; no por la codificación en sí misma, sino porque la técnica civil exegetica, generalizada después del *Code* en la ciencia jurídica consideraba al texto codicial como un “pozo sin fondo” que abarcaba todo supuesto. Esta manera de proceder fue también asumido en parte por la canonística, con la tendencia que lleva aparejada de identificar Derecho y Código⁴²⁹; venía así dificultada una reflexión e interpretación fecundas sobre los fundamentos doctrinales de cada uno de los cánones⁴³⁰, con la excepción notabilísima del sistema matrimonial

Piero Antonio, *La codificazione canonica nel sistema delle fonti fra continuità e discontinuità*, pp. 59-60.

«In tal modo si fa del tutto esplicita la natura originale della positività della giuridicità canonica che, anche attraverso la tecnica codiciale, non perde la sua natura de *diritto più giurisprudenziale che legale*», *Ibidem*, p. 124.

⁴²⁸ Canon 6 § 2: «En la medida en que reproducen el derecho antiguo, los cánones de este Código se han de entender teniendo también en cuenta la tradición canónica».

⁴²⁹ «De todos modos, la fuerza con que la inadecuada identificación entre Código y Derecho canónico ha arraigado desde 1917, obliga a la doctrina a subrayar eficazmente el conjunto de los factores que impulsan la dinámica del ordenamiento. Y difícilmente podrá cumplir esta función una ciencia canónica que, esclavizada a su vez en el mito de la codificación, fuera exclusiva o preferentemente exegetica», LOMBARDÍA, Pedro, *Técnica jurídica del nuevo Código (Una primera aproximación al tema)*, p. 185.

⁴³⁰ «Los libros de carácter general, en los que el estudio del tema [Derecho de la persona] parecía imprescindible, se construyen en la mayoría de los casos siguiendo el método exegetico, dirigiendo el comentario del cuerpo legal pio-benedictino a resolver los problemas que planteaban cada uno de sus cánones. Esta segunda razón [la primera era una canonística volcada en las cuestiones prácticas] llevó a un tipo de comentarios del c. 87 puramente convencionales, ya que los problemas de interés inmediato y práctico que su estudio podía aclarar eran realmente pocos y, en cambio, los problemas de carácter general difícilmente podían plantearse sin que se pusiera el acento sobre los presupuestos de Derecho divino y sin tratar de resolver simultáneamente —con una visión más amplia— los que plantean todos los cánones que con el 87 se relacionan, por procurarnos datos fundamentales para la teología de los sujetos en el ordenamiento

canónico, donde la jurisprudencia conoce uno de sus mayores logros, y que viene a ser un ejemplo para el resto de materias del Código de la Iglesia, e incluso para el resto de Ordenamientos⁴³¹.

Otra importante característica de la codificación canónica desde 1917 y perfeccionada en 1983 es la peculiar conformación del principio de legalidad canónica⁴³²: la consideración de la costumbre, incluso *contra legem*, como fuente de Derecho junto a la ley escrita⁴³³. Una vez más, la prevalencia del caso concreto interpretado con sentido histórico permite la viabilidad técnica de semejante punto de partida, que sin duda

canónico», IDEM, Pedro, *Derecho divino y persona física en el Ordenamiento canónico*, en *Escritos de Derecho canónico I*, Euns, Pamplona, 1973, p. 227.

⁴³¹ La jurisprudencia canónica se ha desarrollado durante la vigencia del Código en relación al *ius connubii*, en contraste con el resto de derechos y deberes, donde por diversas razones, la jurisprudencia no ha tenido ocasión de avanzar.

⁴³² «Una de las claves para la comprensión del nuevo *Codex* está, si no me equivoco, en captar el sentido con el que se ha llevado a cabo la introducción de la distinción de funciones y el principio de legalidad», IDEM, *Técnica jurídica del nuevo Código (Una primera aproximación al tema)*, p. 176.

Además, es peculiar la articulación entre el legislador central y aquellos periféricos que manifiestan a la vez la jerarquía y la comunión en el Colegio episcopal: «El nuevo Código, al mismo tiempo que somete la actividad administrativa a los criterios establecidos en el plano normativo, delinea éste con una visión mucho más flexible que en los ordenamientos estatales de corte continental europeo; puesto que las normas que limitan a la actividad administrativa no son las leyes escritas, sino el resultado de la recíproca influencia entre las leyes y las costumbres. Por otra parte, estas normas no son sólo el resultado del ejercicio de un poder legislativo central; sino que el sistema canónico de leyes universales y particulares –con un efecto limitador de la *potestas executiva*–, es susceptible de importantes matizaciones en las diversas Iglesias particulares y otras comunidades menores, como consecuencia de la eficacia de las costumbres locales y de la praxis de dispensar las leyes generales no reservadas, en aplicación del c. 87.1», *Ibidem*, pp. 180-181.

⁴³³ Es de destacar también la posibilidad de leyes escritas particulares en el Derecho canónico: «La figura de la norma singular no se puede considerar por completo superada, puesto que tal noción aún resulta útil para los actos singulares innovadores, que obviamente continúan reservados a los órganos dotados de potestad legislativa: actos administrativos derogatorios *in casu* de leyes o costumbres (c. 38), los privilegios (c. 76.1), los preceptos que impongan deberes no contemplados por leyes o costumbres (c. 49), las dispensas concedidas por el legislador y, por tanto, sin que su validez esté condicionada a que concurran causas canónicas (c. 90.1)», *Ibidem*, p. 181.

logra una justicia real y atenta a la vida del Pueblo de Dios. En consecuencia, la eficacia de la ley y la costumbre, no se basa tanto en el órgano del que emana, sino más profundamente en la *rationabilitas*⁴³⁴ de la misma norma entendida como una cierta continuidad del Derecho divino (tratándose del Ordenamiento canónico, será no sólo el Derecho divino-natural, sino también el Derecho divino-positivo).

Este principio de legalidad, así concebido, se desenvuelve a través de varios instrumentos técnico-jurídicos de raigambre histórica: la *aequitas canonica*, la *epicheia*, la *dispensatio*, la *dissimulatio*, la *absolutio*, la *licentia*, la *declaratio*, la *tolerari potest*⁴³⁵, que revelan una nota distintiva en el Derecho canónico: la importancia del momento jurisprudencial con el fin de darle prioridad a la justicia del caso concreto, momento en que debe hacerse efectiva la *salus animarum* como suprema ley de la Iglesia⁴³⁶. Este fundamento ha propiciado que sigan existiendo los mecanismos jurídicos citados en la codificación.

Todas estas características hacen que la plenitud buscada por los impulsores de la codificación no sea ni mucho menos una aspiración concreta y determinada en la Iglesia, sino un principio moderado que tiende a concentrar el Derecho en forma de sistema⁴³⁷; pero sin que exista de inicio inconveniente alguno en acudir a leyes especiales para

⁴³⁴ «No olvidemos tampoco que el Codex (1917), no sólo conservó en lo fundamental institutos flexibilizadores, como la dispensa y el privilegio, sino que no impidió —pese a no codificarla— que continuara presente en la doctrina una concepción de la ley que no fundamenta su eficacia sólo en la *voluntas principis*, sino fundamentalmente en la *rationabilitas*», *Ibidem*, p. 194.

⁴³⁵ Cfr. BONNET, Piero Antonio, *La codificazione canonica nel sistema delle fonti fra continuità e discontinuità*, p. 121.

⁴³⁶ Canon 1752, último del CIC de 1983: «(...) prae oculis habita salute animarum, quae in Ecclesia suprema semper lex esse debet».

⁴³⁷ «El nuevo *Codex* es un cuerpo legal que traza las grandes líneas de un sistema normativo, pero que está llamado a aplicarse completado y matizado por las leyes especiales o particulares y con ese modo de producción de normas, de tanta solera canónica, que está constituido por la costumbre», LOMBARDÍA, Pedro, *Técnica jurídica del nuevo Código (Una primera aproximación al tema)*, p. 220.

regular determinadas materias que por su extensión requieren estar fuera del Código⁴³⁸.

Por último, cabe señalar un avance sistemático en el Código de Derecho canónico de 1983 en el ámbito del Derecho de la persona: a diferencia del anterior Código, las normas sobre el sujeto de derecho se contendrán en la Parte general –Libro I *De las Normas Generales*–, extendiendo así su influencia al resto de las materias reguladas en los demás Libros, a la vez que consolida el carácter personalista del Ordenamiento canónico⁴³⁹. La cuestión debatida sobre la *persona in iure canonico* la dejamos para el apartado tercero.

Pero, ¿dónde encontrar la fuente de la peculiaridad de la codificación eclesiástica? Aunque sea posible y obligado dar razón de las especificidades técnicas, cada una de ellas, en el fondo, encuentra su justificación última en la gran novedad del Ordenamiento canónico: el Derecho divino que lo funda y sustenta, y a cuya aplicación se dirige toda norma humana e instrumento técnico, que serán siempre vistos con la relatividad propia de su carácter instrumental.

⁴³⁸ Por ejemplo la regulación de la Curia romana en la Constitución Apostólica *Pastor Bonus* de 28 de junio de 1998 (AAS 80 [1988] 841-912).

⁴³⁹ «Particularmente sugerente considero la concepción del Libro I, que invita eficazmente a la doctrina a la construcción de una parte verdaderamente general; es decir, sintetizadora de todos los conceptos básicos, de aplicación a las diversas ramas del sistema. Si los canonistas somos capaces de construirla, además de contribuir al progreso de la ciencia canónica, quizás podamos servir de fermento entre los estudiosos del ordenamiento español, que aún sigue teniendo su parte general troceada entre los frutos del buen hacer de civilistas y administrativistas, esperando que alguien acometa la empresa ineludible de la síntesis», *Ibidem*, p. 206.

«Si tratta di una specie di introduzione generale a tutto il Codice e a tutto il diritto della Chiesa latina. (...). Si tratta di *norme*: cioè di disposizioni che hanno un valore giuridico vincolante; sono *generali*, perché si applicano e ordinano tutto il diritto della Chiesa latina», DE PAOLIS, Velasio y D'AURIA, Andrea, *Le norme generali. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro primo*, p. 53.

E. CODIFICACIÓN Y TEORÍA DE LA CAPACIDAD DE OBRAR

Es preciso una sana distancia del dato legal codificado para poder comprenderlo y proseguir el avance doctrinal. El positivismo parte de la norma dada, y el método exegetico la interpreta. Pero dicho sistema está encerrado en sus propios aciertos y errores, sin posibilidad de un progreso sistemático para el que sería necesaria una visión de conjunto de la que carece inicialmente el método exegetico. Ya mencioné en la introducción una intención metódica: subirme a los hombros de los juristas sin prescindir de los razonamientos que hasta el momento se han llevado a cabo. De hecho, como se ha podido comprobar hasta ahora, cada paso está certificado por la indispensable aportación doctrinal que en cierta medida marca el camino a seguir.

Por lo tanto, considero legítimo un acercamiento a los Códigos civil y canónico desde las premisas de la teoría de la capacidad de obrar⁴⁴⁰; ésta a su vez es una sistematización notabilísima del Derecho romano iniciada por Savigny. El perfume de la historia puede impregnar la interpretación del cuerpo codicial vigente modificando el modo de asumir los avances técnicos que la codificación ha logrado en el Derecho, que hoy aparecen bien deslindados de algunos presupuestos ideológicos indiscutibles en su momento e ingenuos en la actualidad (p. e.

⁴⁴⁰ La misma carencia y necesidad se siente en el Derecho canónico, donde Lombardía trata de ensanchar y profundizar el acercamiento al estudio de las cuestiones sobre la persona: «Para penetrar en el preciso alcance de una serie de normas canónicas es, sin duda, de gran utilidad llevar a cabo el estudio de los fundamentos doctrinales y las más importantes consecuencias técnico-jurídicas de los diversos estados en que puede estar situada la persona en el ordenamiento de la Iglesia; sólo de este modo es posible captar, en la labor de exégesis cara a la aplicación práctica de la multitud de normas que regulan cuestiones de detalle de la capacidad de la persona, una serie de matices fundamentales que difícilmente pueden ser advertidos con la mirada centrada en la norma concreta», LOMBARDÍA, Pedro, *El estatuto personal en el Ordenamiento canónico. Fundamentos doctrinales*, en *Escritos de Derecho canónico II*, Eunsa, Pamplona, 1973, p. 38

piénsese en el convencimiento que se tenía de la plenitud del código y la cantidad de leyes especiales de cualquier Ordenamiento).

La certeza del Derecho necesitaba el Código, y para ello era necesaria la concentración del Derecho en la norma positiva. Esto, debidamente contrapesado, no deja de ser una aportación vital en la ciencia jurídica. No obstante, si la identificación entre Derecho y norma es total –este era muchas veces el punto de partida de la Escuela de la Exégesis–, aquí el método supone una esclerotización de la ley y una escisión cada vez mayor entre la justicia y el Derecho, que por encerrarse en la norma se ve impedido de buscar la solución más justa para una realidad humana que siempre es viva. Pues bien, uno de esos instrumentos jurídicos que compensan el “positivismo razonable” que comporta la codificación es la presunción jurídica, reservada para casos en los que hay un especial interés en que el dato jurídico coincida en su plenitud con la verdad material.

La revolución técnica de la codificación, además de la sencillez y posibilidad de conocimiento, encuentra su punto más característico en desplazar la esencia del Derecho: de la aplicación judicial (jueces) a las normas (legislador). Ésta es en mi opinión la causa de todos los excesos de la codificación y lo que explica el empeño en sus características técnicas –precisión, simplicidad, concentración, valor sistemático, etc.–. Este postulado no ha sido matizado en buena parte del discurso jurídico, y creo que no es aprovechable con la radicalidad inicial, sencillamente porque no existe ese Derecho tal y como una observación fenomenológica puede aclarar. No parece fácil sustituir la columna vertebral del Derecho romano, descrita así por Savigny: «[En el *Corpus Iuris*] tutto si basa sul fatto che la padronanza del sistema mette in grado il giurista di trovare il diritto per ogni singolo caso»⁴⁴¹.

⁴⁴¹ Citada en LA TORRE, Antonio, *Diritto civile e codificazione*, p. 12.

Este aspecto de la codificación no del todo corregido por el realismo jurídico, hace suspirar a De Cupis por la justicia del caso concreto: «No es posible entender el valor que el Derecho atribuye a la persona humana si no se percibe el encuentro entre la persona y el Derecho en aquel punto que proporciona el ‘caso’. ‘Caso’ que, se detenga en el umbral del proceso o lo traspase, siempre es un caso vivo, es decir, un caso de viva humanidad, que con su calor y su concreción se aproxima y presiona las categorías jurídicas. Al encontrarse frente al ‘caso’ el jurista está en condiciones de apreciar la exigencia y la aspiración del hombre en el acto de su natural y concreta manifestación; y puede apreciar, además, su urgencia, que puede ser dramática, de valoración jurídica. Y llegando a conocer la humanidad en lo inmediato de su ser concreto, a percibir las necesidades reales y ardientes de ella, puede aquilatar también la adherencia del Derecho y sus categorías a esa misma humanidad; puede entender mejor su significado y alcance; puede ejercer sobre la teoría aquel control que sólo el choque con la práctica puede proporcionar»⁴⁴².

El ámbito canónico, no en el contenido pero sí en la técnica, es en parte dependiente de la ciencia jurídica civil sobre todo en la actualidad, y ello ha hecho que también haya visto ralentizado su progreso a causa del método exegético postcodicial que Lombardía sustituyó por «un enfoque poco habitual entre los canonistas y muy importante: la consideración del hombre»⁴⁴³. De todos modos, la clara naturaleza jurisprudencial del Derecho canónico, existente pero poco desarrollada

⁴⁴² DE CUPIS, Adriano, *La persona humana en el Derecho privado*, en «Revista de Derecho Privado», Tomo XLI, Septiembre, 1957, p. 871. He optado en esta ocasión por situar esta cita extensa en el cuerpo del texto, para resaltar casi al final del apartado una idea presente en los párrafos anteriores y que De Cupis expresa gráficamente.

⁴⁴³ La cita completa, en el contexto de un artículo sobre el estatuto personal en el Derecho canónico, sería la siguiente: «Planteada la cuestión de los derechos y deberes de los fieles, de manera que se trascienda de la mecánica aplicación de las normas de Derecho positivo para penetrar en su *ratio*, nos adentramos en el espíritu del ordenamiento de la Iglesia desde un ángulo de enfoque poco habitual entre los canonistas y muy importante: la consideración del hombre», LOMBARDÍA, Pedro, *El estatuto personal en el Ordenamiento canónico. Fundamentos doctrinales*, p. 40.

salvo en el Derecho matrimonial, podría ser una aportación decisiva a la concepción habitual de los Ordenamientos seculares. Antes, como es lógico, tendría que existir un Derecho canónico que se dejara conformar en buena parte por las aportaciones de la jurisprudencia, por lo que es una tarea a realizar primero intraeclesialmente para así poder colaborar en un momento posterior en el avance de la ciencia jurídica.

II. LA CAPACIDAD DE OBRAR EN LA CODIFICIACIÓN CIVIL

A. LA PERSONA Y LA CAPACIDAD JURÍDICA

Podría afirmarse que el sujeto de derecho y la capacidad jurídica no tienen un reconocimiento expreso en las normas del Código civil español, porque en general no se veía necesario⁴⁴⁴. La personalidad jurídica es mencionada con motivo del nacimiento en el artículo 29: «El nacimiento determina la personalidad». Pero esto se refiere a cuándo surge, no a qué es. La doctrina mayoritaria subraya que el sujeto de derecho (personalidad) es la misma persona que forma parte inherente del Derecho civil como su fundamento primero y razón de su existencia⁴⁴⁵, y que no es algo que se le conceda a la persona, sino que

⁴⁴⁴ «El Código civil (...) dedica su Libro I a tratar ‘De las personas’. Sin embargo, sus normas eran incompletas en grado sumo, como en las codificaciones del siglo XIX, pues lo que se refería a la persona en sí misma considerada, sus derechos y libertades fundamentales, se relegaba al ámbito consuetudinario, más programático que efectivo jurídicamente», DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil. Volumen I*, p. 201.

⁴⁴⁵ «El Derecho civil sí es el Derecho de la persona, en cuanto despojada de otros atributos; pero no íntegramente de la persona, sino sólo de aquellos elementos jurídicamente relevantes de la condición de persona, que permiten garantizar la libertad y autonomía de actuación de los sujetos en el ámbito privado. Cuestión distinta es que, por regular la situación de la persona a secas, se ocupe el Derecho civil de cuestiones

se le reconoce. Bien lo expresa por su parte la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica» (art. 6).

Dando un paso más, la capacidad jurídica es la primera manifestación de la personalidad en virtud de la cual se reconoce al sujeto de derecho la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. No he intentado en el capítulo anterior hacer una exposición de las teorías sobre el sujeto de derecho y la capacidad jurídica, sino subrayar una característica que subyace a estos conceptos jurídicos sobre los que se asienta la capacidad de obrar: el realismo jurídico. ¿Qué es el realismo jurídico? En el citado artículo 29 es admitir que la personalidad comienza con el nacimiento (real) del ser humano (real).

Se han hecho esfuerzos doctrinales para justificar que la persona real es la que está presente en el Derecho, distinguiendo en ella un sentido institucional junto a un sentido técnico, para llegar a la conclusión de que la persona contenida en las normas es la misma persona real. Hay otra vía para llegar a la misma conclusión: concebir el Derecho, no como una realidad paralela —la jurídica, que habría que relacionar de algún modo con la realidad humana—, sino como una ciencia que ordena la única realidad humana de un modo específico según una razón de justicia; esto sería lo jurídico⁴⁴⁶. En mi opinión, se trata de una forma de ver el Derecho que resuelve algunos problemas teóricos.

que son necesario presupuesto para sí mismo y para otros sectores del ordenamiento: tal sucede por ejemplo, con la regulación del nacimiento o de la muerte, con la atribución de la capacidad de obrar, etc.», CAPILLA RONCERO, Francisco, *El derecho civil. Codificación y constitución*, p. 32.

⁴⁴⁶ La realidad es una. Las ciencias muchas. El Derecho es un método, una técnica, un arte, una ciencia, un acercamiento peculiar a la realidad, no la fuente del ser. El Derecho no es filosofía. Baste como ejemplo el artículo 29 del Código civil: ¿qué nacimiento? El único que existe, el real. ¿qué personalidad? La única que existe. El Derecho se atiene a la realidad.

Así, desde esta perspectiva, no es necesario justificar que la persona humana y sus circunstancias previstas en las leyes son eso mismo: el hombre real y sus circunstancias reales. De este modo, el sujeto de derecho sería la persona humana vista desde la óptica jurídica; la capacidad jurídica sería la primera manifestación de la personalidad humana que el Derecho tiene en cuenta como es la titularidad de derechos y deberes reales; y la capacidad de obrar sería la misma capacidad natural jurídicamente ordenada. Ver la realidad como paralela al Derecho es positivismo; ver sólo la realidad sin tratamiento jurídico sería puro casuismo, naturalismo, antijuridicismo; ordenar la realidad de un modo justo, es lo propiamente jurídico⁴⁴⁷. Concebir así el Derecho no supone ninguna consecuencia práctica respecto a cómo funciona actualmente y, en mi opinión, sí que resuelve cuestiones disputadas en la capacidad de obrar como veremos, puesto que sugiere una técnica adecuada de interpretación del sistema vigente y evita la perplejidad en tanto que la explicación teórica y la aplicación práctica vienen a ser consonantes.

B. EL ESTADO CIVIL Y LA CAPACIDAD DE OBRAR

En la doctrina el estado civil es una cuestión muy debatida⁴⁴⁸, con posiciones frecuentemente encontradas y en ámbitos de aplicación diferentes. Eso ha hecho que algunos autores traten de buscar claridad en la regulación legal. Pero con esto tampoco se obtienen resultados satisfactorios, ya que, como expresa Parra Lucán, «cabe preguntarse (...)

⁴⁴⁷ «El hombre y la vida social son la razón del Derecho, pues sin hombres y sin vida social el Derecho no puede cumplir su función de instrumento de la organización justa de la convivencia», Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil. Volumen I*, p. 201.

⁴⁴⁸ «Fue criterio estructurador fundamental de la sociedad y ha devenido cajón de sastre doctrinal en el que puede caber casi todo, tal como empezó a apuntarse en las Partidas», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 119.

habida cuenta de la ambigüedad que en nuestro Ordenamiento ofrece el alcance y significado del estado civil, qué sentido tiene en la actualidad mantener una noción que el legislador utiliza pero no sólo no define sino para la que, sobre todo, establece un régimen jurídico desordenado, confuso y disperso, que luego parece quedar desmentido en las situaciones concretas»⁴⁴⁹. No obstante, la misma autora, prosigue la línea iniciada en parte por Federico de Castro⁴⁵⁰ y continuada por Sancho Rebullida, de agrupar las referencias legales al estado civil e intentar elaborar una teoría de éste⁴⁵¹. Siguiendo este modo de proceder, en mi opinión como ya vimos en el capítulo anterior, el estado civil es una anticipada protección jurídica especial sobre aspectos y situaciones de la persona muy diversos ante una eventual controversia.

La doctrina española que enfocaba el mantenimiento del estado civil como categoría importante para determinar la capacidad de obrar se basaba en la referencia indirecta que el artículo 32.2º del Código civil⁴⁵² hacía al estado civil del menor de edad y del incapacitado⁴⁵³. Era un

⁴⁴⁹ PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Orientaciones actuales del estado civil*, p. 196.

⁴⁵⁰ Lo que el autor llamaba «títulos de legitimación», concepto que vendría a aglutinar la importancia de la regulación legal de los estados civiles.

⁴⁵¹ «Hay que destacar las distintas formas de concebir el estado civil, lo que muestra la elasticidad del concepto y, sobre todo, su ambigüedad en la legislación vigente», *Ibidem*, p. 195.

⁴⁵² Artículo 32.2º del Código civil: «La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos, y aún de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero».

⁴⁵³ «Quizá, el precepto legal que mejor responda, desde el punto de vista técnico, a un concepto de estado civil, aunque con terminología errónea, sea el art. 32 del Código civil», SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *El concepto de estado civil*, p. 125.

«La expresión ‘restricciones de la personalidad jurídica’ equivale, pues a circunstancias modificativas de la capacidad de obrar, y en este sentido dicho art. 32 da base suficiente para hablar de unos estados civiles de menor edad, de incapaz por enfermedad mental (...)), PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, p. 279. Además de en el artículo 32.2º (derogado por la Ley de 24 de octubre de 1984 sobre la tutela), estos autores lo fundamentan en el

soporte legal endeble⁴⁵⁴, forzado⁴⁵⁵, genérico⁴⁵⁶, mal expresado⁴⁵⁷, y ahora derogado.

artículo 326 Cc (derogado por la Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro civil), en relación con el artículo 1.4 LRC (derogado por la Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro civil). El artículo 32.2º ha sido transcrito en la nota anterior. El artículo 326: «El Registro del estado civil comprenderá las inscripciones o anotaciones de nacimientos, matrimonios, emancipaciones, reconocimientos y legitimaciones, defunciones, naturalizaciones y vecindad, y estará a cargo de los Jueces municipales y otros funcionarios del orden civil en España y de los Agentes consulares o diplomáticos en el extranjero». Artículo 1.4 LRC de 1957: «(...) la emancipación y la habilitación de edad». El artículo 4.6º de la nueva LRC lo mantiene: «(...) la emancipación y el beneficio de la mayor edad».

Como vimos De Castro intentó mantener el estado civil como alternativa a la capacidad de obrar entendida al modo alemán en cuanto técnica jurídica, pero hoy no tiene reflejo legal alguno, menos aún después de la derogación del artículo 32.2º, párrafo en que De Castro y otros autores fundamentaban la dependencia de la capacidad de obrar del estado civil.

«El párrafo 2 del artículo 32, antes de que se suprimiese por la Ley de 24 de octubre de 1983, reformadora de la tutela, conceptuaba la edad como un estado», DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil. Volumen I*, p. 212.

Entre los autores italianos que incluyen en el estado civil también a la edad, tampoco se ve una teoría bien trabada, como queda de manifiesto en la propuesta de Piola. Éste hace algo rarísimo. En primer lugar habla de la edad y el sexo como dos estados civiles, aunque serían una excepción en este grupo ya que los estados civiles propiamente serían los que se refieren a las relaciones entre sujetos de derecho. Y en segundo lugar, contrapone el estado civil a la capacidad: considera la edad un estado civil, pero no la enfermedad ni la emancipación que afectan a la capacidad, Cfr. PIOLA, Giuseppe, *Degli Atti dello Stato Civile*, pp. 2-3. Por eso dice lo siguiente: «Anche alcune delle qualità che costituiscono lo stato (età, sesso, stato matrimoniale) hanno influenza sulla capacità, ma non essendo questo il solo effetto che producono, non vanno confuse con quelle qualità, che sono soltanto relative alla capacità delle persone», *Ibidem*, p. 3.

⁴⁵⁴ Clemente de Diego interpreta la edad del artículo 32.2º a lo sumo como causa restricción de la personalidad: «El Código ha seguido el sistema de fijar por reglas generales la capacidad correspondiente a la edad, en lo cual le aplaudimos, si bien hubiera sido de desear que hubiera sido más explícito, preciso y exacto de lo que en ocasiones es. Bastará al efecto recordar el artículo 32, fundamental en la materia. Pero la menor edad en él mencionada no es restricción, sino causa de restricción de la personalidad jurídica a lo sumo; y no es sólo la menor edad, sino que otras edades tienen también influjo en la capacidad jurídica», CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Curso elemental de Derecho civil español común y foral. Tomo 2º. Parte General*, Ed. Victoriano Suárez, Madrid, 1927, p. 84.

«Al puntualizar en su párrafo 2º que la menor edad, la demencia, o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica, y que ‘los que se hallen en alguno de esos estados son susceptibles de derechos y aún de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero’, induce a pensar que, para la ley civil, toda persona tiene, en efecto, capacidad jurídica, pero que esta ley atiende y considera ciertas cualidades personales para calibrar, conforme a ellas, la capacidad de obrar de cada persona», SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, *El concepto de estado civil*, p. 125.

⁴⁵⁵ Manresa sostiene, que el artículo 32.2º no pretende determinar los estados civiles existentes, sino enumerar las situaciones más clásicas por ser objeto de organismos supletorios: «En la generalidad de estas situaciones [art. 32.2º Cc] no puede el hombre obrar por sí y es preciso para el desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas que sea suplido por una representación que es la tutela a la que están sometidos los menores de edad no emancipados legalmente, los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, los sordomudos que no saben leer y escribir, los que por sentencia firme hubieran sido declarados pródigos, y los que estuvieren sufriendo la pena de interdicción», MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil español. Tomo I*, Ed. Reus, 6ª ed. corregida y aumentada, Madrid, 1943, p. 277. El artículo 32.2º Cc no tiene la intención de catalogar como estados civiles o no los mencionados, sino subrayar que, en esos estados en los que actuará un representante, los representados siguen siendo susceptibles de derechos y obligaciones, es decir, siguen teniendo capacidad de derecho, y el tráfico jurídico funciona igualmente aunque actúe su representante. En mi opinión ésta es la interpretación correcta de la intención del legislador en el artículo 32.2º del Código civil.

Esta también es la postura de Castán: «Es poco afortunada la redacción del art. 32, que consideraba las causas citadas como ‘restricciones de la personalidad jurídica’, cuando únicamente lo son de la capacidad de obrar. Pero la enumeración que contenía no era tan incompleta como acostumbraba decirse, pues abarcaba las más caracterizadas por la extensión de sus efectos y por ser objeto de organismos supletorios permanentes (patria potestad o tutela)», CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y formal*, p. 160.

⁴⁵⁶ «El mismo término estado adquiere en esta sede de la redacción originaria del Código un significado profundamente atécnico, amplio y omnicomprensivo, y una eficacia jurídica muy limitada: aparece claramente privado de toda fuerza determinante o extintiva de lo que hoy llamamos capacidad jurídica, y convertido en mero instrumento de modificación o restricción parcial de la ‘personalidad’ entendida como capacidad o subjetividad potencial», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, pp. 108-109.

⁴⁵⁷ «El art. 32.2º en cuanto habla de restricciones de la personalidad jurídica, se refiere realmente a las restricciones a la capacidad de obrar», PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I*, p. 261.

Hoy, podemos afirmar con Parra Lucán, la absoluta irrelevancia del estado civil en el Ordenamiento jurídico español (no sólo en el Código); a mi juicio, la ley ha ido en este caso por delante de la doctrina⁴⁵⁸ en la definitiva aplicación del realismo jurídico, que da uno de los pasos más importantes al desechar el estado civil como cualidad que determina la capacidad de obrar. Ésta, por lo tanto, se fundamenta en la capacidad natural y se determina por la edad legal y por la incapacitación como ya vimos.

Los principios del realismo jurídico propios de la teoría de la capacidad de obrar han ido quitando importancia legal al estado civil sobre todo en el Código⁴⁵⁹. Como ya apunté, éste se asienta sobre el sujeto de derecho y sobre la capacidad jurídica, pero sobre todo lo que hace es ordenar técnicamente la capacidad de obrar⁴⁶⁰. Si quitamos las

⁴⁵⁸ «En buena medida, el concepto de estado civil admitido de forma mayoritaria en nuestra doctrina, ha quedado superado por el legislador», PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Orientaciones actuales del estado civil*, p. 182.

⁴⁵⁹ «Si bien la doctrina del estado civil tiene algún relieve en nuestro Derecho positivo actual, la utilidad de conceder autonomía a dicha categoría jurídica no se ve clara *de lege ferenda*; en efecto, desde el punto de vista registral, ninguna utilidad ofrece formular un concepto que normalmente no puede constituir criterio delimitativo del campo de la publicidad registral, ya que raras veces coinciden el campo del estado civil y el del Registro civil; desde el punto de vista procesal, de la determinación del cauce de las acciones de estado, la cautelosa fórmula acciones relativas al estado y condición de las personas, ya utilizada por nuestra Ley procesal, muestra la escasa confianza del legislador respecto a la posibilidad de concretar la noción de estado civil», PERE RALUY, José, *Derecho del Registro civil*, p. 12.

⁴⁶⁰ «Gracias a la relevancia absoluta que alcanzan en el Derecho burgués las situaciones subjetivas puras o condiciones determinantes de la capacidad, puede, por fin, configurarse doctrinalmente un Derecho de la persona teórica y conceptualmente autónomo del Derecho de familia. Esta novedad jurídica se aprecia muy bien en la redacción originaria del Código civil, cuya estructura se ve enriquecida por un nuevo título II del libro I (del nacimiento y la extinción de la personalidad civil), en que se consagran, formalmente, la prioridad y autonomía logradas por el régimen jurídico de la personalidad en el Derecho contemporáneo. Es la concepción abstracta de la personalidad civil (...). La capacidad de obrar (llamada personalidad jurídica en el suprimido art. 32.2º) será, en adelante, la condición básica, objeto de interés y regulación en el Derecho de la persona. Es, junto con la capacidad jurídica, la categoría que desplazará a los *status* en la definición de la persona y en la ordenación de su

realidades a las que dichos conceptos hacen referencia —persona real, titularidad-tenencia efectiva y capacidad natural—, el Código civil se convertiría en una novela, es decir, hablaría de cosas que no existen sino en la imaginación del que las escribe o las lee, y sería inviable. Pero, ¿qué ocurre si desaparece, que ya lo ha hecho prácticamente, la categoría del estado civil? Entiendo que no ocurriría nada, lo cual viene a confirmarnos que las realidades a las que hacía referencia están previstas por otros mecanismo jurídicos distintos del estado civil —como vemos que ocurre en el caso de la capacidad natural, reflejada por medio de la edad legal fundamentalmente—. El difícil encaje del estado civil en la actualidad tiene su origen, por la lógica del realismo jurídico, en que no es fácil detectar a qué realidad remite, a diferencia de lo que ocurre con el sujeto de derecho, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, que se conectan de forma intuitiva a la persona, a la titularidad y a la capacidad natural respectivamente.

En efecto, ¿cuántas veces está citado actualmente el término ‘estado civil’ en el Código civil? Tres. En los artículos 9.1⁴⁶¹, 244.4⁴⁶² y 1814⁴⁶³. En los dos últimos es marginal, y en el art. 9 aparece conjuntivamente a «capacidad» dando a entender que ésta no se incluye en el «estado civil», pues de lo contrario sería una repetición legal innecesaria⁴⁶⁴.

régimen jurídico», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, pp. 108-109.

⁴⁶¹ Y además aparece distinguiéndose del término ‘capacidad’: «La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, (...)».

⁴⁶² Artículo 244. 4 del Código civil: «Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración».

⁴⁶³ Artículo 1814 del Código civil: «No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros».

⁴⁶⁴ La misma expresión diferenciada existía en el Proyecto de 1851: «Parece obvio que dicha interpretación extensiva o indiferenciadora convierte en reiterativa la letra de este art. 7 del Proyecto de 1851 [*“Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero”*]. Si el término

Hacer depender la capacidad de obrar de un concepto vago –doctrinal y legalmente– y con este reflejo normativo tan raquítico, es insostenible. Lo mismo acontece en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁶⁵ y en la Ley de Jurisdicción Voluntaria⁴⁶⁶, donde la discriminación doctrinal y legal del término ponen de manifiesto su vaciedad.

‘capacidad’ no ha de tenerse por totalmente ocioso es porque se presupone que en el término ‘estado’ van incluidos, además, otros contenidos o elementos normativos, distintos y separables de la capacidad (familia y nacionalidad), que vienen a constituir, por ello, el núcleo del concepto. Esta doble visión del *status* (como género doctrinal amplio y como institución civil especial o autónoma) es, probablemente, la causa de todos los desenfoques conceptuales posteriores en torno a la figura», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, pp. 94-95.

⁴⁶⁵ En la LEC, las dos veces que aparece la noción ‘estado civil’ es con motivo de la cosa juzgada, y lo hace con la imprecisión típica del concepto; así en el artículo 22.3º: «En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil»; y de la ejecución no provisional en el artículo 525.1.1º: «1. No serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional: 1. Las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil, oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, así como sobre las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso». Y no aparece en ningún caso en el Título sobre los procesos de capacidad, matrimonio, filiación y menores. No se fía la LEC del término ‘estado civil’, pues junto a él, cita otras situaciones tradicionalmente consideradas como estado civil; da la sensación, que para el legislador, el término ‘estado civil’ es un concepto demasiado oscuro, atécnico y sin delimitar como para dejarlo solo en la LEC.

⁴⁶⁶ En la LJV se cita dos veces. En el artículo 2.3: «Cuando no venga atribuida la competencia expresamente a ninguno de ellos, el Juez decidirá los expedientes que afecten al interés público, al estado civil de las personas, los que precisen la tutela de normas sustantivas o puedan deparar actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos, así como cuando afecten a los derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente. El resto de expedientes serán resueltos por el Secretario judicial». En el artículo 4: «El Ministerio Fiscal intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad

En cualquier caso, se consideren o no los llamados estados civiles referidos a la capacidad de obrar, la doctrina, de forma unánime, estudia todo lo referido a la edad legal y a la incapacitación al margen de la consideración del estado, por mucho que dedique algún párrafo a decir si son o no son estados civiles. En el fondo, a la irrelevancia legal ha seguido una irrelevancia doctrinal, donde la imprecisa categoría jurídica del estado civil no ha impedido que el nervio jurídico de las situaciones, catalogadas como estados (sean las que sean), sigan su propio curso jurídico autónomo⁴⁶⁷. Incluso entre los autores que configuran la menor edad como estado civil, no deja de ser en ellos una referencia como de pasada que en ningún caso vertebra el estudio de la edad. La consecuencia de eliminar la consideración de la menor edad como estado civil no tendría ninguna repercusión en el sistema jurídico práctico, ni quedaría sin fundamento el reconocimiento legal de una cierta capacidad del menor: ¿qué consecuencias podría haber al quitar un término legal y doctrinalmente indefinible?

En mi opinión, la referencia del estado civil a las circunstancias relativas a la capacidad de obrar se explica, además de por la inercia histórica, por el régimen jurídico de protección que en buena parte es común con el de otras circunstancias también catalogadas como estado civil (nacionalidad, familia). Pero bien entendido, que en todos los casos, ese régimen jurídico se debe, no a que *a priori* sean estados civiles esas situaciones protegidas, sino a la relevancia natural (social o individual) que cada circunstancia tiene, que las hace merecedoras de una protección jurídica peculiar, y a la que se le puede llamar estado

modificada judicialmente, y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare».

⁴⁶⁷ Ramos Chaparro afirma lo siguiente: «El contrapunto realista a esta actitud investigadora será la consideración particularizada de cada uno de los vínculos de estado civil, admitiendo *a priori* que, por encima de su adecuación a la estructura unitaria general (de orden meramente explicativo), cada uno de ellos tiene su específica funcionalidad, caracterización propia, e incluso naturaleza jurídica especial», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 186.

civil, o no: daría igual desde un punto de vista práctico. Por lo tanto, no existe un régimen jurídico del estado civil, sino que existe una cierta connaturalidad en la protección jurídica de determinadas situaciones dispensada por el Ordenamiento a las que se les ha llamado por este motivo con el nombre de estado civil. Pero es una cuestión metonímica: cada situación o aspecto personal es lo que es legal y doctrinalmente, y la común protección jurídica que reciben es lo que, en mi opinión, se podría llamar «estado civil».

Esta postura creo que aparece confirmada en la exclusiva y concentrada importancia que el estado civil tiene en la Ley del Registro civil⁴⁶⁸, que concretamente declara en su artículo 2.2: «El Registro civil tiene por objeto hacer constar oficialmente los hechos y actos que se refieren al estado civil de las personas y aquellos otros que determine la presente ley». Ello, unido a la «prueba plena» de los hechos inscritos (art. 17.1)⁴⁶⁹, a la presunción de integridad (art. 19.1)⁴⁷⁰ y al principio de inoponibilidad por terceros (art. 19.2)⁴⁷¹, hace que el estado civil se sitúe en el ámbito de la protección dispensada por el Registro en una hipotética controversia sobre los aspectos inscritos de la persona⁴⁷².

⁴⁶⁸ Ley de 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

⁴⁶⁹ Artículo 17.1: «La inscripción del Registro Civil constituye prueba plena de los hechos inscritos».

⁴⁷⁰ Artículo 19.1: «El contenido del Registro Civil se presume íntegro respecto de los hechos inscritos».

⁴⁷¹ Artículo 19.2: «En los casos legalmente previstos, los hechos y actos inscribibles conforme a las prescripciones de esta Ley, serán oponibles a terceros desde que accedan al Registro Civil».

⁴⁷² Así pues, el estado civil se identificaría con la finalidad primordial del Registro civil, aquella con la que nació y que sigue conservando: «Cuando las sociedades primitivas evolucionan hacia formas políticas más complejas, el comercio jurídico alcanza un intenso desarrollo y se pierde la intimidad y el carácter casi familiar propio de las primeras comunidades políticas; surge la necesidad, o por lo menos la conveniencia, de proveer a una específica publicidad del estado civil, de arbitrar instrumentos por medio de los cuales *se preconstituya con ciertas garantías una prueba* de los hechos del estado civil y se pueda disponer de un medio de general conocimiento de tales hechos», PERE RALUY, José, *Derecho del Registro civil*, p. 27.

Aquí emerge la única importancia legal de los estados civiles y, a mi juicio, su naturaleza en el Derecho contemporáneo posterior a la codificación⁴⁷³: ser un sistema de protección jurídica especial común a diversas situaciones o circunstancias relevantes de la persona, que contrasta con la postura de varios autores que atribuyen al estado civil la función de mediación entre lo natural y lo jurídico⁴⁷⁴.

Este creciente refugio que el estado civil encuentra en el Derecho registral es proporcional a la pérdida de importancia que el concepto tiene en el Derecho de la persona y su capacidad. Se comienza con la inscripción de la emancipación y luego se abre la puerta a todas las demás circunstancias que se refieren a la capacidad de obrar, no por ser estados civiles, sino porque se ve conveniente que reciban la protección del Registro⁴⁷⁵.

⁴⁷³ En mi opinión es progresiva la concentración en el ámbito del Registro civil de la importancia legal del estado civil. En el ámbito de la capacidad de obrar, primero se incluye la emancipación en nuestro Derecho, y sigue después con las resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar. De todos modos, incluso en este punto de llegada, y debido a la literatura sobre el estado civil, puede inducir a error restringir un concepto tan clásico a una definición tan concreta e instrumental como la actual que he propuesto en el capítulo anterior. Podría ser más fácil prescindir del término, que mantenerlo pero comprendiéndolo como régimen de protección jurídica registral.

⁴⁷⁴ En el primer caso viene a ser simplemente un instrumento técnico centrado en el momento de la prueba, y en el segundo el estado civil se confunde con las situaciones a las que hace referencia.

⁴⁷⁵ «El Proyecto isabelino nos ofrece la primera delimitación legal del contenido del Registro, tema, desde entonces, interesante para la enumeración de las situaciones de estado civil [art. 334: “Los nacimientos, matrimonios y defunciones, así como el reconocimiento de hijos y su legitimación, se harán constar en un registro especialmente destinado a este efecto”]. Esta serie cerrada de hechos y actos jurídicos constituye el objeto originario y nuclear del Registro civil español. Observemos que en ella están ausentes todavía las situaciones determinantes de la capacidad o incapacidad de obrar. La lista se verá incrementada por la ley de 17 de junio de 1870 principalmente por la nacionalidad, aunque también se incluyó la emancipación (previa a la mayor edad). Este sistema que refleja el art. 326 Cc (...), precepto que no modificó la Ley del Registro civil de 8 de junio de 1957, aunque en su art. 1 vuelve a ampliar la enumeración (...). Para mayor confirmación de la tesis estricta del *status*, y del carácter acomodaticio de la tesis ampliadora, no se encuentran todavía incorporadas a la

Dicho esto, una vez que el Derecho da por supuestas las verdades fundamentales de la persona y sus circunstancias, lo propiamente jurídico y técnico es la organización de la capacidad de obrar, que es a lo que se dedica el Libro I del Código civil, y sin intención de hacerlo sobre el estado civil⁴⁷⁶ (que ha quedado relegado al ámbito de la protección registral). Aquí no basta el reconocimiento simple o implícito como ocurre en el sujeto de derecho y la capacidad jurídica, sino que ahora es necesario articular jurídicamente la capacidad natural, sin ningún tipo de mediación llevada a cabo por la teoría del estado civil, que una vez desechada legalmente⁴⁷⁷ nos deja el camino libre para examinar la capacidad de obrar legal –edad legal e incapacitación judicial– y hallar la técnica jurídica subyacente a ella.

publicidad registral las situaciones determinantes de la capacidad de obrar, que, en la evolución posterior, se añadirán por razones de oportunidad y pleno aprovechamiento del Registro: emancipaciones, habilitaciones de edad, modificaciones judiciales de capacidad, declaraciones concursales, patria potestad, tutela y demás representaciones legales», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, pp. 110-111.

⁴⁷⁶ «El legislador ni define ni obliga a entender que el estado civil determine la capacidad de obrar de las personas. Antes bien, fue la doctrina quien, en un loable esfuerzo por explicar la presencia en el Ordenamiento de un régimen jurídico uniforme para determinadas situaciones, concluyó que todas ellas eran decisivas para precisar la capacidad de obrar de las personas. Singularmente porque, de esta forma, era posible explicar cómo la capacidad de obrar de las personas podía ser diferente con independencia de la condición natural del individuo, esto es, de su capacidad natural de conocer, saber o querer», PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Orientaciones actuales del estado civil*, p. 183.

⁴⁷⁷ «A grandes rasgos, en la historia de las compilaciones y codificaciones jurídicas, se ha pasado desde una valorización sistemática máxima de la noción de estado (Justiniano), a una relativización de la misma (Partidas), para llegar, finalmente, a la formal supresión sistemática del concepto (codificación liberal)», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 91.

C. LA CAPACIDAD DE OBRAR EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

1. *La edad legal como regla general: artículos 322 y 323 del Código civil*

La previsión legal de la capacidad de obrar se encuentra en los artículos 322⁴⁷⁸ y 323⁴⁷⁹ del Código civil. El estudio de la edad legal tiene su estímulo en la cuestión que la doctrina se plantea sobre la capacidad de obrar del menor, que no aparece recogida en los mencionados artículos. La cuestión que formula la doctrina es la siguiente: ¿hasta qué punto es nula la capacidad de obrar del menor en nuestro Derecho?, ¿existe una separación drástica entre la mayoría y la minoría de edad?, ¿qué lugar ocupa la capacidad natural en el Código civil? La aportación de Federico de Castro⁴⁸⁰ es decisiva y supone un cambio de actitud en la doctrina a la hora de interpretar las normas sobre

⁴⁷⁸ Artículo 322: «El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código».

⁴⁷⁹ Artículo 323: «La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor».

⁴⁸⁰ «Ninguna disposición del Código civil permite inferir una incapacidad absoluta del menor. (...). La teoría de la incapacidad absoluta resulta falta de lógica, aplicada a nuestro sistema jurídico», DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 174.

«Los principios inspiradores del Derecho español, en materia de capacidad son los de libertad y protección de la persona. Por ello las declaraciones de incapacidad tienen siempre carácter excepcional, no se admite sin más la incapacidad (...). La creación arbitraria de causas de incapacitación o de una tutela del imbecil que sólo cuidase de sus bienes, abandonando la guarda de la persona, son igualmente contrarias al espíritu de nuestro Derecho», DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Incapacitación del imbecil*, en «Anuario de Derecho civil», Tomo I, I, 1948, p. 300.

«La doctrina posterior ha ido aceptando, en general, los razonamientos de De Castro, pues es cierto que no hay una norma que establezca la incapacidad de principio del menor, por lo que se le debe tener por capaz (a resultas, por supuesto, de su aptitud psíquica)», LACRUZ BERDEJO, José Luis y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II*, p. 121.

Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, pp. 1433-1434.

la capacidad de obrar de los menores⁴⁸¹. El planteamiento del ilustre civilista, recuperando el sentido tradicional de nuestro Derecho, olvidado en la primera interpretación⁴⁸², estriba en la consideración del menor como persona con capacidad de obrar aunque limitada en interés de su protección. Por influencia castriana, la doctrina es unánime al reconocer cierta capacidad de obrar al menor y no habla ya de incapacidad general del menor⁴⁸³.

⁴⁸¹ «Podría admitirse la conclusión de que por tradición histórica y por Derecho positivo, el menor de edad goza de capacidad salvo en los casos taxativamente expresos de la ley y que, aun en estos supuestos, las restricciones que se le imponen lo son para su defensa y protección, como lo acredita el que la infracción de las prohibiciones por el menor conducen a situaciones de anulabilidad, no de nulidad absoluta», PÉREZ PASCUAL, Eduardo, *La menor edad en el matrimonio*, en «Anuario de Derecho Civil», Tomo XXXVII, III, 1984, p. 755.

«Hoy en sede de capacidad de obrar la regla es la de la capacidad de obrar de toda persona», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p. 174.

Cfr. FRAGA, Jordano, *La capacidad general del menor*, en «Revista de Derecho Privado», Tomo LXVIII, Octubre, 1984, p. 885.

⁴⁸² «En su origen y hasta mediados del siglo XX, los preceptos del Código eran interpretados en el sentido de que el menor es un incapaz. Esta regla general de incapacidad de obrar estaría consagrada en el art. 1263 (no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados)», LACRUZ BERDEJO, José Luis y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II*, p. 120.

⁴⁸³ «A diferencia de la capacidad jurídica, la capacidad de obrar no es igual para todas las personas, porque tampoco es la misma la capacidad natural. Pero esto incluye no solo a quienes presentan alguna discapacidad mental o intelectual, sino también a otro grupo de personas que también tienen afectada su capacidad natural de conocer y querer, que son los menores de edad: ellos ven igualmente limitada su capacidad de obrar en función del grado de desarrollo de sus facultades cognitivas y volitivas. En ninguno de estos casos hay discriminación, ya sea por razón de la edad, ya sea por razón de la discapacidad, sino adaptación de la capacidad legal de obrar a la capacidad natural de conocer y querer a quienes, por cualquier razón (edad o discapacidad) la tienen naturalmente limitada», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, p. 29.

Cfr. NIETO ALONSO, Antonia, *Capacidad del menor de edad en el ordenamiento patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales*, p. 5.

Fue la Ley Provisional de Matrimonio civil de 1870 (art. 46)⁴⁸⁴ la que inicia legalmente el sistema de capacidad basado en una edad límite: la mayoría y la minoría de edad⁴⁸⁵. Así lo recogía ya el anterior Proyecto de 1851⁴⁸⁶ y así continuó el posterior de 1882, modelos que toma el Código civil español⁴⁸⁷; el derogado artículo 32.2º del Código civil establecía la menor edad como restricción de la personalidad⁴⁸⁸, sin que ni siquiera aparezca matizada por la pubertad legal cuya importancia es muy limitada en el Código⁴⁸⁹. Esta es la situación que la doctrina de

⁴⁸⁴ Artículo 46: «El marido menor de 18 años no podrá, sin embargo, ejercer los derechos expresados en el párrafo anterior, ni tampoco administrará sus propios bienes sin el consentimiento de su padre (...)».

⁴⁸⁵ «Este sistema es entre nosotros relativamente reciente, ya que cabe situar su adopción en la etapa de nuestra codificación civil —más concretamente, en la Ley del Matrimonio Civil de 1870—, siendo consagrado después por el Código civil. Hasta ese momento, el Derecho español no conoció una única y verdadera mayoría de edad, cuyas consecuencias fueran tanto el reconocimiento de la plena capacidad de obrar, como la extinción de las instituciones de guarda y representación (lo que afectó fundamentalmente a la patria potestad)», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, pp. 1419-1420.

⁴⁸⁶ Artículo 276 del Proyecto de 1851: «Son menores todas aquellas personas sin distinción de sexo que no hayan cumplido los veinte años».

⁴⁸⁷ «Hasta el Proyecto de 1851 no se configurará a la minoría de edad en el sentido que luego pasará al Código civil definitivo. El Proyecto de 1851 (...) describirá la situación de minoría de edad con carácter general. (...). Todos estos puntos aparecerán fielmente reflejados en el Proyecto de Libro I del Código Civil de 1869. (...). La consagración legal de este nuevo sistema se producirá a través de la Ley del Matrimonio Civil de 1870 que, además inesperadamente, no contenta con señalar que la mayoría de edad extingue la patria potestad, la calificará como causa de emancipación. El proyecto de Libro I de 1882 marcará ya las líneas definitivas (...) del precepto dedicado a determinar la minoría de edad», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, pp. 21-22.

⁴⁸⁸ Redacción originaria del artículo 32 del Código civil: «La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas. La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de estos estados (...)».

⁴⁸⁹ En 1889, el Código civil sólo deja algunos restos de la pubertad, concretamente el matrimonio (art. 83.1º), el testamento (art. 663.1), y en prueba de obligaciones (arts.

Federico de Castro trata de enmendar teóricamente y que aún sigue sin reflejo legal, como señalan algunos autores⁴⁹⁰.

Por lo tanto, ¿es una cuestión puramente teórica una cierta capacidad del menor?, ¿dónde está prevista en el Código? La doctrina mayoritaria entiende que es un cambio de mentalidad necesario, pero la redacción originaria del artículo 32.2º del Código civil obliga a admitir que legalmente existe una incapacidad general del menor, a diferencia de lo que ocurrirá con las leyes de reforma de la capacidad de obrar de 1981 y 1983. A raíz de estas reformas la doctrina entiende que, aunque siga sin haber una previsión normativa precisa al respecto, se ha de reconocer en nuestro Derecho el principio de la capacidad general del menor. Ante esta situación algunos autores comienzan a proponer soportes legales a dicho principio que, según Martínez de Aguirre, adolecen de «excesiva artificiosidad»⁴⁹¹, pues únicamente existe un

1245 y 1246.3). Establece que la minoría de edad es una restricción de la personalidad. Abandona de modo definitivo la distinción entre el *sui iuris* y el *alieni iuris*. Se equiparan capacidad y autonomía patrimonial y personal, pues ambas de modo pleno se alcanzan a partir de la mayoría de edad. La menor edad se interpreta como incapacidad de obrar.

⁴⁹⁰ «Es verdad que, desde el punto de vista teórico, la consideración del menor no como un incapaz absoluto, sino como una persona con capacidad limitada, supone un giro cuasi-copernicano de indudable trascendencia, como punto de apoyo teórico para futuras construcciones. Pero en la práctica, supone solamente una atenuación de la severidad del régimen legal al que se ve sometido el menor, que no consigue evitar la gravedad de las limitaciones a que se encuentra sujeta su actuación, con carácter general, y sea cual sea su edad o capacidad natural (con independencia de las capacidades especiales)», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 1434.

⁴⁹¹ «Naturalmente, las cosas no son así en la práctica social ni jurídica; y la doctrina ha dedicado notables esfuerzos a justificar teóricamente una práctica más que razonable, aunque algunos de esos intentos pecan de excesiva artificiosidad (pero no una artificiosidad gratuita, sino determinada por la ausencia de datos normativos que permitan más directamente esa fundamentación)», *Ibidem*, p. 1432.

principio⁴⁹² —el principio de la capacidad de obrar limitada del menor—, no una previsión legal de tal principio⁴⁹³.

Para comprender la propuesta de Federico de Castro y su giro doctrinal «cuasi-copernicano»⁴⁹⁴ que tiene como punto de partida el principio de capacidad de obrar limitada del menor, nos podemos hacer

⁴⁹² «Nuestro Código Civil no contempla ninguna edad, antes de la edad legal de la mayoría, que afecte de modo general a la situación jurídica del menor, estableciendo uno o varios puntos de inflexión que marquen etapas diferentes de este *status* global de la minoría. De ahí resulta que, en una primera aproximación, y a salvo en todo caso esas capacidades de obrar especiales, reconducibles a edades determinadas, la condición jurídica del menor es aparentemente muy similar desde su nacimiento hasta que llega a la mayoría de edad», *Ibidem*, pp. 1431-1432.

«La condición y capacidad general de los menores no está establecida con claridad en el Código. Como es indudable, sin embargo, que la regla general es la incapacidad de los menores (suplida por la institución de la patria potestad o, en defecto de ella, la de la tutela), (...)», CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, p. 166.

Parecida situación doctrinal existe en el Ordenamiento italiano, donde la capacidad del menor tampoco está legalmente prevista: «Affermare che tali principi, sicuamente privilegiati dalla Carta Costituzionale abbiano informato di sé l'intera normativa minorile, intesa in senso lato (leggi, regolamenti, ma anche strutture amministrative e giudiziarie, abitudini, prassi,...) è ampiamente illusorio e tuttavia, almeno nella più limitata sfera privatistica in nel rapporto genitori-figli, essi si sono in varia misura realizzati, dapprima, attraverso una giurisprudenza particolarmente avanzata che spesso, in vario modo forzando il dato normativo, poneva limiti più incisivi alla potestà paterna, garantendo, all'opposto, con maggior vigore esigenze ed aspirazioni del minore», DOGLIOTTI, Massimo, *Le persone fisiche*, p. 38.

⁴⁹³ «Del mismo modo que sucedía con la entrada en la mayoría de edad, pero todavía más acusadamente, la finalización de la minoría no supone un corte en la situación del menor tan tajante y radical como inicialmente pudiera suponerse. Se produce, más bien, escalonadamente, de forma que el menor va viendo aumentar (de hecho y de Derecho) sus posibilidades de actuación a medida que va teniendo lugar su desarrollo físico y psíquico. Pero se trata de un aumento que se asienta, en más de una ocasión, sobre bases jurídicas poco firmes. En otras ocasiones, tiene un carácter inarmónico, al estar determinado por el reconocimiento de capacidades especiales particularizadas, que no logran formar entre ellas un entramado sistemático y coherente: ni por las edades fijadas, en su caso (12, 14, 16 años), ni por la intensidad de la intervención del menor (que oscila entre la mera audiencia y el consentimiento pleno y único)», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 1447.

⁴⁹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 1434.

la siguiente pregunta: ¿cuál era su argumento? Para De Castro es la extraña e injustificada ruptura con el Derecho histórico español, además de la errónea interpretación de la edad legal bajo las premisas de la teoría general de la capacidad de obrar al estilo de Savigny. Pero existen algunas sombras en su interpretación: ¿por qué De Castro no consideró la emancipación como una edad intermedia que trata de paliar la drástica separación entre la mayoría y la minoría de edad? Sin duda, la emancipación supone una matización de primer orden al argumento de la división tajante entre mayores y menores de edad; en efecto, la emancipación a partir del Código civil es «una ampliación en la capacidad de obrar de la persona»⁴⁹⁵ como ha hecho notar la doctrina⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p. 67.

⁴⁹⁶ «Llega el hijo a una edad en la que por el desarrollo corporal e intelectual se coloca en situación de dirigirse por sí propio. Entonces el poderío moral se quebranta por el perfeccionamiento del ser, porque es regla que el poder en sus funciones está en razón inversa a la perfección de los sometidos. Perfecto el hijo para la vida social, como medios directos o indirectos para la consecución de sus fines, se erigirá a su vez en señor, puesto que la vida civil es una sucesión de estados que se repiten y perpetúan de generación en generación, y sin que la independencia suene a ingratitud, querrá ser libre, y el padre entonces abdicará de su poder, terminándose la *potestas*», SCAEVOLA, Quinto Mucius, *Código civil comentado y concordado extensamente. Tomo V*, Imprenta Moreno y Rojas, 2ª ed., Madrid, 1891, pp. 528-529.

«A partir de 1851 la mayoría de edad y la emancipación dejan de contemplarse en sede de patria potestad o tutela para pasar a integrar un título independiente. La generalidad que ello comporta originará, lógicamente, esa nueva manera de calificar a la emancipación como causa de ampliación de la capacidad de obrar», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p. 81.

«La emancipación tiende a colocar al sujeto en la situación de mayor de edad. Tan es así, que éste es su efecto pleno en otros ordenamientos, y así lo preveía el proyecto de 1851, inspirándose en el Derecho castellano anterior, en que se entendía que la *venia aetatis* acompañaba siempre a la emancipación (en el sentido romano)», LACRUZ BERDEJO, José Luis y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II*, p. 136.

Además, eliminada la distinción entre *sui iuris* y *alieni iuris*, existe una profunda reforma en la concepción de las instituciones de protección y representación, que serán igualmente flexibilizadas para que la capacidad natural del menor no sea coartada en ninguno de los momentos en que exista. Así lo explica Martínez de Aguirre: «La razón

Por lo tanto, no es del todo correcto, en mi opinión, que existiera un principio de incapacidad de obrar del menor, al menos, a partir de los 16 años⁴⁹⁷.

Por otro lado, es cierto que la pubertad legal está prácticamente desaparecida del Código civil español⁴⁹⁸, edad en la que al menor se le reconocía capaz para muchos actos de la vida civil en el Derecho anterior. Pero, en mi opinión, esto no revela que el Código civil tuviera la intención de negar una cierta capacidad a quienes no han llegado a la mayoría; al contrario, con una emancipación referida enteramente a la capacidad de obrar en el Código, conservar la pubertad legal como edad intermedia general sería redundante. En este sentido, no existe una

de la protección jurídica otorgada a menores e incapaces radica en que a ambos (en mayor o menor grado, y con las matizaciones que se irán haciendo en sus respectivos momentos) les falta la aptitud natural (capacidad de conocer y querer, y disposición de conocimientos suficientes) para atender por sí mismos al cuidado de su persona y bienes; es decir, lo que habitualmente se denomina capacidad natural de autogobierno», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 1399.

Y en el mismo sentido Sánchez-Calero: «Este conjunto normativo ha reformado en profundidad las tradicionales instituciones de protección de menores reguladas en el Código civil, intentando establecer un equilibrio entre la necesidad de protección de estas personas, imprescindible para la especial situación en la que se encuentran, y las necesidades relacionadas con su propia autonomía, indispensable para promover el libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE)», SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *El interés superior del menor y la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores en la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor*, en «Derecho y familia en siglo XXI», II Congreso Mundial de Familia y Menores. El Derecho de Familia ante los grandes retos del siglo XXI, El Ejido, Almería, 19-22 de febrero, 2008, p. 847.

Cfr. LASARTE, Carlos, *Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil*, p. 193.

⁴⁹⁷ A partir de los 16 años en la actualidad, ya que anteriormente la emancipación era a partir de los 18 años cuando la mayoría de edad era más elevada. En cualquier caso, sea a los 18 o a los 16 años, lo esencial es que en ambos casos viene a ser una edad intermedia referida a la ampliación de la capacidad de obrar del menor desde la redacción originaria del Código civil.

⁴⁹⁸ En el Proyecto de 1851 se mantenía aún como distinción general.

ruptura con el Derecho anterior tan grande como se pretende⁴⁹⁹, sino una modificación: la emancipación del Código es ahora la pubertad legal del Derecho histórico. Este aspecto parece pasar inadvertido a De Castro⁵⁰⁰ –autores más recientes mantienen esta interpretación–⁵⁰¹ porque sigue considerando la emancipación, predominantemente, desde la óptica de la patria potestad y de la tutela, cuya extinción provocan. En mi opinión, lo relevante es la intención del Código de fijar una edad intermedia que favorezca la atribución de capacidad de obrar al menor que pueda ser emancipado⁵⁰². Interpretar la emancipación como situación de

⁴⁹⁹ «El Código Civil de 1889 elimina de forma definitiva las edades basadas en la presunción de capacidad a partir de la pubertad, salvo algunas reminiscencias en sede de matrimonio (art. 83.1º derogado) en testamento (art. 663.1º) y en prueba de las obligaciones (arts. 1245 y 1246.3º); y divide la vida de las personas en dos etapas perfectamente diferenciadas –mayoría y minoría de edad– estableciendo una única edad límite», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, pp. 23-24.

⁵⁰⁰ «La fijación del significado jurídico de la emancipación requiere atender a su sentido general, esto es, al efecto que es común a todas sus formas o causas. Conforme al Código, la característica de la emancipación es de ser causa determinante de independencia jurídica del menor de edad; por ella se sale de la patria potestad o de la tutela y el menor pasa a un nuevo estado jurídico, al de mayor de edad o al de menor de edad», DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II*, p. 210. No obstante admite que «la doctrina moderna [Sánchez Román, Castán, De Diego, etc.] se ha inclinado a admitir sólo el tercer sentido [como causa de un cambio de estado civil de la persona menor]», *Ibidem*, p. 210. Recuérdese que cuando De Castro menciona en este contexto el estado civil se refiere a la capacidad de obrar.

⁵⁰¹ Gete Alonso dice en algunos párrafos que el fundamento de la emancipación no es la capacidad natural o discreción de juicio como lo prueba, el que la emancipación antes fuera a los 18 años, cuando la mayoría de edad estaba en los 21, cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p. 89. El problema sigue siendo el mismo: no se ve el ‘juego’ de la edad como presunción legal de capacidad ni lo que implica el cambio en la máxima de experiencia, y por eso los distintos elementos que intervienen no se combinan adecuadamente, llegando a hablar de la emancipación como «edad fijada arbitrariamente» y no como una edad intermedia destinada a adelantar la quasi-mayoría de edad, cfr. *Ibidem*, p. 89. Aunque en otros textos que veremos en la siguiente nota se inclina por la conexión entre emancipación y capacidad natural.

⁵⁰² Cfr. SCAEVOLA, Quinto Mucius, *Código civil comentado y concordado extensamente. Tomo V*, pp. 528-529.

independencia es secundario con respecto a la atribución de capacidad de obrar que comporta; poner el acento en uno u otro aspecto, hace que la emancipación se encuadre de forma subordinada a la patria potestad y

«En las legislaciones modernas, la patria potestad y la tutela son institutos de cuidado y protección, y por tanto no se extienden a la persona que, por sus condiciones físicas y mentales, ya no los precisa. La edad pasa entonces a un primer término como determinante de las capacidades abstractas de la persona, y la madurez se mide por el hecho de cumplir un determinado número de años, igual para todos, a partir del cual adquiere cada uno la plenitud de posibilidades de gobierno de su persona y patrimonio (mayoría de edad), siquiera la regla general se puede corregir en casos concretos, ya restringiendo la capacidad del que ha llegado a la edad plena (incapacitación), ya adelantando la del que todavía no la ha alcanzado (emancipación)», LACRUZ BERDEJO, José Luis y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II*, p. 117.

«La emancipación del menor del menor constituye pues hoy en día un medio para anticipar su independencia y el reconocimiento de una capacidad de obrar similar a la de los mayores de edad. Constituye pues un medio para romper el criterio abstracto de los sistemas actualmente vigentes de mayoría de edad, atendiendo con él a la madurez de una persona concreta aunque no haya alcanzado la edad prevista con carácter general para todos», BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, *Derecho de la persona*, p. 36.

Pérez de Castro, después de examinar la evolución de la emancipación hasta la codificación española, sostiene lo siguiente: «Definitivamente, se configuró una emancipación y una habilitación de edad que se equiparaban a la mayoría de edad, pero que no llegaban a ser tales porque se introducían limitaciones en el ámbito de la capacidad de obrar (curiosamente coincidiendo con las antiguas leyes). Significa que junto al estado de la mayoría de edad, que equivale a la plena capacidad y al de la minoría de edad, en la que el sujeto está sometido a patria potestad o a tutela y actúa mediante representante, existe un nuevo estado: el de emancipado con una capacidad de obrar superior a la del menor», PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *El menor emancipado*, p. 32.

En Gete-Alonso se ve la tensión entre los dos aspectos de la emancipación: «La regla general en la emancipación es la ampliación de la capacidad del menor que, a partir de la misma, adquiere independencia tanto personal (extinción de la representación legal) como patrimonial (eliminación de la administración ajena) al desaparecer las potestades que se ejercían sobre él», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p. 113. Pero si tenemos en cuenta la asimilación del emancipado al mayor de edad, es razonable interpretar la emancipación con la misma finalidad que la mayoría de edad, que en el Código es la de ser capaz para todos los actos de la vida civil; ésta, y no la mera extinción de la patria potestad, creo que es la finalidad última de la mayoría de edad, y por lo tanto de la emancipación.

a la tutela (visión anacrónica), o en cambio subordinada a la capacidad natural (visión realista). Si predomina este último aspecto como lo más característico de la emancipación, ésta entrará a configurar el cuadro de la capacidad de obrar y amortiguará la distinción entre mayoría y minoría de edad.

En otro debate, que sólo dejo apuntado, también se podría valorar si la capacidad general del mayor de 16 años es o no conveniente reconocerla al margen de la emancipación que, si bien hoy está referida enteramente a la capacidad de obrar, conserva un resto de la antigua concepción en tanto que depende su activación de los padres, matizada por la posibilidad de la emancipación judicial. Esta ha sido la opción del Derecho aragonés, donde la edad de 14 años es puramente de semicapacidad de obrar al margen de la patria potestad y por ello no existe la emancipación⁵⁰³.

En cualquier caso, la cuestión fundamental en la propuesta de Federico de Castro –siguiendo la teoría de la capacidad de obrar expresada en el primer apartado– es la siguiente: ¿qué valor ocupa para De Castro y buena parte de la doctrina la capacidad natural en el Código, siendo que denuncian el principio de incapacidad general del menor?

⁵⁰³ «Efectivamente, nuestro Derecho histórico [aragonés] desconoció la emancipación expresa de los menores de edad. Pero tengamos en cuenta: A) Que hay indicios de haber existido cierta práctica de habilitar de edad a los menores; B) Que no existiendo patria potestad, era ocioso regular la emancipación de ella; y C) Que el mayor de catorce años no necesitaba ser emancipado, siendo como era mayor de edad. El mayor de catorce años gozaba de una capacidad superior a la que confiere la emancipación», SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, *La edad en Derecho aragonés*, p. 103.

Después de varias modificaciones en los trabajos de preparación de la Compilación aragonesa, la emancipación no fue introducida y el art. 5º quedó así redactado: «1. El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de su padre, madre, tutor o Junta de Parientes (...). 3. El mayor de catorce años que, con el beneplácito de sus padres, o mediante justa causa, viva independientemente de ellos, tendrá la libre administración de todos sus bienes», cfr. PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *El menor emancipado*, pp. 69, 74-75.

Sostienen que la capacidad natural es extralegal, por lo que su importancia jurídica es nula, y sólo es considerada como soporte remoto y externo de los estados civiles. En este sentido urgía hallar la norma que permitiera sostener legalmente el estado civil del menor de edad, que encontrarán en el artículo 32.2º del Código civil. No deja de ser curioso cómo se ha interpretado dicho artículo. Por un lado, la doctrina ha fundamentado allí un estado civil del menor de edad como soporte legal para defender una cierta capacidad de obrar del menor (la determinada por el estado civil del menor de edad); pero, por otro lado, el mismo artículo habla de la menor edad como «restricción de la personalidad». Es decir, lo que se ha hecho es buscar el término ‘estado civil’ aplicado a los menores, pero sin que exista una atribución de capacidad allí donde se encontraba (art. 32.2º), sino todo lo contrario: se dice que es una «restricción de la personalidad»⁵⁰⁴. A mi modo de ver, la queja de este sector doctrinal encabezado por De Castro contra el principio de incapacidad del menor es matizable por el planteamiento y por la solución que ofrecen.

Siendo absolutamente oportuna la reacción contra el principio de incapacidad general del menor sostenido a partir de la promulgación del Código civil, entiendo que era un problema exegético más que codicial. La propuesta de Federico de Castro implica recurrir a la categoría ‘estado civil’ como solución doctrinal a un problema legal que no existe, pero que, a mi modo de ver, acabará complicando más aún la interpretación del Código por lo visto en el capítulo anterior⁵⁰⁵. En conclusión, desechada la teoría del estado civil por las razones mencionadas hasta el momento, es necesario centrarse sin miedos

⁵⁰⁴ «Ni el loco ni el menor pueden contraer por sí obligación alguna», SCAEVOLA, Quinto Mucius, *Código civil comentado y concordado extensamente. Tomo I*, p. 150.

⁵⁰⁵ En concreto, me refiero a las dificultades que implicaba el concepto de estado civil en la doctrina, que no recibían de las previsiones legales claridad alguna, sino al contrario, una regulación difusa y dispersa.

naturalistas en la teoría de la capacidad de obrar⁵⁰⁶ y, eso sí, proponer una solución técnica⁵⁰⁷ que tenga en cuenta el principio de capacidad de obrar limitada del menor –sin apoyarse forzosamente en el estado civil–.

En primer lugar es preciso advertir que, con carácter general, no existe apoyo legal del principio de incapacidad de obrar del menor⁵⁰⁸, aunque muchos lo dedujeran del artículo 1263.1º del Código civil⁵⁰⁹,

⁵⁰⁶ El cambio en el tratamiento de la capacidad de obrar es fundamental cuando deja de estar condicionada por las instituciones de patria potestad y tutela, y se asienta en la capacidad natural. Ello permite que la edad recupere la centralidad en el sistema de capacidad, sin matizaciones por la distinción entre *sui iuris* y *alieni iuris*. La emancipación ya no se explica por referencia a un estado civil, sino por referencia a la capacidad de obrar, y por la tanto, a la capacidad natural jurídicamente articulada. También en la emancipación se ve el mismo proceso que en la noción de estado civil: anteriormente, la capacidad era consencuencia de los estados civiles y de la condición de *sui iuris* o *alieni iuris*, mientras que hoy ocurre al contrario: la capacidad es la causa del estado civil –si se sigue manteniendo esta categoría–, y también de la emancipación.

⁵⁰⁷ Queda bien planteada la cuestión en esta cita de Jordano Fraga: «En definitiva, se trata de compaginar realidad y dogmática jurídica, es decir, la validez de estos negocios sobre la base de la capacidad natural del menor (de querer y entender), que, como persona, el menor tiene en *alguna medida*, y su condición de incapaz. Encontrar, en suma, un camino jurídicamente viable, que concilie la situación de incapacidad (relativa) del menor no emancipado con la validez (absoluta) de aquellos actos que realiza por sí solo en uso de su capacidad natural (y precisamente aquellos actos de los que socialmente ni se plantea la duda de su eficacia jurídica)», FRAGA, Jordano, *La capacidad general del menor*, p. 887.

⁵⁰⁸ En el artículo 32 del Código civil, en la redacción originaria, la doctrina mayoritaria interpretó que se refería a la capacidad jurídica, no a la capacidad de obrar y menos a la personalidad jurídica. De hecho la edad y la incapacitación, que afectan a la capacidad de obrar, están en otro capítulo. En mi opinión, el artículo 32 quiere dejar sentado el siguiente principio: que los menores e incapacitados tienen personalidad jurídica aunque no tengan voluntad, cuestión disputada al momento de redactarse el Código en la doctrina extranjera, sobre todo alemana, como vimos en el apartado primero; por lo que siguen siendo titulares de los derechos y deberes aunque no puedan ejercerlos debido al estado actual de sus condiciones naturales.

⁵⁰⁹ Este artículo ha sido modificado por la Ley 26/2015 de 28 de julio, que amplía su redacción estableciendo una salvedad, pero manteniendo el contenido que el artículo tenía con anterioridad. La actual redacción es la siguiente: «No pueden prestar consentimiento los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad

pero sin que sea posible una extensión a todos los actos del Código que el menor realice⁵¹⁰. En segundo lugar, lo que sí ha querido establecer el Código civil es la capacidad general del mayor de edad: «El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código» (art. 322 Cc). Ante esta norma, no hay que concluir que el menor de edad tiene una incapacidad de obrar general, y así lo ha señalado la importante resolución en la materia de la DGRN: «En torno a la situación jurídica del menor en nuestro ordenamiento debe tenerse en cuenta que no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código civil, en el que se establece el límite de edad a partir de la cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados. No es la extensión de la representación legal, como instrumento supletorio de la

con los usos sociales». Pero este artículo no está en la Parte general; se refiere a la capacidad de contratar, que sería sólo un aspecto de la capacidad de obrar; pero como veremos más adelante, la aplicación judicial de este artículo no tiene un sentido evidente. Además no se puede acudir a la analogía para restringir la capacidad de obrar; al contrario, se podría proceder a la finalidad opuesta: la de ampliar dicha capacidad para reconocerla donde expresamente no estuviera prevista, como de hecho ocurre. Lo veremos.

⁵¹⁰ Esto es importante, porque el supuesto principio no está en la determinación general de la capacidad de obrar (Libro I). Ni existe un estado civil del menor de edad, ni se puede considerar implícito en el artículo 322.

«En los casos de falta de precepto expreso en la ley, el negar o conceder al menor capacidad para realizar determinados actos, es cosa que se ha de realizar, no mecánicamente (como si se dijese: es capaz para todo acto para el que no se le niega explícitamente capacidad), sino viendo si, a tenor de los principios en que se inspiran los casos regulados, el no regulado cae dentro o fuera del sector de capacidad reconocido (bien como normal, bien como excepcional)», ALBADALEJO, Manuel, *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, p. 171.

falta de capacidad, la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa (vid. art. 162. 1º del Código civil)»⁵¹¹.

Visto lo anterior, debemos seguir preguntándonos: ¿cuál es la capacidad de obrar del menor para el Código civil?, ¿existe alguna norma legal sobre su capacidad de obrar? Para el menor que tiene 16 años sí existe previsión legal general: la del emancipado (art. 323),

⁵¹¹ Resolución de la DGRN de 3 de marzo de 1989. Esta resolución revoca la nota VI del Registrador, nota que se inclina por una visión positivista de la capacidad de obrar: «Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado y revocar la nota del Registrador». La nota decía así: «El señor Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que no se puede forzar nuestra legislación vigente, en cuanto a las normas reguladoras de las donaciones, para llegar a la conclusión de que los menores no emancipados pueden aceptar las donaciones puras; y si en los artículos reguladores de las donaciones este problema no está claro, si lo está en la norma general del artículo 1.263 del Código Civil, al que se remite el artículo 621 de dicho cuerpo legal. Que ni las normas reguladoras de las donaciones ni las de las herencias, ambos actos lucrativos, pueden interpretarse con un criterio de gran amplitud, según lo dispuesto en los artículos 675, 750, 751, 769 y 771, etc., del Código Civil, que más bien parece que aplica el criterio restrictivo. Que la ‘capacidad natural de entender y querer, uso de razón y facultad de discernimiento’ no están admitidas por nuestra legislación, ni hay reglas legales sobre la edad en que se entiende existe la capacidad natural o facultad de discernimiento. Lo que sí existen es una serie de normas que establecen casos excepcionales en que los menores pueden realizar ciertos actos, pero que no se pueden ampliar por analogía. Por otra parte, el Notario autorizante no hace afirmación alguna en la escritura, de que a su juicio los menores aceptantes sean totalmente normales, ni que tengan la capacidad natural, ni la facultad de discernimiento. Si esta teoría se aplica a las donaciones, se podría también aplicar a los casos de los artículos 46, 48, 92, 317 y 663 del Código Civil, pues los casos recogidos tampoco son onerosos para el menor».

Esta importante Resolución de 3 de enero de 1989, es reiterada por la Resolución de 14 de mayo de 2010.

«En torno a la situación jurídica del menor de edad en nuestro ordenamiento, no existe una disposición que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se les autorizase para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres y tutores respecto de los hijos menores no emancipados», NIETO ALONSO, Antonia, *Capacidad del menor de edad en el ordenamiento patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales*, p. 3.

auténtica edad intermedia⁵¹² desde la codificación y prevista en el Libro I del Código civil junto a la mayoría de edad (art. 322) en el régimen jurídico general de capacidad.

La pregunta que corresponde formular ahora es la siguiente: ¿qué ocurre con la capacidad de obrar del menor de 16 años?, ¿existe una incapacidad general por debajo de esa edad? Aquí tampoco encontramos una previsión legal en el Libro I, ni para negarla ni para reconocerla, porque en mi opinión, el Código civil ha resuelto por una cuádruple vía la respuesta a esta última pregunta: 1) Previendo edades inferiores a los 16 años en las concretas materias afectadas⁵¹³. 2) Con la actuación

⁵¹² «La fijación de límites de edad intermedios, que sirvan para delimitar legalmente distintas etapas (con su correspondiente reflejo jurídico) en la situación del menor, presenta la ventaja de una mayor adecuación, también desde el punto de vista legal-formal, a lo que es el proceso real de efectiva adquisición de la capacidad natural, y, en general, de desarrollo físico y psíquico y adquisición de experiencias de la persona» MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 1431.

⁵¹³ «En la mayor parte de los ordenamientos de nuestro entorno (incluido el nuestro) se ha optado por este último sistema —con matizaciones, a las que aludiré más adelante, y diferencias notables de unos a otros—. En él se aúnan las ventajas de la fijeza, seguridad y sencillez derivadas del establecimiento de una edad general para la atribución de plena capacidad de obrar y la extinción de los mecanismos positivos de protección, con la posibilidad de introducir flexibilizaciones en esa regla general para determinados actos, respecto de los cuales el legislador considere necesaria una mayor capacidad, o admisible otra menor. (...). Ese límite general se encuentra situado en los 18 años, cuyo cumplimiento determina la adquisición de plena capacidad de obrar, y la cesación de cualquier mecanismo de representación, asistencia, o guarda en general, a que hasta entonces el menor estuviese sometido. A esta, acompañan otras edades fijadas por el legislador para la adquisición de capacidades de obrar especiales (algunas de las cuales, como he indicado antes, pueden revestir alcance considerable)», *Ibidem*, pp. 1419-1420, 1437.

Hay un importante ámbito de reconocimiento expreso de la capacidad de obrar del menor: los actos relativos a los derechos personalísimos que el menor puede realizar por sí mismo, del artículo 162.1º; están excluidos de la representación porque se reconoce la capacidad de obrar del menor.

«El sistema de nuestro Derecho francés es a la vez un sistema de protección y de representación legal. (...). Por consiguiente, si se trata de derechos cuyo ejercicio no puede concebirse por vía de representación, como el derecho a casarse, de otorgar

válida del menor en los derechos de la personalidad si tiene la madurez adecuada (art. 162.1º)⁵¹⁴. 3) Admitiendo una capacidad negocial del menor según los usos y circunstancias⁵¹⁵. 4) Y, lo más importante,

testamento, el menor desde el momento que posee de hecho capacidad natural suficiente, es decir, la plena conciencia de sus actos, deberá poseer al mismo tiempo la capacidad jurídica para ejercitar los derechos en cuestión. Sin lo que su incapacidad, que es exclusivamente de ejercicio, se convertiría en incapacidad de disfrute: no se le protegería; antes bien se le castigaría privándole de estos derechos», COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo segundo. Volumen I*, p. 8.

⁵¹⁴ Artículo 162: «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo». Se modifica por el art. 2.12 de la Ley 26/2015, de 28 de julio. Anteriormente se añadía, junto a la madurez, la necesaria previsión legal en las materias concretas facultando al menor para actuar de acuerdo con su madurez.

⁵¹⁵ Artículo 1263: «No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales». Desde 2015 (Ley 26/2015 de 28 de julio) se prevé legalmente lo que se venía solucionando por vía jurisprudencial y doctrinal: «Resulta evidente que existen cánones o criterios sociales de admisión de esta actuación negocial (de entender y querer), del tipo de negocios celebrados y de los usos sociales, en atención a la vida real, en la cual los menores desarrollan una actividad contractual creciente con arreglo a su edad y a los usos. Por consiguiente, un replanteamiento *a posteriori* de la validez del contrato es inadmisibile; como reconoce la mejor doctrina, pensar que todos esos contratos sean anulables no corresponde a la situación objetiva, ni a los usos sociales», NIETO ALONSO, Antonia, *Capacidad del menor de edad en el ordenamiento patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales*, pp. 9-10.

Hay también un ámbito de capacidad negocial según los usos y circunstancias en los que el menor actúa válidamente, porque se le reconoce la capacidad de obrar (son los actos realizados por el menor conforme a los usos y sus circunstancias), admitida por todos los autores, aunque «en lo que no hay unanimidad es en la explicación», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 1441.

Este tema es el que ha llevado a algunos autores a buscar un soporte legal a la capacidad de obrar del menor. Para Jordano Fraga, el art. 162.1º se fundamenta sobre el presupuesto de la capacidad natural o ‘condiciones de madurez’, del tal modo que la capacidad general del menor «se satisface haciendo coincidir el ámbito de la capacidad general del menor con el de sus propias aptitudes intelectivas y volitivas, es decir, con su capacidad natural», FRAGA, Jordano, *La capacidad general del menor*, p. 892, aunque interpreta de forma disyuntiva lo que el artículo exige de forma conjuntiva («de

permitiendo que la capacidad natural esté vigente en la jurisdicción civil en el caso concreto examinado por los jueces mediante la admisión de prueba en contrario a la norma general de la edad del artículo 322. Es cierto que en nuestro Derecho civil el menor no actúa con nulidad absoluta siempre que tenga capacidad natural; debido a ello, los negocios jurídicos por él realizados perviven hasta que se impugne por el que era menor, que lo hará si no tenía capacidad natural suficiente y si, como consecuencia de ello, se hubiera producido una lesión⁵¹⁶; este

acuerdo con las leyes y con las condiciones de madurez») como ha hecho notar Martínez de Aguirre. No obstante esta situación ha quedado resuelta por la reforma de 2015 donde sólo se exige la madurez del menor.

En Italia se sostiene la vía de la representación para dar explicación de la capacidad general del menor y la validez de los actos que estos lleven a cabo con capacidad natural: es representante de sus padres, y lo que se exige es la capacidad de obrar de los padres, cfr. *Ibidem*, p. 890.

La legislación francesa ha codificado este aspecto conforme a los usos y costumbres. También es la opinión de Martínez de Aguirre: «En mi opinión, la explicación más clara y sencilla (pero muy probablemente no la más compartida ni la mejor recibida) es la que encuentra un fundamento consuetudinario a la validez de esos actos. Lo cual sirve, además, para delimitar la esfera de actos en los que el menor tiene esa capacidad —los socialmente admitidos para cada edad—, proporcionando un criterio a la vez objetivo y flexible para deslindar ese ámbito de capacidad», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 1442. No se concibe la edad como presunción, y eso hace que los problemas teóricos sean tan intrincados.

⁵¹⁶ Examinaremos esta afirmación en el capítulo tercero.

«El menor de edad, no es una persona total y absolutamente incapaz, sino que es una persona con capacidad de obrar limitada; ello significa que, como regla general, los contratos celebrados por el menor no son nunca, por razón de edad, contratos absolutos y radicalmente nulos, sino anulables», NIETO ALONSO, Antonia, *Capacidad del menor de edad en el ordenamiento patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales*, p. 17.

«Esta materia analizada [la responsabilidad] por las Sentencias antes vistas es de enorme trascendencia práctica y aunque la minoría de edad, por sí misma, no se ha considerado suficiente para modificar la responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 del CC, debe incrementarse la responsabilidad de los representantes legales y la participación del menor en función de su grado de discernimiento en los asuntos con trascendencia que le afectan», ESPÍÑEIRA SOTO, Inmaculada, *Los contratos celebrados*

razonamiento está implícito en la norma que permite al que fue menor ejercitar la acción de nulidad (art. 1301). Lo veremos en el capítulo tercero.

Los autores sostienen generalmente que las reformas realizadas a partir de 1981 provocan un cambio de sistema en el Código civil, de modo que el principio de la incapacidad de obrar del menor habría sido sustituido por el principio de la capacidad limitada⁵¹⁷. En mi opinión, la

por menores de edad, en <http://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-patria-potestad-166.htm>.

Esa sentencia a la que se refiere sobre todo es la siguiente que ella misma cita: Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 junio de 2005 que señala que «a los efectos de la minoría de edad conviene recordar la distinción existente entre capacidad jurídica que es la que posee toda persona por el hecho de serlo y, capacidad de obrar, que es la idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, o en otros términos, la capacidad para ejercitar derechos o asumir obligaciones, que puede ser plena o encontrarse limitada si el sujeto no puede realizar con plena eficacia actos o negocios jurídicos o algún tipo de ellos, encontrándose entre esas limitaciones de la capacidad de obrar, la minoría de edad, de ahí que sean sus representantes legales los que actúen por él. El hecho de que una persona sea menor de edad no significa, por ejemplo, que no pueda tener bienes y que como titular de dichos bienes pueda incurrir en una serie de responsabilidades y generar deudas de las que responder, aunque eso sí, tenga que actuar su representante legal por él», *Ibidem*, s/p.

⁵¹⁷ «Parece como si la actual regulación, haciendo caso omiso de la unidad que dispusiera el Código civil de 1889, volviera al sistema anterior: diversas edades alcanzan transcendencia propia (doce, catorce, dieciséis años fundamentalmente) a parte de los dieciocho de la mayoría de edad o de los dieciséis de la emancipación; además, la capacidad natural calificada como ‘suficiencia de juicio’, ‘condición de madurez’ o ‘discernimiento’ (arts. 92.2; 156.2; 162 y 287 Cc) vuelve de nuevo a tomarse en consideración», GETE-ALONSO Y CALERA, María Del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p. 26.

La menor edad deja de ser una ‘restricción de la personalidad’ como se decía en la redacción originaria del Código civil y que elimina la Ley de tutela, que suprime el apdo. 2 del artículo 32, y «esto significa que el presupuesto del que se parte es genérico: la capacidad de obrar de toda persona» y «que el menor goza siempre de capacidad de obrar: no es un incapaz», *Ibidem*, pp. 26, 28.

De modo muy gráfico lo expone Lasarte: «La Ley 11/1981 de 13 de mayo modificó los preceptos del Código civil relativos al menor reconociéndole una cierta capacidad aunque limitada. Así pues, no cabe ya trazar un foso entre mayor de edad (capaz) y menor de edad (incapaz), sino manifestar que el Derecho positivo ha acabado por reconocer que la adquisición de la capacidad de obrar es gradual y paulatina»,

diferencia en la capacidad de obrar del menor antes y después de las reformas del Código civil no es un cambio de sistema legal, sino un cambio en la carga de la prueba de la capacidad, elemento esencial de la presunción jurídica. La edad legal siempre ha sido, antes y después de las reformas –incluso antes y después del Código–, en la Parte general y en la especial, una presunción jurídica, mediante la cual el legislador lo

LASARTE, Carlos, *Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil*, p. 191.

«Parece vislumbrarse una clara apuesta por procurar, cada vez en mayor grado o medida, una interdependencia y corresponsabilidad entre la capacidad y la aptitud concreta para actuar del individuo. Tras la ley de 1981, que se presenta como la norma que principió esta nueva sensibilidad y forma de proceder, expresiones del estilo ‘suficiente madurez’ o ‘suficiente juicio’ empiezan a proliferar a lo largo de toda nuestra legislación civil. Precisamente el enunciado ‘ser escuchado si tuviere suficiente juicio’, aplicado en nuestro caso a las personas menores de edad, es la mejor muestra de esta nueva dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de los derechos y la asunción de las responsabilidades», RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español*, p. 152. En mi opinión, no es tanto un cambio de sistema, como un cambio en el modo de concebir la capacidad de obrar, que antes era demasiado rígida quizá porque estaba muy unida su interpretación a los estados civiles; ahora en cambio se considera que las normas de la capacidad de obrar pivotan sobre la capacidad natural, cosa que siempre ha ocurrido en mi opinión, y que las reformas no hacen sino corroborarlo alterando la carga de la prueba según la técnica presuntiva que hemos visto. Más preocupante me resulta pasar de una interpretación rígida basada en los estados civiles, a una interpretación naturalista basada en el desarrollo gradual de la capacidad natural. Ni uno ni otro sistema es el de la capacidad de obrar, sino el de la presunción legal *iuris tantum*.

«Desde diferentes sectores del ordenamiento jurídico está empezando a cuestionarse la necesidad de avanzar hacia un nuevo modelo, calificado de mixto o ecléctico, caracterizado por combinar el criterio objetivo de la edad con el elemento subjetivo representativo de la capacidad natural. A tal eventualidad responden, tanto las últimas reformas efectuadas al articulado del Código civil de 1889, como las diferentes disposiciones, en materia de derecho de la persona, promulgadas por los diversos parlamentos autonómicos», *Ibidem*, p. 132.

«Sin embargo, en las últimas leyes de reformas del Código civil se puede apreciar cómo, el legislador, cada vez se inclina más por una dependencia entre capacidad y aptitud concreta de la persona», LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, *La capacidad contractual del menor*, p. 42.

Cfr. SANTOS MORÓN, María José, *Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor*, p. 64.

que hace es equilibrar y adaptar técnicamente la capacidad legal a la capacidad natural, cosa que consigue satisfactoriamente admitiendo la prueba en contrario.

La teoría de la capacidad de obrar subrayaba la relación entre la edad legal y la capacidad natural; en mi opinión, la edad como presunción jurídica las articula sin prescindir de ninguna, consiguiendo que exista la posibilidad de que todos los casos se adapten a la capacidad natural de un modo viable jurídicamente. Considero que es viable porque es el sistema vigente desde la promulgación del Código⁵¹⁸, tal y como veremos al examinar la jurisprudencia. Ello no quita que se pueda proponer una modificación legal que desplace la carga de la prueba si la máxima de experiencia⁵¹⁹ —uno de los elementos de la presunción como

⁵¹⁸ Los problemas doctrinales para justificar la validez de los actos que los menores llevan a cabo según los usos y costumbres, quedarían en parte resueltos si consideramos la edad como presunción *iuris tantum*. Aquí el problema ya no consistiría en justificar su validez, sino en determinar a quién favorece la carga de la prueba.

⁵¹⁹ Intuición social la llama Jordano Fraga, aunque es sinónimo en este punto con la máxima de la experiencia entendida como cambio en la costumbre y percepción social: «La intuición social es la correcta, el menor pese a su incapacidad legal (relativa, de protección) posee una cierta capacidad natural, una cierta capacidad de entender y querer, que varía según la edad y en relación al contenido y naturaleza del acto de que se trate. Partiendo de esta intuición, que, a la postre, nace de la realidad del tráfico, es obligación del jurista darle vestidura jurídica, es decir, convertir esa limitada y variable capacidad natural en capacidad jurídicamente relevante», FRAGA, Jordano, *La capacidad general del menor*, p. 892.

La capacidad natural está mediada por su realidad social o máxima de experiencia; es decir, las circunstancias sociales pertenecen al interior de la capacidad natural y así lo refleja la norma legal. Se habla también por la doctrina de una adaptación de la regla legal a las circunstancias sociológicas, cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 1420.

Lasarte apunta otra razón junto a la madurez a la hora de fijar una edad; se trata de la formación e instrucción de los jóvenes: «Atendiendo al *statu quo* legislativo preconstitucional, reducir el límite de la mayoría de edad no sólo era conveniente u oportuno, sino que venía requerido por la lógica interna de nuestro sistema jurídico: admitido que la mayoría de edad se encuentra en estricta dependencia de la formación

veremos en el capítulo tercero— lo aconseja. Por esto, creo que en el sistema legal de capacidad no ha existido ni puede existir un principio de incapacidad general del menor, porque la edad es una presunción jurídica, y por lo tanto, la capacidad natural está vigente⁵²⁰; aunque sí es deseable una mejor formulación legal del sistema de capacidad en el Derecho civil. Desde la redacción del Código, la capacidad natural del menor emerge como capacidad de obrar legal, ya sea tarde (en la sentencia judicial), o temprano (presumida en la norma).

En el Derecho aragonés existe una previsión legal de la capacidad general del menor⁵²¹. Incluso en este caso, la diferencia con el Código

e instrucción de los jóvenes, así como de su aptitud real para desenvolverse en las relaciones sociales por sí mismos y de la asunción de su particular esfera de responsabilidad, no dejaba de ser incongruente que la mayoría de edad se pretendiera mantener en los veintiún años», LASARTE, Carlos, *Parte general y derecho de la persona. Principios de Derecho civil*, p. 189.

⁵²⁰ Ya vimos en el primer apartado el debate en la doctrina italiana sobre la in/capacidad natural, que llevó a una reforma del Código para incorporarla, cosa del todo innecesaria si la edad es vista como una presunción.

Del mismo modo, la doctrina (también lo vimos en el apartado primero) discute ampliamente sobre cómo dar cobertura legal a la capacidad negocial del menor conforme a los usos y costumbres, que algunos códigos solucionaron por vías distintas, y que en mi opinión también de forma innecesaria, ya que la edad es una presunción y hace que la capacidad natural esté “vigente”. El Derecho español, en que no había una previsión legal al respecto, tenía un buen sistema en mi opinión, ya que en el mismo ordenamiento existe la edad como presunción jurídica, y por ello la doctrina solía apoyar la validez de esos actos del menor en el artículo 162.1º que se refería a aquellos (personalísimos) que el menor pueda realizar por sí mismo «de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez». No se trata como vimos de discutir si vale más la previsión legal o las condiciones de madurez (capacidad natural), sino de articular ambas adecuadamente, y eso se consigue con la edad como presunción jurídica de capacidad. Actualmente el artículo 1263.1º recoge explícitamente lo que ya se aplicaba jurisprudencialmente.

⁵²¹ Artículo 23.1 CDFA: «El menor de edad, cumplidos catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos con asistencia, en su caso».

«De acuerdo con el art. 5.3 CDFA, el menor mayor de catorce años carece de representante legal, de tal manera que desde entonces actúa en el tráfico jurídico por sí sólo, si bien necesita en la mayor parte de los actos jurídicos que se complementen su capacidad mediante la asistencia. No obstante, desde el momento en que sigue siendo

civil no consiste en ser un sistema distinto, sino en una mera diferencia en el establecimiento de la presunción, de forma que no se le hace probar su capacidad al que tiene 14 años sino la incapacidad a todos los que se opongan, dirección que seguirán las reformas del Código civil en la materia.

En efecto, los cambios legales en la capacidad de obrar del menor tienen este hilo conductor: el progresivo desplazamiento de la carga de la prueba de la capacidad mediante previsiones jurídicas que van aumentando los casos en los que el menor puede actuar por sí mismo. Pero antes y después de las reformas el principio legal es el mismo: toda persona tiene la capacidad de obrar que le permita su capacidad natural,

menor de edad, sigue sujeto a la autoridad familiar –ya sea de sus padres o personas distintas– o, en su defecto, a tutela, instituciones de protección que no se extinguen hasta la mayoría de edad o, en su caso, la emancipación (art. 93.1.b. y art. 144.a. y b. CDFA)», LÓPEZ AZCONA, Aurora, *La peculiar situación jurídica del menor aragonés mayor de catorce años*, p. 455.

Resolución DGRN, de 23 de marzo, de 1912: «Si bien la menor edad de Aragón no pasa de los catorce años, es indudable que existe desde los catorce a los veiente una mayoría semiplena para los no casados que, lejos de ser incompatible con la prórroga de la tutela de los huérfanos, ha motivado la costumbre de darles curadores para los bienes», citada por SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *La edad en Derecho aragonés*, p. 77.

«A partir del 1 de enero de 1944 –fecha de entrada en vigor de ley de 13 de diciembre de 1943–, el sistema se uniformó y todas las personas que cumplieran o hubiesen cumplido veintiún años alcanzarían la plena capacidad civil; con la única salvedad del Derecho civil aragonés, ya que al respetarse la subsistencia de lo dispuesto en el número 2º del art. 10 de su Apéndice de 1925 –artículo 3º de la Ley de 1943–, se continuó aceptando la posibilidad de adquirir la mayoría de edad antes de los veintiún años si se contraía matrimonio –catorce años conforme a la regulación del Código civil [antes de la reforma de 2015]–. Esta misma particularidad o excepción se ha seguido conservando intacta tiempo después, tanto en el texto de la Compilación aragonesa (artículo 4º), como en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de ‘Código de Derecho Foral de Aragón’, el Texto refundido de las leyes civiles aragonesas, pues, a tenor de lo dispuesto en su artículo 4.1.b), ‘es mayor de edad el que ha contraído matrimonio’, cualquiera que sea la edad de los cónyuges, sin las limitaciones que, para esta forma de emancipación, establece el Código civil», RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español*, pp. 142-144.

por lo que no considero que dichas reformas introduzcan una ruptura conforme a la redacción originaria⁵²².

Es más, en mi opinión es posible hallar una continuidad entre el Derecho romano, el Derecho histórico español, la redacción originaria del Código civil y las reformas legales posteriores, en una constante mejora técnica que tiene siempre de fondo a la edad como presunción jurídica⁵²³. Lógicamente la codificación, por sus rigurosos postulados técnicos, debía implicar una variación en la sistemática de la capacidad, pero sin cambiar la naturaleza jurídica de la edad, intención que nunca tuvo y que ni siquiera se planteó el Código⁵²⁴.

Veamos las reformas del Código civil de 1981 en adelante en las que, insisto, creo que no existe un cambio en el sistema de capacidad de obrar⁵²⁵ sino un progresivo desplazamiento de la carga de la prueba de la edad entendida como presunción legal y un reforzamiento del principio

⁵²² «Estimo que, a raíz de la reforma por la Ley 26/2015 de algún precepto del Código civil, como el art. 1263.1º, se atisba un horizonte más permisivo con la eficacia de los negocios concertados por los menores, en especial, cuando por haber llegado a cierta edad se les presume que tienen capacidad natural —de entender y querer el acto jurídico que realizan—», NIETO ALONSO, Antonia, *Capacidad del menor de edad en el ordenamiento patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales*, p. 6.

⁵²³ El verdadero cambio de dirección que lleva a cabo el Código civil es en el modo de concebir las instituciones de protección y representación de los menores, que serán igualmente flexibilizadas para que la capacidad natural del menor no sea coartada en ningunos de los momentos en que exista.

⁵²⁴ «El Código civil francés, en el Proyecto de 1851 y en nuestro Código civil no hay indicio de que se pensara suprimir la capacidad de obrar del menor», ALONSO PÉREZ, Mariano, *La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras*, pp. 19-20.

⁵²⁵ Incluso la modificación de la misma edad de la mayoría, es una modificación de la edad legal como elemento central del sistema de capacidad, que provoca que a partir de la nueva edad se tiene la presunción a favor. El Código civil pondrá la mayoría de edad en los 23 años. La ley 1943 de 13 de diciembre en 21 años para todo el territorio. El Real Decreto Ley de 16 de noviembre de 1978, la sitúa en 18 años: una vez más la razón es el contexto social, la máxima de experiencia. Así se recogerá en el artículo 12 de la Constitución Española.

de la capacidad natural⁵²⁶. En primer lugar está la Ley de 13 de mayo de 1981⁵²⁷: la reforma amplía el número de materias concretas que se unen a las ya existentes en las que el menor tiene la presunción de capacidad a su favor, e introduce la patria potestad prorrogada y la incapacitación del menor. La Ley de 7 de julio de 1981 consolida la capacidad de obrar matrimonial del menor anulando la necesidad de licencia y consejo. Y la Ley de 24 de octubre de 1983 regula las excepciones a la regla general de la capacidad con grandes avances técnicos y teóricos⁵²⁸. De estas leyes no resulta un nuevo sistema de capacidad con respecto a la redacción originaria, sino un perfeccionamiento de la técnica presuntiva y una consolidación del principio de la capacidad natural. Es un perfeccionamiento del mismo sistema.

Cada vez hay más ámbitos en los que el menor puede actuar por tener la presunción jurídica de la edad a su favor, aunque siga sin existir una previsión general de su capacidad de obrar, pero sin que ello signifique la existencia de un principio de incapacidad del menor de

⁵²⁶ El principio de la capacidad natural debe ser interpretado de conformidad con la fijación de la regla general de capacidad que establece la mayoría de edad.

⁵²⁷ «Atendiendo a tales razones, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificó los preceptos del Código Civil relativos al menor (...), reconociéndole una cierta capacidad, aunque limitada. Así pues, no cabe ya trazar un foso entre mayor de edad (capaz) y menor de edad (incapaz), sino manifestar que el Derecho positivo ha acabado por reconocer que la adquisición de la capacidad de obrar es gradual y paulatina», LASARTE, Carlos, *Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil*, p. 191.

La ley de 13 de mayo de 1981 admitirá la patria potestad prorrogada recogida en el artículo 171, y se incorpora así la incapacitación del menor, lo cual es consecuente con el principio del reconocimiento de capacidad de obrar al menor de acuerdo a su capacidad natural. Es necesario leer las exposiciones de motivos de estas leyes para resumir los principios de cada reforma.

⁵²⁸ Y anula el párrafo segundo del artículo 32, que era un anacronismo teórico y terminológico. Anacronismo teórico porque la edad no afecta a la capacidad jurídica sino a la capacidad de obrar. Anacronismo terminológico porque la edad nunca es una restricción de la personalidad, término que en esa época estaba poco delimitado con el de capacidad jurídica. Como se ve, ambos anacronismos están relacionados.

edad, como vimos⁵²⁹. De hecho, después de estas tres leyes, la doctrina es más favorable a admitir que no existe tal incapacidad, aunque antes como ahora sigamos sin una norma similiar a la del Derecho aragonés.

En cualquier caso y al margen de las reformas, ¿cuál es la primera consecuencia teórica de concebir la edad como presunción legal de capacidad? Que automáticamente existe en nuestro Ordenamiento el principio de que toda persona puede actuar conforme a su capacidad natural, de forma que los negocios jurídicos concluidos por quien tiene dicha capacidad perviven en el Ordenamiento al margen de la capacidad de obrar legal que tuviera, y sin que puedan ser atacados por la otra parte. Por lo tanto, para fundamentar el principio de capacidad del menor en nuestro Código civil desde su redacción originaria hasta la actualidad, no era necesario “reinventar” el estado civil.

Además de estas reformas, está la importante Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996⁵³⁰, presidida por el «interés del menor»⁵³¹ (art. 2), que implica que «las limitaciones a la

⁵²⁹ Resolución de 14 de mayo de 2010: «Puede afirmarse que, tanto la legislación de protección de menores como la jurisprudencia, parten en la actualidad del principio de que los menores, según sus condiciones de madurez y con las limitaciones establecidas por el legislador, tienen capacidad para el ejercicio de derechos por sí mismos, tanto en su esfera personal como patrimonial, sin necesidad de intervención de sus representantes legales».

⁵³⁰ La LOPJM supone un gran avance, pues la flexibilización ya no vendrá dada únicamente por la emancipación y por las capacidades de obrar especiales previstas, sino por una regla general de capacidad natural del menor. La LOPJM otorga a los menores capacidad para el ejercicio de una serie de derechos de acuerdo con su grado de madurez y discernimiento, adaptación que comenzó en los derechos personalísimos, cfr. ZUMAQUERO, Laura, *El interés del menor en los tribunales españoles*, en *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 50; y que ahora se va extendiendo a todo el sistema de capacidad.

⁵³¹ «El principio del interés superior del menor no es algo nuevo, puesto que aparece recogido en algunos preceptos del Código civil tras la reforma de 1981», SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *El interés superior del menor y la interpretación restrictiva*

capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva»⁵³² (art. 2.2º), ahondando el principio de la capacidad general del menor⁵³³ y el reconocimiento legal de la capacidad natural⁵³⁴. Como

de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, p. 848.

«El contenido del interés del menor es la salvaguarda de los bienes jurídicos de la personalidad, bien a través de la figura del derecho subjetivo permitiendo que el menor actúe por sí mismo cuando tenga madurez suficiente, bien a través del cumplimiento de la función social inherente en la patria potestad y el respeto al interés legítimo en la protección de la persona del hijo menor de edad», DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, p. 97. Este equilibrio ya lo había propuesto Martínez de Aguirre 4 años antes acudiendo a los artículos 39 y 10 CE, cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 1396.

«Cualquiera de estas actuaciones, bien sean por parte de los representantes de los menores de edad, bien judiciales, estarán informadas por un principio cada vez más insoslayable, que es el interés superior del menor, principio general que se erige en criterio hermeneútico esencial en la materia», NIETO ALONSO, Antonia, *Capacidad del menor de edad en el ordenamiento patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales*, p. 21.

STS 621 de 9 de noviembre de 2015: «La patria potestad constituye un *officium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor».

En definitiva, el interés del menor se relaciona con el desarrollo de la personalidad, lo mismo que hacen los autores con el reconocimiento de la capacidad de obrar, y en el caso del interés del menor, al ser un concepto jurídico indeterminado, se remite al caso concreto su concreción, cfr. ZUMAQUERO, Laura, *El interés del menor en los tribunales españoles*, p. 40.

⁵³² «La interpretación restrictiva de las limitaciones de la capacidad de obrar del menor ha sido siempre, desde la promulgación del Código Civil, un principio rector de la interpretación y aplicación de las normas restrictivas de la capacidad, no sólo del menor sino de cualquier persona, como corresponde a su dignidad. Mucho más importante hubiera sido regular la capacidad de obrar del menor con carácter general, acabando con la consideración fragmentaria e incompleta que en el Código Civil recibe la materia», GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sobre la Ley 1/1996, de Protección jurídica del Menor*, en «La Ley», núm. 1, 1996, p. 1691.

⁵³³ «La Ley [LO 1/1996 de 15 de enero] pretende fundamentalmente resaltar la adquisición gradual de la capacidad de obrar de los menores, llegando incluso a afirmar que ‘las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva’ (art. 2.2º)», LASARTE, Carlos, *Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil*, p. 192.

«No cabe duda de que el menor goza de un ámbito de capacidad aun cuando éste no se encuentre trazado, con carácter general, en la Ley. Ello trae como consecuencia la

dice Alonso Pérez, «menor de edad e incapacidad no son conceptos sinónimos, sino todo lo contrario»⁵³⁵. Las modificaciones a esta ley introducidas por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, (también la Ley 26/2015 de 28 de julio introducirá modificaciones en el Código en el mismo sentido), esclarecen cada vez más la naturaleza jurídica de la

necesidad de acudir al caso concreto para dilucidar si el acto en cuestión entra o no en dicho ámbito», SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *El interés superior del menor y la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor*, p. 861.

⁵³⁴ En este sentido la exposición de motivos de la LOPJM a la que alude Bernad Pérez: «La Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su exposición de Motivos, dispone que el desarrollo legislativo postconstitucional refleja el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlo, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así el concepto de ‘ser escuchado si tuviese suficiente juicio’ se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que afectan al menor. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos. Así mismo, dicha norma señala que las limitaciones que pudieran derivarse del derecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva, reflejándose de este modo la participación de los menores de edad como sujetos activos que participan de las decisiones que les afectan», BERNAD PÉREZ, Luisa, *Criterios de valoración médico-legal de la capacidad para la realización de actos con eficacia jurídica*, en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 103-104.

«El objetivo final perseguido no es otro que el de promover, en la medida de lo posible, la ampliación de la capacidad de obrar del menor de edad en todo aquello que no le perjudique y conlleve, además, un impulso en el desarrollo integral de su personalidad», RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español* p. 153.

STS 26 de 5 de febrero de 2013: «Heredería de este marco internacional, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, profundiza en esta tendencia hacia el desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de los derechos por el menor contemplando, entre otros extremos, la primacía del interés superior del menor frente a cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, junto con la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores (artículo 2)».

⁵³⁵ ALONSO PÉREZ, Mariano, *La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras*, p. 24.

edad como presunción legal. La LOPJM establece en la redacción actual el siguiente criterio general:

- «La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior» (art. 2.2.b).

Este criterio general ha de ser ponderado conforme a los siguientes elementos generales:

- «La edad y madurez del menor» (art. 2.3.a).
- «El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo» (art. 2.3.c).
- «La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales» (art. 2.3.d).

Y todo ello expresado en la norma general:

- «Los menores, de acuerdo a su edad y madurez, deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social» (art. 9.bis 1).

De las reformas expuestas, de las previsiones legales facultando al menor para actuar en un número creciente de supuestos, de la capacidad natural siempre reconocida al menor en la fase judicial cuando no existe previsión normativa y, sobre todo, de la técnica presuntiva, se puede concluir que existe en el Derecho civil un principio general legal de capacidad de obrar del menor⁵³⁶. Si bien pudiera ser aconsejable una

⁵³⁶ La doctrina sobre la capacidad de obrar que vimos en el apartado anterior ha necesitado años de reformas legislativas para perfeccionarse después de la

norma al respecto en el Libro I del Código civil, tanto para reconducir a la unidad las dispersas y numerosas ocasiones en que se atribuye capacidad de obrar al menor⁵³⁷, como para que el Código no se quedara al margen de esta evolución legal siendo quien más convenientemente debe recoger las previsiones legales más generales. Sería conveniente que el cuadro de la capacidad de obrar en el ámbito civil apareciera completo en su Parte general, dotando así de claridad sistemática al régimen jurídico de capacidad y cumpliendo, por tanto, una de las premisas técnicas más ventajosas de la codificación.

La interpretación de la doctrina civilista acerca del sistema jurídico de capacidad expuesto tiene siempre presente la teoría de la capacidad de obrar presentada en el capítulo primero. El reto es el mismo: articular jurídicamente la capacidad natural y la capacidad de obrar legal. A mi juicio, la solución es concebir la edad como presunción jurídica de capacidad ¿Por qué esta postura parece disentir de la interpretación de la doctrina mayoritaria cuando el método que he seguido es continuar lo que otros han avanzado? Si bien nadie define la edad como presunción legal, es cierto que la doctrina mayoritaria la describe de ese modo⁵³⁸. También en este punto no he hecho sino proseguir, por un lado, la interpretación que la doctrina ofrece sobre la edad anterior a la

codificación. Era normal que la capacidad natural fuera el criterio central en la capacidad de obrar codicial, porque siempre lo ha sido desde su aparición en el Derecho romano. No puede dejar de estar “vigente” la capacidad natural; el problema es la técnica jurídica adecuada.

⁵³⁷ Sánchez-Calero hace ver la inconformidad de la doctrina con un tratamiento legal que no ha acabado de plasmar en una norma los principios jurídicos sobre la capacidad del menor: «Algunos autores consideran necesaria una reforma de nuestro ordenamiento en relación a la capacidad de obrar de los menores», SÁNCHEZ-CALERO Arribas, Blanca, *El interés superior del menor y la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor*, p. 860.

⁵³⁸ Veremos en el capítulo tercero las expresiones que la doctrina utiliza al describir la edad como presunción jurídica.

codificación⁵³⁹ y, por otro lado, detectar las coincidencias que existen en la interpretación que los autores mantienen sobre la edad en la codificación y en la actualidad. No sólo no hay ruptura, sino que está totalmente inspirada en la doctrina la tesis que sostengo.

Lo solución alcanzada quizá se deba a un punto de partida diverso a la hora de interpretar el sistema jurídico de capacidad: considerar conjuntamente en el Derecho la fase normativa y la fase procesal⁵⁴⁰ y extraer de ambos momentos las conclusiones. El régimen jurídico vigente es el que resulta del estudio de la edad legal como norma general y sus excepciones en la fase judicial. Este enfoque permite alcanzar una comprensión cabal del sistema jurídico de capacidad.

Desde esta perspectiva, la edad aparece como presunción legal, naturaleza jurídica que explica de forma unitaria los distintos elementos normativos y procesales que confluyen en la edad, y que considero de mejor técnica jurídica que la calificación de la edad como estado civil (Federico de Castro y parte de la doctrina española) o como norma positivista (Federico de Savigny y la pandectística). La seguridad jurídica sería la misma que en estos dos supuestos, aunque creo que lo logra de un modo más justo y más coherente con la teoría de la capacidad de obrar doctrinal del capítulo primero, al tiempo que es

⁵³⁹ «No siempre la mayoría de edad ha fijado la plena capacidad y autonomía personal y patrimonial de la persona. Antes de la Codificación es sólo la edad, sí de capacidad, a partir de la cual se presume que la persona ha alcanzado el total discernimiento. (...). Esto tiene lugar desde el momento en que, desaparecida la diferenciación entre los *sui iuris* y los *alieni iuris*; y bajo el principio de protección, sometiendo a todo menor a una potestad hasta la mayoría, se declara que ésta extingue siempre la patria potestad y además, impropriamente, se la considera como causa de emancipación», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, pp. 151-152.

⁵⁴⁰ La doctrina que establece el principio de incapacidad general del menor sólo considera la norma y no advierte la naturaleza jurídica de la edad como presunción. Solo las excepciones nos pueden dar razón de hasta qué punto es cierto que exista una incapacidad de obrar del menor. La noción de Derecho debe incluir también el que aplican los jueces.

capaz de dar razón del funcionamiento del sistema normativo de capacidad de obrar que está vigente.

A la vista de las reformas llevadas a cabo se hace todavía más difícil hacer depender la capacidad de obrar del estado civil, a la vez que se ahonda en la propuesta olvidada del Derecho romano de ver la edad como el núcleo de la capacidad de obrar, donde la articulación jurídica con la capacidad natural requiere de una técnica capaz de incorporarla al Ordenamiento: la edad como presunción legal.

En conclusión, dada la regla general de la mayoría de edad, los cambios que trajo el Código civil español y sus reformas (a saber: la emancipación referida exclusivamente a la capacidad de obrar; el cambio de concepción de las instituciones relativas a los menores e incapaces; las reformas ampliando el número de casos en los que el menor puede actuar; la aclaración del fundamento de la incapacitación; la posibilidad de incapacitar a los menores; el criterio de valoración de todas las resoluciones judiciales en la cuestión de la capacidad), encuentran explicación en la inicial y progresiva vigencia de la capacidad natural en el Código; esta vigencia resulta de interpretar el sistema normativo de la capacidad de obrar pivotando en torno a la edad como presunción legal, naturaleza jurídica que, en mi opinión, es capaz de dar cobertura normativa al realismo jurídico que domina toda la teoría del sujeto de derecho, y con más razón tratándose de la capacidad de obrar.

Por lo tanto, el esquema que resultaba en el ámbito doctrinal, donde la edad como presunción jurídica es el núcleo de la capacidad de obrar y el punto de referencia de todo el conjunto normativo, encuentra acomodo en nuestro Ordenamiento, cuya estructura legal sería la siguiente:

- Edad legal como regla general: artículos 322, 323 Cc y 9.bis 1 de la LOPJM.

– Incapacitación como excepción particular: artículo 200 Cc.

Si redactáramos las citadas normas vigentes de forma agrupada, *sin necesidad de modificar los distintos textos legales*, podría quedar así:

Artículo 1

«1. El mayor de dieciocho años, al que se equipara el menor emancipado, es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas por este Código. 2. Los menores, de acuerdo a su edad y madurez, deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social».

Artículo 2

«Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial a causa de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

Les falta a estas normas, a mi juicio, recoger en la redacción su auténtico dinamismo jurídico en la jurisdicción civil, es decir, su naturaleza de presunción legal. En el capítulo tercero veremos una posible redacción que integre el carácter presuntivo de las normas sobre la capacidad de obrar.

2. Incapacitación civil como excepción particular: artículo 200 del Código civil

La capacidad de obrar es la edad legal que consiste en una presunción jurídica de la capacidad, admitiendo prueba en contrario. Esta presunción jurídica está abierta a dos modificaciones: 1) bien para reconocer capacidad en un caso concreto no amparado en la presunción legal; 2) bien para negar la capacidad natural de forma estable mediante

la incapacitación a quien legalmente la tenía. Este segundo supuesto es el que abordaremos en este apartado: la incapacitación entendida como prueba en contrario de la presunción jurídica de capacidad que la edad legal establece.

La incapacitación tiene sus raíces en la alteración de la normal capacidad natural a causa de la enfermedad⁵⁴¹. La evolución en la incapacitación legal es similar a la que ya vimos en la edad, pues ambas son elementos de la misma y única presunción, y están regidas por el mismo principio: ajustarse a la capacidad natural. La diferencia entre la edad legal y la incapacitación judicial es que la primera es la norma positiva, es decir, se refiere a la capacidad natural acorde con el desarrollo intelectual y cognitivo; mientras que la incapacitación es negativa e implica una limitación de la capacidad presumida previamente por la edad. Es decir, la edad es la regla general que fija la normal capacidad, y la incapacitación es su excepción particular

⁵⁴¹ «Poichè la capacità di agire ha quale suo presupposto la capacità di intendere e di volere, si prospetta il problema (...) del nesso che corre tra la capacità di agire e le anomalie, della volontà e della conoscenza», FALZEA, Angelo, *Capacità. Teoria generale*, p. 43.

La capacidad natural es tomada en consideración en este caso en el momento judicial, y que el ordenamiento protege con la patria potestad (art. 171 Cc), la tutela (art. 222 Cc) y la curatela (arts. 288 y 289 Cc).

Claramente aparece esta conexión en la descriptiva definición que ofrece Navarro en el Derecho canónico: «È una qualità della persona, implicita nella sua condizione naturale di membro della comunità. Si ricollega alle facoltà intellettive e volitive dell'uomo: egli è in grado di agire responsabilmente, di curare i propri interessi, di esercitare da sé i propri diritti. È la qualità di operare che è propria delle persone normali, che sono in grado de valutare la conseguenze delle proprie azioni e di prendere la decisioni a riguardo. Tale qualità è propria della persona fisica che si trova nel pieno uso delle facoltà intellettive e volitive», NAVARRO, Luis, *Persone e soggetti nel diritto della Chiesa. Temi di diritto della persona*, Subsidia Canonica, Roma, 2000, p. 15.

estable⁵⁴², basada en una incapacidad natural causada por la enfermedad⁵⁴³.

En el Código civil, tanto antes como después de la reforma de 1983, la incapacitación estaba basada en la capacidad natural⁵⁴⁴, y en este

⁵⁴² «Finalmente, habrá de advertirse que la *declaración de incapacitación*, aunque gradúa el límite de la capacidad/incapacidad, comporta *siempre incapacidad*. Lo que permite distinguirla de la situación de minoría de edad que no es nunca de incapacidad, y de la prodigalidad que tampoco supone, propiamente, una restricción de la personalidad sino un límite a la capacidad de obrar», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, pp. 177-178.

«Es natural que la exigencia de una seguridad se haga sentir con mayor energía; la rapidez y la certidumbre de los asuntos exigen la eliminación de dudas al respecto de la salud o del equilibrio mental de la persona. Tal es el grave motivo por el cual el Código civil [italiano de 1865] hacía derivar la incapacidad, y con ella el vicio del acto, no tanto de la enfermedad como de su confirmación judicial, alcanzada mediante un proceso de interdicción o de inhabilitación. Por eso, en relación con los contratos, el artículo 1106 no dice que sean incapaces, al lado de los menores, los enfermos mentales, sino los interdictos y los inhabilitados. Dicha confirmación judicial tenía, pues, carácter constitutivo; ello, sin embargo, no impedía que un contrato celebrado por un loco no incapacitado legalmente fuera o pudiera ser nulo; pero la nulidad en este caso procedía, no de falta de capacidad, sino de falta de voluntad, si se confrontaba con el examen específico del caso. Hoy el orden jurídico ha cambiado, ya que en el nuevo libro primero del código civil [italiano de 1942], artículo 422, se dispone la nulidad de los ‘actos realizados por persona que, no sufriendo interdicción, se probare que no poseía su salud mental, debido a una causa cualquiera, aunque ésta fuere transitoria, en el momento de realización del acto’. En rigor, con arreglo a esta norma, la nulidad depende de una manera de ser de la persona, no del acto, y por eso se regula la incapacidad independientemente de la interdicción. Se obtiene así una disminución en el valor jurídico de la interdicción, que ya no es una confirmación constitutiva de la incapacidad, sino una presunción *iuris et de iure* de la enfermedad mental», CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del Derecho*, p. 251. Es un testimonio de los esfuerzos doctrinales por dar razón de la incapacidad natural tanto antes como después de codificarla, esfuerzos que en mi opinión no tienen delante la solución de la edad legal como presunción jurídica.

⁵⁴³ Recordamos que hoy los estados civiles, de mantenerse, dependerían de la capacidad, y existirían para darle estabilidad, y siempre con la puerta abierta para que se reconozca la validez de los actos hechos cuando haya capacidad natural, y para que se revierta la incapacitación cuando hubiere una recuperación de la misma, sin que necesariamente tenga que comportar un cambio de estado civil (p. e. nulidad de un contrato porque no era capaz naturalmente pero sí legalmente).

sentido siempre ha hecho referencia a la capacidad de obrar. La pregunta que nos hacemos para comprender el sistema de capacidad de obrar en el Código civil es la siguiente: ¿qué relación tienen la edad legal y la incapacitación judicial?, ¿son dos aspectos de la capacidad de obrar independientes⁵⁴⁵ o tienen alguna conexión?⁵⁴⁶ Como hemos visto existe

⁵⁴⁴ «La presencia o ausencia de capacidad de discernimiento entonces es la que define respectivamente la capacidad o incapacidad; y las demás situaciones personales (minoría de edad, prodigalidad) son sólo límites a una capacidad de obrar que, inicialmente no se cuestiona», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p. 177.

Redacción originaria: «En cuanto a los criterios inspiradores de las causas, la fundamentación era diversa. Aunque no fuera indiscutida (en algunos casos) su base en la ausencia de capacidad natural, lo cierto es que la causa tipificada no siempre lo presuponía, únicamente en el caso de la demencia y sordomudez. La prodigalidad y la interdicción civil respondían a la idea de sanción (prodigalidad) o pena (interdicción) a la conducta de la persona», *Ibidem*, p. 170.

«Siendo la filosofía inspiradora la misma (la incapacidad natural) no lo ha sido su concreción», *Ibidem*, p. 178.

⁵⁴⁵ «Aunque los preceptos del Código siguen sin formar un sistema absolutamente coherente, la reforma del núm. 2 del art. 1263 por la Ley 1/1996, ya no referido a los ‘locos y dementes y los sordomudos que no sepan escribir’, sino a los ‘incapacitados’, sitúa sin duda en el centro del sistema legal la incapacitación por sentencia y no, directamente, la enfermedad mental; la cual, sin embargo, tampoco puede ser irrelevante fuera de la incapacitación», LACRUZ BERDEJO, José Luis y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II*, p. 149.

Gete Alonso se queja de la falta de unidad interna que sería deseable en la determinación de la capacidad de obrar de las personas: «No obstante, la capacidad de obrar no es uniforme: el menor de edad tiene una capacidad graduada en función, según los casos, de su falta de capacidad natural, de la edad o de estar emancipado; y ciertas personas pueden ser declaradas incapaces en virtud de unas causas establecidas en ley, como consecuencia de un procedimiento judicial. (...). La incapacitación hoy sigue siendo una restricción de la capacidad de obrar de la persona. En definitiva supone uno de los estados civiles reconocidos en nuestro ordenamiento», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, pp. 174-175.

No es cierto que exista una presunción de incapacidad con respecto a determinadas deficiencias físicas o psíquicas. Incluso cuando se prevén en el Ordenamiento, siempre se exige una sentencia que lo establezca con las pruebas oportunas, que lo que hacen es destruir la presunción de capacidad de toda persona. Muchos autores que estudian el tema de la discapacidad parten de este planteamiento a mi modo erróneo, cfr. BARIFFI, Francisco José, *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la convención de la ONU*, en *Hacia un Derecho de la*

indudablemente una conexión en el plano de la teoría general de capacidad⁵⁴⁷ y, a mi modo de ver, ambos aspectos –edad legal e incapacitación judicial– están relacionados en el Código del siguiente modo: la incapacitación judicial depende de la edad legal. Tal y como hemos visto en apartados anteriores, la edad es la determinación legal de la capacidad natural con la técnica de la presunción, es decir, la edad legal es el autogobierno mínimo que el Código establece como norma general para el ejercicio de los derechos y deberes. En consecuencia, la incapacitación es la acreditación mediante prueba en contrario de la falta de tal autogobierno.

El autogobierno o capacidad natural⁵⁴⁸ es el criterio fundamental para la incapacitación judicial. Pero la duda persiste: ¿dónde se determina previamente el autogobierno cuya ausencia permitirá que se proceda a la incapacitación? Este concepto recibe una primera concreción legal por medio de la edad y una segunda concreción por vía judicial.

Discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael Lorenzo, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 364.

⁵⁴⁶ «En última instancia, el significado de la incapacidad legal es instrumental, meramente accesorio y casi adjetivo, a saber: eliminar la necesidad de prueba de la incapacidad natural, permitiendo la anulabilidad del acto sobre la única base de la situación subjetiva (minoría o incapacitación) y la representación protectora correspondiente, a la que legalmente está confiada la función activa de la subjetividad del incapaz», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, p. 287.

⁵⁴⁷ «L'interdicendo e l'inabilitando vengono bensì sacrificati in un loro fondamentale interesse giuridico quale è la capacità di agire», ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 103.

Y con raíces en el Derecho romano: «Vi sono molte persone *sui iuris* nelle quali, per ragione di età o di sesso, di malattia mentale o di tendenza al sperpero, questa capacità di agire manca od è limitata», ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, p. 492.

⁵⁴⁸ «La facultad de autogobierno implica no sólo la capacidad de discernimiento (en función de la cual se establece el grado de incapacitación) sino también la posibilidad de manifestarlo (darlo a conocer)», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, pp. 183-184.

Puede parecer de poca importancia la concreción del autogobierno por medio de la edad, pero suministra una gran cantidad de información y, lo más importante, fija un punto de valoración al juez imprescindible a la hora de determinar el *quantum* de autogobierno, evitando así la arbitrariedad y la inseguridad jurídica. En este punto considero importante remarcar una idea que está presente en toda edad legal: que su función no es principalmente señalar a partir de qué edad se pueden ejercer los derechos y deberes, sino sobre todo determinar el mínimo de autogobierno requerido a toda persona con independencia de la edad que tenga. Por lo tanto, cuando el juez valora si una persona de 50 años tiene o no autogobierno, ponderará si tal persona tiene o no el autogobierno normal de una persona de 18 años⁵⁴⁹, que es la capacidad media como requisito legal mínimo⁵⁵⁰.

Siendo muy importante esta primera concreción, es insuficiente, por lo que es necesario seguir profundizando. Es lo que la jurisprudencia ha hecho al establecer criterios prácticos que ayuden a dibujar la línea entre el mínimo autogobierno y el autogobierno insuficiente; sólo en este último caso se podría proceder a la incapacitación judicial. Estos criterios los expondremos en el siguiente capítulo.

⁵⁴⁹ He puesto 18 años, pero entiéndase aquí los años que cada norma legal establezca en las materias concretas.

⁵⁵⁰ «El ordenamiento común español ha optado por un sistema que combina el establecimiento de una edad general para la atribución de la plena capacidad de obrar, y la salida de las instituciones de guarda a las que estuviera sometido el menor, con la posibilidad de introducir flexibilizaciones en esa regla para determinados actos, cuando el legislador considere necesaria una mayor capacidad, o admisible otra menor. Esa regla general se encuentra situada en los 18 años (arts. 12 CE. y 315 Cc.)», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La edad*, p. 399.

«Se requiere determinar desde qué límite ha de considerarse existente la capacidad intelectual necesaria para celebrar negocios jurídicos o para actos que crean responsabilidad», LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, p. 105.

El Código civil, en su redacción originaria, preveía la edad y la enfermedad en los artículos 199 y 200⁵⁵¹, modificados por la Ley 13/1983⁵⁵². ¿Qué mejoras ha introducido esta Ley de 24 de octubre de 1983? No se trata de hacer aquí una exposición de ella, y en este sentido se puede acudir a trabajos publicados desde su entrada en vigor. Aquí nos preguntamos por lo que afecta al sistema de capacidad de obrar tal y como lo venimos interpretando.

Una parte de la doctrina señala un cambio drástico⁵⁵³ con respecto al sistema del Código civil previo a la reforma. En mi opinión, el principio

⁵⁵¹ Redacción originaria del artículo 199: «El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos»; y artículo 200: «Están sujetos a tutela: 1º. Los menores de edad no emancipados legalmente. 2º. Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir». Con la reforma de Ley 13/1983, la redacción queda del siguiente modo en los mismos artículos 199 y 200: «Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley», y «Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

⁵⁵² Novedades esenciales de la reforma de 1983: «Introducción textual de la enfermedad física como posible causa de incapacitación (art. 200 Cc), graduabilidad de los efectos de ésta (210, aunque luego sería derogado por la LEC del 2000), y recuperación de la curatela (215, 286 y 287). Incluso podría decirse que la aplicación judicial de estas novedades, y sobre todo, la implicación o conexión que entre las mismas establece el razonamiento decisorio, aporta un elemento más nuevo todavía, da un paso adelante en la interpretación del texto reformado (especialmente en torno a la noción del autogobierno y al significado de la curatela), deduciendo consecuencias prácticas que no estaban explícitas en aquél», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Enfermedad física, autogobierno e incapacitación*, en «Poder Judicial», 2ª época, núm. 35, septiembre, 1994, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 400. Tener en cuenta el momento judicial para hacernos cargo del sistema de capacidad es más evidente en el caso de la enfermedad.

⁵⁵³ «La Ley de 24 de octubre de 1983 ha supuesto un importante cambio en la consideración jurídica de la incapacitación en general, y en concreto en el tema de la incapacitación, para la que se ha desechado el modelo anterior. Inicialmente ha de afirmarse de forma tajante que hoy es posible intentar elaborar una doctrina general en torno a la incapacitación. Sólo el hecho de que el nuevo Título IX del Libro I del Código Civil aparezca bajo la rúbrica *De la incapacitación*, demuestra cómo el legislador ha tenido en cuenta a ésta, por sí sola, y con independencia del efecto más

sigue siendo el mismo: sólo la falta de autogobierno (capacidad natural) puede justificar la incapacitación. Lo que la reforma ha llevado a cabo es una mejora de la técnica presuntiva, en tres aspectos: 1) aclarando el fundamento de capacidad natural que tiene la incapacitación: no es preciso señalar el número de enfermedades sino que lo relevante es que cualquiera de ellas, la que sea, afecte a la capacidad natural⁵⁵⁴; 2) permitiendo un mayor ajustamiento entre la limitación judicial de la capacidad de obrar y la incapacidad natural (o falta de autogobierno), introduciendo la graduación de la sentencia conforme a la efectiva ausencia de la capacidad natural, que en todo caso sería revisable⁵⁵⁵; y 3)

representativo que provoca: el sometimiento a una potestad», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, pp. 173-174.

«El legislador de 1983 ha vuelto en cierta medida a la concepción anterior a la codificación en cuanto al modo de fijación de las situaciones personales (estados civiles) que se definen en función de la capacidad natural», *Ibidem*, p. 175.

⁵⁵⁴ La enfermedad es aquella circunstancia prevista en el Código como causa de limitación de la capacidad de obrar sólo en la medida en que afecte a la capacidad natural (o 'gobierno de sí mismo').

«Tales circunstancias se encontraban legalmente tasadas, es decir, constituían un *numerus clausus*», LASARTE, Carlos, *Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil*, p. 206.

«Lo importante era destacar que, apartándose del modelo presentado por el sistema anterior, la nota de la incapacitación radicaba no en una causa legal, sino en la presunción de incapacidad natural, y que para ello no era necesario tipificar las causas de incapacidad enumerándolas individualmente», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p. 180.

«Lo primero que hay que decir —por más que pueda parecer obvio—, es que en el artículo 200 del Código civil, la persistencia se refiere a la enfermedad en sí (como ya he dicho más arriba), y no a sus consecuencias en cuanto a la capacidad de autogobierno de quien la padece. De forma que cuando una enfermedad impide a una persona gobernarse por sí misma, pero no continúa sino intermitentemente, procede también su incapacitación», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *En torno a la enfermedad mental fásica como causa de incapacitación: régimen y consecuencias*, p. 715.

⁵⁵⁵ «Esto significa que no puede gobernarse, no puede actuar, de acuerdo con los principios de funcionamiento social del marco en que se encuentra, como una gestión normal. Para medir la imposibilidad de autogobierno del presunto incapaz debe tenerse presente que ésta no solo despliega sus efectos sobre su esfera patrimonial, sino también sobre la personal, por lo que el juez debe valorar la actividad que desarrolla el

manteniendo la validez de todo acto realizado por el incapacitado legal pero con capacidad natural⁵⁵⁶.

La reforma, aparte de remarcar con más claridad que la naturaleza jurídica que domina las normas de la capacidad de obrar es la de la presunción jurídica, ha conseguido arbitrar un sistema que facilita la adecuación entre la incapacitación judicial y la incapacidad natural⁵⁵⁷. Y

presunto incapaz y sus responsabilidades familiares, personales y económicas, entendiéndose que no es necesaria la incapacitación si el individuo, pese a su debilidad o retraso mental, tiene capacidad suficiente para poder conducirse sin ayuda de terceros en las actividades habituales, es decir, cuando goce de suficiente autonomía personal, familiar y social en el ambiente económico donde se desenvuelve», DOLADO PÉREZ, Ángel, *Criterios generales de valoración de la discapacidad en la incapacitación judicial*, en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 69.

Sobre la redacción originaria: «Paralelamente a esa tipificación singularizada, el alcance de cada incapacitación era diverso, en cuanto a la declaración de incapacitación y al efecto de sometimiento a tutela. (...). Pero en la declaración de incapacitación no cabían grados intermedios (salvo para el supuesto de la sordomudez). Lo que provocó ciertos problemas en orden a la incapacitación por locura y a los distintos grados que pueden presentar los trastornos mentales, que cierta jurisprudencia intentó paliar sobre la base de forzar la interpretación del art. 32.2º Cc., admitiendo gradaciones en estas situaciones de auténtica incapacidad mitigada», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p. 171.

«La flexibilidad de que hace gala la Ley 13/1983 en contra del excesivo rigorismo del Código en su redacción originaria», LASARTE, Carlos, *Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil*, p. 208.

⁵⁵⁶ «Se establece así una disociación entre la norma positiva y su fundamento racional, para primar aquélla en detrimento de éste, que es por completo inaceptable desde una sana hermenéutica teleológica, que debe imponerse en este campo con más razón, si cabe, que en ningún otro. La finalidad y el espíritu de las normas sobre capacidad nunca es salvaguardar la seguridad jurídica sino proteger los intereses del incapaz», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, p. 306. Ramos Chaparro, al no existir una norma que reconozca la capacidad natural, tilda de positivista el sistema de capacidad. Pero en mi opinión, creo que la postura del Código es concebir las normas de la capacidad bajo la técnica de la presunción jurídica de la edad; éste es el modo que tiene la legislación civil de incorporar jurídicamente la capacidad natural.

⁵⁵⁷ «El problema de la forma legal de incapacidad es el de sus posibles y reales desajustes con la natural, manifestados tanto como excepción (positiva) a la forma negativa, cuanto como excepción a la forma positiva (capacidad legal) en el caso de la

aquí, como en la edad, esta tendencia legislativa de permitir que emerja con más sencillez la capacidad natural es una cuestión correlativa al cambio de concepción sobre las instituciones de representación (patria potestad y tutela), concibiéndolas cada vez más como instituciones de protección que de sustitución⁵⁵⁸.

Conviene detenerse un momento en este importante cambio que tanto afecta a la comprensión del sistema de capacidad. Van a confluír dos ámbitos normativos de gran entidad jurídica e histórica que continuamente son matizados por el principio hegemónico de la capacidad natural. Por un lado están la edad y la falta de autogobierno, y

persona mayor de edad enferma o deficiente mental no incapacitada», *Ibidem*, pp. 286-287.

«No puede hablarse de ‘causas de incapacitación’ sino sólo de una causa de incapacitación: la falta o deficiencia de la capacidad natural que impide a la persona gobernarse por sí misma. Lo que ocurre es que, como es necesario que ello se constate a través de algún medio, se habla de lo que son o representan el normal vehículo de exteriorización en la sociedad actual: la enfermedad o deficiencia física y/o psíquica. Prueba de ello es que el peso de la incapacitación se centra en la falta de discernimiento o la limitación de ‘gobernarse por sí misma’ de la persona, más que en la propia enfermedad o deficiencia», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p. 181.

⁵⁵⁸ Entre la incapacitación y la tutela se da un despegamiento progresivo, que es paralelo al que se da entre la edad y la patria potestad. En uno y otro caso, emerge la capacidad natural como criterio fundamental de toda capacidad de obrar, aglutinando todas las instituciones que a ella se refieren bajo el mismo fundamento, y reorganizándose de un modo nuevo que tiende cada vez más a la unidad sistemática; la mera codificación no consiguió de entrada la claridad (por lo menos tal y como era interpretada en sus inicios) que ahora parece existir. Lo que se percibe es que los distintos mecanismos y técnicas que afectan a la capacidad de obrar van ajustándose progresivamente en un proceso de simplificación que les hace ocupar cada vez más su puesto dentro de la presunción legal, auténtica naturaleza jurídica que unifica todas las normas sobre la capacidad de obrar.

Antes de la reforma: «Principal defecto del anterior sistema era su falta de sistemática; y en especial la manera de presenciación de la incapacitación. La incapacidad no se define por sí misma sino en función del efecto —la institución de tutela—, con lo que aquélla se desdibuja; y más aún cuando se unifica —a nivel de regulación— con la tutela del menor de edad. No hay propiamente incapacitación sino, como muy gráficamente decía el artículo 32.2º derogado, ‘restricciones de la personalidad jurídica’ cuya más importante manifestación es la tutela», *Ibidem*, p. 173.

por otro lado la patria potestad y la tutela, todo ello comprometiendo de un modo u otro la capacidad de obrar en las distintas épocas.

El sistema anterior al Código es el siguiente: la edad y la falta de autogobierno funcionaban de forma autónoma conforme a los principios de la capacidad de obrar, siempre y cuando se actuara dentro de los límites legales y superiores de la patria potestad y de la tutela.

Con el Código civil se cambia el orden: la patria potestad y la tutela funcionan al servicio del principio de la capacidad de obrar, por lo que el ejercicio de los derechos y deberes cuando hay capacidad natural viene a ser ahora el principio superior y exclusivo de todo el sistema de capacidad⁵⁵⁹. Pero este sistema, sea o no con los límites de la patria potestad y de la tutela, desde sus inicios se ha organizado alrededor de la edad legal, funcionando ésta como presunción jurídica (antes del Código con los márgenes de la patria potestad y tutela, hoy sin ellos). Cuando en el Código civil se cambia la concepción de la patria potestad y de la tutela, en lo que se refiere a la capacidad de obrar, ese espacio es ocupado lógicamente por la capacidad natural de la persona. Ni la redacción originaria del Código civil ni su reforma de 1983 cambian el sistema, sino que lo perfeccionan en la línea de la presunción. Todo lleva su tiempo, y la codificación lo necesitaba para ofrecer una mejor sistemática. Por ello la Ley de 1983 supone una mejor regulación jurídica del mismo sistema de capacidad de obrar iniciado en la

⁵⁵⁹ «Importa destacar este punto porque entonces el esquema a partir del cual ha de estudiarse la incapacidad varía sustancialmente. En resumen, no habrá que partir directamente de la institución de la tutela, sino de la capacidad de discernimiento y posibilidad o no de autogobierno», *Ibidem*, p. 177.

«La esfera en la que se desarrolla la actividad sustitutoria del representante legal (padres-tutor) es cada vez más reducida al haber ampliado la ley el número de casos en los que la intervención del menor bien es directa y no requiere de ningún tipo de autorización (complemento de capacidad) o sustitución (representación legal); bien es directa (la iniciativa corresponde al menor) pero atemperada por la presencia del titular de la potestad que actúa complementando (y no sustituyendo) la capacidad de aquél», *Ibidem*, pp. 27-28.

promulgación del Código: que la capacidad natural es el criterio rector de todo el sistema de capacidad.

Por ello, dicha reforma implica una mejor técnica en la previsión de las causas de incapacitación, en la medida en que no se detiene el nuevo artículo en determinar cuál sea la enfermedad, sino que ésta afecte verdaderamente al autogobierno⁵⁶⁰. En la sentencia de incapacitación, la

⁵⁶⁰ «Ahora bien, desde una visión realista de la capacidad de obrar como traducción de la *capacidad natural* o ‘de entender o querer’, resulta claro que son las alteraciones de las funciones y facultades intelectivas y volitivas de la persona (independientemente de los órganos afectados y del agente patógeno) las que determinan jurídicamente la incapacitación. Ya que dicha sintomatología psíquica puede acompañar a deficiencias y enfermedades de orden somático o físico, la fórmula del artículo 200 deberá interpretarse como un intento de exhaustividad terminológica con la que los redactores han querido abarcar la amplia etiología y toda la casuística médico-legal de la *incapacidad natural* o falta de autogobierno», RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Enfermedad física, autogobierno e incapacitación*, p. 404. Esta amplitud, parece indicar que el legislador civil no quiere hacer problema de la causa natural, sino mostrar que la causa es natural, sea la que sea, tenga la entidad que tenga, y que la cuestión central es una cuestión jurídica, a saber, cómo afecta a la capacidad de obrar.

«Por eso creemos que, con la alternativa ‘de carácter físico o psíquico’, el legislador ha querido eliminar de su enfoque el problema (médico) de la adscripción de muchos síndromes al ámbito patológico físico o al psíquico, ya que, en realidad, están íntimamente relacionados, poniendo todo el acento jurídico en la consecuencia personal del autogobierno», *Ibidem*, p. 403.

«Se debe utilizar en cada caso, como criterio decisivo, (...), la asociación causal entre ésta (enfermedad o deficiencia) y un estado mental anormal, grave y persistente, apreciado por el juzgador como falta o insuficiencia de autogobierno personal», *Ibidem*, p. 406.

«La nota a destacar de las causas actuales de incapacitación, el acento, deba de fijarse en la posibilidad de gobernarse a sí mismas y no en la propia enfermedad», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p.183.

«El acento se hace recaer no tanto en la enfermedad o deficiencia, cuanto en la posibilidad de ‘gobierno por sí misma’. Es decir, en la capacidad natural y en su manifestación al exterior», *Ibidem*, p. 175.

Con el término gobierno por sí mismo se remite al concepto de capacidad de obrar general, que nos introduce dentro de la capacidad necesaria para ejercer ‘por sí mismo’. Aparecen una vez más, los incapacitados, que son los que no pueden por sí mismos proveer a sus propios intereses: «Condizione per ridurre il soggetto in questo stato giuridico di incapacità di agire è che la sua incapacità naturale sia insita in uno stato di

coincidencia entre realidad jurídica y realidad natural es completa⁵⁶¹, y es posible porque la edad es una presunción jurídica que permite dicha adaptación de un modo técnico y viable en el tráfico jurídico. Es como si el legislador pusiera más atención a la hora de regular la incapacitación porque ahora ya no se puede acudir sin más a la patria potestad y a la tutela⁵⁶² para resolver la incapacidad natural, que han pasado de ser sistemas de sustitución a ser sistemas de protección del menor e incapaz en la medida en que carezcan de capacidad natural⁵⁶³.

Así pues, una vez que el Código civil establece técnicamente la capacidad natural (o autogobierno) por medio de la edad, en la incapacitación judicial se trata de destruir dicha presunción demostrando la falta de autogobierno⁵⁶⁴, que es la ausencia de la capacidad natural

mente affetto da infermità abituale che lo renda incapace di provvedere ai proprii interessi», ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 96.

⁵⁶¹ «Al ser un proceso relacionado con la capacidad de la persona, está regido ‘frente a lo que es la regla general en Derecho civil, por los principios de oficialidad e inquisitivo, y en donde, por el carácter indisponible de la materia, vinculada por muchos a los llamados estados civiles, no se busca la verdad formal sino la verdad material, lo que explica la ampliación de las funciones directivas del juez», LACRUZ BERDEJO, José Luis y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II*, p. 158.

⁵⁶² Esa sensación deja el texto de la STS 175 de 10 de marzo de 1960 que aborda ampliamente el tema de la capacidad: «Y como es muy variado el cuadro de las enfermedades que tales influencias provocan en el organismo y sus respectivas consecuencias en orden a la voluntad requerida en cada caso para la correspondiente reclamación jurídica, la Ley subviene a la necesidad supliendo la falta de capacidad con declaraciones previas o con instituciones supletorias, que permiten el desenvolvimiento jurídico de la vida de los respectivos enfermos mediante los actos que otra persona debe realizar por ellos o con garantías eficaces de que el acto se realizó por el inválido de enfermedad cuando éste no tenía impedido el libre funcionamiento de la voluntad».

⁵⁶³ «De ahí el cambio de presupuestos: la incapacitación tiene como única finalidad la de la protección de la persona, y se justifica y sustenta en la deficiencia o ausencia de la capacidad de discernimiento (entender y querer) como regla general», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p. 175.

⁵⁶⁴ En el proceso de discusión de la ley de 23 de octubre de 1983: «Lo importante era destacar que, apartándose del modelo presentado por el sistema anterior, la nota de la

que tendría el mayor de 18 años (o la edad que se establezca en las concretas materias).

En otro orden, existe una normativa importante que ha ayudado a esclarecer los principios de la capacidad de obrar. Se trata de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad y la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵⁶⁵. Según la Ley la discapacidad no es una enfermedad y, por lo tanto, no es la base para una incapacitación judicial, sino para una situación administrativa⁵⁶⁶; pero aún siendo distintos los niveles de

incapacitación radicaba no en una causa legal, sino en una presunción de incapacidad natural, y que —para ello— no era preciso tipificar las causas de incapacidad enumerándolas individualmente», *Ibidem*, p. 180. Y más adelante apunta lo siguiente: «Precisamente el que se exija persistencia de la enfermedad o deficiencia viene a ser un argumento más en pro de que la causa genérica que actúa en la incapacitación es la falta de capacidad natural: el que durante un período de tiempo, suficientemente prolongado, se prevea que la persona ‘no puede gobernarse por sí misma’ (no alcanza suficiencia de juicio) debido a la enfermedad», *Ibidem*, p. 187.

⁵⁶⁵ Hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificado mediante Instrucción de 23 de noviembre de 2007. Resolución 60/232 de la Asamblea General de la ONU; A/61/611, de 6 de diciembre de 2006.

La CIDPD aprobada por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 2006 fue ratificada por España el 21 de abril de 2008 y entró en vigor el 3 de mayo del mismo año.

Artículo 1 CDPD: «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

«De esta definición y en clara consonancia con el modelo social, podemos identificar que la discapacidad se compone básicamente de dos elementos: la deficiencia (física, intelectual, mental o sensorial) y las barreras sociales. Esto llevado al ámbito de presunción jurídica de falta de autonomía de la voluntad, se traduce en que existen personas con deficiencias intelectuales, mentales o sensoriales, que por motivo del modo en el cual está diseñada la sociedad, encuentran barreras para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones», BARRIFFI, Francisco José, *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la convención de la ONU*, p. 366.

⁵⁶⁶ «En todo caso, ha de señalarse que, en sentido técnico, la discapacidad es una situación administrativa y la incapacitación un estado civil, que deriva de la existencia

actuación, con la regulación de la discapacidad queda más iluminado el principio de la capacidad natural en el Ordenamiento.

La creciente relevancia jurídica de la capacidad natural se ha puesto de manifiesto igualmente en la Convención de la ONU citada que, si bien no modifica el sistema de capacidad del Código civil vigente⁵⁶⁷, sí

de una sentencia firme», FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad*, p. 55.

Recuérdese lo dicho sobre el modo de concebir la relación del estado civil y la capacidad de obrar: aquél, de conservarse, depende de ésta, no al revés.

Sea o no constitutiva del estado civil la sentencia de incapacitación, y una situación administrativa la de la persona con discapacidad, lo fundamental es que en ambos casos la capacidad natural es determinante de una y otra. Es una muestra más de la presencia de la capacidad natural dentro de la capacidad de obrar.

⁵⁶⁷ Artículo 12: «3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las materias relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de materia arbitraria».

La CDPD se refiere con terminología confusa para nosotros, a la capacidad de obrar, o dicho de otro modo, al ejercicio de la capacidad jurídica. Es indiscutible el reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos humanos en cada persona por el hecho de serlo, sin que sea posible discriminación alguna por motivos de discapacidad. A esto se refieren los números 1 y 2 del art. 12 respectivamente. El problema es al que se refieren los números siguientes del mismo artículo: que se den las condiciones precisas para un ejercicio efectivo de los derechos. El problema es por tanto la capacidad de obrar.

que ahonda en el postulado de reconocer y respetar toda la capacidad natural que tenga no sólo el discapacitado, sino también el judicialmente incapacitado, impidiendo que las barreras o limitaciones puedan justificar una limitación de la capacidad de obrar de una persona (esté o no incapacitado). Dicho de otro modo, la limitación de la capacidad de obrar sólo puede existir si, eliminadas las barreras existentes y establecidos los medios necesarios para favorecer el ejercicio de los derechos y deberes, aún así persiste la incapacidad⁵⁶⁸. De este manera, la sentencia de incapacitación, que deberá ajustarse a la capacidad natural, ha de tener en cuenta que previamente se han puesto todos los mecanismos necesarios para que la incapacidad natural no tenga otras raíces distintas que la sola enfermedad.

Por lo tanto, tanto la Ley como la Convención remarcan, a su modo, que sólo la enfermedad personal que afecte directamente al autogobierno (a la capacidad natural) puede justificar una limitación de la normal capacidad de obrar presumida por la edad legal. Siempre existe el principio establecido en el apartado anterior: el principio de la capacidad de obrar que toda persona tiene de acuerdo a su capacidad natural, articulado jurídicamente por medio de la edad. No es por lo tanto la

«Debemos reconocer que, según los términos y condiciones en los cuales la Asamblea General aprobó el texto final de la CDPD, queda bastante claro que la intención generalizada y consensuada de los Estados Partes fue la de incluir en el término capacidad jurídica, la capacidad de obrar», BARIFFI, Francisco José, *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la convención de la ONU*, p. 378.

⁵⁶⁸ Bariffi cita el siguiente texto de Palacios: «No serían las limitaciones individuales las raíces de la ‘discapacidad’, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Esto significa entender que, una cuestión es la diversidad funcional de la persona (esto es, una diferencia física, mental, sensorial o intelectual respecto de la media), y otra la desventaja que se presenta cuando dicha persona quiere interactuar en sociedad», PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ed. Cinca, Madrid, 2008, p. 304.

incapacitación un principio de incapacidad de obrar general⁵⁶⁹, porque incluso en el incapacitado sigue existiendo el principio superior de que toda persona es capaz de obrar siempre que tenga la capacidad natural, lo que obliga a la sentencia de incapacitación a ajustarse a la capacidad real y a que se revierta la situación ante un cambio en la capacidad natural.

Además, se admite la eficacia jurídica de los actos realizados por el incapacitado cuando tuviera capacidad natural, cuya prueba consistiría en la ausencia de perjuicio manifestada en la no impugnación del acto por quien era incapaz inicialmente⁵⁷⁰. Dicha validez emerge por el mismo juego de la presunción jurídica que unifica toda la normativa en materia de capacidad de obrar de la persona, permitiendo siempre el ajustamiento de la capacidad de obrar y la capacidad natural⁵⁷¹. La

⁵⁶⁹ Ya era así, pero esta perspectiva queda marcada con más claridad desde la regulación jurídica de la discapacidad y el modelo que implica. El llamado “modelo social de discapacidad”, que constituye no sólo un cambio de perspectiva, sino de legislación, hará partir del reconocimiento de la plena capacidad de obrar del discapacitado, debiendo removerse los obstáculos que impiden el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad. Así, el punto de partida es que la persona con discapacidad puede decidir por sí misma, eliminando para ello las barreras que lo impidan. Se trata de enriquecer el modelo tradicional basado en la sustitución, con el modelo social basado en el apoyo o asistencia. Este principio existe también en la incapacitación.

⁵⁷⁰ Esta afirmación requiere de un tratamiento más detenido que se hace en el capítulo tercero.

⁵⁷¹ «Tradicionalmente se ha entendido que la incapacitación, al menos la incapacitación total que supone el sometimiento a tutela, implica automáticamente, salvo previsión en contra de la sentencia, un *status* de incapacidad de obrar *ius fundamental*, esto es, una restricción general de la aptitud que se presupone a toda persona para poder ejercer libremente sus derechos fundamentales. Esta interpretación conduce a negar a la persona incapacitada la capacidad para actuar en el ámbito de sus derechos fundamentales. Frente a este planteamiento, algunos autores sostienen que la incapacitación no se proyecta directamente en el ejercicio de los derechos fundamentales. Desde este enfoque se afirma que dada la transcendencia de estos derechos, no se puede imposibilitar o limitar *a priori* su ejercicio a sujetos que estén, realmente, en condiciones adecuadas para realizarlo y se mantiene que esas condiciones tendrán que valorarse en cada caso. En este sentido, se defiende que para el válido ejercicio de tales derechos bastaría con que su titular posea lo que se

incapacitación es por lo tanto un régimen excepcional referido siempre

denomina ‘capacidad natural’. Esta se define como la capacidad de entendimiento y juicio suficientes para comprender, dada una determinada situación, el alcance y las consecuencias de la decisión a adoptar. De este modo, el incapacitado, con independencia de que esté sometido a tutela o a curatela, siempre que tenga suficiente capacidad natural, podrá ejercer sus derechos fundamentales. Así, se entiende, que ‘la incapacitación por sí misma no afecta a la posibilidad del individuo de ejercitar sus derechos de la personalidad, ni el juez puede prohibir al incapacitado el ejercicio de derechos fundamentales en la sentencia de incapacitación’», BARRANCO, María del Carmen, *Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las personas con discapacidad*, p. 61.

«Doctrina y jurisprudencia han admitido la aplicación analógica del art. 162 del Código civil, previsto para exceptuar de la representación legal que la patria potestad atribuye a los padres respecto de sus hijos menores, a los incapacitados judicialmente. Este precepto establece que *se exceptúan: «1º. Los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo»*. Pues bien, aun cuando resulta correcta la aplicación analógica de esta norma, creo que sería conveniente la formulación de un precepto de similar contenido al art. 162 del Código civil [la modificación de este precepto en 2015 elimina la referencia *de acuerdo con las Leyes*], en donde se estableciera con carácter general la capacidad de actuación de las personas con discapacidad en el ejercicio de los llamados derechos de la personalidad y en otros actos acordes a su capacidad natural», PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar*, en «Derecho privado y constitución», núm. 23, 2009, p. 364.

«Es más, creo que se hace necesario un precepto en el que se establezca que, siempre que la persona afectada tenga suficiente capacidad natural para entender y expresar sus deseos y opiniones y éstos no redunden objetivamente en su perjuicio, éstos deban ser respetados. *De lege ferenda*, esta norma debería incluir la necesidad de oír a la persona, siempre que ello sea posible, cuando se hayan de adoptar medidas de especial trascendencia en el ejercicio de sus derechos», *Ibidem*, p. 366.

Así, como ocurría en la edad, la hegemonía de la teoría de la capacidad de obrar en nuestro Derecho y por tanto de la capacidad natural, obliga a una mayor flexibilización en los mecanismos de protección y guarda: «Por otro lado, la entrada en vigor de la Convención quizá sea el momento adecuado para reflexionar sobre la necesidad de dotar a las instituciones de guarda de una mayor flexibilidad. Con el fin de potenciar la capacidad residual de las personas con discapacidad, y reconociendo que una correcta intervención para hacer llegar a quienes la sufren la información necesaria y adecuada para que puedan actuar de forma automática, puede potenciar su capacidad natural, debería establecerse algún mecanismo que ampliara en determinadas situaciones su capacidad de obrar, aun manteniendo vigente la institución de guarda establecida», *Ibidem*, p. 367.

al autogobierno (capacidad natural presumida en la edad legal), que nunca pierde su vigencia en la jurisdicción civil. La incapacitación dota de estabilidad al sistema jurídico, tiene protección registral⁵⁷² y así se mantiene la seguridad en el tráfico jurídico.

Se puede percibir cómo las leyes de reforma de la capacidad de obrar –las que afectan a la edad legal y a la incapacitación judicial–, van corrigiendo poco a poco el sistema de capacidad de obrar bajo los criterios del realismo jurídico. Éste comenzó incidiendo en el sujeto de derecho –es la persona real–, pasó a la capacidad jurídica –unidad y diversidad–, llevó a la irrelevancia a los estados civiles –son un sistema de protección especial– y, ahora, alcanza a la capacidad de obrar mediante el reconocimiento de la capacidad natural en el Ordenamiento. Las reformas no hacen sino facilitar el desenvolvimiento legal del citado principio. Las reformas de la capacidad de obrar no suponen un cambio drástico que parece enlazar con el sistema anterior al de la codificación. Los prejuicios positivistas frecuentes en los inicios de la codificación han decaído. Ahora, en mi opinión, las reformas estudiadas permiten que emerja “sin complejos” la vigencia de la capacidad natural en el Ordenamiento por medio de la edad como presunción legal, técnica capaz de aglutinar con unidad de criterio todos los elementos normativos y procesales de la capacidad de obrar en nuestro Derecho.

D. LA SISTEMÁTICA DE LA CAPACIDAD DE OBRAR

Hemos visto cómo el Código civil español, ya desde su redacción originaria, ha supuesto una profunda reforma en cuestiones relativas a la capacidad de obrar: desaparición de la distinción entre *sui iuris* y *alieni iuris*, la emancipación y la incapacitación exclusivamente referidas a la

⁵⁷² Recuérdese que el estado civil, de mantenerse, dependería de la capacidad de obrar, no al revés.

capacidad de obrar, el paso de un sistema de sustitución a un sistema de protección del menor e incapaz, etc. La reforma ha alcanzado al texto legal, a los principios inspiradores de las instituciones, a una clarificación de la naturaleza jurídica de la edad legal, a una profundización en el principio de la capacidad natural, pero no ha llegado a la sistemática, que todavía sigue siendo anacrónica en su estructura, en tanto que el orden del Libro I obedece no a la teoría general de la capacidad, sino a la teoría de los estados civiles.

Ciertamente fue un avance la estructuración de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar agrupadas por los comúnmente denominados ‘estados civiles’⁵⁷³, dando con ello un gran realismo jurídico a la normativa, que considera a los individuos en referencia a las relaciones humanas más importantes (interpretación italiana y española). Pero aún manteniendo esta estructuración, creo que es posible una coordinación con los principios del Código civil que constantemente se han reafirmado en sus reformas legales, coordinación que considero más oportuna toda vez que la capacidad de obrar no depende de los estados civiles.

¿Cómo coordinar la estructura actual con los principios de la capacidad de obrar? Tres pueden ser los criterios sistemáticos que a mi juicio darían claridad y responderían con más fidelidad al sentido de las instituciones en el Código civil: 1) Ir de la regla general a la excepción particular; 2) Ir de lo individual a lo social; 3) Ir de lo principal a lo instrumental. Es importante aclarar esta cuestión por la fuerza transversal de lo sistemático en el modo de comprender las instituciones en el Código civil, como dije al inicio de este capítulo, incluida la edad como eje de la capacidad de obrar.

⁵⁷³ Aunque con anterioridad haya dado un nuevo concepto de estado civil, sigo utilizando la terminología comúnmente aceptada de éste con el objeto de facilitar la redacción.

En un primer momento no parece coherente regular la incapacitación (falta de autogobierno) sin antes señalar la norma general de la capacidad de obrar por medio de la edad (presencia de autogobierno). Tampoco era adecuado señalar la capacidad de obrar matrimonial (el menor emancipado) sin haber regulado previamente la emancipación⁵⁷⁴. Del mismo modo, tampoco es de buena sistemática regular antes la emancipación (equiparado al mayor de edad) sin haber previsto primero la mayoría de edad⁵⁷⁵.

¿Cuál es la lógica de la actual sistematización? La norma cambió en el Código civil, pero la mentalidad lo hizo más tarde. Por inercia del Derecho histórico, la patria potestad y la tutela eran dos conjuntos jurídicos preferentes a la capacidad de obrar de las personas; éstas sólo podían ejercer los derechos y deberes pero dejando siempre a salvo los derechos de los titulares de la patria potestad y de la tutela. Al desaparecer la distinción entre *sui iuris* y *alieni iuris*, el mayor de edad ya no está sometido a estos regímenes de protección (la mayoría es causa de emancipación, vulgarmente hablando), por eso su regulación se desplaza al final, de forma totalmente autónoma.

Pero esos sistemas de protección, como todavía existen para el menor y el incapaz, siguen ocupando el antiguo protagonismo sistemático en la estructuración actual de la capacidad de obrar, a pesar de que hayan cambiado su sentido pasando a ser mecanismos de protección del menor y del incapaz. Ello hace que, sistemáticamente, la capacidad de obrar del menor sea configurada como excepción a la

⁵⁷⁴ Ha sido resuelto con la supresión de la emancipación por matrimonio por la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2 de julio de 2015.

⁵⁷⁵ El Título XI del Libro I se llama *De la mayor edad y de la emancipación* después de la Ley 11/1981, que cambió el orden anterior de la redacción originaria que se llamaba *De la emancipación y de la mayor edad*, pero el cambio sólo se quedó en el título y no en el articulado.

representación legal de los padres (art. 162)⁵⁷⁶, y que la incapacitación resulte estructurada como mecanismo de sujeción a la tutela en la redacción originaria (arts. 199 y 200). Por lo tanto, no se regulan de forma autónoma ni la capacidad de obrar del menor ni la incapacitación (redacción originaria), siendo como son dos elementos centrales del sistema normativo de capacidad. Las reformas no han llegado a la sistemática. Y, por último, en la lógica heredada por el Código civil, el matrimonio es regulado al principio porque cuando el menor lo contrae produce de derecho la emancipación y la extinción de la patria potestad⁵⁷⁷.

Un avance en este sentido viene por la Ley de 1983 que regula de forma autónoma la incapacitación en el Título IX del Código civil y la coloca antes de la tutela (Título X). Todavía no se ha llevado a cabo para el menor. ¿Por qué? En mi opinión, porque falta expresamente una norma legal de carácter general sobre la minoría de edad⁵⁷⁸, cosa que no ocurría con la incapacitación⁵⁷⁹ que, aunque mal situada en la redacción originaria, existía legalmente prevista.

Una buena propuesta sería, conforme a los criterios enunciados más arriba, establecer la capacidad de obrar de todas las personas (mayores,

⁵⁷⁶ El artículo 162 está en el capítulo II, llamado *De la representación de los hijos*. En la redacción originaria, la incapacitación se incluía dentro del Título IX llamado *De la tutela*.

⁵⁷⁷ Ya no existe la emancipación por matrimonio, suprimida por la Disposición Final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁵⁷⁸ Es una queja común en la doctrina: «Compartimos el juicio vertido por parte de la doctrina jurídica española, que califica de incompleta la regulación ofrecida por el Código civil en este sector del conocimiento, al considerar que de las tres posibles situaciones en las que puede hallarse por razón de su existencia, tan sólo dos de ellas he hallan estipuladas de forma expresa en nuestras disposiciones civiles: la mayoría de edad y la emancipación, sin que el estado anterior a ambas, la minoridad, tenga una regulación sistemática y completa», RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español*, p. 151.

⁵⁷⁹ Aunque un paso sería individualizar el artículo 162 en sentido positivo como se ha hecho con la incapacitación.

menores, incapaces) en base a la edad y a la incapacidad: primero lo principal, lo individual y lo general. Una vez establecida la estructura básica de la capacidad de obrar de forma positiva, vendrían todas aquellas instituciones que encuentran su razón de ser en la necesidad o no de asistencia o protección a la persona en su capacidad de obrar: segundo lo particular, lo social y lo instrumental. De este modo se reflejaría la preferencia legal de la capacidad de obrar de las personas sobre las instituciones que la acompañan.

Teniendo en cuenta que la nacionalidad y el domicilio localizan en el espacio la capacidad de obrar, parece lógico que ocupen junto al nacimiento y la extinción de la personalidad civil los primeros títulos y, junto a éstos, unir el Título de la ausencia. Aquí observaremos únicamente los restantes Títulos del Libro I, esto es, los más directamente relacionados con la capacidad de obrar y su evolución histórica en la sistemática del Código civil: cómo inició, lo que ha mejorado, y lo que faltaría por hacer en mi opinión para reflejar con más afinidad los principios que las normas contienen.

Redacción originaria

Título IV. Del matrimonio

Título V. De la paternidad y filiación

Título VI. De los alimentos entre parientes

Título VII. De la patria potestad

*Título VIII. De la ausencia*⁵⁸⁰

Título IX. De la tutela

Título X. Del Consejo de Familia

Título XI. De la emancipación y de la mayor edad

Título XII. Del Registro Civil

⁵⁸⁰ Se introduce para no romper la sucesión numérica de los Títulos, aunque no nos detengamos en él.

La emancipación y la mayoría de edad se llevan al final del Libro I, quizá por la novedad de su autonomía con respecto a la patria potestad⁵⁸¹. Esta opción aleja la previsión legal de la capacidad de obrar del sujeto de derecho (art. 29 Cc) y de la capacidad jurídica (derogado art. 32.2º). Y como apuntaba Scaevola: «no encontramos ningún fundamento jurídico para amalgamar los dos capítulos, fundiéndolos en el mismo título, cual si se tratase de estados jurídicos tan íntimamente ligados y dependientes que no se concibiére el uno sin la existencia primordial del otro»⁵⁸². Además, la incapacitación (en el Título de la tutela) se regula antes que la mayoría de edad: la falta de capacidad va antes que la capacidad misma.

Reforma por la Ley 13 de mayo de 1981

Título VII. De las relaciones paterno-filiales

Título XI. De la mayor edad y la emancipación

En la redacción originaria, el Título VII adopta la perspectiva de la superioridad paterna —primacía de la patria potestad sobre el menor—; ahora en cambio se menciona al padre y al hijo en un plano de igualdad. Respecto al Título XI, la reforma es parcial porque se cambia el orden del enunciado pero no se refleja en el articulado⁵⁸³. Es lógico que se

⁵⁸¹ «De ahí que los romanistas, por lo general, incluyan la emancipación en el Derecho de familia, al considerar que es un modo de extinción de la patria potestad, problema éste de gran importancia dada la distinción entre *sui iuris* y *alieni iuris*. En cambio, en los derechos civiles actuales es normal referirse también a la emancipación en la llamada *parte general*, ya que implica una alteración o modificación de la capacidad; es decir, suele entenderse que ha de estudiarse al examinar la persona física, su capacidad y las limitaciones de ésta», LETE DEL RÍO, José Manuel, *Título XI. De la mayor edad y de la emancipación*, p. 499.

⁵⁸² SCAEVOLA, Quinto Mucius, *Código civil comentado y concordado extensamente. Tomo V*, pp. 525-526.

⁵⁸³ «Inmediatamente se hace notar la falta de sistema, pues el artículo 314 parece dar a entender que la emancipación es el género y la mayor edad la especie, cuando no ofrece duda, a pesar de que su efecto extintivo sea el mismo, que son dos estados

regule en primer lugar la mayoría de edad, ya que la emancipación habilita al menor a «regir su persona y bienes como si fuera mayor» (art. 323 Cc).

Esta ley da un paso en materia de incapacitación al permitir la prórroga de la patria potestad de los hijos mayores de edad. En efecto, si la patria potestad es ahora un mecanismo de protección del menor, por tener una capacidad natural mermada debido a su corta edad, es lógico que si se mantiene la carencia de la capacidad natural, la patria potestad mantenga su protección pertinente.

Reforma por la Ley de 24 de octubre de 1983

Título IX. De la incapacitación

Título X. De la tutela, curatela y guarda de los menores e incapacitados

Suprime el Título X. Del Consejo de Familia

La sistemática ha mejorado de forma notable con respecto a la incapacitación, que es regulada en un capítulo específico y antes de la tutela, reflejando así sistemáticamente la prioridad jurídica de la capacidad de la persona incapaz sobre el mecanismo de ayuda y protección. Queda pendiente algo similar para el menor de edad. El resto sigue igual.

Reforma por la Ley de 21 de julio de 2015

Se suprime el Título XII. Del Registro civil

También considero positiva la supresión del Título XII por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil. Su colocación al final revelaba una sistemática basada en la teoría de los estados civiles,

distintos», LETE DEL RÍO, José Manuel, *Título XI. De la mayor edad y de la emancipación*, p. 500.

aunque su teoría hubiera sido abandonada. El envío de la regulación del Registro civil a una ley específica denota su carácter técnico-procedimental y su desvinculación en la determinación de la capacidad de obrar que lógicamente permanece en el Código.

Propuesta sistemática coherente con los principios de la capacidad de obrar estudiados:

Título A. De la capacidad de obrar de las personas

I. De la mayor edad y la emancipación

II. De la menor edad

III. De la incapacitación

Título B. Del matrimonio

Título C. De la paternidad y filiación

Título D. De los alimentos entre parientes

Título E. De las relaciones paterno-filiales

Título F. De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados

En esta sistemática de la capacidad de obrar seguimos el orden adoptado con anterioridad. En primer lugar lo principal (la capacidad en sentido positivo), lo individual (la capacidad en sentido individual), y lo general (la regla común de la edad aplicable a todos). Y luego lo particular (la incapacitación), lo social (matrimonio y familia), y lo instrumental (patria potestad y tutela). De este modo quedaría establecida, ya en la misma ordenación sistemática, por un lado que la incapacitación es una excepción particular a la regla general de la edad y, por otro lado, que la patria potestad y la tutela están supeditadas a la capacidad del menor e incapaz. Además se reflejaría la unidad del sistema de capacidad de obrar girando alrededor de la mayoría de edad.

E. LA CAPACIDAD DE OBRAR EN LA JURISPRUDENCIA

1. *La teoría de la capacidad de obrar*

La teoría de la capacidad de obrar es la herramienta doctrinal con la que los autores interpretan el régimen jurídico vigente de la capacidad en el Código civil. No es que sea una teoría extraña de puro origen doctrinal en la pandectística alemana, sino que más bien consiste en una sistematización teórica de los principios de capacidad del Derecho romano⁵⁸⁴, que ahora aparecen formulados con las aportaciones y correcciones derivadas de la teoría moderna del sujeto de derecho y de la capacidad jurídica y de obrar. También la jurisprudencia asume esta teoría como formando parte de las normas del Código civil que hemos examinado en este capítulo⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ «Los conceptos de capacidad jurídica y de capacidad de obrar, pertenecen a la dogmática jurídica moderna que, formulada, en buena medida, por la pandectística alemana del XIX, tiene su fundamento esencial en las fuentes romanas y en la tradición romanística», FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad*, p. 54.

⁵⁸⁵ STS 754 de 17 de diciembre de 1960: «Que el nacimiento es, por derecho natural, el que a la persona da el carácter de tal; se es persona por haber nacido y se legitima el nacimiento mediante la inscripción en el Registro, pero la inscripción no es lo fundamental, sino que lo fundamental es el nacimiento; que la personalidad es la manifestación de la persona en el derecho mismo, y el artículo 29 del Código así lo reconoce al decir que es el nacimiento (el hecho de «ser») el que determina la personalidad o sea la manifestación de la persona en la vida civil; que esta personalidad civil del nacido continúa hasta su muerte (artículo 32 del Código Civil), y durante su vida adquiere derechos y contrae obligaciones: que en nuestro ordenamiento jurídico el citado artículo 32, en su párrafo segundo, manifiesta que la menor edad, la demencia, la imbecilidad, la sordomudez y la interdicción civil, no son más que restricciones de la personalidad jurídica, lo que significa —en lógica interpretación— que no es que a las personas, por hallarse en tales situaciones, se les prive de los derechos de persona, sino que su capacidad de obrar se somete a otras normas o queda restringida, bien siendo necesario un complemento de capacidad (padres, tutor), o bien si la restricción es prohibitiva impidiendo el hacer (como el matrimonio para los que no alcancen la edad para contraerlo a la facultad de testar por no tener edad), pero subsistiendo la capacidad jurídica como remanente, toda vez que la capacidad jurídica, o capacidad para ser titular de un derecho, es inherente a la persona».

Corresponde ahora mostrar la continuidad que existe entre la doctrina civilista, el régimen legal de capacidad y la jurisprudencia que expondré a continuación. No se trata de reproducir la misma teoría ya vista y repetida ahora por los jueces, sino de completar el sistema jurídico de capacidad, que hasta que no llega al momento judicial no está acabado, tal y como exige la naturaleza de la edad como presunción legal.

Sintéticamente, y antes de observar el desenvolvimiento del sistema de capacidad en el ámbito procesal, menciono los principios de la teoría de la capacidad remarcados por la jurisprudencia también en este momento del Derecho y las especificaciones que introducen:

1) La capacidad de obrar forma parte de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, que reconoce el artículo 10 de la Constitución Española⁵⁸⁶, y ello condiciona los sistemas de protección de menores e incapaces⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ STS 322 de 5 de mayo de 2011: «La presunción de capacidad de toda persona, como ser humano con capacidad jurídica y, como tal presunción, capacidad de obrar, recoge la amplia aplicación jurisprudencial respecto a tal principio».

STS 646 de 30 junio 2004: «Al ser la capacidad de las personas un atributo de la personalidad (STS de 19 de mayo de 1998), trasunto del principio de dignidad de la persona (STS de 16 de septiembre de 1999), rige la presunción de legal de su existencia e integridad».

STC 174 de 9 de octubre 2002: «En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad».

STS 995 de 31 de diciembre de 1991: «Los procesos sobre incapacitación imponen un especial tratamiento y exigen una concentrada y directa atención de los juzgadores, ya que el objeto de los mismos no son las cosas ni las controversias derivadas de las relaciones jurídicas, sino la persona misma y mediante dichos trámites procesales se declara si se les reconoce o priva de la capacidad jurídica de obrar, que es aptitud innata para ser sujeto de derechos y obligaciones, determinada por el nacimiento (art. 29 del Código Civil) e inherente a la condición de ciudadanos que desarrollan su

2) La capacidad jurídica depende de la personalidad y, en cuanto aptitud básica, es igual para todos y nunca se pierde; mientras que la capacidad de obrar depende de las condiciones físicas y psíquicas suficientes para gobernarse por sí misma⁵⁸⁸.

actividad vital en una comunidad organizada, por ser consustancial a su dignidad y proyectar el ejercicio y libre desarrollo de cada personalidad, conforme al art. 10 de la Constitución».

STS 105 de 19 febrero 1996: «La capacidad de las personas físicas, es atributo de la personalidad». También SSTs 31 diciembre 1991, 20 mayo 1994, 31 octubre 1994, 19 febrero 1996, 19 de mayo 1998.

«La doctrina ha hecho hincapié en la necesidad de replantear la construcción teórica y tratamiento técnico de la capacidad jurídica y de obrar a la luz de los principios constitucionales», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 1398.

⁵⁸⁷ «No son éstas las únicas reglas constitucionales (art. 39 y 49) que aquí importan; hay algunas otras que también deber ser tomadas en consideración. De entre ellas, destaca el art. 10 CE, especialmente en cuanto garantiza el libre desarrollo de la personalidad (y entonces, en relación también con el art. 27.2 CE): este es, a mi entender, el otro principio, junto con el ya citado de protección, en torno al que debe girar la regulación civil de estas cuestiones. Ambos principios (el de protección y el desarrollo de la personalidad) se complementan y, a la vez, se limitan mutuamente, determinando el equilibrio que debe encontrar dicha regulación civil, de forma que no caiga en una protección tan exacerbada que ahogue las posibilidades de desarrollo de la personalidad (lo que es especialmente importante en el caso de los menores), ni dé a éste tanta amplitud que acabe por establecer un régimen de protección marcadamente insuficiente», *Ibidem*, p. 1396.

⁵⁸⁸ STS 553 de 14 de octubre de 2015: «La STS de 29 de septiembre de 2009, de Pleno, que reitera la de 11 de septiembre de 2012, en materia de incapacidad y en la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención, declara lo siguiente: la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio».

SAP VI 436 de 18 de diciembre de 2013: «Según resulta del art. 29 del Código Civil, el nacimiento determina la personalidad, lo que dota a toda persona de capacidad jurídica como cualidad innata para ser sujeto de derechos y obligaciones. Sin embargo la capacidad de obrar para ejercer por sí mismo esos derechos y obligaciones sólo se reconoce en quien reúne las condiciones físicas y psíquicas suficientes para gobernarse por sí mismo, art. 200 del Código Civil (...), bien entendido que la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya esa presunción por prueba concluyente en contrario (STS de 10 de febrero de 1986; STS de 19 de febrero de 1996)».

SAP IB 379 de 7 de octubre de 2014: «Si bien el artículo 29 de nuestro Código Civil establece que el nacimiento de una persona determina su personalidad y le dota de

3) La capacidad de obrar no depende del estado civil sino de la capacidad natural⁵⁸⁹. En todo momento las sentencias del Tribunal Supremo mantienen la autonomía de la capacidad de obrar legal frente al estado civil.

4) La capacidad natural comprende el ejercicio tanto en la esfera personal como en la patrimonial⁵⁹⁰.

capacidad jurídica, esto es, de aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, aptitud ésta que ostenta toda persona por el hecho de existir; sin embargo, para el ejercicio de tales derechos o para cumplir tales obligaciones el ordenamiento jurídico exige que la persona tenga también capacidad de obrar, esto es, la idoneidad para gobernar las relaciones jurídicas pertenecientes a la persona por sí misma, la cual corresponde, de conformidad con lo establecido en el art. 322 del Código Civil, a toda persona mayor de edad».

STS 282 de 29 de abril de 2009: «La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal, tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección».

⁵⁸⁹ STS 1101 de 19 de noviembre 2004: «Como se ha dicho, la causa de nulidad no es el estado civil de la vendedora, sino la demostración de una falta de entendimiento y voluntad que son precisos para consentir, destruida con prueba bastante la presunción *iuris tantum* de la capacidad de obrar de que se trata».

⁵⁹⁰ STS 5182 de 14 julio 2004: «El autogobierno se concibe como la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no sólo los materiales, sino también los morales y, por ende, la guarda de la propia persona, o, como dice un autor, el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad como en el plano económico o patrimonial. Desde el punto de vista médico se dice que el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades, la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa e interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural) y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado». También STS 861 de 16 de septiembre de 1998.

5) En tanto que la capacidad de obrar hunde sus raíces en la personalidad (art. 10 CE)⁵⁹¹, las limitaciones se harán siempre de forma restrictiva, es decir, nunca se irá más allá de la efectiva falta de capacidad natural⁵⁹².

6) La ‘vigencia’ de la capacidad natural como elemento de la capacidad de obrar legal⁵⁹³.

7) En el momento procesal se busca que la capacidad de obrar y la capacidad natural coincidan⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ SSTC 7 de 9 de octubre de 2011 y 174 de 9 de octubre de 2002: dice el Tribunal Constitucional que toda limitación o restricción de la capacidad jurídica de una persona, que es lo que está en juego en el proceso de incapacitación, afectan a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

SAP SA 334 de 25 de julio de 2016: «La presunción de capacidad para otorgar un acto o negocio jurídico, –derivada del principio del *favor negotii*–, equivale, ex arts. 29 y 30, 322, 774 y 775, 1261 y concordantes, todos ellos del CC, al reconocimiento de la capacidad o aptitud natural de toda persona para realizar válidamente actos y negocios jurídicos por el hecho del nacimiento y en determinados casos de ser mayor de edad, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este código, como en los casos del testamento o la adopción. De suerte que, según jurisprudencia reiterada, se presume, salvo prueba en contrario, que tal capacidad existe y asiste a todo otorgante. Por lo que cabe ser destruida, pero ha de serlo únicamente por medio de prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario (Ss. de 12-5-1962, 13-10-1990, 30-11-1991, 10-2 y 8-6-1994); prueba que es de cargo, en cuanto excepción, de la parte que sostiene la incapacitación mental del otorgante en el momento de la manifestación de su voluntad (Ss. de 10-4-1987 y 26-9-1988)».

⁵⁹² STS 485 de 26 julio 2010: hace referencia al carácter restrictivo de las limitaciones en el ejercicio de la capacidad de obrar. SSTS 31 de diciembre 1991, 31 octubre 1994, 16 septiembre 1999, 2 de marzo 2011: necesidad de la prueba que exigía el artículo 208 Cc y el carácter restrictivo para apreciarla.

⁵⁹³ STS 848 de 19 septiembre 1998: «Capacidad legal necesaria, en la que va implícita la capacidad natural»; «capacidad natural media».

STS 49 de 12 de febrero de 2013: «La voluntad se presume libre, consciente y espontáneamente manifestada, representando una presunción *iuris tantum* de la validez del contrato, que únicamente puede destruirse mediante la correspondiente prueba, cuya carga incumbe a quien sostiene lo contrario».

⁵⁹⁴ SSTS de 10 de febrero de 1986, 31 de diciembre de 1991 y 26 de julio de 1999: «El carácter persistente de la enfermedad por sí solo no es suficiente para la incapacitación, requiriéndose también como consecuencia de la misma, que el sujeto

2. La edad legal como presunción jurídica de capacidad

Hasta ahora hemos visto la asunción por parte de la jurisprudencia de la teoría de la capacidad de obrar para interpretar las normas correspondientes en el Ordenamiento civil. A partir de aquí expondremos la articulación técnico-jurídica de los distintos elementos de la capacidad de obrar por parte de la jurisprudencia en la aplicación del sistema normativo, cuyo centro o eje es el artículo 322 del Código civil donde la mayoría de edad actúa como presunción jurídica de capacidad, y sin que ello suponga una negación de la capacidad al menor de edad, sino sólo un desplazamiento de la carga de la prueba. Lo mismo ocurrirá con los actos realizados por el mayor de edad, que podrán ser declarados nulos si se demuestra la falta de capacidad natural.

Se puede observar una cierta evolución en la jurisprudencia. Los jueces han reconocido siempre la existencia del principio de la presunción jurídica de capacidad en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia precedente; al principio de modo implícito en nuestro

sea incapaz de gobernarse a sí mismo, haciendo coincidir la incapacidad natural con la incapacidad jurídica».

STS 456 de 12 de junio de 1989: «El proceso sobre incapacitación presenta unos caracteres especiales que lo distancian notablemente de los demás procesos civiles, pues aparte de repudiar en gran medida el principio dispositivo, rehuye la verdad formal para desplazarse al de verdad material».

SAP V 621 de 26 de septiembre de 2013: «Debe recordarse la doctrina del Tribunal Supremo en lo referente a los principios que han de inspirar la declaración de incapacitación. Así, en la STS de 16 de septiembre de 1999 se dice ‘implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse (así sentencias de 31 de diciembre de 1991 y 31 de octubre de 1994 y 16 de septiembre de 1998) respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección al presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial; ésta siempre se deberá apoyar en la realidad fáctica de la persona del presunto incapaz, comprobada por la prueba que exige el art. 208 del Cc y toda aquella que sea precisa y siguiendo siempre un criterio restrictivo’; la situación, pues, de inidoneidad natural para regir su persona y administrar y disponer de sus bienes, debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada, aplicando el artículo 210 en el sentido de fijar adecuadamente la extensión y límites de la incapacitación».

Derecho, sin hacer referencia a ninguna norma del Código civil⁵⁹⁵; mientras que en una etapa posterior empiezan a aparecer algunas

⁵⁹⁵ STS 145 de 20 de febrero de 1989: «Quinto: El valor sustantivo de la norma contenida en el artículo 208 del Código Civil no ofrece la menor duda, como tampoco su alcance constitucional, en cuanto, sobre la base doctrinal y jurisprudencial de presunción de capacidad, afecta al derecho fundamental al desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución española), y en cuanto la presencia ante el Tribunal del demandado de incapacitación constituye no solamente un valioso dato probatorio, sino una garantía, en prevención de abusos y maquinaciones, por una parte, y por otra, de una meditada decisión constitutiva de una situación en una materia no absolutamente perteneciente a la medicina o a la psiquiatría, sino que, científicamente, es un problema multidisciplinario y humanamente inserto en criterios sociales carentes de rigurosa fijación. Por ello se busca que el Juez o Tribunal no describan hechos, como en las pruebas de reconocimiento judicial o inspección ocular, sino que emitan una opinión con el valor que la opinión del juzgador tiene en aquellos conceptos a los que las normas jurídicas se refieren, pero se abstienen prudentemente de definir».

STS 227 de 18 de marzo de 1988: «Que constituye un principio general e indiscutido de derecho, consagrado por el Código Civil y confirmado por la doctrina de esta Sala, el de que la capacidad de las personas se presume siempre mientras que su incapacidad ha de ser acreditada de modo evidente y completo».

STS 213 de 20 de marzo de 1991: «La jurisprudencia establecedora de que la capacidad mental se presume siempre, mientras por prueba concluyente no se demuestre lo contrario; (...) afectando la presunción de capacidad a un fundamental derecho de la personalidad y su libre desarrollo, a la facultad de hacer cada cual lo que le place, a la situación de poder concreto atribuida a un miembro activo de la comunidad y protegido por los principios éticos latentes en la norma suprema (art. 10 y concordantes de la Constitución), es obvio que la materia objeto de debate afecta al orden público».

STS 403 de 26 de abril de 1995: «Según constante doctrina jurisprudencial –así sentencias de 26 de septiembre de 1988, 13 de octubre de 1990 y 10 de febrero de 1994–, toda persona debe suponerse en su cabal juicio como atributo normal de su ser».

STS 461 de 19 de mayo de 1998: «La capacidad de las personas físicas, es atributo de la personalidad, no obstante cabe su restricción y control, por disposición expresa de la ley, en supuestos como el que se estudia, mediante las que han sido llamadas circunstancias modificativas de la capacidad, al presumirse siempre la capacidad mental, mientras no quede demostrado lo contrario, pues los medios procesales legales arbitrados, observancia de las garantías constitucionales, y con base a pruebas concluyentes y rotundas en contrario, que conforman probanzas directas, dada la transcendencia de la resolución en cuanto priva a una persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial (STS de 19 de febrero de 1996)».

STS 520 de 9 de junio de 1997: «El valor sustantivo de la norma contenida en el artículo 208 del Código civil, no ofrece la menor duda, como tampoco su alcance

sentencias que lo sitúan ya explícitamente recogido en el artículo 322 del Código civil.

No existe un cambio de sistema normativo —como sostiene parte de la doctrina— después de las reformas introducidas por las Leyes de 1981 y 1983; de hecho, la jurisprudencia siempre ha considerado vigente la presunción legal de capacidad en nuestro Ordenamiento⁵⁹⁶. Ya vimos en

constitucional, en cuanto, sobre la base doctrinal y jurisprudencial de presunción de capacidad, afecta al derecho fundamental al desarrollo de la personalidad (artículo 10 Constitución Española)». Esta sentencia es citada por la de 15 de octubre de 2001, la primera de las que he visto en que se cita expresamente el artículo 322 como regla de presunción legal de capacidad. Existen otras anteriores donde se menciona la mayoría de edad sin referencia al artículo (véase final de esta nota).

STS 436 de 12 de mayo de 1998: «La sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sent. 1-II-1956), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (Sent. 25-IV-1959)».

STS 268 de 25 abril de 1959: «Mientras no se demuestre en forma inequívoca que en dicho momento tenía enervadas sus potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera y clara elección, dentro de un horizonte mental corriente, dato que ante todo deben indagar el Notario autorizante y los testigos instrumentales cuyas afirmaciones sobre el particular llevan consigo la presunción de la integridad mental a la apreciada inicialmente, destruible, no obstante, en proceso, no por hallarse amparadas por la fe pública, sino porque, además toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser; doctrina elevada a rango legislativo por el artículo 666 del Código Civil, confirmada por jurisprudencia de este alto Tribunal (Sentencias de 23 de marzo de 1944 y 16 de febrero de 1945, entre otras)».

STS 2240 (en este caso núm. recurso) de 30 de diciembre de 1995: «En el mismo está en juego nada menos que la pretendida negación a un ciudadano o ciudadana mayor de edad de su capacidad para regir su persona y administrar sus bienes del modo que tenga por conveniente (capacidad jurídica)». Esta es la primera sentencia que he encontrado donde se menciona la edad de la mayoría de edad (sin refencia al artículo 322) donde todas las demás hablaban de la presunción general de capacidad de toda persona.

⁵⁹⁶ STS 17 de 19 de enero de 1960: «La capacidad o la incapacidad tienen un presupuesto de hecho entregado a la apreciación del Tribunal *a quo* sobre la base de los elementos probatorios; no se olvide que la capacidad se presume, mientras la incapacidad ha de probarse».

STS 754 de 17 de diciembre de 1960: «Su capacidad era plena, como sujeto activo de derecho con arreglo a los artículos 29, párrafo primero, del 32 y 320 del Código sin hallarse limitada por el párrafo segundo del dicho artículo 32, presunción de capacidad de obrar que debe subsistir según los anteriores preceptos y la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1903, 20 de mayo de 1911, 30 de

su momento que esas reformas no suponen un cambio de técnica (siempre es la presunción legal de capacidad), sino una modificación en la carga de la prueba desplazándola hacia un lado o hacia otro. Aunque es cierto que la mención al estado civil como encuadre de la capacidad de obrar de una persona es más frecuente al principio⁵⁹⁷, por influencia de la doctrina de Federico de Castro, no se encuentran las frases tan tajantes ni sobre la dependencia de la capacidad del estado civil, ni sobre la marginalidad de la capacidad natural, que siempre es reconocida como el fundamento mediato e inmediato de la capacidad de obrar legal. Es una simple mención, nunca una asunción de la teoría que conlleva. Hoy ya prácticamente ni siquiera es atribuida a la edad la categoría de estado civil en los fundamentos de derecho de las sentencias.

Por lo tanto, si bien siempre se ha considerado ‘vigente’ la presunción general de capacidad de toda persona, su reconocimiento conoce varios soportes progresivos y cumulativos en el Ordenamiento:

abril de 1920, 20 de marzo de 1932 que declaran ‘que es principio general en todas las legislaciones, constantemente confirmado y reconocido por doctrina reiterada de este Tribunal, de que a toda persona ha de reputársele en perfecta lucidez mental y con el pleno goce de sus derechos civiles mientras no fuere judicialmente declarada incapaz o se compruebe de modo evidente la perturbación de sus facultades’».

STS 227 de 18 de marzo de 1988: «Que constituye un principio general e indiscutido de derecho, consagrado por el Código Civil y confirmado por la doctrina de esta Sala, el de que la capacidad de las personas se presume siempre mientras que su incapacidad ha de ser acreditada de modo evidente y completo».

⁵⁹⁷ STS 754 de 17 de diciembre de 1960: «Lo que se restringe es la capacidad de obrar (art. 32.2º), o sea lo referente a la eficacia de los actos que la persona realice, dependiendo tal eficacia de un estado civil (como el de mujer casada) o de otra situación en que el interesado se encuentre (como minoría de edad) o que se declare en forma judicial como la incapacitación por enfermedad u otra causa; pero cuando (como ocurrió con don Luis) suscribió éste las aceptaciones de las letras de que en este pleito se trata, siendo mayor de edad y sin constar en sitio alguno su incapacitación, tales aceptaciones son válidas y eficaces, ya que el artículo 320 del Código Civil, dice que el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil salvo las excepciones establecidas en casos especiales en el Código; (...) ha de presumirse la capacidad, a menos que a quien afirma eso constase el estado de incapacidad (Sentencia de 30 de marzo de 1935)».

1) un soporte doctrinal y jurisprudencial⁵⁹⁸; 2) un soporte constitucional⁵⁹⁹: el artículo 10 de la Constitución Española como parte del libre desarrollo de la personalidad; 3) un soporte legal como excepción, en el artículo 200 del Código civil, donde se menciona el autogobierno; 4) y, finalmente, otro soporte legal actuando como eje de todo el sistema normativo en el artículo 322 del Código civil. Hay un constante reconocimiento del «autogobierno» o capacidad natural que se considera previsto en las normas citadas.

A continuación, repasaremos estos cuatro estadios, siguiendo, no el orden histórico en que han sido tenidos en cuenta por los jueces, sino el orden sistemático que he seguido hasta el momento en el que la edad legal es el centro y eje de la capacidad de obrar:

1) Artículo 322 del Código civil: presunción legal de capacidad del mayor de edad, quien por lo tanto no necesita demostrar su existencia⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ STS 104 de 19 febrero de 1996: «Siempre hay que presumir la capacidad mental mientras no se demuestre lo contrario».

Más jurisprudencia sobre la presunción general de capacidad: 1 de febrero de 1956, 23 nov 1981, 7 oct 1982, 4 de abril 1984, 1 febrero 1986, 10 febrero 1986, 26 septiembre 1988, 20 febrero 1989, 19 abril 1990, 28 junio 1990, 20 marzo 1991, 31 diciembre 1991, 30 mayo 2001, 9 octubre 2003, 19 noviembre 2004, 10 noviembre 2005, 21 noviembre 2005, 14 febrero 2006.

⁵⁹⁹ «El principio o presunción de capacidad general de quienes no han sido incapacitados tiene, a partir de 1978, un refrendo constitucional tal como reconoce constante jurisprudencia. Lo que no impide que probándose que el no incapacitado no está habitualmente en su cabal juicio, se facilite la prueba de que carecía de capacidad natural en el otorgamiento de determinado acto. Lo que tampoco excluye que, como tal principio general, tenga sus propias excepciones, como la que representa para el matrimonio el art. 56 Cc: *Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento*», PIAZUELO, Isaac, *La capacidad para realizar actos con eficacia jurídica, en la jurisprudencia*, p. 150.

⁶⁰⁰ STS 553 de 14 de octubre de 2015: «El artículo 322 Cc establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 19 de mayo de

1998, 26 de julio 1999, 20 de noviembre 2002, 14 julio 2004; como afirma la sentencia de 28 de julio de 1998, (...) para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (...), lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma».

STS 235 de 29 de abril de 2015: «El Código Civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (artículo 322 Cc), de forma que sólo por la sentencia judicial que contenga la declaración de incapacitación se entenderá constituido este estado (artículos 199 Cc y 756 a 762 Lec)».

STS 617 de 11 de octubre de 2012: «Es evidente que el art. 322 establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media». También SSTs 19 mayo 1998, 26 julio 1999, 20 noviembre 2002, 14 julio 2004. Igualmente sobre la presunción general de capacidad: SSTs 16 septiembre 1999; 28 junio 1990 (cumplida demostración de la deficiencia y su alcance); STS de 26 julio 1999 sobre adecuación de la restricción y control.

STS 322 de 5 de mayo de 2011: «Presunción de capacidad de obrar plena y sólo si se elimina por sentencia en la incapacitación o se prueba la falta de capacidad mental, se invalida el acto jurídico que pueda haber realizado y las sentencias de instancia de un modo rotundo han declarado no probada tal falta de capacidad».

STS 282 de 29 de abril de 2009: «Es evidente que el art. 322 Cc establece una presunción de capacidad que se reconoce a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 19 de mayo 1998, 26 de julio 1999, 20 noviembre 2002, 14 julio 2004; como afirma la sentencia de 28 de julio 1998 ‘para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (...) lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma’».

STS 6888 de 10 de noviembre de 2005: «En el caso examinado la inversión de la carga de la prueba que en definitiva se propone supondría, además, obligar a la parte demandada a demostrar la capacidad del vendedor, cosa que equivaldría a establecer una presunción de incapacidad de éste fundada en la existencia de indicios acerca de su concurrencia. De este modo tropezaría de manera flagrante con el mandato contenido el artículo 199 del Código civil, con arreglo al cual nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley. Según reiterada jurisprudencia, de conformidad con la regla general del art. 322 del Código

civil, la incapacidad no puede ser presumida, como exigen los principios constitucionales de libertad personal y libre desarrollo de la personalidad, sino que la capacidad de la persona se presume siempre, mientras su incapacidad, como excepción, no sea probada de modo evidente y completo (sentencias de 10 de abril de 1987, 18 de marzo de 1988, 19 de febrero de 1996 y 19 de noviembre de 2004). Como dice la sentencia de 28 de junio de 1990, ‘la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa –sentencias de esta Sala de 10 de febrero de 1986, 10 de abril de 1987, 26 de septiembre de 1988, 20 de febrero de 1989, entre otras–, por lo que no es posible que la referida presunción legal y jurisprudencial pueda ser destruida mediante otra presunción de las llamadas de hombre (*presumptio hominis* o *presumptio facti*), contempladas en el artículo 1253 del Código Civil, como aquí pretende la recurrente’».

STS 716 de 7 de julio 2004: «Presunción legal de capacidad de obrar que a todas las personas mayores de edad reconoce el art. 322 del Cc, afectaba al derecho fundamental al desarrollo de la personalidad, proclamado por el art. 10 CE (16 de marzo y 15 de octubre de 2001 y 14 de octubre de 2002)».

STS 926 de 15 de octubre de 2001: «Al referirse a litigios en que se impugnaba la presunción legal de capacidad de obrar que a todas las personas mayores de edad reconoce el artículo 322 del Código Civil, afectaba al derecho fundamental al desarrollo de la personalidad, proclamado por el artículo 10 de la Constitución española».

STS 227 de 18 de marzo de 1988: «Que constituye un principio general e indiscutido de derecho, consagrado por el Código Civil y confirmado por la doctrina de esta Sala, el de que la capacidad de las personas se presume siempre mientras que su incapacidad ha de ser acreditada de modo evidente y completo».

SSTS de 19 de mayo de 1998, 26 julio de 1999, 20 de noviembre de 2002: «La presunción normal es que toda persona mayor de edad goza de la plena capacidad de obrar, mientras no se demuestre que está privada de razón o de sentido».

A continuación cito también este claro texto de la SAP C 168 de 6 de mayo de 2016 en el que se cita más jurisprudencia del TS: «La jurisprudencia ha seguido también la regla general de la presunción de capacidad en tanto no se decrete la incapacitación, considerando que la sentencia de incapacitación es constitutiva y de eficacia no retroactiva (SSTS 19 febrero 1996, 27 enero y 19 mayo 1998, 11 junio 2001 y 11 junio 2004), y que la capacidad mental en la persona mayor de edad se presume siempre, de conformidad con el art. 322 del Cc, mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriendo la declaración de incapacidad una cumplida demostración mediante la adecuada prueba directa, dada la trascendencia de la resolución que priva a una persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial, por lo que ha de seguirse siempre un criterio restrictivo (SSTS 10 febrero 1986, 26 septiembre 1988, 28 junio 1990, 20 marzo 1991, 7 mayo 1993, 19 mayo 1998, 16 septiembre 1999, 30 junio 2004, 29 abril 2009, 11 octubre 2012, 24 junio 2013 y 1 julio 2014). (...). Por ello y de acuerdo con el mencionado informe, debemos concluir que la presunta incapaz tiene preservadas sus habilidades funcionales y su

Además será el punto de referencia para delimitar la capacidad media, normal, suficiente, del hombre medio, corriente, etc⁶⁰¹.

capacidad volitiva e intelectual, estando orientada espacio-temporalmente, sin que se evidencien alteraciones y trastornos cognitivos o de memoria, de modo que sus limitaciones son las que en general podría tener cualquier persona en sus mismas circunstancias de edad, con semejantes padecimientos físicos y grado de analfabetismo, como ha corroborado el médico forense en el acto de la vista. En definitiva, ha de presumirse la capacidad de juicio de la demandada para tomar libremente decisiones en defensa de sus intereses económicos y patrimoniales, esto es, para gobernarse por sí misma y administrar sus bienes, al margen de que, por sus limitaciones formativas y físicas, unidas al deterioro propio de la edad, necesite de la ayuda de otras personas para sus actividades habituales».

⁶⁰¹ STS 995 de 31 diciembre de 1991: «Si bien no le impide gobernarse por sí misma y administrar sus bienes, sí son acreditativos de que le afectan disfunciones y estados de anormalidad atenuados, ya que la coincidencia de las diversas pruebas es unánime en acreditar la afección de trastorno mental medio, que sufre la recurrente, con incidencia suficiente para que sus comportamientos no encajen en las pautas de la normalidad corriente, tanto en su escasa vida laboral, como en la social de relación, en la familiar y en las más sensibles de cuidado y atención a sus dos hijas».

SAP CC 739 de 23 de octubre de 2013: «El autogobierno, como señala la doctrina más certera, implica una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en la esfera patrimonial. La actuación del Juez debe entonces centrarse, en determinar si la enfermedad o deficiencia efectivamente incide en la conducta del presunto incapaz y si tiene entidad suficiente para impedirle respecto de su persona y bienes comportarse normalmente».

SAP SO 101 de 10 de septiembre de 2012: «La imposibilidad de autogobierno es la condición *sine qua non* para la incapacitación (...); y que la incidencia sea de entidad suficiente para impedirle un comportamiento normal respecto a su persona y bienes o alguno de ambos extremos».

SAP CS 119 de 5 de marzo de 2007: «La imposibilidad de autogobierno de la persona que la padece, lo que viene a constituir el presupuesto *sine qua non* para la incapacitación de dicha persona, debiendo referirse a la capacidad general del sujeto ante la vida social y no a su ineptitud ante una determinada relación o situación en que se encuentre, implicando, pues, el auto-gobierno, una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en la esfera patrimonial, y la valoración judicial de las repercusiones de una enfermedad o deficiencia persistente sobre esa capacidad de reflexión, entendida en el sentido de consciencia suficiente de la propia actuación general constituye la médula del sistema de incapacitación de la persona en nuestro Derecho».

SAP B 574 de 14 de julio de 2016: «La presunción general de capacidad de autogobierno de toda persona que alcanza la mayoría de edad no ha sido desvirtuada en este procedimiento por lo que no pueden excluirse sus efectos al no concurrir las causas previstas en la ley».

2) Pervivencia y ‘no nulidad absoluta’ de los actos llevados a cabo por el menor de edad si resulta que tenía capacidad natural, tal y como demostraría la ausencia de lesión, manifestada en el no ejercicio de la acción de nulidad⁶⁰².

3) Nulidad de los actos llevados a cabo por el mayor de edad si se prueba que carecía de capacidad natural⁶⁰³.

⁶⁰² Esta cuestión la trataré mas específicamente en el capítulo tercero.

⁶⁰³ STS 322 de 5 de mayo de 2011: «La presunción de capacidad de toda persona, como ser humano con capacidad jurídica y, como tal presunción de capacidad de obrar, recoge la amplia aplicación jurisprudencial respecto a tal principio. (...). Presunción de capacidad de obrar plena y sólo si se elimina por sentencia en la incapacitación o se prueba la falta de capacidad mental, se invalida el acto jurídico que pueda haber realizado y las sentencias de instancia de un modo rotundo han declarado no probada tal falta de capacidad».

STS 1101 de 19 de noviembre 2004: «Sin embargo, el que una persona no haya sido incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso. En particular, no cabe considerar existente una declaración de voluntad contractual (de cuya coincidencia plena con la de la otra parte sobre cosa y precio nace el contrato de compraventa: artículos 1.258, 1.262 y 1.450 del Código Civil), cuando falte en el declarante la razón natural, ya que dicha carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración (la Sentencia de 4 de abril de 1.984 precisa que la incapacitación mental determina que el negocio sea radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial y que esa inexistencia es perpetua e insubsanable). Claro está, que al presumirse la capacidad del no incapacitado, la falta de capacidad natural debe probarse cumplidamente. En ese sentido la jurisprudencia (Sentencias de 17 de diciembre de 1.960, 28 de junio de 1.974, 23 de noviembre de 1.981) ha destacado de modo reiterado la validez de los actos ejecutados por el incapaz antes de que su incapacitación sea judicialmente declarada (o aunque no lo sea nunca), a menos que, concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate. También ha precisado que la capacidad de la persona se presume siempre, mientras que su incapacitación, como excepción, no sea probada de modo evidente y completo (Sentencias de 7 de febrero de 1.967 y 10 de abril de 1.987)».

STS 427 12 febrero 2013: «Esta Sala tiene declarado que la voluntad se presume libre, consciente y espontáneamente manifestada, representando una presunción *iuris tantum* de la validez del contrato, que únicamente puede destruirse mediante la correspondiente prueba, cuya carga incumbe a quien sostiene lo contrario (SSTS 4 diciembre 1990, 13 diciembre 1992, 30 mayo 1995 y 25 noviembre 2000)».

STS 836 10 noviembre 2005: «En cuanto al consentimiento, parece fundarse en que sólo los actos del incapaz posteriores a la declaración judicial de incapacitación pueden

4) Hay muchas sentencias que se refieren a la presunción de capacidad del testador, presunción que tiene su origen en la edad legal, no en la actuación notarial. Lo que ésta aporta es la condición de

resultar viciados y tal doctrina no puede compartirse. El fundamento de la falta de capacidad de los locos solamente es natural. El artículo 1263 y 1264 CC hace abstracción de que el sujeto esté o no incapacitado. La doctrina del Tribunal Supremo conecta con las circunstancias en cada caso la apreciación de la incapacidad natural (sentencias de 21 abril 1911, 27 marzo 1983, 1 febrero 1986, 18 marzo 1988, etc). El precepto que suele aplicarse es tanto el 1263.1 como el 1261.1°. Cita la sentencia de 1 de febrero de 1986 que aplica el artículo 1263.2° en un caso de incapacidad no declarada en el momento de la realización del contrato, aunque sí con perpetuidad, como aquí en este caso sucede. Se admite pues la incapacidad natural aunque no exista declaración judicial».

STS 145 de 14 febrero 2006: «Lo que ha venido a establecer al respecto la jurisprudencia de esta Sala es que, tratándose de persona no declarada incapaz por virtud de sentencia dictada en el proceso especial previsto para ello, se presume su capacidad y quien la niega ha de acreditar cumplidamente su ausencia en el momento de prestar el consentimiento que, por ello, habría sido una simple apariencia. Así, además de las que se citan en el recurso, la sentencia de 24 de septiembre de 1997 afirma que ‘en cuestiones de capacidad de una persona, todas las dudas han de solucionarse a favor de la capacidad’, y las SSTS de 18 mayo 1998 y 29 marzo 2004, éstas referidas a la validez de disposiciones testamentarias, sientan la presunción *iuris tantum* de capacidad del otorgante cuya incapacidad no haya sido previamente declarada –presunción que queda reforzada además por la intervención notarial– pero admiten la posibilidad de que se pueda efectuar prueba en contrario que demuestre la situación de incapacidad real del otorgante, si bien dicha prueba ha de exigirse con especial rigurosidad».

STS 642 de 22 junio de 1992: «Presunción de capacidad que para toda persona rige en nuestro Derecho».

STS 104 de 19 febrero 1996: «La capacidad de las personas físicas, es atributo de la personalidad, no obstante cabe su restricción y control, por disposición expresa de la ley, en supuestos como el que se estudia, mediante las que han sido llamadas circunstancias modificativas de la capacidad, al presumirse siempre la capacidad mental, mientras no quede demostrado lo contrario, pues los medios procesales legales arbitrados, observancia de las garantías constitucionales, y con base a pruebas concluyentes y rotundas en contrario, que conforman probanzas directas, dada la transcendencia de la resolución en cuanto priva a una persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial. (...). Siempre hay que presumir la capacidad mental mientras no se demuestre lo contrario». También SSTs 31 diciembre 1991, 20 mayo 1994, 31 octubre 1994, 19 febrero 1996, 19 de mayo 1998.

«enérgica» a la presunción de capacidad derivada de la edad⁶⁰⁴. Lo mismo ocurre en el matrimonio que, junto al testamento, son dos actos jurídicos que requieren un examen previo —lo que permite calificar a la presunción legal como ‘enérgica’—, pero bien entendido que la presunción emerge de la misma edad legal, no del examen del notario. Aquí la edad del testamento y del matrimonio, siendo como son edades especiales (propias de un negocio jurídico determinado y distintas de la

⁶⁰⁴ STS 54 de 27 de enero de 1998: «(B) Que los actores, en forma alguna han probado de forma ‘muy cumplida y convincente’, de manera ‘evidente y completa’ y ‘con fuerza inequívoca’, la incapacidad de Doña Andrea para otorgar testamento en la fecha de 20 de julio de 1.987 en que lo hizo, en base a estar anuladas sus facultades intelectivas y volitivas, o disminuidas en tal grado que se lo impidiera, pues la prueba aportada y practicada a instancia de los autores, no tiene ni puede tener entidad suficiente para destruir la enérgica presunción *iuris tantum* de capacidad de la testadora, aseverada y constatada por el notario autorizante».

STS 227 de 18 de marzo de 1988: «La manifestación del Notario autorizante del testamento en orden a la capacidad testamentificadora del otorgante, dado el prestigio y seriedad de la institución notarial adquieren una especial relevancia, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud, que sólo puede destruirse mediante una completa prueba en contrario (Sentencias de 8 de mayo de 1922, 23 de febrero de 1944, 25 de marzo de 1957, 16 de abril de 1959, 7 de febrero de 1967, 21 de junio de 1986, y 10 de abril de 1987)».

STS 436 de 12 de mayo de 1998: «La aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre ‘cumplidamente’ en vía judicial su incapacidad, destruyendo la ‘enérgica presunción *iuris tantum*’ (Sent. 23-III-1894; 22-I-1913; 10-IV-1944; 16-II-1945), que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario (Sent. 23-III-1944)». Citada en GARCÍA CANO, Tomás, *Función calificador de la capacidad en los documentos notariales*, en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 93. Hay un reforzamiento de la presunción con la actuación notarial.

STS 1009 de 27 de octubre de 1995: «La aseveración notarial respecto de la capacidad de testamentificación del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario».

SSTS de 8 de mayo de 1922, 23 de febrero de 1944, 25 de marzo de 1957, 16 de abril de 1959, 7 de febrero de 1967, 21 de junio de 1986, y 10 de abril de 1987.

mayoría de edad), aparecen con la misma naturaleza jurídica que la edad general (art. 322 Cc).

Si descendemos a las sentencias de las Audiencias Provinciales, se encuentran explicaciones más extensas, donde se ve ese esfuerzo por fundamentar la decisión, llegando a planteamientos más precisos, siempre con origen en los principios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁰⁵.

⁶⁰⁵ SAP ML 58 de 5 de octubre de 2015: «La capacidad jurídica de obrar es la aptitud innata de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, viene determinada a tenor del artículo 29 del Código Civil, y encuentra su fundamento en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, previsto en el artículo 10 apartado 1 de la Constitución. De aquí que el Tribunal Supremo en la sentencia del Pleno de 29 de abril de 2009, haya afirmado que la declaración de incapacidad está sometida al principio de legalidad y en cuanto a sus efectos, a su previa constitución por sentencia firme, siempre precedida de una actividad probatoria bastante capaz de destruir la presunción de capacidad que asiste a toda persona por el sólo hecho de serlo. En definitiva, como principio general debe reputarse capaz a toda persona mientras no se demuestre lo contrario por una prueba concluyente. Presunción de capacidad que establece el artículo 322 del Código Civil y que se aplica a toda persona mayor de edad».

SAP C 275 de 19 de julio de 2016: «El art. 199 del Código Civil establece que ‘nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial y en virtud de las causas establecidas en la ley’, reconociendo así el carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación. La jurisprudencia ha seguido también la regla general de la presunción de capacidad en tanto no se decrete la incapacitación, considerando que la sentencia de incapacitación es constitutiva y de eficacia no retroactiva (SSTS 19 febrero 1996, 27 enero y 19 mayo 1998, 11 junio 2001 y 11 junio 2004), y que la capacidad mental en la persona mayor de edad se presume siempre, de conformidad con el art. 322 del Cc, mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriendo la declaración de incapacidad una cumplida demostración mediante la adecuada prueba directa, dada la trascendencia de la resolución que priva a una persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial, por lo que ha de seguirse siempre un criterio restrictivo (SSTS 10 febrero 1986, 26 septiembre 1988, 28 junio 1990, 20 marzo 1991, 7 mayo 1993, 19 mayo 1998, 16 septiembre 1999, 30 junio 2004, 29 abril 2009, 11 octubre 2012, 24 junio 2013 y 1 julio 2014)».

3. *La sentencia admitiendo la capacidad natural de los menores después de las pruebas en contrario*

El contenido de este apartado será estudiado en el capítulo tercero, en concreto cuando trate de la prueba en contrario como elemento de la presunción legal.

4. *La incapacitación como destrucción estable de la presunción de autogobierno*

La incapacitación es una destrucción estable de la presunción de la capacidad establecida en el artículo 322 del Código civil, y es estable porque la causa que afecta al autogobierno es ‘persistente’. Por ser estable tiene la protección registral (estado civil), pero sabiendo que la capacidad de obrar no queda atada a lo inscrito en el Registro Civil como lo prueba la validez de los actos llevados a cabo por el incapacitado con capacidad natural; en estos casos, la presunción del artículo 322 del Código civil revive porque hay capacidad natural.

La jurisprudencia continúa ahora con la articulación técnico-jurídica del otro gran elemento de la capacidad de obrar:

1) La incapacitación consiste en probar la falta de autogobierno que se presume en el artículo 322 del Código civil (mayoría de edad)⁶⁰⁶. Es el otro gran elemento de la presunción jurídica.

⁶⁰⁶ «La jurisprudencia es uniforme respecto a que el punto de partida ha de ser la *presunción de capacidad de la persona*. Esta presunción tiene carácter *iuris tantum* calificada por la fuerza especial que deriva de que la prueba en contrario ha de ser inequívoca y concluyente. Son numerosos los casos resueltos por nuestros tribunales, que en la duda, o mejor dicho, ante la falta de una prueba cumplida sobre la incapacidad, mantienen la validez del acto jurídico en cuestión», DE SALAS MURILLO, Sofía, *La valoración de la (dis)capacidad en nuestro sistema jurídico: una visión general*, en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 31.

STS 4880 de 7 de julio de 2004: «El tema que se plantea por el recurrente ha sido abordado por esta Sala en numerosas resoluciones, pudiendo citarse, además de las que por aquel parcialmente se reproducen, las de 16 de marzo y 15 de octubre de 2001 y 14 de octubre de 2002. A través de ellas, se ha establecido una doctrina consolidada respecto a los siguientes extremos: A) El artículo 208 del Código Civil (actualmente derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de Enero, pero cuyo contenido ha sido sustancialmente incorporado al artículo 759 de la misma) tenía su antecedente histórico en el artículo 216 de dicho Código, el cual, en su redacción anterior a la reforma operada por Ley 13/1983, de 24 de Octubre, imponía a los Tribunales, sin distinción, la precisión de examinar por sí mismos al denunciado como incapaz, antes de declarar su incapacidad. B) Este elemento interpretativo ha de entenderse reforzado por el hecho de que el precepto tenía alcance constitucional, pues al referirse a litigios en que se impugnaba la presunción legal de capacidad de obrar que a todas las personas mayores de edad reconoce el artículo 322 del Código Civil, afectaba al derecho fundamental al desarrollo de la personalidad, proclamado por el artículo 10 de la Constitución española».

STS 3441 de 24 de junio de 2006: «Es evidente que el art. 322 Cc establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 19 mayo 1998, 26 julio 1999, 20 noviembre 2002, 14 julio 2004; como afirma la sentencia de 28 julio 1998». Este texto será repetido por la importante STS 282 de 29 de abril de 2009, que tanto habrá de influir en la jurisprudencia, y que por eso transcribo: «Es evidente que el art. 322 Cc establece una presunción de capacidadcapacidadcapacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 19 mayo 1998, 26 julio 1999, 20 noviembre 2002, 14 julio 2004». Valga la repetición.

La STS 600 de 4 de noviembre de 2015, además de incluir el texto anterior (que he querido mantener para resaltar la reiterada doctrina jurisprudencial al respecto y que incide directamente en la tesis defendida en este trabajo), añade algo más: «Es evidente que el art. 322 Cc establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 19 de mayo 1998, 26 de julio 1999, 20 de noviembre 2002, 14 julio 2004; como afirma la sentencia de 28 de julio 1998, (...) para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (...) lo que verdaderamente sobresaes la

2) La incapacitación judicial hace coincidir la capacidad de obrar y la capacidad natural en una persona concreta y con una extensión precisa.

3) Las rigurosas características de la prueba en contrario⁶⁰⁷. Se busca la verdad material, es decir, la auténtica capacidad natural que, en principio, está presumida en la norma de la edad legal, salvo que dichas pruebas sean «concluyentes».

conurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma».

Las mismas palabras en la STS 557 de 20 de octubre de 2015: «Es evidente que el artículo 322 Cc establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 19 de mayo de 1998, 26 de julio 1999, 20 de noviembre de 2002, 14 julio de 2004». He querido remarcar la conexión del artículo 322 con la capacidad de la ‘persona media’ a que apuntan estas sentencias.

⁶⁰⁷ A las exigencias para destruir la presunción se refiere la STS 30 de junio de 2004, en la que vienen muy bien expuestos todos los requisitos al respecto. La STS 104 de 19 de febrero de 1996 exige igualmente «pruebas concluyentes y rotundas en contrario».

De esos requisitos hacen mención las sentencias de las Audiencias Provinciales, entre las que cito a modo de ejemplo la de [SAP] TE 65 de 27 de septiembre de 2013: «En definitiva y conforme a dicha doctrina jurisprudencial, es necesario para la declaración judicial de incapacidad la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º.— La existencia de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, en los términos anteriormente referidos. 2º.— Que dicha enfermedad o deficiencia sea persistente. 3º.— Que, a consecuencia de tales padecimientos, resulte el sujeto incapaz de defender sus propios intereses o, como dice el Código Civil, de gobernarse por sí mismo, si bien tal expresión no ha de entenderse sólo en el sentido de ineptitud total o absoluta, bastando al efecto que la enfermedad o deficiencia implique una importante merma en la capacidad de autogobierno».

F. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EDAD LEGAL: ¿ESTADO CIVIL, NORMA POSITIVISTA O PRESUNCIÓN JURÍDICA?⁶⁰⁸

La cuestión ya había sido planteada al tratar del estado civil y la capacidad de obrar. La teoría de los estados civiles ha retrasado una mayor investigación en la naturaleza jurídica de la edad. Los *status* en el Derecho romano eran la fuente de la dignidad humana y de la capacidad jurídica, y ello condicionaba fuertemente la capacidad de obrar (sólo se podrían ejercer los derechos que se tenían lógicamente). Pero la capacidad de obrar nunca tuvo su origen en los *status* del Derecho romano, sino en la capacidad determinada por la edad; tanto es así que se llegó a una situación donde se distinguían muchos grados de edad para intentar adaptarse lo más posible a la capacidad natural manteniendo como referencia la edad de la plena capacidad de obrar (la pubertad legal). La pregunta es la siguiente: ¿qué era la edad para el Derecho romano? No existía ningún *status* basado en la edad: la distinción entre el *alieni iuris* y el *sui iuris* se relacionaba con la dependencia o no al *pater familias*, nunca con la edad. La edad nació como una presunción jurídica.

Posteriormente el *status* romano fue evolucionando en la Edad Media y sirvió de base para ordenar la capacidad de las personas con criterios más reales, surgiendo así los estados naturales. La Edad Media se servirá de la categoría jurídica de los *status* pero dándoles otro contenido más adecuado a la realidad humana. Con el hallazgo de los conceptos de sujeto de derecho, capacidad jurídica y capacidad de obrar, buena parte de la doctrina comienza a postular la eliminación de los estados civiles o a referirlos a la capacidad jurídica y/o a la capacidad de obrar. Los estados civiles pasan a los Códigos y la doctrina mantiene las posturas citadas. Así que la cuestión está planteada: ¿es el estado civil el

⁶⁰⁸ Este apartado, sin ser un resumen, contiene una cierta recapitulación de lo visto hasta el momento.

que depende de la capacidad de obrar, o viceversa? Nadie, ni la doctrina ni la jurisprudencia niega los principios de la capacidad de obrar en la codificación y todos reconocen la edad legal como determinante de la capacidad de obrar.

Pero la cuestión de la naturaleza jurídica de la edad sigue abierta: ¿es verdaderamente un estado civil? Esta pregunta depende de la anterior: ¿depende el estado civil de la capacidad de obrar o viceversa? Como hemos dicho anteriormente, si el estado civil (de mantenerse) es accesorio de la capacidad jurídica y/o de la capacidad de obrar, eso significa que la edad no es un estado civil, en tanto que se admite mayoritariamente que la edad legal determina la capacidad de obrar. Y no lo es porque, sobre todo, la capacidad natural es hegemónica y está vigente en el Ordenamiento, tal y como se puede comprobar en la fase procesal, donde aparece como el punto de referencia para atribuir o no capacidad de obrar absolutamente al margen del estado civil. Puesto que la doctrina ha señalado la capacidad natural como fundamento de la capacidad de obrar, se puede afirmar que sería el estado civil (de mantenerse) el que dependería en último término de la capacidad de obrar.

Una vez que la edad ha conseguido esa autonomía jurídica con respecto al estado civil gracias a la teoría de la capacidad de obrar, la pregunta sobre la naturaleza de la edad legal tiene en mi opinión una salida: la misma con la que nació en el Derecho romano, es decir, la edad como presunción jurídica. A esta conclusión llegamos por medio de la función de la edad como núcleo de la teoría de la capacidad de obrar. En este sentido es acertada la consideración que De Castro hacía al respecto, al advertir que la capacidad natural (la edad natural) necesita de una técnica jurídica que la incorpore razonablemente al Ordenamiento. Desechado el estado civil como técnica, corresponde ahora examinar si la edad como presunción jurídica es capaz de dar una cobertura legal y viable a la teoría de la capacidad de obrar.

Esta teoría no es sinónimo de régimen jurídico –no es legal–, sino un modo teórico-jurídico de entender la función de la edad en el Ordenamiento. Dicha teoría suministra los elementos que confluyen en la edad: la edad legal, el fundamento de la capacidad natural, las sentencias reconociendo validez a los actos llevados a cabo por quien no tiene la edad legal pero sí la capacidad natural, las sentencias declarando nulos los actos por quien tenía la edad legal pero no la capacidad natural, etc.

Por ello, la pregunta de qué es la edad en el Código civil sigue abierta ya que la teoría de la capacidad de obrar es doctrinal, describe el sistema y el funcionamiento, pero no establece la estructura legal, aunque la apunta. Aquí veíamos tres opciones posibles: 1) para el positivismo es sólo una norma legal, al margen de la capacidad natural, aunque se le reconozca como fundamento a la hora de elegirla el legislador; 2) para el naturalismo o casuismo, la edad es sólo la capacidad natural, sin necesidad de norma legal; 3) para el realismo jurídico, sería una presunción legal, en virtud de la cual, se articulan la norma y la capacidad natural con la técnica de la carga de la prueba. Si describiéramos cómo funciona fenomenológicamente el Ordenamiento, teniendo en cuenta el momento normativo (edad legal como regla general) y el momento procesal (caso concreto), y nos preguntáramos por la naturaleza jurídica de la edad legal, creo que llegaríamos a esta conclusión. Pero esto lo abordaremos en el capítulo tercero, analizando la edad con la naturaleza jurídica de la presunción legal y sus elementos.

Federico de Castro sólo contemplaba dos alternativas posibles para solucionar el problema de la naturaleza jurídica de la edad en la teoría de la capacidad de obrar: o la postura jurídica, que es considerarla como un estado civil; o la postura que podríamos llamar ajurídica, que supone caer en un absoluto casuismo por identificar la capacidad de obrar con la capacidad natural. De existir sólo estas dos opciones, sería preferible considerar la capacidad de obrar y la edad dependiendo de un estado

civil, que al menos dotaría de seguridad jurídica al sistema de capacidad. Pero, en mi opinión, existe una técnica que el Derecho reserva para determinadas materias por razones diversas, pero siempre especialmente importantes en la vida jurídica, entre las que está la capacidad de las personas. En mi opinión esa técnica es la presunción jurídica.

La calificación de la edad como una presunción jurídica no es algo novedoso ni original: así nació en el Derecho romano, y así lo describe indirectamente la doctrina actual y la de siempre —incluido Federico de Castro como ya vimos en el capítulo primero— aunque ningún autor defina la edad como presunción legal de capacidad. La codificación y la división en ramas ha supuesto una enorme transformación del Derecho, hasta el punto de oscurecer muchas instituciones jurídicas entre ellas la edad. Sin embargo, su naturaleza jurídica genuina, aquella que justificó su aparición en el Derecho, puede ser intuita en la descripción del funcionamiento de la edad legal que la doctrina lleva a cabo. Estas aportaciones de los autores, de carácter fenomenológico-jurídico, en cierta medida han conservado, aunque sea de modo latente, la conclusión principal de la tesis: que la edad es una presunción *iuris tantum* en sentido técnico.

Pero esta afirmación no es evidente después de la codificación y por ello había de ser defendida. En el capítulo primero consideré necesario detectar los principios que rigen el marco teórico en el que la edad legal era estudiada —la teoría del sujeto de derecho, de la capacidad jurídica y sobre todo de la capacidad de obrar—; también fue preciso un estudio de los conceptos más importantes que aparecían tradicionalmente conectados con la edad —la capacidad de obrar, el estado civil, la capacidad natural— para conseguir plantear las dudas sobre la naturaleza jurídica de la edad con la mayor claridad y precisión posibles; e igualmente era conveniente analizar los distintos elementos que venían referidos a la edad legal y estructurarlos en forma de sistema —edad legal, edad natural, capacidad de obrar legal, capacidad natural,

incapacitación judicial, incapacidad natural—. En este capítulo segundo había que comprobar si las conclusiones teóricas obtenidas en el capítulo primero tenían reflejo en el sistema de capacidad de obrar vigente en el Código civil español, o si, por el contrario, era una interpretación ajena al tráfico jurídico actual. A mi juicio, la propuesta de la edad como presunción *iuris tantum* de capacidad es una explicación razonable del sistema de capacidad de obrar legal previsto en el Código civil, continuando de este modo la naturaleza jurídica de la edad en el Derecho romano y en el Derecho canónico histórico.

Queda por delante una doble tarea. Por un lado examinar la capacidad de obrar legal en el Código de Derecho canónico –lo veremos a continuación–; y por otro lado, examinar si la edad reúne los requisitos que la moderna doctrina procesalista exige para toda presunción *iuris tantum*, a lo que dedicaré el capítulo tercero.

III. LA CAPACIDAD DE OBRAR EN LA CODIFICACIÓN CANÓNICA

La técnica pertenece a la ciencia jurídica y por lo tanto es común al Derecho civil y al Derecho canónico, siendo frecuente en la historia un trasvase de hallazgos y logros entre ambos Ordenamientos, si bien es posible señalar especificidades en uno y en otro. En efecto, existen instrumentos jurídicos que tienen su origen en un contenido específico de la Iglesia y en el realismo jurídico que borbotaba en sus principios, instituciones y normas⁶⁰⁹.

La teoría del sujeto de derecho y su capacidad expuesta en el capítulo primero, elaborada en el ámbito secular, encuentra acomodo en

⁶⁰⁹ Cfr. HERVADA, Javier, *El ordenamiento canónico*, Eunsa, Pamplona, 2008, p. 202.

el Derecho canónico⁶¹⁰ sin los titubeos que en algunas etapas de la historia se han dado en la jurisdicción civil. La asunción de esta teoría siempre ha sido realizada desde el realismo jurídico y no ofrece ningún tipo de desajuste importante al entrar en la jurisdicción canónica, pues el bautizado es antes que nada una persona humana, llegando incluso a darse importantes remisiones canónicas a la ley civil⁶¹¹, muy especialmente en el ámbito del Derecho de los menores⁶¹².

Si tenemos en cuenta que los conceptos ‘sujeto de derecho’, ‘capacidad jurídica’ y ‘capacidad de obrar’ hacen referencia respectivamente al ‘hombre’, a la ‘titularidad-tenencia efectiva’ y a la ‘capacidad natural’, lo extraño sería que no fueran aplicados los avances obtenidos en el ámbito civil, y esto por dos motivos: porque el hombre es el mismo en ambas jurisdicciones y porque el Derecho canónico

⁶¹⁰ «Todos ellos coinciden en afirmar que la persona es el sujeto capaz de derechos y obligaciones. Acogen, por lo tanto, para explicar la situación jurídica del bautizado en el ordenamiento de la Iglesia, el concepto de persona dominante en la doctrina del Derecho civil secular», LOMBARDÍA, Pedro, *Derecho divino y persona física en el Ordenamiento canónico*, p. 231.

⁶¹¹ «Il principio (...) che postula la rigorosa affermazione della competenza propria ed esclusiva della Chiesa *in spiritualibus*, postula altresì altrettanto rigorosamente l'affermazione della propria incompetenza *in temporalibus*. Tale principio comporta una autonomia reciproca tra ordinamento canonico ed ordinamento secolari che è relativa (...) perchè nella loro concreta operatività sono strumentalmente posti al servizio della stessa persona umana. È questa tra l'altro una delle ragioni, forse la principale, dei richiami che il codice canonico fa allo *ius civile* o alla *lex civilis*. (...). Esistono ambiti nei quali l'unità antropologica postula una contiguità fra ordinamenti secolari ed ordinamento canonico. Ciò vale in particolare per l'ampia categoria dei diritti personali, tra cui rientrano i diritti fondamentali, quali diritti che tutelano gli interessi inerenti alla persona, materiali e morali», DALLA TORRE, Giuseppe, *Diritto alla vita e diritto dei minori nell'ordinamento canonico*, en «Studi Giuridici LIII, Tutela della famiglia e diritto dei minori nel codice di diritto canonico», Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2000, pp. 63-64.

⁶¹² «In altre parole, la relazionalità giuridica propriamente ecclesiale della persona, presuppone ed assume quella naturale: di qui il rinvio, da parte del diritto canonico, al diritto secolare anche in materia di diritto alla vita e di diritto minorile, ovvero la presupposizione da parte dello stesso diritto canonico di quanto, in materia, si è giuridicamente prodotto negli ordinamenti secolari», *Ibidem*, p. 64.

forma parte del tronco de la ciencia jurídica. Ello no quita para que los frutos del Derecho de la Iglesia sean peculiares –no contrarios– en muchos aspectos, debido al Derecho divino positivo que está configurando permanentemente todo el Ordenamiento canónico (entendiendo que el Derecho natural forma parte de toda la ciencia jurídica, también del Derecho civil).

Respecto a la sistemática comparativa entre el CIC de 1917 y el CIC de 1983 puede señalarse una mejora importante respecto a la clásica técnica civil de no incluir la regulación de las personas en el Título Preliminar (o, en su defecto, en el Libro I), y que ya había sido defendida unos cuantos años antes del Código de 1983 por Lombardía⁶¹³. Mientras que en el CIC de 1917 se halla en el Libro II (de forma semejante al Código civil español que va en el Libro I y no en el Título Preliminar), en el CIC de 1983 se pasó al Libro I, titulado *De las normas generales*, aunque hubiera sido mejor aún que sistemáticamente ocupara un título anterior al actual Título VI⁶¹⁴.

⁶¹³ «El libro I a nuestro juicio debería de constar de dos partes: la primera dedicada a la norma canónica (...). La segunda, dedicada a la persona y a su actividad, habría de tratar de una manera sencilla y clara de la persona física y moral, de las circunstancias modificativas de la capacidad, de los actos de las personas y vicios de la voluntad, del cómputo del tiempo y de los estados cardinales en la Iglesia», LOMBARDÍA, Pedro, *La sistemática del Codex y su posible adaptación*, en *Escritos de Derecho canónico I*, Eunsa, Pamplona, 1973, p. 392.

«Al llevar el tema de la persona a la parte general, además de evitar confusiones en materia de jerarquía, bienes temporales, etc., se conseguirá poner de relieve de una manera patente el espíritu eminentemente personalista del Derecho de la Iglesia», *Ibidem*, p 392.

⁶¹⁴ El Título VI *De las personas físicas y jurídicas*. En el Capítulo I (cc. 96-112) se habla de las personas físicas. El primer canon (c. 96) establece la personalidad jurídica, con los derechos y deberes que son propios de los cristianos (capacidad jurídica). En los cánones 97, 98 y 99 se fija la capacidad de obrar. Es decir, la sistemática del Código respecto a la capacidad es tratarla conjuntamente y de forma positiva: sujeto de derecho, capacidad jurídica y capacidad de obrar. A partir del canon 100 se recogen una serie de circunstancias que los autores denominan mayoritariamente, circunstancias modificativas de la capacidad de obrar.

A. LA PERSONA Y LA CAPACIDAD JURÍDICA

El Ordenamiento canónico no ha tenido que justificar doctrinalmente la conexión entre el sujeto de derecho y la persona real: el sujeto de derecho es *simpliciter* la misma persona real vista desde el Derecho⁶¹⁵. La doctrina es unánime en este punto⁶¹⁶ y no hay rastro de positivismo ni de los rodeos doctrinales que se percibían en el ámbito civil para llegar a esa conclusión. El realismo jurídico existe en el Derecho civil y en el Derecho canónico, pero en este último ha sido evidente tanto para el legislador como para la doctrina, también después de la codificación⁶¹⁷.

⁶¹⁵ «Nos encontramos aquí con la explícita afirmación de las bases personalistas del Derecho de la Iglesia: la tutela de la genuina naturaleza y de la libertad de las personas que integran la Iglesia se eleva a criterio justificador del orden jurídico. No es pues el reconocimiento *ope legis* de la condición de sujeto el punto de arranque del Derecho de la persona, sino cabalmente al contrario. La persona es una exigencia primaria cuya naturaleza y libertad ha de ser tutelada por el ordenamiento», LOMBARDÍA, Pedro, *La persona en el Ordenamiento canónico*, p. 71.

«La persona è un *prius* nei confronti del diritto: questo esiste perché prima c'è l'uomo, essere sociale che entra in rapporto con gli altri essere umani. Senza l'uomo, senza i rapporti sociali, che devono essere presieduti dalla giustizia, non vi sarebbe il diritto. L'uomo e la vita sociale sono la ragion d'essere del diritto», NAVARRO, Luis, *Persone e soggetti nel diritto della Chiesa. Temi di diritto della persona*, p. 8.

⁶¹⁶ «El legislador de la Iglesia (...) concibe la persona como expresión conceptual de una realidad que trasciende cualquier calificación específicamente eclesial; una expresión tendente a acoger *pure ac simpliciter* en un grado superior de abstracción», LO CASTRO, Gaetano, *Comentario al Título VI. De las personas físicas. Introducción*, en *Comentario exegetico al Código de Derecho canónico. Volumen I*, Eunsá, 3ª ed. actualizada, Pamplona, 2002, p. 715.

⁶¹⁷ Si bien era un tema que no preocupaba tanto a los canonistas como a los teólogos como hace notar Lombardía: «Antes del *Codex* esta cuestión [el sujeto de derecho] ni siquiera se planteaba, porque todas las afirmaciones fundamentales, que es necesario tener en cuenta para resolver los problemas del hombre en función con el Derecho de la Iglesia, están resueltas por los teólogos y el canonista podía dedicar su atención al estudio de problemas particulares, sin necesidad de elaborar un edificio de dogmática prefabricada, de manera análoga al que han construido los cultivadores del Derecho secular para llenar precipitadamente el vacío que ocasionó la sucesiva ruptura, con la teología primero y con la metafísica después, por obra del racionalismo y el

Existe en cambio un importante debate doctrinal sobre quién es sujeto de derecho en el ámbito canónico⁶¹⁸: si lo es toda persona humana⁶¹⁹, o toda persona humana bautizada en la Iglesia católica. Sin entrar todavía en una posible solución y dejando al margen por el momento los inconvenientes que la doctrina pone de manifiesto en uno y otro planteamiento, conviene señalar que cualquiera de las dos opciones forma parte del realismo jurídico: ya se entienda por sujeto de derecho el hombre creado –la persona humana–, o el hombre recreado –la persona humana bautizada–; en ambos casos, el sujeto de derecho no es un constructo del mundo jurídico, sino la persona real⁶²⁰.

El canon 87⁶²¹ CIC de 1917 y el canon 96⁶²² CIC de 1983 afirman «*constituitur persona*» (se constituye persona). No obstante lo dicho en

positivismo jurídicos», LOMBARDÍA, Pedro, *Derecho divino y persona física en el Ordenamiento canónico*, p. 226.

⁶¹⁸ «La fijación del concepto de persona física en el Derecho canónico es uno de los temas ampliamente discutidos por parte de la doctrina sin que hasta el momento presente se haya conseguido superar esta situación a causa de diferentes motivos», FERRER ORTIZ, Javier, *Los sujetos del Ordenamiento canónico*, en *Manual de Derecho canónico*, Eunsa, Pamplona, 1991, p. 154.

⁶¹⁹ «No parece que pueda dudarse de que toda persona humana (incluso el *naciturus*) es sujeto del ordenamiento canónico, aunque sólo el bautizado tiene la condición constitucional de fiel», LOMBARDÍA, Pedro, *Lecciones de Derecho canónico. Introducción. Derecho constitucional. Parte General*, p. 138.

⁶²⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 136.

⁶²¹ Canon 87: «Por el bautismo queda el hombre *constituido persona* en la Iglesia de Cristo con todos los derechos y obligaciones de los cristianos, a no ser que, en lo tocante a los derechos, obste algún óbice que impida el vínculo de la comunión eclesial o una censura infligida por la Iglesia».

⁶²² Canon 96: «Por el bautismo, el hombre se incorpora a la Iglesia de Cristo y *se constituye persona* en ella, con los deberes y derechos que son propios de los cristianos, teniendo en cuenta la condición de cada uno, en cuanto estén en comunión eclesial y no lo impida una sanción legítimamente impuesta».

Canon 204: «§ 1. Son fieles cristianos quienes, incorporados a Cristo por el bautismo, se integran en el pueblo de Dios, y hechos partícipes a su modo por esta razón de la función sacerdotal, profética y real de Cristo, cada uno según su propia condición, son llamados a desempeñar la misión que Dios encomendó cumplir a la Iglesia en el mundo».

los dos párrafos anteriores, algunos autores piensan que la expresión citada no es del todo afortunada porque puede entenderse que la persona es «creada» por el Derecho canónico⁶²³, siendo más oportuno que hubiera dicho «se reconoce persona por el Derecho». Pero incluso estos canonistas hablan de una deficiente expresión más que de un positivismo al que no hay lugar⁶²⁴. Ser persona no tiene su origen en la norma jurídica canónica, sino en la realidad. Más adelante veremos una posible interpretación de «*constituitur persona*» que no implica necesariamente verla como una expresión desafortunada.

En los mismos cánones se hace referencia a la capacidad jurídica⁶²⁵. En el canon 96 del CIC de 1983 se recoge así: «[Por el bautismo, el hombre se incorpora a la Iglesia de Cristo y se constituye persona en ella] con los deberes y derechos que son propios de los cristianos,

El primero de los cánones (c. 96) se referiría a la persona en la Iglesia, y el canon 204 al fiel, y por lo tanto coincidirían. Precisa Fornés respecto a este último lo siguiente: «La noción de fiel es la siguiente: miembro del pueblo de Dios, incorporado a Cristo por el bautismo y, por tanto, llamado a desempeñar, cada uno según su propia condición, la misión que Dios encomendó cumplir a la Iglesia en el mundo. Se trata de una noción situada en el nivel de derecho constitucional. De ahí que, desde esta perspectiva, todos los fieles —todas las personas en la Iglesia de Cristo— sean iguales, esto es, tengan los mismos derechos y deberes fundamentales, enunciados en los cc. 208-223 del CIC de 1983», FORNÉS, Juan, *Condición canónica de las personas*, en *Diccionario General de Derecho Canónico. Volumen II*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 469.

⁶²³ Cfr. LO CASTRO, Gaetano, *Comentario al Título VI. De las personas físicas. Introducción*, pp. 715-716.

⁶²⁴ «Una idea de personalidad como capacidad de derechos y deberes atribuida por el ordenamiento positivo es absolutamente irreconciliable con el espíritu del ordenamiento canónico», LOMBARDÍA, Pedro, *Derecho divino y persona física en el Ordenamiento canónico*, p. 245.

⁶²⁵ «Nello stesso Titolo VI il Codice pare che voglia sottolineare precisamente tale peculiarità: non si tratta tanto di parlare delle persone fisiche nella Chiesa —in quanto, lo ricordiamo, la persona fisica esiste prima della Chiesa e di qualsiasi suo intervento—, ma della sua condizione canonica, cioè della situazione delle persone fisiche all'interno dell'ordinamento canonico. Si parla quindi anzitutto del battesimo che è alla base della condizione canonica (c. 96) e poi degli elementi che determinano ulteriormente la stessa condizione (cc. 97-112)», DE PAOLIS, Velasio-D'AURIA, Andrea, *Le norme generali. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro Primo*, pp. 272-273.

teniendo en cuenta la condición de cada uno, en cuanto estén en la comunión eclesiástica y no lo impida una sanción legítimamente impuesta». En parecidos términos lo recogía el canon 87 CIC de 1917: «con todos los derechos y obligaciones de los cristianos, a no ser que, en lo tocante a los derechos, obste algún óbice que impida el vínculo de la comunión eclesiástica o una censura infligida por la Iglesia». En este sentido, los textos codiciales canónicos han optado por reflejar expresamente tanto el sujeto de derecho como la capacidad jurídica, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, que optó por un reconocimiento implícito del sujeto de derecho –en el artículo 29 del Código civil aunque más explícito en otras normas del Ordenamiento– y de la capacidad jurídica –en el derogado artículo 32 del Código civil–.

Estos cánones se refieren enteramente al sujeto de derecho y a la capacidad jurídica, no al ejercicio de los derechos como apuntan algunos autores. Recordemos que la capacidad jurídica tiene dos aspectos originarios e inseparables: una aptitud genérica a ser titular⁶²⁶ y la tenencia efectiva de los derechos y deberes. Con esto se consigue reflejar la igualdad básica y la diversidad en el mismo concepto de capacidad jurídica. Pues bien, esa igualdad y diversidad quedan reflejadas también en el Código de Derecho canónico: la igualdad por medio de la expresión «los deberes y derechos que son propios de los cristianos»⁶²⁷, y la diversidad en la frase «teniendo en cuenta la condición de cada uno»⁶²⁸, que viene matizada por la comunión con la Iglesia y las sanciones impuestas que pueden variar el conjunto de

⁶²⁶ A este aspecto se refiere con carácter general Lombardía, en un texto que escribe desde el prisma del sujeto de derecho, por lo que téngase en cuenta para el uso de los términos: «Se consideran sujetos de derecho a aquellas entidades a las que pueden ser atribuidos (imputados) derechos, deberes, competencias, legitimaciones, capacidades, etc. Esta posibilidad de imputación suele denominarse capacidad jurídica», LOMBARDÍA, Pedro, *Lecciones de Derecho canónico. Introducción. Derecho constitucional. Parte General*, p. 134.

⁶²⁷ Canon 96.

⁶²⁸ Cánones 96 y 204.

derechos y deberes. Estas tres realidades —‘condición’, ‘comunidad’ y ‘sanción’—, cada una en el nivel que le corresponde, modalizan y especifican la capacidad jurídica. Aquí nos quedamos con el núcleo de la capacidad jurídica designado por la «condición de cada uno».

El debate sobre el sujeto de derecho y su capacidad jurídica es una cuestión delicada en el ámbito canónico. En el Código civil todo es Derecho privado, en el Código de la Iglesia no, donde las cuestiones de Derecho privado tantas veces se han mezclado con las de Derecho público⁶²⁹, y su separación y distinción no es fácil porque tampoco es tajante⁶³⁰. En cualquier caso, las dudas que existían sobre quién era

⁶²⁹ «El *status* es una noción de Derecho constitucional, de Derecho público. Se trata por consiguiente, de *status constitucionales* —de estamentos— de la Iglesia bajo la perspectiva de cuerpo social externo, con los efectos no sólo de ámbito privado sino también de Derecho público. Los *status* son, en definitiva, las partes integrantes de la Iglesia, considerada como *societas inaequalis*», FORNÉS, Juan, *La noción de «status» en Derecho canónico*, Eunsa, Pamplona, 1975, p. 212.

⁶³⁰ La cuestión de la ‘condición canónica de cada uno’ está en medio de esta dificultad, en la que no me es posible entrar, pero respecto a la cual existen aportaciones valiosas de Lombardía quien tiene la intención de configurar un Derecho de la persona privado en el ámbito canónico, tan proclive lógicamente al iuspublicismo. De ahí su esfuerzo por precisar lo que él llama el estatuto personal de cada cristiano, que sería el Derecho de la persona privado, y que requeriría delimitarlo de los elementos de Derecho público. Valga como ejemplo de la propuesta de Lombardía la diferencia entre el Derecho privado y el público respecto a la condición jurídica de los clérigos: «La relación entre el estatuto personal del clérigo y su misión eclesial: los poderes, facultades y misiones relacionadas con el ejercicio de las potestades de la Iglesia (santificar, enseñar y gobernar) son personales en el sentido de que radican en la persona misma del clérigo, que es su verdadero titular; sin embargo, no son constitutivos del estado porque no son propiamente derechos o deberes cuya función consista en la satisfacción de las necesidades sobrenaturales del propio titular. El contenido del *status* enlaza, más que con los poderes mismos, con la destinación a ejercerlos, de aquí que su contenido sea: 1) el género de vida coherente con la misión eclesial; 2) los derechos patrimoniales, honoríficos, etc., necesarios para el personal desempeño de la misión; 3) el deber concreto de desempeñarla rectamente para utilidad de la Iglesia, de cuya infracción pueden derivarse responsabilidades en orden a la propia salvación; 4) el derecho genérico a tener una misión concreta que dé vivo contenido a la propia vocación; 5) el derecho y deber de tender a la propia perfección, de manera coherente con la misión eclesial, con el conjunto de situaciones jurídicas

sujeto de derecho en la Iglesia son repercutidas como es normal a la primera de sus manifestaciones que es la capacidad jurídica (titularidad y tenencia efectiva), por lo que se hace necesaria una respuesta: ¿quién es persona en la Iglesia? Es una cuestión difícil desde un punto de vista teórico, donde las respuestas doctrinales en uno u otro sentido contienen razones que individualmente consideradas no pueden sino admitirse como ciertas, pero que a la vez tampoco pueden coexistir porque en un primer momento se presentan como contradictorias⁶³¹.

Debido a ello, considero preferible plantear el interrogante desde la primera manifestación del sujeto de derecho: la capacidad jurídica. En mi opinión, desde esta perspectiva se esclarece la pregunta por el sujeto

con ello conexas», LOMBARDÍA, Pedro, *El estatuto personal en el Ordenamiento canónico. Fundamentos doctrinales*, pp. 51-52.

Como hemos adelantado, Lombardía utiliza en ocasiones el término ‘estatuto personal’, que a la vista de su definición, parece ser un sinónimo de Derecho canónico de la persona, por lo que no es considerado como concepto determinado que pueda ayudar a delimitar la realidad de la persona en el Derecho de la Iglesia: «Al hablar de estatuto personal hacemos referencia a aquel aspecto del conjunto de situaciones jurídicas activas y pasivas reconocidas y tuteladas por las normas de la Iglesia que está ligado a la consideración de la persona en su ser natural (llamado a las realidades sobrenaturales), en su elevación al orden de la gracia e incorporación a la sociedad eclesial y en su específica situación cara a la consecución del fin supremo de la salvación de las almas», *Ibidem*, p. 39.

⁶³¹ «No es sujeto de derecho en el ordenamiento canónico simplemente el hombre, sin más atributos. Dicho con otras palabras, existen otros factores, aparte de la condición humana, que influyen y modalizan sustancialmente el ser del sujeto, y que se inscriben en el orden de la capacidad jurídica. Para ser exactos se encuentran antes de la capacidad. No existe capacidad sin factor constitutivo que la origine. Son la ontología natural y la ontología sobrenatural (la dignidad humana y cristiana) las que dan origen a la capacidad jurídica. Los efectos sacramentales del bautismo y del orden sagrado configuran la ontología espiritual de la persona (es decir, la constituyen en su ser, no sólo en su obrar). Son rasgos personales que deben situarse en la línea de la configuración de la capacidad jurídica. No se trata en ningún caso de meros requisitos complementarios de capacidad o de simples exigencias de habilitación. Son fuentes originantes de capacidad canónica, de modo semejante a como lo sería la naturaleza humana para la capacidad jurídica en el derecho del Estado», OTADUY, Javier, *Persona física*, en *Diccionario General de Derecho Canónico. Volumen VI*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 173-174.

de derecho en el Ordenamiento canónico. Por lo tanto, paso a examinar la capacidad jurídica, que en el Código es designada mediante la expresión «condición de cada uno», para luego ofrecer una respuesta sobre el sujeto de derecho.

B. LA «CONDICIÓN DE CADA UNO»: ¿QUÉ ES?

Después del reconocimiento del sujeto de derecho viene la capacidad jurídica en el mismo canon, como hemos observado. Hay una expresión en ambos Códigos que puede inducir a equívoco: «la condición de cada uno» (cc. 96, 204 y 208 CIC de 1983). ¿En qué consiste? Algunos canonistas lo han enfocado desde el prisma de los ‘estados civiles’ continuando así el paralelismo con el ámbito civil. Pero como ya pudimos advertir, es una categoría jurídica confusa en la doctrina e irrelevante en el Código civil español, por lo que trasladar el problema al ámbito canónico no resuelve nada. Además, la razón del desuso de este concepto y la imposibilidad de atribuirle una función en el Derecho moderno venía sobre todo provocada por la falta de realismo (no referencia a una realidad) que algunos autores intentaban paliar recurriendo a la dimensión social del hombre; aunque, como ya vimos, en el fondo es un aspecto que está en la persona y que un adecuado concepto del sujeto de derecho sin reduccionismos podría expresar, más aún en el Derecho canónico donde la *koinonia* es constitutiva del cristiano.

Por tanto, ¿a qué se refiere la «condición de cada uno»? En mi opinión es sinónimo de la noción ‘capacidad jurídica’, concebida en el sentido dinámico —«tenencia efectiva»— donde igualdad y diversidad estaban incluidas, por lo que no era necesario crear los conceptos de ‘incapacidades’ y ‘capacidades especiales’ a que se veían abocados algunos civilistas por exigencias del realismo jurídico. La capacidad jurídica incluye unitariamente la aptitud genérica de todo hombre a ser

titular –en este sentido es la primera manifestación del sujeto de derecho–, y a la vez la tenencia efectiva de los derechos y deberes que realmente posea. Este era el concepto realista que veíamos en el capítulo primero, y al que se refiere la expresión «los derechos y deberes según la condición de cada uno» que recogen ambos Códigos eclesiásticos. Pero este texto hace referencia a los bautizados⁶³², por lo que es preciso preguntarse por la capacidad jurídica de los ‘no bautizados’.

Esto nos introduce en el debate que únicamente había apuntado con anterioridad: ¿quién es persona en el Ordenamiento canónico? Pregunta fundamental, pues lógicamente no es posible que haya capacidad jurídica si previamente no hay sujeto de derecho. O, a *sensu contrario*, si una persona tuviera reconocido algún ‘derecho’ o ‘deber’ en las normas canónicas, ello implicaría que es sujeto de derecho en el Ordenamiento de la Iglesia, si queremos mantener la lógica del realismo jurídico que propone la teoría del sujeto de derecho y su capacidad. Por ello, en mi opinión, la cuestión de la persona *in iure canonico* puede ser afrontada desde la capacidad jurídica, concepto estudiado en conexión con el sujeto de derecho en el capítulo primero.

Pues bien, como la doctrina es unánime a la hora de señalar algunos derechos que el ‘no bautizado’ tiene reconocidos en el Código de Derecho canónico, la pregunta que nos podemos hacer es la siguiente: ¿dónde está reconocido el ‘no bautizado’ como sujeto de derecho en el Ordenamiento canónico? La doctrina mayoritaria sostiene, respetando el texto legal, que el canon 87 CIC de 1917 y los cánones 96 y 204 CIC de 1983 se refieren al bautizado. Por este motivo no se puede fundamentar

⁶³² «El canon 96, a pesar de su enclave sistemático y del título y capítulo que lo preceden, relativos a la persona física, no formula el concepto de ésta, sino el de fiel, al referirse a los derechos y deberes que corresponden a las personas individuales por su condición de cristianos, es decir, incorporados a la Iglesia de Cristo», FERRER ORTIZ, Javier, *Los sujetos del Ordenamiento canónico*, p. 158.

en ellos la personalidad del no bautizado; aunque no implica una respuesta negativa a la cuestión que nos venimos planteando.

En mi opinión, el reconocimiento como sujeto de derecho del ‘no bautizado’ existe en los siguientes niveles:

1) Implícitamente mediante la atribución de derechos a los no bautizados como ha sido adelantado⁶³³. Este reconocimiento tendría lugar por medio del mismo Derecho positivo eclesiástico cuando prevé en sus normas una serie de derechos que vienen asignados al no bautizado.

2) Explícitamente en el Derecho divino natural que forma parte del Ordenamiento canónico⁶³⁴. Puesto que el Derecho natural pertenece a la

⁶³³ «Los no bautizados tienen reconocida por el Derecho de la Iglesia la capacidad de ser sujetos de aquellos derechos y deberes establecidos por las normas canónicas para regular su vida en orden a la consecución del fin de la salvación de las almas, antes de que adquieran la condición de miembros y súbditos *in actu* de la Iglesia. Esta capacidad tiene como fundamento una personalidad en el ordenamiento canónico, *in iure divino fundata*, que no se identifica con la capacidad, sino que constituye su fundamento», LOMBARDÍA, Pedro, *Derecho divino y persona física en el Ordenamiento canónico*, pp. 246-247.

«En defecto de norma expresa del Código relativa a la noción de persona física en Derecho canónico, la respuesta a la cuestión planteada se encuentra en aquellos cánones que reconocen al no bautizado diversas manifestaciones de capacidad jurídica y de obrar en el ámbito jurídico de la Iglesia. De ellos se deduce que toda persona humana, incluso en *nasciturus* (cc. 864 y 871), es persona física en el Derecho canónico, aunque sólo por el bautismo adquiere la condición constitucional de fiel», FERRER ORTIZ, Javier, *Los sujetos del Ordenamiento canónico*, p. 159.

⁶³⁴ He preferido poner el texto completo del planteamiento de Ferrer Ortiz: «El siguiente paso consiste en determinar precisamente en qué medida la persona física está capacitada para asumir esas funciones: si le corresponden a todo hombre, o si se exige la concurrencia de unas determinadas circunstancias. Para resolver este interrogante es preciso distinguir entre la capacidad natural para ser sujeto de derecho, que el canónico como ordenamiento respetuoso con el Derecho natural reconoce a la persona humana, y la determinación y especificación de esa capacidad genérica, propia de toda persona, que incumbe regular al Derecho canónico positivo; del mismo modo que entra dentro de las competencias del Derecho positivo de cada ordenamiento establecer a quiénes y en qué circunstancias reconoce como sujetos activos y pasivos del mismo (Molano). En consecuencia, podemos considerar la condición de sujeto del ordenamiento jurídico de la Iglesia en un doble sentido: como capacidad genérica o

ciencia jurídica en su conjunto –no sólo al Derecho canónico–, dicho reconocimiento ha sido requerido por las legislaciones estatales para apoyar la distinción de Derecho público entre nacionales y extranjeros; consecuentemente, los Estados han reconocido el conjunto completo de derechos y deberes a sus nacionales, y sólo algunos –aquellos derechos y deberes que exige la dignidad de la naturaleza humana– a los extranjeros. De forma análoga, el Derecho canónico vendría a reconocer a los no bautizados algunos derechos que en su conjunto pertenecerían a los bautizados, basándose precisamente en las exigencias de la misma persona humana.

Ferrer Ortiz expone del siguiente modo la solución al interrogante del sujeto *in iure canonico*: «Toda persona humana (...) es persona física en Derecho canónico, aunque sólo por el bautismo adquiere la condición constitucional de fiel, mediante la que obtiene la titularidad de todos los derechos y deberes fundamentales, de modo semejante a como por el hecho de haber nacido en un país determinado, o fuera de éste, de padre o madre nacionales de aquél, o cumpliendo alguna otra circunstancia establecida por el Derecho, se adquiere la condición de ciudadano con los derechos y deberes fundamentales que consagra para ellos la Constitución del Estado y permite distinguir a los nacionales de los extranjeros por su diferente capacidad jurídica y de obrar»⁶³⁵.

aptitud potencial para llegar a ser protagonista de la dinámica jurídica y titular de situaciones activas y pasivas, que se predica de toda persona física; y como capacidad determinada y concreta de ser titular *in actu* de derechos, obligaciones, etc., y sujeto activo de derecho, que sólo es propia de la persona física que reúna determinadas circunstancias establecidas por el Derecho canónico», *Ibidem*, p. 155.

«Ninguno de ellos [se refiere a los autores que identifican persona en el Derecho canónico con bautizado católico] niega que el no bautizado sea persona según el Derecho natural ni que esta personalidad tenga efectos, si bien muy limitados, ante el Derecho canónico», LOMBARDÍA, Pedro, *Lecciones de Derecho canónico. Introducción. Derecho constitucional. Parte General*, p. 136.

⁶³⁵ FERRER ORTIZ, Javier, *Los sujetos del Ordenamiento canónico*, p. 159. También se refiere a ello Martín de Agar: «La diferencia entre fieles y no bautizados se puede comparar a aquella que existe entre ciudadanos de un país y extranjeros: todos son

El traslado del esquema publicístico estatal al ámbito de la persona en el Derecho canónico ofrece una explicación de la existencia de dos grupos de personas diferenciados, cada uno con sus derechos y deberes correspondientes. Pero es una respuesta análoga, por lo que los binomios nacional-extranjero y católico-no bautizado no son idénticos. Examinada la propuesta desde el realismo jurídico, en mi opinión, se ponen de manifiesto los siguientes límites: a) Si bien el Derecho natural es el fundamento para el reconocimiento legal de algunos derechos y deberes a los extranjeros, también es cierto que muchos de ellos pueden estar justificados únicamente por el Derecho positivo, y en este sentido pueden aumentar o disminuir, de modo que el Estado decida hacer partícipes a los extranjeros de unos derechos que, hasta entonces y sin vulnerar la naturaleza humana, no les atribuía (piénsese en las modificaciones de los requisitos para adquirir la nacionalidad, del acceso a los servicios sociales, etc.). Esto no ocurre en el Derecho canónico, que no puede discrecionalmente –por el sólo Derecho positivo– atribuir o restringir derechos a los no bautizados. b) Lo anterior se debe al distinto criterio utilizado en la diferenciación de los grupos. En el primer caso son fronteras territoriales y, por lo tanto, tiene un carácter más permeable a las circunstancias, con el correspondiente reflejo en las reformas del Derecho positivo. Pero en el caso de los católicos y no bautizados, el criterio se sitúa en el orden del ser, y por eso el Derecho positivo no es voluble a las circunstancias históricas en este aspecto.

3) Y por último, se reconoce indirectamente como sujeto de derecho al no bautizado en el canon 99 CIC de 1917 y en el canon 113 § 2 CIC de 1983 cuando se menciona la persona física: «En la Iglesia, además de personas físicas (...)».

sujetos de derechos, pero sólo los primeros tienen los derechos y deberes propios de los ciudadanos. Los no bautizados no pertenecen a la Iglesia y, por tanto, no están sujetos a sus leyes, lo cual no significa que no sean sujetos de derechos y deberes canónicos, en la medida en que se relacionen con la sociedad eclesial», MARTÍN DE AGAR, José Tomás, *Introducción al Derecho canónico*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 43.

Ciertamente, la persona física es sinónimo del sujeto de derecho; pero cuando el Código se refiere al bautizado como sujeto de derecho, utiliza la palabra «*christifideles*» (c. 204 CIC de 1983) o «*persona in Ecclesia*» (c. 96 CIC de 1983). Por lo que, el empleo de la locución «*personas physicas*» (c. 113 § 2 CIC de 1983) significa la intención de incluir en la categoría de sujeto de derecho también a los ‘no bautizados’. Podríamos afirmar que es el único reconocimiento expreso que existe en los cánones del Código (tanto en el de 1917 como en el de 1983), aunque sea de forma indirecta, si bien no era estrictamente necesario porque la ‘vigencia’ en el Derecho de la Iglesia no se reduce a la mera positivación de las normas –el Derecho natural, por ejemplo–.

A continuación reproduzco el texto clave en donde Lombardía explica, que el término «persona física» del antiguo canon 99 CIC de 1917, cuya expresión es repetida en el actual canon 113 § 2 CIC de 1983, se refiere también al ‘no bautizado’ como sujeto de derecho: «La teoría general del Derecho canónico, para explicar adecuadamente todas las normas de Derecho divino y humano, referentes a los sujetos del ordenamiento, necesita otro concepto (además del de persona *in Ecclesia Christi* a que alude el c. 87) que exprese la proyección jurídica de la persona humana en el Derecho de la Iglesia. Este concepto no puede ser otro que el de *persona physica*, al que alude el legislador en el c. 99, contraponiéndolo al de persona moral. El concepto de *persona physica in iure canonico* no puede confundirse con el de *persona in Ecclesia Christi*, ya que el primero es extensivo a todos los hombres y tiene su fundamental manifestación en la *capacidad* de tener derechos y deberes reconocidos y tutelados por el ordenamiento, y el segundo sólo es aplicable a los bautizados y tiene como fundamentales consecuencias la titularidad de los deberes propios de la condición de súbdito de la Iglesia y los derechos que se derivan inmediatamente de ser miembro de la misma. La capacidad de derechos y deberes que tienen las personas físicas no puede confundirse con una efectiva titularidad más que en el caso de los derechos fundamentales que corresponden a todo hombre *ad*

animam salutem; en los demás casos sólo habrá una efectiva titularidad cuando los derechos y deberes sean positivamente reconocidos por las normas canónicas, de acuerdo con la específica situación del sujeto en relación con el fin y la potestad de la Iglesia»⁶³⁶.

Después de ver estos tres niveles o vías de reconocimiento como sujeto de derecho al ‘no bautizado’ en el Ordenamiento canónico, y admitida esta conclusión, aún surge una pregunta que, a mi modo de ver, es difícil de responder: ¿cómo dar cuenta de esa diferencia en la personalidad entre el ‘no bautizado’ y el ‘bautizado’ sin romper su unidad, es decir, sin constituir dos personalidades diversas y separadas? Puesto que existe todo un conjunto de derechos y deberes «propios de los cristianos» (c. 96 CIC de 1983), es evidente que existe también un plus de personalidad, o si se prefiere, una expansión o crecimiento del sujeto de derecho que necesariamente sólo puede tener su origen en quien es la fuente de la personalidad natural que interviene en la historia mediante el bautismo aportando una novedad en esa persona; pero sin que dicha novedad venga a constituir una personalidad dentro de otra personalidad; y mucho menos, sin que suponga destruir la personalidad primeramente creada cuando se recibe el bautismo.

Así pues, siendo como es autónoma la ciencia canónica en la ciencia jurídica, eso no significa que requiera para justificar su existencia de un hombre totalmente nuevo, distinto y separado del hombre creado, como una especie de sujeto de derecho propio y específico: esto no es realismo jurídico porque no existe esa realidad; y además, semejante interpretación es ajena a la doctrina de todos los tiempos. Los debates de los canonistas, en este punto, creo que obedecen a que la Teología no ha

⁶³⁶ LOMBARDÍA, Pedro, *Derecho divino y persona física en el Ordenamiento canónico*, pp. 252-253. Aunque es larga la cita, he preferido introducirla en el cuerpo por su relevancia.

resuelto del todo dicha cuestión, y por ello, resulta difícil estructurar jurídicamente una realidad poco explicitada teológicamente⁶³⁷.

Efectivamente, la enseñanza teológica sintetizada en la frase «la gracia no destruye la naturaleza sino que la perfecciona», conlleva una serie de conclusiones nada fáciles de exponer⁶³⁸. En mi opinión, los

⁶³⁷ En el contexto de la relación del Derecho canónico con los no bautizados, Del Portillo señala lo siguiente: «La necesidad que tenemos de volver a pensar, afrontándolo con una visión post-conciliar, el tema del ámbito del ordenamiento canónico», DEL PORTILLO, Álvaro, *Fieles y laicos en la Iglesia*, Eunsa, Pamplona, 1969, pp. 291-292. Y un poco más adelante sostiene: «Que –aunque sea en forma imprecisa e insuficiente– el Derecho Canónico actual no se limita a un ámbito cerrado de relaciones internas de la Iglesia, sino que se despliega en una apertura a todos los hombres, que tiene una doble manifestación: a) la norma canónica no sólo reconoce derechos y deberes de los fieles sino que organiza jurídicamente los cauces de acercamiento de los que están fuera (...). b) Que la Jerarquía está jurídicamente organizada para tender a la atención espiritual de toda la humanidad en orden al mandato de Cristo de predicar y bautizar», *Ibidem*, 296. La imprecisión que menciona el autor en este último texto se refiere al concepto de *Ecclesia*, en cuya definición se incluye su relación con el mundo; más aún, acude a varios textos del CV II –p.e. “todos los hombres están llamados a esta unidad católica del Pueblo de Dios” (LG 13)– que sugieren una ‘cierta’ pertenencia de todos los hombres a la *Ecclesia*, lo que supondría ‘repensar’ el concepto a la luz del CV II, cfr. *Ibidem*, pp. 288-297. Para Del Portillo, el lugar del reconocimiento de la personalidad *in iure canonico* se encontraría en la expresión *persona in Ecclesia Christi* (c. 87 CIC de 1917), siempre que el término *Ecclesia* sea interpretado con las claves del CV II que antes mencionaba; llega a afirmar que «cada vez se duda más, en efecto, de que la expresión *persona in Ecclesia Christi* del c. 87 del actual Código [de 1917], deba ser identificada sin más con el concepto de persona física en el Derecho canónico o, lo que es lo mismo, de personalidad ante el Derecho canónico», *Ibidem*, pp. 298-299.

Como se ve hay una falta de clarificación teológica en el fondo, que en mi opinión es un trasunto dependiente e inseparable de la cuestión sobre el hombre y la relación que en él se da entre lo natural y lo sobrenatural. En este caso la falta de claridad no es sólo teológica sino primeramente filosófica. Creo que la aportación de Polo en la Filosofía y de De Lubac en la Teología abren horizontes que permiten repensar estas cuestiones nucleares. Veremos alguna referencia a estos autores más adelante.

⁶³⁸ «Si para el mensaje cristiano es esencial no ser doctrina esotérica secreta para un círculo rigurosamente limitado de iniciados, sino mensaje de Dios a todos, entonces le es también esencial la interpretación hacia afuera, dentro del lenguaje general de la razón humana. La verdadera exigencia de la fe cristiana no puede hacerse visible en su magnitud y en su seriedad, sino por este guión con aquello que el hombre ya de

estudios de Henri de Lubac sobre el *surnaturel*⁶³⁹ arrojan luz para plantear adecuadamente esta cuestión que atraviesa la Historia de la Teología con unas discusiones tan encendidas como rigurosas sin parangón en otros aspectos de la fe⁶⁴⁰. No es este el lugar para la exposición teológica del tema porque requeriría de un estudio más profundo por mi parte⁶⁴¹, pero dejaré apuntado lo que puede ser una solución sobre la persona *in iure canonico*⁶⁴².

antemano ha captado en alguna forma como lo absoluto», RATZINGER, Joseph, *El Dios de la fe y el Dios de los filósofos*, Ed. Encuentro, Madrid, 2006, pp. 29-30.

«La Teología crece siempre en un contexto de pensamiento, impulsada por las necesidades de cada época y escogiendo los instrumentos intelectuales de carácter filosófico que le permiten expresarse y responder mejor a las cuestiones planteadas», LORDA, Juan Luis, *Antropología cristiana. Del Concilio Vaticano II a Juan Pablo II*, Ed. Palabra, 3ª ed., Madrid, 1996, p. 15.

Que una parte de la fe sea más o menos difícil de exponer, no significa que pertenezca más o menos al Misterio de Dios, sino que ha sido más o menos explicitada, más o menos verbalizada con claridad podríamos decir. En este aspecto existe una evolución creciente que siempre ha venido propiciada por un avance en los conceptos filosóficos.

⁶³⁹ DE LUBAC, Henri, *Surnaturel (Étude Historique)*, Ed. Aubier, París, 1946; IDEM, *El Misterio del sobrenatural*, Ed. Encuentro, Madrid, 1991.

⁶⁴⁰ En España ha sido estudiado por Lorda, que en su obra *La Gracia de Dios*, tiene en cuenta las aportaciones del que es uno de los grandes teólogos del Concilio Vaticano II en el anexo titulado «Natural y sobrenatural», LORDA, Juan Luis, *La Gracia de Dios*, Ed. Palabra, 2ª ed., Madrid, 2004, pp. 331-358.

⁶⁴¹ El ‘sobrenatural’ es un tema que forma parte de la Historia de la Teología. Se refiere en concreto a la realidad de la ‘naturaleza’ y de la ‘gracia’ y a las relaciones entre ambas en el hombre. Al siglo XX había llegado un modo de entender esta relación aparentemente sencillo pero imperfecto: existían dos órdenes, el natural y el sobrenatural, cada uno con sus fines propios; el fin natural es el propio de la ‘naturaleza’ del hombre, y el fin sobrenatural es el que recibe de Dios por la ‘gracia’. Pero De Lubac replanteará la cuestión, retomando una idea de Santo Tomás de Aquino que Cayetano había difundido de forma mal interpretada: ‘el deseo natural de Dios’ que posee el hombre (*Contra Gentes*, III, capítulos 50 a 57; *Summa Theologiae*, I-II, qq. 2, a. 5), que le hace concluir al teólogo francés que el fin ‘natural’ del hombre es Dios mismo, por lo que la frontera entre los dos órdenes quedaba desdibujada, ya que el fin del hombre es único y el mismo, tanto desde la naturaleza como desde la gracia; esto era posible porque no existía una separación entre ellas (naturaleza y gracia), sino una unidad sin mezcla, ya que en el origen de una y otra se encuentra el mismo Dios. Esta postura del teólogo francés que está en su libro *Surnaturel* causó bastante revuelo en una teología escolástica que veía removerse los fundamentos de la teología católica;

En mi opinión, sólo existe una personalidad jurídica, un solo sujeto de derecho, el mismo y único para toda la ciencia jurídica. Esto se apoya en el Derecho divino natural, y no debería haber problemas en entenderlo como vigente de modo directo en el Ordenamiento canónico siempre que no se caiga en el error de identificar Código y Derecho. Pero a la vez, hay que admitir que existe una persona en camino de

de hecho, la encíclica *Humani generis* (1950) de Pío XII, sin entrar directamente en la cuestión, hacía una corrección a la propuesta de De Lubac: «Otros destruyen la gratuidad del orden sobrenatural, cuando pretenden que Dios no podría crear seres dotados de inteligencia sin ordenarlos y llamarlos a la visión beatífica» (Dezinger, 2318). De Lubac aceptó totalmente la encíclica, aunque continuó aclarando (en *El Misterio de lo sobrenatural*) que él se refería a la actual condición humana creada, no a que Dios no hubiera podido crear seres inteligentes sin destinarlos a Él. Las sospechas sobre De Lubac se desvanecieron cuando fue llamado como perito del Concilio Vaticano II y creado cardenal por Juan Pablo II, y cuando en la Constitución Dogmática *Gaudium et Spes* del Concilio Vaticano II se rescataba una verdad que estaba presente en los Padres de la Iglesia y en Santo Tomás de Aquino: «La vocación última del hombre es realmente una sola, es decir, la vocación divina» (GS, 22). Esta idea vendrá explicada en el núm. 27 del Catecismo de la Iglesia Católica: «El deseo de Dios está inscrito en el corazón del hombre, porque el hombre ha sido creado por Dios y para Dios; y Dios no cesa de atraer al hombre hacia sí, y solo en Dios encontrará el hombre la verdad y la dicha que no cesa de buscar».

En este debate se mueve el ‘existencial sobrenatural’ de Rahner donde formula la noción de ‘cristianos anónimos’ con la que designa que el hombre está hecho para Dios ya en su ‘naturaleza’, que sería como el molde que anticipa lo que a Dios le falta por completar en el hombre, y que vendría rellenado en la historia por la Revelación y Salvación de Jesucristo; la libertad de Dios en la Revelación se oscurece ya que en cierto modo estaría en negativo en la misma naturaleza creada. Lo sobrenatural en este sentido no sería estrictamente una novedad, sino que estaría a modo de figura hueca en la naturaleza, de ahí lo de ‘cristianos anónimos’. Esta postura es considerada hoy inadecuada para expresar el deseo natural de Dios (De Aquino) y su único fin sobrenatural (De Lubac).

Para este resumen he tenido delante el anexo de Lorda, autor que en España ha estudiado esta cuestión comentándola incluso personalmente con el mismo teólogo francés.

⁶⁴² Volviendo a la propuesta de De Lubac, que el Magisterio expresará con claridad apoyándose en los Padres de la Iglesia y en los teólogos más importantes de la Historia de la Iglesia, queda apuntada una solución en la Antropología teológica sobre la unidad en el hombre de su naturaleza y de la gracia, o si se quiere, sobre la continuidad entre la Creación y la Salvación del hombre. Esta idea puede ser fecunda para el tema de la persona *in iure canonico*, que conforme al realismo jurídico, no podrá ser distinta de la persona real tal y como la Teología la entiende.

completarse (denominada ‘imagen y semejanza de Dios’) y otra acabada (que es el ‘hijo de Dios por el bautismo’); pero no llegan a constituir dos personas separadas o distintas. El bautismo no crea una nueva persona, sino que aporta una novedad a la persona creada de modo que ésta llega a su plenitud constitutiva⁶⁴³. El no bautizado sería persona y, en consecuencia, tendría la única personalidad que existe y sería sujeto de derecho ante cualquier Ordenamiento, también el canónico. Pero es una personalidad que está en *statu viatoris*, en camino de alcanzar una plenitud que sólo podría recibir del mismo que la creó⁶⁴⁴. Esa intervención de Dios por medio del bautismo en la historia de una persona vendría, no a crear una personalidad distinta, sino a completar la

⁶⁴³ Se ha planteado en la historia de la reflexión teológica si sería necesaria la Encarnación si Adán no hubiera pecado. Santo Tomás dirá que es el medio más conveniente y mejor, y que Dios habría podido encarnarse aún sin el pecado (cfr. S. Th. III, q. 1, a. 3). Pero lo que la Teología no ha puesto en duda es que, bien por la Encarnación o por otro medio, el hombre carecía de la plenitud que de hecho ha recibido en la historia por medio de la Encarnación de Jesucristo y su Misterio Pascual (cfr. S. Th. q. 1 a. 6) y que recibe por el Bautismo. El primer hombre empieza a ser creado con Adán, y concluye con Cristo. La participación de los hombres en Cristo proviene de la naturaleza y de la gracia del Bautismo, alcanzando así la plenitud humana.

⁶⁴⁴ «Toda la naturaleza es fruto de la creación de Dios y responde a las leyes que Dios ha inserto en ella. Según nos relata el Génesis, Dios creó el mundo y al hombre. El primer hombre fue destinado a la amistad de Dios y recibió, además de su naturaleza, los dones de Dios (gracia). Tras el pecado humano, Dios ha intervenido en la historia para revelarse y salvar al mundo, culminando en el misterio de la Encarnación de Cristo, en el Misterio Pascual y en Pentecostés. A través de estos misterios realizados en la historia (y, por lo tanto, libres), se han derramado los dones de Dios para todos los hombres: todos están llamados a ser hijos de Dios, con el “admirable intercambio” del misterio de la Encarnación; todos están llamados también a participar en el Misterio Pascual para ser salvados del pecado; y a recibir el Espíritu Santo que los transforma interiormente, los incorpora a la Iglesia y es prenda de resurrección. Así, junto a los dones de la naturaleza, que vienen de la creación, hay en el mundo unos dones de la gracia que se han dado en la historia y que nos llegan de Cristo, por la acción del Espíritu Santo, a través de cauces visibles y ordinarios (los sacramentos), y por cauces invisibles y extraordinarios que solo Dios conoce. (...). La distinción entre naturaleza y gracia se resuelve en la distinción entre lo que Dios da en la creación (naturaleza) y lo que da en la historia de la salvación (gracia)», LORDA, Juan Luis, *La Gracia de Dios*, p. 357.

que ya tenía llevándola a su plenitud. Este plus en la personalidad explica que el único y mismo sujeto de derecho tenga en el Ordenamiento canónico un plus de derechos y deberes de los que carece de momento el no bautizado pero respecto a los cuales está llamado.

En esta dirección está Lombardía, que llegó a plantear la solución de otro modo: hablando de una personalidad *in iure canonico* y de una personalidad *in iure Ecclessia*, ofreciendo así una vía para el reconocimiento de la personalidad a los no bautizados en el Ordenamiento canónico. El canon 87 CIC de 1917 no se refería a la primera, sino a la segunda.

El texto que transcribo contiene resumidamente su pensamiento nuclear: «Para la mayoría de los autores, el citado canon [c. 87] señala un requisito para la capacidad de adquirir cualquier derecho, cuando en realidad a lo que se refiere es al modo de obtener la efectiva titularidad de unos derechos fundamentales. (...). El c. 87 no habla de *persona in iure canonico* sino de *persona in Ecclesia Christi*, y no se refiere a la capacidad de adquirir todos los derechos y obligaciones que reconocen las normas canónicas, sino que trata de la titularidad efectiva de todos los derechos y obligaciones fundamentales que se derivan inmediatamente de la condición de cristiano. El c. 87 no es, por tanto, una atribución de capacidad jurídica en el ordenamiento canónico, sino una solemne afirmación de los derechos y obligaciones fundamentales del cristiano»⁶⁴⁵.

Un breve comentario al respecto. Lombardía distingue los dos niveles propios de la capacidad jurídica: por un lado la aptitud general, como primera manifestación de la personalidad, y por otro lado la titularidad como «tenencia efectiva» del conjunto de derechos y deberes concretos que se poseen. Pues bien, Lombardía no admite que el canon

⁶⁴⁵ LOMBARDÍA, Pedro, *Derecho divino y persona física en el Ordenamiento canónico*, p. 236.

87 se refiera a la primera, a la aptitud general a ser titular de derechos y deberes, pues eso haría que sujeto de derecho y bautizado fueran absolutamente sinónimos, y por lo tanto se estuviera negando personalidad jurídica a los no bautizados. Para Lombardía el canon 87 se referiría al ‘aumento’ de personalidad y capacidad jurídica que conlleva el bautismo, sin que dicho canon pretenda negar la personalidad a nadie. Más adelante, insiste: «Es necesario tener muy presente que lo que se afirma en este canon [c. 87] no hace referencia a la capacidad de tener derechos y obligaciones *in iure canonico*, sino a la efectiva titularidad de los específicos derechos y deberes que se derivan de la condición de cristiano»⁶⁴⁶. Valga la repetición.

El estado de la cuestión en la Teología era delicado en el momento en que Lombardía escribía, lo que le hizo no detenerse en algunas de las dudas iniciales que la obra de Henri De Lubac había suscitado en la Iglesia⁶⁴⁷. Personalmente, la aportación de Lombardía me parece de una importancia vital, pues fue una de las voces que mantuvo la tensión doctrinal del sujeto de derecho en el Ordenamiento canónico con acertadísimas reflexiones, aunque el estado actual de la Teología no le permitiera plantear como solución la personalidad única en el Derecho, entendida como realidad compleja, donde las distinciones no vienen a constituir sendos sujetos de derecho de modo cumulativo o yuxtapuesto, sino un único sujeto de derecho en crecimiento hacia una plenitud que sólo se puede recibir del autor de la persona: Dios. Quizá por eso el canon 96 utilice la expresión «se constituye persona», no porque sea una concesión del Ordenamiento canónico, sino para reflejar que es un don recibido gratuitamente en la Iglesia por Dios, «por quien todo se ha hecho».

⁶⁴⁶ *Ibidem*, p. 240.

⁶⁴⁷ El autor matizaría posteriormente su propuesta inicial, en concreto, en la obra *El Misterio del sobrenatural* que ha sido citada. Años después del Concilio la propuesta del teólogo francés es aceptada pacíficamente.

Resumiendo, el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los cristianos no se apoya en un sujeto de derecho específicamente canónico, sino en el plus de personalidad que el bautismo conlleva, pero dejando inalterada la personalidad jurídica no sólo de los bautizados, sino también de los no bautizados.

Pero, dicho lo anterior, aún queda por dar cuenta razonada de la distinta «condición de cada uno» que existe entre los bautizados. Si hasta aquí hemos visto el motivo de la diversidad en los derechos y deberes de los cristianos con respecto a los no bautizados, ahora nos detendremos en los motivos que justifican la diversidad en los derechos y deberes entre los mismos cristianos⁶⁴⁸. Esta diversidad, obviamente, no obedece a una diferencia en el ‘aumento’ de personalidad, y no contradice la radical igualdad de todos los cristianos como sujetos de derecho plenos (acabados, «constituidos» por Dios) en el Ordenamiento canónico. En consecuencia, ahora la diversidad nace, no del ser del cristiano, sino de la misión que tenga: esos derechos y deberes surgen de la función eclesial, eso sí, concebida con una profundidad vital en tanto que nace de la vocación personal de cada cristiano, y que ayudan a concretar y delimitar ese conjunto de derechos y deberes específicos que a un bautizado determinado le corresponden⁶⁴⁹. Además, tal como ha

⁶⁴⁸ Canon 107 CIC de 1917: «Por institución divina, hay en la Iglesia clérigos distintos de los laicos, aunque no todos los clérigos sean de institución divina; mas unos y otros pueden ser religiosos».

Canon 207 CIC de 1983: «§ 1. Por institución divina, entre los fieles hay en la Iglesia ministros sagrados, que en el derecho se denominan también clérigos; los demás se denominan laicos. § 2. En estos dos grupos hay fieles que, por la profesión de los consejos evangélicos mediante votos u otros vínculos sagrados, reconocidos y sancionados por la Iglesia, se consagran a Dios según la manera peculiar que les es propia y contribuyen a la misión salvífica de la Iglesia; su estado, aunque no afecta a la estructura jerárquica de la Iglesia, pertenece, sin embargo, a la vida y santidad de la misma».

⁶⁴⁹ «Estas tres categorías (clérigos, laicos y religiosos) se caracterizan como es obvio, por sus específicos derechos y deberes; pero planteando la cuestión en una consideración más profunda podemos afirmar que estamos ante tres distintas ‘vocaciones’ (misiones eclesiales), cuyas características y significación explican la

hecho ver sabiamente Lombardía, la diferente regulación entre las distintas ‘condiciones jurídicas’ encuentra su motivo más remoto en las relaciones entre el Ordenamiento secular y el Ordenamiento canónico⁶⁵⁰, que hace que la regulación jurídica de la condición de cada cristiano sea necesariamente diversa por la distinta función que ambos desempeñan y que las relaciones entre ambos Ordenamientos tienen en cuenta como es lógico.

C. ¿STATUS CANÓNICO?

En cualquier caso, partiendo de la diversidad entre los fieles a que se refiere la «condición de cada uno» sin que la igualdad se vea afectada (cc. 96, 204 y 208), podemos hacernos las preguntas que la doctrina canónica se ha planteado al igual que lo hacía la doctrina civil: ¿existe un ‘status canónico’ al modo del estado civil?; ¿la «condición de cada uno» es sinónimo de *status* canónico?; ¿de existir, afectaría a la capacidad jurídica o a la capacidad de obrar? Como era un tema discutido en el ámbito teórico como vimos, considero necesario formular igualmente aquí algunas aclaraciones para despejar lo más posible la comprensión de la edad legal en el Derecho canónico. Es preciso

variedad de derechos y deberes», LOMBARDÍA, Pedro, *El estatuto personal en el Ordenamiento canónico. Fundamentos doctrinales*, p. 41.

«El principio de diversidad radicado en el bautismo debe traducirse en sede jurídica constitucional por *condición jurídica*. En otras palabras, el seguimiento de las distintas vocaciones personales o la respuesta a los carismas del Espíritu Santo darán lugar a distintas *condiciones jurídicas* –laical, religiosa– derivadas de la propia condición constitucional de fiel», FORNÉS, Juan, *La noción de «status» en Derecho canónico*, pp. 320-321.

⁶⁵⁰ Lombardía hace notar, que la distinta regulación canónica de los derechos y deberes de cada grupo de fieles (clérigos, laicos y religiosos) tiene una causa remota: «El modo más claro para advertir la distinción, desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas concretas, es el estudio de las relaciones entre ordenamiento canónico y ordenamiento secular en la competencia para regular los derechos, deberes, capacidades y legitimaciones de carácter personal», LOMBARDÍA, Pedro, *El estatuto personal en el Ordenamiento canónico. Fundamentos doctrinales*, p. 48.

siempre recurrir a la teoría de la capacidad de obrar expuesta, más todavía si, como hemos dicho, es un asunto donde el Ordenamiento canónico no sólo asume la técnica iusprivatista sino que además hace varias remisiones a la ley civil.

Respecto a la primera pregunta planteada –si hay una asunción por parte del Derecho canónico de la teoría de los estados civiles–, la respuesta parece que ha de ser negativa, porque ya vimos las dificultades para señalar un concepto doctrinal o legal del estado civil después de la codificación que no sea un mero complemento de la dimensión social del sujeto de derecho. Desaparecido prácticamente del Derecho civil, tampoco existe en el Derecho canónico, si bien, tanto en uno como en otro, y tal y como hace ver Fornés, pueden existir influencias de los estados medievales en cuanto hacían referencia a los distintos estamentos sociales en la primera etapa codificadora⁶⁵¹.

⁶⁵¹ «El c. 107 del CIC de 1917, en efecto, era del siguiente tenor literal: ‘Por institución divina hay en la Iglesia clérigos distintos de los laicos, aunque no todos los clérigos sean de institución divina; pero unos y otros pueden ser religiosos’. Es decir, hacía una clasificación de las personas en la Iglesia sobre la base de los denominados estados canónicos cardinales (*status*), partiendo no de la igualdad radical de las personas en la Iglesia desde el punto de vista jurídico, sino de la distinta configuración de sus derechos y deberes según el grupo o clase (estamento, *status*) en que se encontraban insertas; esto es, sobre la base de la noción jurídica de persona que, en su momento, había resultado prevalente en la doctrina, tanto canónica como civil», FORNÉS, Juan, *Condición canónica de las personas*, p. 470.

«El concepto de estado difícilmente podía tener cabida en el Derecho canónico, pues la Iglesia no es, ni puede ser, una sociedad estamental. Sin embargo, el concepto de estado (el estado canónico de las personas) ha tenido un gran arraigo en el último siglo y medio (s. XVIII-XIX), precedido de su uso en siglos anteriores», HERVADA, Javier, *Prólogo* a FORNÉS, Juan, *La noción de «status» en Derecho canónico*, Eunsa, Pamplona, 1975, p. 14.

No existiría esa influencia en los primeros siglos del Cristianismo, tal y como habría recuperado el Concilio Vaticano II: «En los primeros siglos de vida del Cristianismo la noción romana de *status* no tiene relevancia en la doctrina canónica, por partir esta última del hecho indiscutido de la igualdad radical o básica de todos los cristianos. Todos –clérigos y laicos– son libres, son *cives Ecclesiae*, son, en una palabra, iguales en la línea de su condición jurídica personal», FORNÉS, Juan, *La noción de «status» en Derecho canónico*, p. 111.

Por lo tanto afrontamos la expresión que aquí nos interesa, «la condición de cada uno», con la misma pregunta que nos hacíamos en el ámbito civil: ¿pertenece a la capacidad jurídica, a la capacidad de obrar, o se trata de un concepto que remite a una realidad distinta de las designadas por los citados conceptos? La expresión es citada tres veces (cc. 96, 204 y 208), y en las tres aparece junto al sujeto de derecho para designar lo mismo: la diversidad en el punto de partida, es decir, en el conjunto de derechos y deberes que corresponde a cada uno (laicos, clérigos, religiosos), sin que la previa igualdad de los fieles quede

Hervada y Fornés ponen en duda la igualdad radical bajo el CIC de 1917:

«También en el Derecho canónico el concepto más propio de estado ha hecho crisis necesariamente, una vez que el principio de igualdad en lo que respecta a la condición de fiel ha sido puesto de relieve con la fuerza del magisterio solemne de la Iglesia. Si la enseñanza del II Concilio Vaticano ha obligado a los canonistas a estudiar con luz nueva la condición de fiel, no era posible que dejase de plantearse la revisión de la noción canónica de estado, noción que expresaba el principio, no de distinción o desigualdad de funciones y ministerios (aunque en ella intentase fundarse), sino el de desigualdad en la condición de persona (en la misma condición de fiel)», HERVADA, Javier, *Prólogo a La noción de «status» en Derecho canónico*, pp. 14-15.

En el siglo XIX «el concepto jurídico de persona se sitúa en un ámbito constitucional, público. No hay una única noción de persona, sino que existen tres clases de personas en la Iglesia de acuerdo con cada uno de los estamentos de que forman parte. Y no hay tampoco un estatuto jurídico básico —un conjunto de derechos y deberes común—», FORNÉS, Juan, *La noción de «status» en Derecho canónico*, p. 177.

Precisamente por su falta de realismo, el estado civil es el único concepto de la teoría de la capacidad que no encuentra reflejo alguno en el Derecho canónico. En mi opinión, la distinción en grupos sociales que llega al CIC de 1917 no obedecía tanto a la técnica jurídica de los estados civiles sino a la concepción de la Iglesia que en ese momento se tenía, que siendo verdadera podía no parecerlo por lo que todavía no se tenía a la vista; sin embargo, nunca se negó la igualdad radical de todos los fieles cristianos por el hecho del bautismo. En cualquier caso, si el Derecho giraba más en torno a la jerarquía (lo sigue haciendo por las razones apuntadas por Lombardía), veáse como un servicio de ésta a toda la Iglesia de la que todo bautizado formaba parte; si la regulación jurídica tenía como protagonista a los que habían recibido el sacramento del orden, veáse en ello una llamada a que la vida y libertad de los clérigos coincidiera con lo prescrito por su madre la Iglesia: ese era su servicio a todo el Pueblo de Dios, que se llevaba a cabo con las virtudes y defectos propios del ejercicio del poder en la sociedad de la época de la que participaba la Iglesia como sociedad externa. Como decía Lombardía, lo que no se puede evitar es que la Iglesia no sea coherente con la comprensión que tiene de sí misma en cada momento.

comprometida pues está garantizada por el concepto de sujeto de derecho.

Al acudir en este punto a la categoría de la capacidad jurídica en el ámbito civil, vimos cómo había evolucionado en el sentido de lograr una expresión aquilatada tanto de la igualdad como de la diversidad: igualdad en la dignidad y en la aptitud humana primordial a ser titular, y diversidad en la tenencia efectiva de los derechos y deberes. Luego, en un estadio posterior, y ya en el ámbito práctico, llegaba la capacidad de obrar, que se refería al ejercicio de los derechos y deberes, lógicamente, los que cada uno tuviera. Pues bien, de lo expuesto en este párrafo, ¿a qué equivale la «condición de cada uno»? Aquí los autores ofrecen varias soluciones que tienen su paralelismo en el ámbito civil⁶⁵². Los que hacen referencia a la dimensión social eclesiástica (los distintos grupos se identificarían con una distinta ‘condición’ y en ese sentido se pondría como modalización de la capacidad jurídica)⁶⁵³. Otro sector doctrinal lo identifica con una especie de ‘estatuto personal’ donde se agrupan todas las circunstancias que afectan a la persona (en este sentido, en el fondo sería equiparable al estado civil en sentido amplio propio de las Partidas [4, 23, 2], donde cabía cualquier circunstancia con relevancia jurídica,

⁶⁵² «Cuando los autores utilizan este término [*status*] y en los contados casos en que dan de modo expreso un concepto de *status* lo que hacen es, simplemente, importarlo de la ciencia jurídica civil», *Ibidem*, p. 211.

⁶⁵³ «Questa materia [el *status*] non viene trattata direttamente nel Libro I sulle norme generali, bensì nel secondo. Il Codice riconosce tre stati giuridici nella Chiesa: clericale, religioso e laicale. Ciascuno comporta diritti e doveri specifici, che determinano la capacità giuridica della persona», GARCÍA MARTÍN, Julio, *Le norme generali del Codex Iuris Canonici*, Edurcla, 3ª ed., Roma, 1999, pp. 340-341.

Esa expresión hace referencia a los tres grupos de fieles en la Iglesia: los fieles, los clérigos y los religiosos, que estructuraban en el CIC de 1917 las tres partes de las que se componía el libro II ‘De las personas’ (si bien en otro orden), lo cual implicaba la consideración de cada persona dentro de un grupo al que le era común un régimen jurídico específico. De este modo era atendida fundamentalmente la dimensión social de la persona en el Derecho canónico.

incluidas aquellas que afectan a la capacidad de obrar)⁶⁵⁴; pero incluso en este caso su valor jurídico se reduce a una función expositiva y

⁶⁵⁴ Definición de Juan Fornés: «Condición canónica, es decir, los reflejos en la vida personal de las exigencias que comporta el desempeño de una determinada función en la Iglesia y, en suma, el conjunto de circunstancias determinativas y modificativas de la capacidad de obrar de la persona (y cita como ejemplos las previstas en los cc. 96-112, 204 y 273 y ss., etc)», FORNÉS, Juan, *Condición canónica de las personas*, p. 468.

Fornés reconduce a la ‘condición de cada uno’ no sólo los tres grupos de ministro sagrado, fiel consagrado, fiel que ha contraído matrimonio, sino todas las limitaciones por una sanción legítima, el hecho de estar o no en comunión eclesiástica y también todo lo que se refiere a la capacidad de obrar, cfr. *Ibidem*, pp. 469-470, y cfr. IDEM, *Status personarum*, en *Diccionario General de Derecho Canónico. Volumen VII*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 403 y ss.

«Aunque la noción de *status* utilizada actualmente por el Derecho civil –con referencia por tanto al Derecho de la persona– sería en principio adecuada para designar también en el ordenamiento canónico aquellas condiciones o situaciones estables determinativas y modificativas de la capacidad –edad, domicilio, parentesco, enfermedad, rito, etc.–, sin embargo, en nuestra opinión, parece preferible conceptuar dichas circunstancias como condición jurídica, puesto que la utilización del término –y de la noción– de *status* puede inducir a confusión. En efecto, en el ámbito del Derecho de la persona se debe partir de la base de la igualdad radical. Y, como la utilización del término y del concepto de *status* conlleva en la mentalidad canónica habitual a pensar en la desigualdad constitucional en la condición de fiel –interpretación histórica del concepto de *status* en su versión constitucional–, parece preferible, a nuestro entender, calificar las diferencias actuales de capacidad como *condición jurídica*», IDEM, *La noción de «status» en Derecho canónico*, p. 322. No pasa de una cuestión terminológica, ya que se perpetúa la confusión que existe en el ámbito civil sobre los estados, aunque cambiando el nombre del problema y de la confusión.

«Los derechos y deberes de los cristianos se ejercen *teniendo en cuenta la condición de cada uno*. Esta expresión es nueva respecto a la legislación anterior e indica que la condición canónica no es igual para todos, sino que cada uno tiene su propia condición. Entre los bautizados existe una verdadera igualdad fundamental en la dignidad y una desigualdad en el obrar (c. 208). La condición de la persona está determinada en razón del sexo, de la edad, de la residencia, de la nacionalidad, de la familia, del rito y también del estado jurídico en la Iglesia, clérigos, laicos y miembros de institutos religiosos», GARCÍA MARTÍN, Julio, *Normas generales del Código de Derecho Canónico*, Edicep, Valencia, 2006, p. 294. Al igual que ocurría en el ámbito civil, a veces se entremezclan las causas que determinan o modifican la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

clarificadora⁶⁵⁵, recordando el valor sistemático que Ramos Chaparro destacaba en la función del estado civil⁶⁵⁶.

Antes de proseguir considero necesario tener en cuenta lo siguiente. Lo social, por decirlo de momento así, en el Derecho canónico es algo más que una dimensión, por muy esencial que sea a la naturaleza humana, y que para muchos civilistas (sobre todo italianos), constituiría la base del mantenimiento de los estados civiles como categoría jurídica en el ámbito de la capacidad, contrapesando así la dimensión marcadamente individual de los Códigos civiles. Pero no es este el punto de partida del Derecho canónico sino el de la ‘comunidad’⁶⁵⁷: siempre está presente no el hombre individualmente considerado, sino el

⁶⁵⁵ «Podemos concluir señalando que el estatuto personal viene a abarcar todas las disposiciones normativas que tienen por objeto principal y determinante regular el estado, la condición y capacidad de la persona», ROSSELL, Jaime, *Estatutos personales*, en *Diccionario General de Derecho Canónico. Volumen III*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 759-762.

Cita a Hervada al comentar el concepto propio del siglo XIX: «De este modo el estado tiene una doble significación: el de *coetus personarum* o grupo social (estamento) y el de estatuto personal –conjunto de derechos y deberes– que corresponde a cada uno de los miembros de los distintos estamentos. Es la sociedad desigual o estamental. Ni el concepto de *Status* o *societas inaequalis* (sociedad soberana e independiente, organizada como sociedad desigual o estamental), ni el de *status* o *Stand* (estamento y estatuto personal, según su doble sentido) son conceptos teológicos derivados de la contemplación del misterio de la Iglesia. Son conceptos jurídico-sociales tomados de la ciencia y de la organización jurídico-social de la sociedad civil y aplicados a la estructura social y externa de la Iglesia, sobre la base de verdades dogmáticas», FORNÉS, Juan, *La noción de «status» en Derecho canónico*, p. 211.

⁶⁵⁶ Cfr. RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, p. 91.

⁶⁵⁷ «La *communio* debe ser debidamente comprendida. Si es comunión es porque se trata de relaciones fundadas en la *caritas*, en el mutuo afecto, que implica vivir la unidad entre todos. Pero no es sólo amor o afecto. Lo explica suficientemente la Nota explicativa a la const. *Lumen Gentium*: “La comunión es una noción que fue tenida en gran honor en la Iglesia antigua, como hoy también sucede sobre todo en Oriente. Su sentido no es un vago afecto, sino una realidad orgánica, que exige forma jurídica y al mismo tiempo está animada por la caridad”. Así pues, es una realidad orgánica animada por el afecto y el amor, pero que exige forma jurídica», HERVADA, Javier, *Introducción al derecho canónico*, Eunsa, Pamplona, 2007, p. 23.

bautizado en comunión con Dios y con los demás cristianos. La comunión en el Derecho canónico es un elemento tan constitutivo del bautizado como lo es la individualidad⁶⁵⁸: «quiso Dios santificar y salvar a los hombres no individualmente sino constituirlos en un pueblo» (LG, 9)⁶⁵⁹, «el hombre se incorpora a la Iglesia y se constituye persona en ella» (c. 96), «se integran en el pueblo de Dios» (c. 204 § 1), «cooperan a la edificación del Cuerpo de Cristo» (c. 208), «obligados a observar siempre la comunión con la Iglesia» (c. 209 § 1). Además la rúbrica del Libro II se denomina *Del Pueblo de Dios* en el CIC de 1983, a diferencia del anterior que se llamaba *De las personas* (por la típica clasificación del Derecho secular en personas y cosas). Por todo ello, lo que estaba justificado en el ámbito civil, a saber, partir de un concepto de sujeto de derecho que incluyera esa dimensión social sin necesidad de acudir a los estados civiles al modo de los autores italianos, es casi obligado en el ámbito canónico porque la comunión es constitutiva del bautizado —«se constituye persona en ella [en la Iglesia de Cristo]» en expresión del canon 96 CIC de 1983—⁶⁶⁰.

Volviendo al tema, y dado que, como vimos, el estado civil es una noción oscura doctrinal y legalmente, no sería oportuno trasladarla al Derecho canónico, donde es incluso más difícil buscarle un acomodo en

⁶⁵⁸ «Así como en el orden natural los hombres están unidos entre sí por vínculos sociales, en virtud del principio de socialidad inherente a la naturaleza humana, en el orden salvífico los cristianos —hombres regenerados en Cristo— están relacionados entre sí por una connatural dimensión social. Se trata de una dimensión social ontológicamente inherente a la estructura de su ser cristiano. Por eso forman todos los cristianos esa unidad social que se conoce con el nombre de Iglesia», *Ibidem*, p. 15.

⁶⁵⁹ En el mismo número de la Constitución Dogmática del CVII se especifica: «Un pueblo de entre los judíos y gentiles que se condensara en unidad no según la carne, sino en el Espíritu, y constituyera un nuevo Pueblo de Dios».

⁶⁶⁰ Si algunos autores mantenían los estados civiles para referirse a una sociabilidad que los sujetos de derecho no incluirían, eso no ocurre, en mi opinión, en el Derecho canónico, donde la sociabilidad —*communio*— es algo tan íntimo al sujeto de derecho como la individualidad.

la teoría del sujeto de derecho y su capacidad⁶⁶¹. Además, la ausencia en el ámbito eclesiástico de una regulación tan técnica como la del Derecho registral civil contemporáneo, hace que el estado canónico no se pueda ni siquiera reconducir al concepto de estado civil que proponía en el capítulo primero: como protección jurídica especial mediante una prueba preconstituida en vistas a una hipotética controversia en la que estén comprometidas situaciones y circunstancias personales relevantes. No hay base legal para esta afirmación como sí existía en el Derecho civil.

Por lo tanto, y en continuidad con la doctrina y la codificación civil, creo que la «condición de cada uno» se identifica en el Derecho canónico con la capacidad jurídica, vista con esa esencial diversidad que respetaba la igualdad, es decir, como «tenencia efectiva» de los derechos y deberes de los que alguien es titular. La primera de las opciones (estado canónico como dimensión social eclesiástica) que proponían los autores me parece prescindible por lo dicho en su momento –la dimensión social la puede expresar el sujeto de derecho adecuadamente

⁶⁶¹ «El concepto ‘estado’, como noción que expresa la condición o condiciones jurídicas personales más básicas dentro de un ordenamiento jurídico, es, a la vez, de gran raigambre y de escasa precisión técnica. Son conocidos los esfuerzos de los autores por fijar sus notas y expresar su exacto significado, al tiempo que el escaso resultado de esos intentos, acompañado del paulatino y creciente desapego que la doctrina jurídica ha ido sintiendo por él. No pocos civilistas han propuesto el abandono del término, e incluso algunos canonistas, como Del Giudice, se hicieron eco de esta tendencia abandonista», HERVADA, Javier, *Prólogo a La noción de «status» en Derecho canónico*, p. 11.

«Es de notar por otra parte, que no se trata de una noción técnicamente elaborada por la doctrina canónica. (...). Quienes en verdad han elaborado científicamente el concepto han sido los romanistas, civilistas y iuspublicistas, aunque no siempre se muestren acordes en sus conclusiones. La doctrina canónica se ha limitado, en muchas ocasiones –concretamente en aquellas en que tiene un sentido técnico más preciso–, a recibir el concepto de los campos científicos citados», FORNÉS, Juan, *La noción de «status» en Derecho canónico*, pp. 18-19.

«A lo largo del recorrido histórico-doctrinal hemos podido comprobar que no existe un concepto homogéneo de *status*. Del mismo modo se puede asegurar que la noción que se puede entresacar de las disposiciones del *Codex* tampoco es unitaria, ni rigurosa», *Ibidem*, p. 215.

de modo más realista—. La segunda —como “cajón de sastre” de toda circunstancia con relevancia jurídica— es tan imprecisa como lo era en el ámbito civil; sus resultados se quedarían en meras satisfacciones teóricas sin repercusión práctica; y, además, se solaparía tantas veces con los conceptos de sujeto de derecho, capacidad jurídica y capacidad de obrar. Por todo ello, y ya que el Ordenamiento canónico es en este punto deudor de la técnica civil, considero adecuado mantener el orden teórico visto en el estudio de los conceptos; de este modo, una vez reconocido el sujeto de derecho (persona física, bautizado y no bautizado), corresponde hacer referencia a la titularidad de derechos y deberes, los que cada uno tenga (tenencia efectiva o condición jurídica de cada uno), para pasar en un momento posterior a la estructuración legal de la capacidad de obrar (edad legal) y, como ocurría en el ámbito civil, prescindir totalmente de la categoría del *status* en el Derecho de la persona y su capacidad.

Existen autores que relacionan la «condición de cada uno» y la capacidad de obrar. Creo que es una influencia de la doctrina de Federico de Castro de tanta repercusión en la ciencia jurídica española. Pero si tenemos en cuenta que no hay lugar a los ‘estados canónicos’ —al modo de los estados civiles *mutatis mutandis*— ni a su teoría en el Derecho de la Iglesia, no sería correcto trasladar en su conjunto el esquema del citado autor sustituyendo únicamente la palabra estado civil por «condición de cada uno», y entender referida a esta expresión lo que De Castro sostenía para aquélla. Si, además, el punto de partida es la ausencia de *status* por los motivos expuestos en el capítulo primero y segundo, no es posible asumir las conclusiones de Federico de Castro: si no existen *status*, no pueden tener un homólogo canónico, y por lo tanto no pueden determinar la capacidad de obrar⁶⁶².

⁶⁶² Además, los motivos que están en la génesis de la teoría de Federico de Castro nada tienen que ver con los *status* canónicos históricos o estamentos que llegan a las puertas de la primera codificación canónica (1917).

Así pues, concebir la ‘condición de cada uno’ al modo de un estado civil según lo interpretaba una parte de la doctrina española –además de por todo lo dicho en el ámbito civil, también por ser la menos realista–, creo que no se sostiene con rigor para la estructuración de la capacidad de obrar en el Derecho canónico⁶⁶³ que, como en toda legislación civilizada, se hace por medio de la edad legal (c. 97). Por lo tanto, siguiendo el mismo criterio que en el Código civil español, la edad legal será estudiada sin referencia a los *status* –porque en el Derecho canónico no existen, y en el Derecho civil son una especial protección–, ni a la «condición de cada uno» –es el nombre que en el ámbito canónico recibe la capacidad jurídica del ámbito civil–.

Examinemos a continuación el sistema normativo de la capacidad de obrar en el Derecho canónico, que no se identifica con el conjunto de derechos y deberes ni con su imputación a un sujeto (titularidad), sino que se refiere, al igual que en el Derecho civil, a la capacidad natural como requisito para la actividad jurídica⁶⁶⁴, para el ejercicio de los derechos y deberes que cada uno tenga.

⁶⁶³ Sorprende la postura de Fornés en este punto, que prácticamente hace un traslado acrítico de la noción de estado civil castriana, aunque cambiándole el nombre por ‘condición jurídica’, y que define como el «conjunto de circunstancias determinativas y modificativas de la capacidad de obrar de la persona física», FORNÉS, Juan, *Status personarum*, p. 405. Prefiero el estudio de la capacidad de obrar conforme a la teoría expuesta en el capítulo primero, que es también predominante en los civilistas, y de más precisión técnica que la teoría de los estados civiles. Ante la propuesta de Fornés, la pregunta sería la misma que entonces: ¿está la capacidad de obrar determinada por la capacidad natural o por la condición canónica? En su momento fue atendida la cuestión, y es aplicable aquí.

⁶⁶⁴ «La actividad jurídica sólo puede ser desarrollada por una persona humana, dotada de entendimiento y voluntad, que tenga la madurez de juicio necesaria para vincular y vincularse con sus manifestaciones de voluntad y esté en pleno uso de sus facultades intelectivas y volitivas», LOMBARDÍA, Pedro, *Lecciones de Derecho canónico. Introducción. Derecho constitucional. Parte General*, p. 133.

D. LA CAPACIDAD DE OBRAR EN EL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO DE 1983

1. *La edad legal como regla general: cánones 97 y 98*

En los cánones 97 y 98 CIC de 1983 se establece la capacidad de obrar general por medio de la edad, continuando en este sentido el hallazgo jurídico del Derecho romano, sintetizado por la doctrina y asumido en la codificación civil. La sistemática hasta ahora es perfecta: 1) sujeto de derecho; 2) capacidad jurídica; 3) capacidad de obrar. Es una plasmación codicial más sencilla que en la jurisdicción civil, donde el reconocimiento de la personalidad y la capacidad jurídica está implícito en el Código civil español y explícito en la jurisprudencia⁶⁶⁵ pero con un esquema idéntico: 1) sujeto de derecho; 2) capacidad jurídica; 3) capacidad de obrar.

En el régimen jurídico de la capacidad de obrar se distinguen siempre una regla general y las excepciones —estables o puntuales—, que son siempre para un sujeto concreto y/o para un acto determinado. La regla general son los cánones 97 y 98 (edad legal), y para las excepciones hay una remisión a las leyes civiles del país al que el bautizado pertenece. En la formulación legal de la capacidad de obrar general existen importantes diferencias entre el CIC de 1917 y el CIC de 1983, aunque en mi opinión, no llegan a ser tan grandes que configuren sistemas de capacidad de obrar distintos. Es importante que nos detengamos en este punto, con repercusiones en la capacidad de obrar matrimonial que no es posible analizar aquí.

⁶⁶⁵ Se puede considerar que está explícito en el nombre del capítulo Primero del Título II: *De las personas naturales*. En el Código civil: 1º) De las personas naturales (cap. I, del Tít. II, del Libro I llamado *De las personas*); 2º) Capacidad jurídica (está implícita en la personalidad civil); 3º) Estados civiles; 4º) Capacidad de obrar.

El CIC de 1917 recogía la regla general en los cánones 88 y 89 evitando ese corte radical entre mayoría y minoría de edad –tan denostado por la doctrina civil y por las últimas reformas legales del Código civil– mediante la edad intermedia de la pubertad legal. Se establecía la siguiente gradación:

- 1) Mayor de edad.
- 2) Menor de edad:
 - a) Pubertad legal.
 - b) Minoría de edad.

Téngase en cuenta que el púber es considerado menor, por lo que el canon 89, al hablar del ejercicio de los derechos, se refiere al mayor que es el que tiene la capacidad de obrar plena, mientras que los menores están sometidos a la patria potestad de los padres o a la tutela (hay una remisión al Derecho civil); por lo tanto, los menores no tienen capacidad de obrar plena como regla general.

A la vista de esto puede parecer inútil la referencia a la pubertad legal que hacía el CIC de 1917. A mi juicio, se mantiene en el CIC de 1983 por el peso de la tradición jurídica⁶⁶⁶, pero sobre todo para dar reconocimiento expreso y general a una edad intermedia entre la mayoría y la minoría de edad, bajo la cual se reunirían todos aquellos

⁶⁶⁶ Y en parte para dar cobertura legal, pero sin ser necesario, a la salvedad que hace el mismo canon 89: «Exceptuadas aquellas cosas en que el derecho [canónico] exime a los menores de la patria potestad». Una de las materias es la contemplada en el canon 1071.1,6º, que De Fuenmayor cita en sentido positivo como una de las situaciones en que por ley de derecho divino o eclesiástico el menor queda exento de la patria potestad o tutela: «El menor puede contraer matrimonio sin intervención de padres ni tutores (c. 1071.1,6º)», DE FUENMAYOR, Amadeo, *Comentario al c. 98, en Comentario exegetico al Código de Derecho canónico. Volumen I*, Eunsa, 3ª ed. actualizada, Pamplona, 2002, p. 726. En realidad son la mayor parte de las materias, estén o no codificadas.

supuestos en los que específicamente se exige la pubertad legal o la edad de 14 años.

El cuadro general de capacidad en el CIC de 1917 quedaba así:

1º) Mayores de edad (más de 21 años): capacidad de obrar general plena.

2º) Menores púberes (entre 12/14 y 21 años): capacidad de obrar especial —en materias concretas—.

3º) Menores *simpliciter* (entre 7 y 12/14 años): uso de razón.

4º) Menores infantes (menos de 7 años): nula capacidad de obrar.

Existe claridad sobre la capacidad de obrar plena de los mayores de edad y sobre la nula capacidad de obrar de los menores de 7 años. Pero, ¿cuál es la regla de la capacidad de obrar para los que tienen entre 7 y 21 años? Como mínimo la que se determine en la Parte especial, en cada materia concreta regulada por el Código, siempre que quiera establecer como capacidad de obrar una edad distinta a la mayoría de edad⁶⁶⁷. Pero, ¿hay algo más que decir sobre la capacidad de los mayores de 7 años al margen de las edades especiales previstas en el Código? Lo veremos más adelante, después de examinar el esquema del CIC de 1983, ya que se plantea el mismo problema.

En cuanto al CIC de 1983, la nota más llamativa es la supresión de la edad de la pubertad legal como capacidad semiplena general, optando porque sean las materias específicas las que determinen qué derechos y deberes concretos pueden realizar por sí mismos los menores de edad⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ Una de esas materias es el matrimonio, donde se menciona la pubertad legal en el canon 1082, pero al margen de la edad mínima para contraerlo. Conjugarse estas dos normas provocará muchas interpretaciones erróneas en los canonistas con propuestas que no consiguen escapar de la perplejidad. No tenemos tiempo aquí de abordar esta cuestión que además nos sacaría del tema.

⁶⁶⁸ «Supprimeretur autem in iure cognitio determinatio iuridica pubertatis. Revera in paucis casibus applicationem habuit norma Codicis, et non raro quaestio ponebatur a

Podría ser acertada esta opción en el sentido de permitir una mayor flexibilidad en las edades que se puedan fijar. Por lo que el cuadro general de capacidad recogido en los cánones 97 y 98 es el siguiente:

1º) Mayores de edad (más de 18 años): capacidad de obrar general plena.

2º) Menores entre 7 y 18 años: capacidad de obrar especial –en materias concretas–.

3º) Menores de 7 años: nula capacidad de obrar.

A pesar de haber suprimido la pubertad legal en la Parte general, la situación sigue siendo la misma que en el CIC de 1917 para los menores entre 7 y 18 años: tendrán capacidad de obrar cuando el Código establezca una edad diferente a la edad de la mayoría en las materias concretas de la Parte especial. Esa edad es habitualmente la de 14 años, a cuya edad los menores tienen derecho a elegir libremente bautizarse en la Iglesia latina o en otra Iglesia ritual autónoma (c. 111 § 2) y a volver al rito latino anterior (c. 112 § 1. 3º), pueden demandar y contestar por sí mismos sin el consentimiento de los padres o del tutor en las causas espirituales y las conexas a ellas (c. 1478 § 3)⁶⁶⁹, pueden ser admitidos como testigos (c. 1550 § 1), les obliga la ley de la abstinencia (c. 1252) y pueden contraer matrimonio las mujeres (c. 1083 § 1). Además se

commentatoribus utrum distinctio inter masculos et feminas, aetatem pubertatis quod attinet, servanda et applicanda esset», *Communicationes* 6, 1974, pp. 94-95.

La distinción en el sistema general de capacidad entre púberes e impúberes «non iam existit in Codicibus civilibus, in quibus –pro materiis in quibus momentum habere posset– statuuntur regulae speciales: ita matrimonio, pro subiectione legibus poenalibus, pro testamenti-factione», *Communicationes* 21, 1989, p. 36.

⁶⁶⁹ Según Carlo Gullo, «las causas espirituales o conexas son aquellas sobre las que la Iglesia tiene una potestad propia y exclusiva (1401 § 1º), es decir, según una doctrina consolidada, las causas matrimoniales, las de sagrada ordenación, las de profesión religiosa, y también las referentes a los beneficios y a los derechos de patronato donde todavía existan», GULLO, Carlo, *Comentario al c. 1478*, en *Comentario exegético al Código de Derecho canónico. Volumen IV/1*, Euns, 3ª ed. actualizada, Pamplona, 2002, p. 1034.

señalan los 16 años para ser padrino (c. 874 § 1. 2º), para quedar sujeto a alguna pena (c. 1323 § 1º)⁶⁷⁰ y para contraer matrimonio los varones (c. 1083 § 1); y 17 años para ser admitido al noviciado (c. 643 § 1. 1º).

Recapitulando, a los 14 años los menores tienen capacidad procesal en causas espirituales, a los 16 años capacidad delictual, y a los 14/16 años capacidad matrimonial. A ello hay que unir las previsiones concretas citadas y, más importante aún, aquellas situaciones jurídicas para las que *expresamente* se requiere ‘uso de razón’, que son las siguientes: para observar las normas sobre el bautismo (c. 852 § 1), la confirmación (c. 646), la primera comunión (c. 914), confesión de los pecados graves al menos una vez al año (c. 989), recibir la unción de los enfermos (c. 1004), contraer matrimonio (c. 1095. 1º). Como se ve, el uso de razón es el criterio de capacidad respecto a los sacramentos, es decir, el mínimo de madurez de juicio; si bien en el caso del matrimonio la regla es la misma, el mínimo acontece más tarde y así lo señala el impedimento de edad. En efecto, el canon 11 declara aplicables las leyes eclesiásticas a los que tengan un «uso de razón suficiente» y, si el derecho no dispone otra cosa, que hayan cumplido los 7 años.

Todo ello permite afirmar, sin necesidad de interpretaciones analógicas, que existe en el Derecho canónico una semicapacidad canónica reconocida a la persona de 16 años, que comprende una capacidad sacramental (incluida la capacidad matrimonial), una capacidad procesal, una capacidad delictual y algunas capacidades especiales⁶⁷¹. Esto bien hubiera merecido desde un punto de vista sistemático una norma con carácter general en los cánones de la capacidad de obrar, y disponer de ese modo en el esquema básico de la Parte general de una edad intermedia o de semicapacidad, tal y como

⁶⁷⁰ Aunque según el canon 1324 § 1. 4º, esa pena, si es un menor que ha cumplido los 16 años, se le debe atenuar o susituir por una penitencia.

⁶⁷¹ Estas capacidades las tiene la persona de 16 años, si bien, como hemos visto, algunas de ellas comparecen unos años antes de los 16.

existe en la codificación civil –la emancipación–, y que existía en el CIC de 1917 con la pubertad legal⁶⁷².

Además, el CIC de 1983, del mismo modo que cuando señala una edad inferior a la mayoría, también prevé en materias concretas una edad superior, por estimar que, determinadas situaciones jurídicas, requieren mayor grado de madurez: 21 años para la profesión religiosa perpetua (c. 658. 1º); 23 años para la recepción del diaconado (c. 1031 § 1); 25 años para la admisión al presbiterado (c. 1031 § 1), para la admisión al diaconado permanente de personas célibes (c. 1031 § 2) y para la incorporación perpetua o definitiva a un instituto secular (723 § 3); 30 años para ser nombrado vicario judicial (c. 1420 § 4); 35 años para el diaconado permanente de personas casadas (c. 1031 § 2) y para ser ordenado obispo (c. 378 § 1. 3º), etc.

La sistemática canónica de la capacidad de obrar general es sencilla y clara. Los conceptos fundamentales de la teoría se fijan sucesivamente: primero el sujeto de derecho, luego la capacidad jurídica y seguidamente la capacidad de obrar. En cuanto a esta última, la sistemática civil es más completa, en concreto en lo que se refiere a la edad intermedia de la emancipación, que aparece perfilada legalmente en las normas de la Parte general –aplicable al resto– y considerada por la doctrina como semicapacidad de obrar; como vimos, la pubertad legal fue sustituida en el Código civil español por la emancipación, heredando de ese modo la calificación de edad intermedia que antes asumía aquella pubertad legal.

Este último paso no es posible en el Derecho canónico, puesto que se remite a la ley civil (la ley nacional del bautizado) en el modo y en el momento en que los menores dejan de estar sujetos a la patria potestad o

⁶⁷² Hoy la palabra pubertad ha sido mantenida únicamente en el régimen jurídico matrimonial (c. 1097); pero al no estar señalada en la Parte general, su relación con el llamado impedimento de edad ha llevado a interpretaciones erróneas. No es posible entrar en esta cuestión.

a la tutela. Si bien hubiera sido aconsejable, en lo que se refiere a la específica capacidad de obrar canónica, que el Código hubiera conservado la pubertad legal como edad intermedia o semicapacidad de obrar para dar así cobertura legal en la Parte general a la amplia y dispersa capacidad reconocida en los concretos actos jurídicos a lo largo del Código.

Sin embargo, falta valorar un aspecto clave presente en el CIC de 1917 y en el CIC de 1983 que dejé planteado más arriba: ¿qué significa el ‘uso de razón’ reconocido a partir de los 7 años?, ¿qué valor tiene en el Ordenamiento canónico? La previsión del ‘uso de razón’, entre los 7 y 21 años en el CIC de 1917, y entre los 7 y 18 años en el CIC de 1983, debe ser leída juntamente con la salvedad apuntada en ambos Códigos, según la cual los menores están exentos de la patria potestad y de la tutela en aquellas materias en que así lo exija el Derecho divino o el Derecho eclesiástico. Lógicamente, si están exentos, requerirán al menos ‘uso de razón’.

Dicho esto, ¿a qué obedece el citado término en medio del sistema canónico de capacidad de obrar? En mi opinión, el CIC de 1983 mantiene la expresión ‘uso de razón’ porque, de entrada, es el fundamento de la capacidad de obrar; en efecto, ‘uso de razón’ y ‘capacidad natural’ son sinónimos y, por lo tanto, es trasladable aquí todo lo dicho en el capítulo primero al respecto. Más aún, el ‘uso de razón’ está vigente en el Ordenamiento canónico desde el momento en que el Derecho divino forma parte del mismo sin necesidad de mediación formalista alguna. Por lo que, según mi parecer, el Código de Derecho canónico mantiene la expresión ‘uso de razón’, no sólo para sustentar legalmente la capacidad de obrar de los menores que tienen entre 7 y 18 años, sino porque el ‘uso de razón’ es un elemento que forma parte del entero sistema normativo de la capacidad de obrar canónica, del mismo modo que ocurría en el sistema civil.

Es decir, el mayor tiene capacidad de obrar legal plena porque se le considera con el uso de razón suficiente para ejercer todos los derechos y deberes; y al menor de 7 años no se le permite ejercer ningún derecho porque se le considera sin uso de razón. Ciertamente, en uno y en otro supuesto existe una previsión legal por medio de una edad en la Parte general: los mayores de 18 años tienen capacidad para todos los actos de la vida eclesiástica como regla general y los menores de 7 años no tienen capacidad. Pero en el caso de aquéllos que tienen entre 7 y 18 años, el CIC ha optado por reconocerles el ‘uso de razón’, sin necesidad de enlazarlo con una edad concreta intermedia, a diferencia de lo que ocurre para los emancipados en el Código civil –a los 16 años el emancipado tiene la capacidad expresamente prevista a tal efecto, sin esperar a lo que específicamente prevean los concretos negocios jurídicos en la Parte especial–.

Como se puede ver, hay dos sistemas con los que atender la capacidad de obrar de los menores entre los 7 y 18 años. El sistema civil ha preferido escoger la edad de 16 años para la emancipación, y atribuirle una capacidad de obrar legal (conjunto de derechos y deberes que puede realizar por sí mismo el sujeto). El sistema canónico ha preferido mantener el tramo de edad entre los 7 y 18 años, y reconocer que tienen ‘uso de razón’ sin escoger una edad concreta ni atribuir una capacidad de obrar legal.

Por lo tanto, observando la mayoría de edad (18 años), el tramo de edad legal (de los 7 a los 18 años) y la infancia (menos de 7 años), es necesario ahora dotar de técnica a ese cuadro de la capacidad de obrar articulando todos esos elementos y supuestos. Y como ya ocurría en la codificación civil, en mi opinión, la única vía posible para reconducir a unidad dichos elementos y supuestos de modo que podamos comprender cabalmente el sistema normativo-canónico de la capacidad de obrar es, una vez más, la técnica de la presunción jurídica. Mediante esta técnica, la mayoría de edad legal actúa como eje de todo el sistema, marcando

así el punto de referencia de la presunción: se presume la capacidad a los mayores de 18 años, mientras que los menores de esa edad habrán de destruir dicha presunción mediante la prueba en contrario. De este modo, concibiendo la mayoría de edad como presunción *iuris tantum*, no podemos sostener que el Código de Derecho canónico niegue la capacidad de obrar a los menores entre 7 y 18 años, sino que habrán de probarla. Idéntica solución prevé el Código civil si consideramos la mayoría de edad como presunción jurídica: después de los 18 años existe capacidad de obrar legal, antes de esa edad es necesario probarlo (si bien esta prueba es peculiar como tendremos ocasión de ver en el capítulo tercero).

Si tenemos en cuenta lo dicho por la doctrina unánime —civil y canónica— sobre la capacidad natural, no nos sorprenderá el uso del término ‘uso de razón’; y si somos consecuentes con el principio sistemático, tan propio de la codificación, no es suficiente dar cuenta de cada norma aislada, sino que se precisa urdir el conjunto legal que hace referencia a la capacidad de obrar. En el capítulo tercero abordaré la conexión de todos los elementos bajo la técnica de la presunción legal.

Pero, ¿para qué se prevé en la norma el ‘uso de razón’? De momento valga esta respuesta, que aunque incompleta, es válida: para que los menores entre 7 y 18 años ejerzan los derechos en las materias concretas en las que se les considere expresamente capaces tal y como recoge el canon 124 § 1 —«para que un acto jurídico sea válido, se requiere que haya sido realizado por una persona capaz (*persona habili*)»⁶⁷³, y para que lleven a cabo aquellos actos que por Derecho divino precisan sólo

⁶⁷³ Es de notar la distinta traducción ‘*habili*’ que se da en el canon 10 —«persona inhábil» (*personam esse inhabilem*)—, y del canon 1057 § 1 —«personas jurídicamente hábiles» (*personas iure habiles*)—. En el fondo son sinónimos. Ahora bien, para aquellos que interpretan de forma positivista el canon 10, la traducción española ‘capaz’ ayuda a evitar dichas interpretaciones. Decir ‘persona inhábil’ es más amplio que decir ‘persona capaz’, pues la capacidad es uno de los motivos por los que una persona es inhábil en el Derecho.

del ‘uso de razón’ –estando excluida la patria potestad o la tutela–, estén o no codificados, ya que en todo caso estarían vigentes por ser de Derecho divino.

Por lo tanto, al igual que señalaba la doctrina para el Código civil, en el ámbito canónico la capacidad natural es el elemento fundante, y la estructuración jurídica es el establecimiento de la edad legal como eje y centro de la capacidad de obrar. No existen por parte de la doctrina canónica aportaciones relevantes a la teoría de la capacidad de obrar –no es su tarea primordial– salvo la de constatar sin prejuicios ni equilibrios positivistas que la teoría de la capacidad ha sido asumida por el Código de Derecho canónico en los cánones 97 y 98 CIC. El realismo jurídico que impregna todo el Derecho canónico hace que no se encuentren planteamientos doctrinales en los que el ‘uso de razón’ o ‘capacidad natural’ no sea tenida muy en cuenta. Lejos queda el miedo a introducir un recurso extralegal en el Código como consideraba De Castro.

Antes de concluir el apartado, me gustaría hacer una aclaración que tiene que ver con el trasvase a la doctrina canónica de un modo habitual de esquematizar la capacidad de obrar en el ámbito civil. Normalmente la doctrina, sin ninguna intención teórica más allá de la expositiva, suele denominar genéricamente como ‘circunstancias modificativas de la capacidad de obrar’ a todas aquellas situaciones que afectan al ejercicio de los derechos y de los deberes. Recuerdo brevemente lo dicho en su momento. En mi opinión es preciso mantener la distinción entre la misma capacidad de obrar medida (edad legal) y aquellas circunstancias que la modifican o limitan. Por un lado, creo que sistemáticamente la edad no debería ser estudiada como una circunstancia más que junto a otras condicionan la capacidad de obrar, sino como regulación básica y nuclear del régimen jurídico de capacidad de obrar, como capacidad de obrar *in nuce*; la edad legal es la misma capacidad de obrar medida. Esta edad, junto al reconocimiento de los derechos y deberes de los que alguien es titular, formarían el binomio capacidad jurídica-capacidad de

obrar; de hecho están en cánones sucesivos. Por ello, y en consonancia con la teoría general de la capacidad que hemos visto en el primer capítulo, una mejor aplicación doctrinal en los manuales sería incluir sistemáticamente el estudio de la edad en el núcleo del régimen general de la capacidad, justo después del reconocimiento de la titularidad-tenencia efectiva, y no como una circunstancia más. Estudiaría la edad-capacidad de obrar con la capacidad jurídica, y no con el lugar, parentesco y rito, que en todo caso formarían subapartados de la edad-capacidad de obrar. Por otro lado, es una ficción decir que la menor edad limita una capacidad de obrar que no tiene asignada legalmente, sino, en principio, más bien todo lo contrario. Más claro se ve el argumento en la mayoría de edad, donde ésta no modifica la capacidad de obrar, sino que es la misma capacidad de obrar legal plena. En resumen, la calificación de la edad legal como ‘circunstancia modificativa de la capacidad de obrar’ resulta inadecuada.

En cualquier caso, con independencia del esquema manualístico que se adopte, para la doctrina hay tres puntos claros y básicos tanto en el Código civil como en el Código de Derecho canónico: 1) la capacidad de obrar está vinculada a la capacidad natural⁶⁷⁴; 2) la edad legal es el elemento protagonista y nuclear de la capacidad de obrar (basta observar el tratamiento que hacen los autores); y 3) la edad legal es descrita por la doctrina como presunción jurídica de capacidad. Por lo tanto es aplicable enteramente aquí la teoría general de capacidad expuesta en el primer apartado, teoría elaborada fundamentalmente por civilistas. La técnica civil es más depurada, precisa, completa y está mejor formulada, no sólo por lo dicho sobre la edad como regla general de capacidad de obrar, sino por las excepciones que veremos seguidamente: la falta de la capacidad natural (o ‘uso de razón’) presumida por la edad legal.

⁶⁷⁴ «La capacidad de obrar no es atributo de toda persona, porque está vinculada al grado de madurez psicológica», DE FUENMAYOR, Amadeo, *Comentario al c. 98*, p. 726.

*2. La falta de uso de razón como excepción particular:
canon 99*

Para una comprensión completa del sistema de capacidad de obrar es preciso considerar las excepciones particulares a la regla general de la edad. Fuera del canon 99⁶⁷⁵, nada más establece el Código de Derecho canónico. Por eso la pregunta pertinente es: ¿cómo se determina quién ‘carece habitualmente de uso de razón’ o quién ‘no es dueño de sí mismo’ o quién tiene ‘incapacidad natural’? La regla general de los menores de 7 años no es una excepción, es la regla general. La cuestión afecta a los mayores de 7 años. La pregunta ahora es ésta: ¿cómo se decide cuándo una persona carece habitualmente del uso de razón? Nada dispone el Código de Derecho canónico ni hay una remisión expresa al Derecho civil.

Una parte de la doctrina considera que la remisión está implícita en el canon 98 del CIC de 1983: «respecto a la designación y potestad de los tutores, obsérvense las prescripciones del derecho civil a no ser que se establezca otra cosa por el derecho canónico, o que el Obispo diocesano, con justa causa, estime que en casos determinados se ha de proveer mediante nombramiento de otro tutor». Ocurría igual, aunque con una redacción más escueta en el canon 89 del CIC de 1917, que simplemente menciona: «están sujetos en el ejercicio de sus derechos a la potestad de sus padres o tutores, exceptuadas aquellas cosas en que el derecho exime a los menores de la patria potestad». Pero en uno y en otro caso, los cánones hacen referencia exclusiva a los menores.

Por lo tanto, ¿qué ocurre con los mayores de 18 años (o 21 en el CIC de 1917) que carecen habitualmente del uso de razón? Habrá que entender que existe esa misma remisión al Derecho civil de forma análoga a como se hacía para los menores de edad en el canon 98, o

⁶⁷⁵ Canon 99: «Quien carece habitualmente de uso de razón se considera que no es dueño de sí mismo y se equipara a los infantes», es decir, nula capacidad de obrar.

entender que la remisión está implícita en el canon 1478, donde se cita a los «curadores», que implica dar por hecho que la persona mayor de edad ha sido parcialmente incapacitada⁶⁷⁶. No es imprescindible la remisión expresa al Derecho civil según la postura mayoritaria entre los canonistas, si bien no deja de ser una deficiencia en la claridad y seguridad jurídica en el ámbito canónico.

Pero aún así, ¿cuál ha de ser el alcance de la remisión? Hemos de tener en cuenta el canon 22: «Las leyes civiles a las que remite el derecho de la Iglesia, deben observarse en derecho canónico con los mismos efectos, en cuanto no sean contrarias al derecho divino ni se disponga otra cosa en el derecho canónico». A la vista del canon, la remisión ha de ser a toda la institución de la incapacitación –para impedir una laguna jurídica– incluyendo sus ‘efectos’, salvo en lo expresamente contrario al derecho divino, que entiendo será difícil, más aún en una materia impregnada necesariamente por el realismo jurídico propio del caso concreto tan valorado por el Derecho canónico. La otra posibilidad –que estableciera algo el Código– no existe, porque nada dispone en materia de incapacitación, salvo la ya mencionada competencia del Obispo para nombrar un tutor en el ámbito de su jurisdicción cuando lo vea apropiado. De todos modos, la no remisión expresa en esta materia me parece especialmente deficiente por la inseguridad jurídica que genera y porque está “en juego” el ejercicio de los derechos y deberes de un bautizado.

* * *

La formulación de la capacidad de obrar en el CIC de 1983 carece de una edad intermedia en la Parte general y de una remisión expresa al

⁶⁷⁶ Cfr. DE FUENMAYOR, Amadeo, *Comentario al c. 99*, en *Comentario exegético al Código de Derecho canónico. Volumen I*, Eunsá, 3ª ed. actualizada, Pamplona, 2002, p. 728. Si bien ahora es posible la incapacitación de los menores, normalmente se ha referido para los mayores de edad (así en nuestro Derecho hasta la reforma de 1983).

régimen jurídico de la incapacitación civil en el caso de los mayores de edad que carecen habitualmente del uso de razón⁶⁷⁷. Así pues, se debe tener en cuenta dicho régimen jurídico de incapacitación en toda su amplitud –constitución, contenido, modificación y extinción– con los principios que la estructuran, entre ellos, el principio judicial, el caso concreto, las pruebas concluyentes y los criterios con los que la jurisprudencia ha ido explicitando y aclarando cuál es la mínima capacidad (la de los 18 años o la edad concreta que se fije en cada situación jurídica) que de faltarle a una persona permitiría incapacitarla. Y lo más importante de la institución de la incapacitación en nuestro caso: que la falta de capacidad remite a la carencia del autogobierno normal del mayor de edad –o de la edad legal especial prevista para algún negocio jurídico concreto–; dicho de otro modo, que la incapacitación es un elemento de la edad entendida como presunción legal, concretamente la prueba en contrario.

No me detengo aquí más sobre la estructuración legal que ya vimos desde un punto de vista doctrinal y legal en el ámbito civil: la edad legal como núcleo del sistema normativo de capacidad de obrar, que actuando como presunción jurídica de capacidad reorganiza sistemáticamente todos los elementos que en la fase legal y judicial se refieren a la capacidad de obrar. Y no lo hago porque las aportaciones de los canonistas sencillamente parten de la teoría de la capacidad de obrar como algo técnicamente aceptado. Además, ante la falta de ejercicio en

⁶⁷⁷ Está implícito en el canon 1478 § 4 en la medida en que habla del curador: «Los que sufren interdicción de bienes o algún trastorno mental sólo pueden comparecer en juicio para responder de sus propios delitos o por mandato del juez; en los demás casos deben demandar y contestar por medio de sus curadores». De Fuenmayor entiende que hay una remisión al Derecho civil en todo el régimen de tutela con la salvedades que el mismo canon establece. En mi opinión, la norma se refiere exclusivamente a los menores de edad, y por la tanto, la remisión alcanzaría sólo a éstos. Para los mayores, habría que entender la remisión indirecta del canon 1478 § 4 y ahí hacer una aplicación análoga: cuando menciona a los curadores de los que tienen algún trastorno mental, también habría que incluir a los tutores o a los que tienen la patria potestad prorrogada.

los tribunales de la Iglesia, la aportación jurisprudencial no existe salvo en el ámbito matrimonial, donde sí sería posible trazar el juego de la edad como núcleo de la capacidad de obrar y como presunción legal.

E. ESPECIFICIDADES DE LA CAPACIDAD DE OBRAR EN EL DERECHO CANÓNICO

El Derecho canónico forma parte de la ciencia jurídica, por ello es inevitable la coincidencia en muchos puntos con el Derecho civil, más aún en materias del Derecho de la persona como es lógico, ya que la esencial unidad del hombre y todas sus dimensiones le hacen ser el mismo, ya sea desde la óptica civil que desde la canónica. Pero al lado de esto, los Ordenamientos secular y eclesial tienen su campo propio de actuación en el que desarrollan tantas veces una misma técnica con las peculiaridades que le son propias. Estas especificidades en el Derecho canónico, sin entrar en el contenido y sin pretender la exhaustividad siempre difícil o quizá imposible en los fundamentos, pueden ser resumidas en los siguientes puntos:

1) No existe inconveniente en asumir la teoría de la capacidad de obrar, aunque en su sistematización, se prefiere un mayor reflejo del principio personalista del Derecho de la Iglesia que Lombardía demandaba antes de la promulgación del CIC de 1983 y que, en cierta medida, ha sido atendido al ser incorporados los principios del Derecho de la persona a las Normas generales (Parte general).

2) El realismo jurídico que, en mi opinión, ha ajustado la comprensión y la regulación del sistema de capacidad en todos los Ordenamientos, tiene una especial gravedad en el Derecho canónico por tratarse en parte de una realidad sobrenatural, lo que lleva a un mayor número de instrumentos jurídicos que faciliten la adecuación de las

normas a la realidad. La *salus animarum suprema lex Ecclesia*⁶⁷⁸ es un principio vigente en el Derecho canónico y hace que cualquier rigidez formalista ceda en el mismo momento en que sea detectada en un caso particular.

3) El realismo jurídico comparece de una forma especial en el Ordenamiento canónico, no sólo por la realidad sobrenatural a que hace referencia, sino además por tratarse en la mayoría de las veces de situaciones jurídicas que no admiten representación porque la libertad es condición indispensable en el ejercicio de los derechos y deberes canónicos. Lo hegemónico no es lo patrimonial sino lo espiritual, y por ello la libertad es más reclamada. La libertad religiosa es personalísima.

4) En el ámbito de la capacidad de obrar, el realismo jurídico sugiere que el momento procesal forme parte del sistema de capacidad de obrar, ya que así el caso concreto es atendido sin perder seguridad jurídica. En un plano teórico, la función judicial no ha perdido en la Iglesia el protagonismo que tuvo en el nacimiento del Derecho y que, en mi opinión, ha de tener en todo Ordenamiento. La justicia no comparece con una función judicial limitada a la mecánica aplicación de las normas, sino que reclama una labor de interpretación creativa que se consigue por medio de la *aequitas* canonica. El Derecho canónico es un Derecho de naturaleza marcadamente jurisprudencial: si esto se toma en serio y se lleva a la práctica, la ciencia jurídica recibiría una aportación decisiva para restablecerse del positivismo jurídico.

5) En cuanto al centro o eje de la capacidad de obrar, la edad legal como presunción jurídica no será en ningún caso una presunción *iuris et*

⁶⁷⁸ Está en el canon 1752, último del CIC: «(...) guardando la equidad canónica y teniendo en cuenta la salvación de las almas que debe ser siempre la ley suprema en la Iglesia».

de iure —no existen en el Derecho canónico—⁶⁷⁹, sino siempre *iuris tantum*. Ésta fue una corrección que muy pronto introdujo la Iglesia al sistema de capacidad matrimonial romano iniciado con Justiniano.

6) No obstante la remisión implícita a la ley civil en materia de emancipación, patria potestad y tutela, el Derecho canónico se reserva la posibilidad de que el Obispo pueda disponer lo más oportuno de cara a que se respeten los puntos anteriores, extendiéndose así su jurisdicción en este campo. Es lógico, ya que la capacidad de obrar para cuestiones espirituales ha de ser valorada con todas sus implicaciones, también con respecto a los mecanismos de ayuda que en su caso una persona pudiera necesitar para el libre ejercicio de sus derechos y deberes.

7) El Derecho canónico ha de profundizar en la técnica de la incapacitación civil, primero para conocerla, pues al tratarse de un ámbito del caso concreto encontrará muchos elementos aprovechables; y luego para que el juez no actúe, en la medida de lo posible, sin referencias legales en los supuestos en que considere conveniente ejercer la jurisdicción en el caso particular. También porque si existe una previsión legal, el desarrollo jurisprudencial sería más homogéneo. Hay un supuesto de incapacidad que la Iglesia se reserva —incapacidad matrimonial—, que requiere de un tratamiento más técnico y de instrumentos jurídicos que permitan una mayor adecuación a la realidad.

La Iglesia ejerce su función judicial, porque la salvación de las almas urge, más aún en un momento en que el Derecho secular está rompiendo los límites de su jurisdicción como si el hombre fuera una

⁶⁷⁹ «La legislación actual prescinde de la presunción *iuris et de iure*, y todas las legales quedan reducidas a las de *iuris simpliciter*. Hoy pues, cualquier presunción legal puede ser atacada indirecta o directamente, o negando la existencia del hecho indiciario o, admitido éste, negando su nexo con el hecho desconocido», DEL AMO, León, *Comentario al canon 1584*, en *Código de Derecho canónico. Edición anotada*, Eunsá, Pamplona, 2007, p. 1009.

realidad exclusivamente temporal que en ocasiones regula para moldearlo según criterios ideológicos, perdiendo de vista su vocación de servicio a la libertad y a la verdad del hombre que cualquier ciencia, y más las ciencias humanas, deberían procurar con empeño. Para ello, tal y como pedía Lombardía, la Iglesia no ha de tener miedo a un Derecho de la persona privatístico⁶⁸⁰, donde la libertad sea alentada y protegida de la *longa manus* eclesiástica y secular. En este sentido, una mayor judicialización de la vida eclesiástica ayudaría a los laicos y a la jerarquía a tomar conciencia de la libertad y de los derechos y deberes que a los primeros corresponde. La escasez de procesos eclesiásticos en este punto no es por ausencia de controversias; en mi opinión es una consecuencia de la mella que ha provocado el antijuridicismo entre otras razones, que no hace sino retardar la aplicación del Concilio Vaticano II y del CIC de 1983 hasta sus últimas consecuencias, derivado en cierto sentido de la ausencia de causas judiciales. Lo escandaloso no es un proceso eclesiástico entre un laico y la jerarquía, sino renunciar a la justicia del caso concreto, en la que de un modo u otro la salvación de las almas está comprometida. Es más pedagógico y eficaz un fallo judicial que un Código; pero, ambos, necesarios.

⁶⁸⁰ «Una tentación que constituye una constante en la evolución de la canonística: la preocupación casi exclusiva por el Derecho público, con el consiguiente olvido de la temática de matiz preferentemente privatístico. (...). Entiendo que la renovación de la ciencia del Derecho de la Iglesia no podrá cumplir la misión que le está reservada en el momento actual, si simultáneamente no se hace un esfuerzo por construir los aspectos más privatísticos de su temática, especialmente el Derecho de la persona», LOMBARDÍA, Pedro, *La persona en el Ordenamiento canónico*, pp. 60-61. Más adelante: «Las bases personalistas del Derecho de la Iglesia: la tutela de la genuina naturaleza y de la libertad de las personas que integran la Iglesia se eleva a criterio justificador del orden jurídico», *Ibidem*, p. 70. Y una última cita en el mismo sentido: «Finalmente (...), debe tenerse en cuenta el tema de la relación jurídica y el de las situaciones activas y pasivas: derechos, deberes, legitimaciones y capacidades sobre las que se basa la tutela jurídica de la dinámica de la iniciativa privada», *Ibidem*, p. 73.

CAPÍTULO III

LA EDAD LEGAL:
PRESUNCIÓN *IURIS TANTUM* DE CAPACIDAD

I. LA EDAD Y LA PRESUNCIÓN LEGAL

En el primer capítulo veíamos tres modelos a los que se podía reconducir la articulación jurídica de los elementos que la doctrina distinguía en la capacidad de obrar: modelo positivista, naturalista y técnico-jurídico. En mi opinión, sólo el último era propiamente jurídico por establecer una auténtica conexión entre el Derecho y la realidad y por dar respuesta a los interrogantes que la doctrina se planteaba en materia de capacidad de obrar. Pero dentro de ese modelo en el que se situaba la doctrina mayoritaria, tanto civil como canónica, existían varias técnicas para estructurar legalmente dicha conexión: distintos tramos de edades legales, mayoría-minoría de edad, y la edad legal como presunción jurídica de capacidad. A mi juicio, esta última vía era la más correcta, pues sin menoscabar la seguridad jurídica, conseguía conservar en el sistema normativo la relación de la capacidad natural con la capacidad legal que todos los autores aceptaban de inicio, permitir el recurso al caso concreto, y todo ello de forma viable en el tráfico jurídico. A esta conclusión llegaba desde el examen de los elementos que la doctrina mencionaba en la capacidad de obrar, que seguían siendo identificables en la codificación civil y en la canónica, cuyas reformas en muchas ocasiones no hacían sino perfilar cada vez mejor la conexión entre la capacidad legal y la capacidad natural bajo el prisma de la presunción jurídica.

Pues bien, llegado a este punto, veremos ahora la fundamentación de la tesis defendida —que la edad es un presunción *iuris tantum* de capacidad—, no ya desde la teoría de la capacidad de obrar (capítulo primero) y su codificación civil y canónica (capítulo segundo), sino desde la teoría de la presunción legal (capítulo tercero), estudiada en la actualidad por procesalistas. Esta nueva fundamentación debe conducirnos a las conclusiones alcanzadas en los capítulos anteriores como si de la construcción de un túnel se tratara.

El método será el mismo: detectar el origen de la edad legal en el Derecho romano y disponer así de la comprensión del instrumento técnico con que se aparejó desde su inicio, momento en que se puede captar su naturaleza de presunción legal desde un punto de vista práctico. Después veremos un examen analítico de los distintos elementos de la presunción legal en la doctrina postcodicial para comprobar si esos elementos concurren en la edad legal.

Por otro lado, y por exigencia del principio sistemático que informa el Derecho desde la codificación, es preciso, después de la consideración analítica de todos los elementos de la capacidad de obrar, un estudio global de todos ellos para comprenderlos precisamente bajo la razón de sistema. Se trata de ver la articulación coherente y racional de los elementos de la edad legal y su aplicación en la jurisprudencia, para comprobar si comparece la naturaleza jurídica de la presunción en la edad legal de los Códigos. El estudio desde el Derecho procesal, ámbito donde se refugian algunos restos de la presunción, me permitirá iluminar el tema de la edad legal con la mayor precisión alcanzada a causa de la especialización de esta rama del Derecho, más conectada con la justicia material del caso concreto, auténtico fin de toda la ciencia jurídica.

Finalmente, haré una aproximación al contenido de la capacidad natural o autogobierno, que es uno de los elementos de la edad legal como presunción. El Derecho, que se une a lo previamente esclarecido por otras ciencias, aporta sencillamente una palabra, pero en cierto

sentido es la última, en tanto que se traduce en una norma legal que regula el efectivo tráfico jurídico de la persona que vive en sociedad. Quizá sea la parte menos jurídica –en tanto que se refiere a la relación del Derecho con otras ciencias–, pero en todo caso oportuna para evitar el reduccionismo de considerar al Derecho como una ciencia-ficción al margen de la realidad global.

Y para concluir el capítulo –tal y como viene adelantado en la introducción–, como el fin es lo último en la ejecución, pero lo primero en la intención⁶⁸¹, indicaré una posible aplicación de la tesis al ámbito matrimonial canónico –lo primero en la intención– aprovechando las aportaciones de la doctrina y de la codificación civil para iluminar una posible y necesaria mejora técnica del proceso de incapacidad matrimonial –lo último en la ejecución–.

La consideración del momento jurisprudencial del Derecho –que en sus inicios fue el único–, en tanto que tiene elementos procesales que infieren en la capacidad de obrar, es necesaria para una comprensión acabada y cabal de la edad legal. En cierto modo, podría pensarse que cualquier precepto legal necesitaría para su completo entendimiento de la interpretación desarrollada por la jurisprudencia en su aplicación, y en este sentido, no sería distinta la edad legal del resto de normas. Pero la importancia del ámbito jurisprudencial de la edad legal considerada aquí, no es la mencionada, sino aquella específica importancia procesal que sólo se da en las presunciones legales –incluida la edad–, y no en otro tipo de normas. Si de modo general el juez trata de verificar si concurre o no el supuesto de hecho contemplado en la previsión legal para decidir y atribuir el derecho a quien le corresponda a la vista de las pruebas, no ocurre así en la presunción legal, que es un tipo de normas que incluye la posibilidad de que se enjuicie en el proceso, no el supuesto de hecho de la norma –el hecho base, que es la edad natural–,

⁶⁸¹ Cfr. S. Th. I-II, q. 1, a.1.

sino el hecho presunto –capacidad natural– al que sustituía el hecho base por tratarse de un hecho cierto.

Por lo tanto, puede ocurrir algo verdaderamente distinto en la aplicación judicial de las normas de capacidad de obrar: no se trata de decidir la aplicación de la norma legal si queda probado el supuesto de hecho y dejarla sin aplicación en caso contrario, sino de decidir la eficacia jurídica de una alternativa distinta a la inicialmente prevista por la presunción legal –norma de la edad legal–, como puede ser reconocer la validez de un acto jurídico llevado a cabo por quien no tiene capacidad de obrar legal (p. e. nulidad del negocio jurídico de un mayor de edad si se prueba la falta de capacidad natural en el momento de llevarlo a cabo). A este aspecto me refiero cuando digo que el momento jurisprudencial viene a completar la comprensión de la edad legal como presunción jurídica.

Puede ser evidente el carácter material de la edad legal como hemos visto al tratar de la codificación de la capacidad de obrar en la jurisdicción civil y en la canónica; en este capítulo me centraré en la aspecto procesal que la edad legal tiene por ser una presunción jurídica. La índole jurisprudencial de la presunción legal se percibe, por un lado en el Derecho romano (basado en las *actiones*) donde tiene su origen como instrumento de ordenación técnica de algunas materias, y por otro lado en su extraña naturaleza jurídica híbrida (material-procesal) en el Derecho moderno después de su división en ramas.

A. ORIGEN DE LA PRESUNCIÓN LEGAL EN EL DERECHO ROMANO

Aunque son muchas las menciones a este punto en la tesis, es analizado ahora para encuadrarlo en el ámbito de la presunción legal a que se dedica este capítulo, cuya naturaleza jurídica reclama el momento procesal tan próximo a la idiosincrasia jurisprudencial del Derecho romano.

Pues bien, las presunciones jurídicas surgen en el Derecho romano y alcanzan su definitiva configuración con Justiniano. Al principio no había ni edad legal ni presunciones legales, y es lógico si atendemos al proceso de su formación histórica, que para nuestro tema es importante, ya que es en este contexto donde nos encontramos con la edad por primera vez en la historia del Derecho. Las presunciones legales se van construyendo a la estela de la formación del Derecho romano y su técnica: primero la jurisprudencia, luego el *Codex*.

Hay una buena parte de la doctrina que niega la existencia de las presunciones antes de Justiniano. Esto tiene una explicación: no es posible una presunción legal sin un texto legal. Pero también es cierto que el *Codex* de Justiniano no se forma de la nada sino que tiene unos precedentes claros, que aunque no estén incorporados a ningún texto legal, sí tienen una cierta vigencia tanto en la doctrina como en las resoluciones de los jueces⁶⁸².

El primer precedente de las presunciones jurídicas se encuentra en las escuelas bizantinas⁶⁸³, para quienes la *praesumptio*⁶⁸⁴ viene referida a

⁶⁸² «Il concetto di *praesumptio iuris* non appare nelle fonti elaborato dai giuristi classici, le prime tracce di esso si trovano soltanto presso i giuristi bizantini. Ciò non toglie però che l'istituto *praesumptio iuris tantum*, pure essendosi sviluppato in epoca postclassica, abbia la sua origine nell'epoca classica», DONATUTI, Guido, *Praesumptio iuris*, in *Studi di diritto romano. Volume II*, Giuffrè Editore, Milano, 1977, p. 1037.

⁶⁸³ «Infine, non è improbabile che il concetto generale si sia formato ed abbia assunto individualità nel mondo bizantino. Ciò risulterebbe dalle seguenti considerazioni. Le parole *praesumptio* e *praesumere*, com'è noto, nella lingua latina hanno vari significati, ma è degno di rilievo il fatto che tanto nelle fonti giuridiche, pervenute a noi fuori della legislazione giustiniana, quanto nelle altre fonti, esse non spuntano mai nel significato di 'ammettere un fatto senza esigenza de prova'. Siamo perciò autorizzati a concludere che quel significato delle parole *praesumptio* e *praesumere* è completamente straniero al latino che noi conosciamo all'infuori della Compilazione giustiniana», IDEM, Guido, *Le praesumptiones iuris in diritto romano*, in *Studi di Diritto romano. Volume I*, Giuffrè Editore, Milano, 1976, pp. 456-457.

«Ora, si se confrontano questi risultati con quelli che possono desumersi dalle fonti latine, balza evidente che l'elaborazione del concetto presso i giuristi bizantini, contemporanei di Giustiniano, si palesa molto più approfondita che nel *Corpus Iuris*.

Ciò appare soprattutto dalla divisione in: *praesumptio iuris* e *praesumptio facti* e dalle distinzioni da altri concetti, divisione e distinzioni, di cui non è affatto cenno nelle fonti latine. Inoltre, si osserva pure un'importante valorizzazione del concetto generale, anch'essa straniera al *Corpus iuris* e cioè l'assunzione della *praesumptio* a principio regolatore dell'onore della prova, il che, naturalmente, a sua volta, produce una più frequente applicazione e il moltiplicarsi delle presunzioni. Infatti, è intuitivo che vedendosi delle presunzioni sempre là ove non c'è obbligo di prova, el loro numero debba accrescersi smisuratamente», *Ibidem*, pp. 456-457.

⁶⁸⁴ «Seneca, in un passo delle sue epistole *ad Lucilium*, traducendo con la parola *praesumptio* la prolepsis degli Stoici, mostra di riconoscere quel significato a questa parola latina. Siamo quindi autorizzati a ritenere che nella lingua latina *praesumptio* tra gli altri significati, ha pur quello della prolepsis nel senso degli Stoici», IDEM, *Le praesumptiones iuris come mezzi di svolgimento del diritto sostanziale romano*, in *Studi di Diritto romano. Volume I*, Giuffrè Editore, Milano, 1976, pp. 491-492.

Pudo ser Séneca quien introdujo la palabra «*praesumptio*» al traducir la «prolepsis» griega, entendida como «*opinio*» o «*posita in communi omnium intellectu*», cfr. REGGI, Roberto, *Presunzione. a) Diritto romano*, en *Enciclopedia del Diritto. XXXV*, Giuffrè Editore, Varese, 1986, p. 257.

«La interpretación de un fragmento de Séneca en el que se hace referencia a las presunciones, siendo tomado por los romanistas como un ejemplo de la formación conceptual de las presunciones jurídicas y que, según el romanista italiano (Donatuti), se identifica con la prolepsis helenística», PIQUER MARÍ, José Miguel, *La epístola 11.6 de Séneca y las presunciones. A propósito de su equivalencia con la prolepsis*, en «RJUAM», núm. 21, 2010-I, p. 172 en <https://repositorio.uam.es/handle/10486/11788>.

«La prolepsis nace esencialmente de una concepción empirista de naturaleza sensible que permitirá conocer lo no evidente de modo inferencial a partir de signos externos captados por los sentidos y formando las sensaciones almacenadas en nuestra memoria —experiencia—. (...) La prolepsis pues, no es ninguna actividad mental, o si se quiere, la mente actúa como simple receptor de las percepciones en donde se almacena una especie de conocimiento acumulado derivado de las diversas percepciones. ¿Cuál es pues la razón de ser la prolepsis? Ésta nace de la necesidad de encontrar un paso intermedio entre lo captado por los sentidos y el juicio acerca de la realidad», *Ibidem*, p. 176.

«Este vocablo (prolepsis) tomó diferentes formas, evidenciando que no es posible encontrar un término latino equivalente al griego (...). Muy interesante resulta la utilización de la prolepsis o *anticipatio*, o *praesumptio* en la retórica. Es en este punto donde pensamos que se produce un punto de inflexión importante, pues se abandona la prolepsis como criterio o canon de verdad defendido por epicúreos o estoicos, para configurarse en un contexto retórico en el que se trata de obtener la adhesión del auditorio mediante argumentos que hagan probable o verosímil la posición tomada en el *status coniuncturalis*, dadas esas convicciones previas o anticipaciones», *Ibidem*, p. 185.

Texto de Séneca: «Yo me aparto de los míos, los estoicos, ya que ellos llegan a la conclusión de que la sabiduría es un bien pero ser sabio no; esta conclusión es la que es

la carga de la prueba, en un momento –en las fuentes anteriores a Justiniano– en que dicha palabra tenía únicamente el sentido vulgar de «creer» u «opinar»⁶⁸⁵. Algunos autores apuntan que las escuelas latinas⁶⁸⁶ irían asumiendo y desarrollando este concepto de presunción jurídica referido a la carga de la prueba, aplicado posteriormente por los jurisconsultos romanos, para recalcar luego en el *Corpus* de Justiniano⁶⁸⁷.

porque los estoicos están atados por un argumento anterior y no pueden contradecir lo que antes han afirmado como principio. Solemos dar mucha importancia a lo que presuponen (*praesumptioni*) todos los seres humanos y para los estoicos es un argumento que algo aparezca de igual modo a todo el mundo, así por ejemplo, colegimos que existen los dioses entre otras razones porque la creencia en ellos está ínsita en todos los hombres y no existe grupo humano en parte alguna que esté hasta tal punto fuera del ámbito de las costumbres morales y de las leyes que no crea al menos en algunos dioses», citado y traducido en *Ibidem*, pp. 187-188.

«*Multum dare solemus praesumptioni ominium et apud nos veritatis argumentum est aliquid omnibus videri*, y que traducimos del siguiente modo: Muchas veces solemos dar importancia a las presunciones de todos los hombres; y ante nosotros es un argumento de verdad de aquello que les parece a todos», traducido en *Ibidem*, pp. 189-190.

«No existe una equivalencia exacta entre prolepsis y presunción, pues creemos que cuando los filósofos romanos hablan de presunción se sitúan en un estadio cognoscitivo posterior, en el que la razón ya actuaría como elemento capaz de discernir y elaborar conceptos o prejuicios que se fundan en la experiencia o en la observación hacia la *natura hominum*. (...). De hecho no se aprecia en los textos latinos estudiados la noción de prolepsis entendida como mero almacenaje de experiencia en la que el alma humana actuaría como *tabula rasa* en la que se imprimen las representaciones», *Ibidem*, pp. 195-196.

Para los romanos, la presunción no se encuadra dentro de un problema epistemológico fundamentalmente como en la filosofía helenística, sino en un ámbito probatorio.

⁶⁸⁵ Cfr. REGGI, Roberto, *Presunzione*, p. 256.

⁶⁸⁶ «Non si creda, del resto, che il diritto giustiniano abbia creato di sana pianta il concetto di presunzione (legale), ignoto ai classici. Il concetto si sviluppò e fissò evidentemente nelle scuole; ivi i testi ricevettero a poco a poco l'interpretazione accennata, contribuendovi la tendenza a semplificare la categorie e l'imperfetta considerazione del negozio giuridico», FERRINI, Contardo, *Le presunzioni in diritto romano*, en *Opere di Contardo Ferrini. III. Studi vari di diritto romano e moderno*, Editore Librai della Real Casa, Milán, 1929, p. 451.

⁶⁸⁷ «È quindi messo in rilievo un fatto singolarissimo: la parola *praesumere* (e derivati) si trova nei classici nel significato comune e semplice de 'credere, opinare', mentre in tal senso essa non è mai adoperata da Giustiniano; invece nelle interpolazioni

Pero existen varios motivos que dan razón de la existencia de las presunciones jurídicas. Parte de la doctrina, además de señalar que estaría en sintonía con el genio jurídico de los juristas romanos, sostienen que van surgiendo por exigencias de la seguridad jurídica, aspiración constante de toda evolución jurídica desde el Derecho romano: se veía necesario fijar con claridad los términos del negocio jurídico y la voluntad de los contratantes⁶⁸⁸. Aparte, las presunciones

dei compilatori e nelle costituzioni giustinianee la voce stessa assume un significato particolare e tecnico, che è ignoto ai classici. *Praesumere* in Giustiniano vuol dire ‘ammettere senza dimostrazione, senza bisogno di prova’, tanto che venga considerata, quanto che invece non venga considerata come possibile la prova del contrario. Di regola, però, si usa nella prima accezione: ‘ammettere fino a prova del contrario’, sicchè quando si dice di una parte in causa, che ha una presunzione a suo favore, si dice che è legalmente dispensata dal provare, e che invece l’onore di provare il contrario è riversato sull’altra parte. *Praesumptio* nel senso giustiniano è quindi la *praesumptio iuris* della scuola, e di regola la *prasumptio iuris tantum*, che importa l’inversione di prova», *Ibidem*, pp. 426-427. En este sentido se distancia de Donatutti, quien mantiene, que antes de Justiniano, las presunciones legales estaban en las resoluciones de los senadoconsultos, sólo que para ser presunción legal es necesaria la formalización jurídica que Justiniano llevó a cabo, pero diciendo, que este hecho, no tiene por qué negar relevancia a la existencia de presunciones en el Derecho prejustiniano: «Le *praesumptiones iuris* del período post-clásico hanno sostituito l’opera interpretativa ed evolutiva dei giuristi e degli imperatori classici», DONATUTI, Guido, *Praesumptio iuris*, p. 1037.

«La *praesumptio* appare come un surrogato, un sostituto della prova, mostra in primo luogo l’attinenza che essa ha con la probatio ed inoltre che essa è una specie del *genus probatio* inteso come mezzo per persuadere il giudice della verità dei fatti allegati dalle parti», REGGI, Roberto, *Presunzione*, p. 256.

Para algunos autores ya existían precedentes no sólo en el Derecho bizantino sino en los senadoconsultos romanos.

⁶⁸⁸ «Concludendo il presente esame noi arriviamo al risultato che le cosiddette presunzioni legali erano non solo di nome ma anche di fatto straniere al diritto classico. (...). Quanto concerne la interpretazione degli atti giuridici e la cosiddetta volontà presunta non forma, come abbiamo largamente esposto, per il diritto classico materia di vera e propria presunzione, se alcuno tuttavia da qualche testo si lasciasse indurre ad ammettere per questo argomento alcuna legale *praesumptio voluntatis*, si avrebbe pur sempre il notevolissimo fenomeno che tali presunzioni sarebbero a questo campo ristrette. E si comprenderebbe come un diritto, che respinga la presunzione legale in genere, ammetta tuttavia qualche *praesumptio voluntatis* nei negozi giuridici. Poichè la volontà è un fatto interiore, che necessariamente sfugge all’esterno controllo; il modo di agire è un indizio dell’interno volere, e può il diritto, in vista della sicurezza degli

legales vendrían a facilitar determinadas situaciones consideradas importantes, entre las cuales los autores citan el «favorecer la libertad y determinados vínculos de afecto»⁶⁸⁹ –una de las aplicaciones más claras de la edad como presunción legal va destinada a la constitución del matrimonio–. Hay supuestos en los que hay oscuridad a la hora de «decir el derecho» (*iudicare*) que corresponde a alguien, y su seguridad jurídica vendría cubierta por una presunción legal mediante la cual se adelantaba la solución más verosímil por ser la más común en la experiencia –*«In obscuris inspici solere quod verisimilius est aut quod plerumque fieri solet»* (D. 50, 17, 114)–.

Pero la razón más directa a favor del origen de las presunciones en el período postclásico⁶⁹⁰, se encuentra en la misma evolución del

umani rapporti, ordinare al giudice di ammettere come provata una volontà in presenza di uno di tali indizi. Se non che l'idea del diritto classico, come io l'intendo mi pare più corretta. Chi vive nella comunione giuridica non può prescindere dal significato che la sua parola o i suoi atti hanno per i terzi; in vari casi sarà questo significato che prevale alla sua personale intenzione. Il diritto constata quale significato hanno nella comunità da esso retta certe parole e certi atti; ma da ciò esula ogni concetto di presunzione», FERRINI, Contardo, *Le presunzioni in diritto romano*, pp. 448-449.

«Data la concezione giustiniana, la volontà acquista un impero ben più lato e potente; le decisioni delle fonti in tanto stanno, in quanto non si provi una diversa volontà, appunto perchè esse si riconducono ad una presunzione di questa. Dove i continui emblemi 'se non appare una diversa volontà', 'se il testatore non ha voluto il contrario', etc», *Ibidem*, p. 451.

⁶⁸⁹ «Guardando ai motivi che ispirano le presunzioni che si vengono costituendo nello svolgimento del diritto romano esse appaiono create o per evitare che da estranei si sollevino contro la donna maritata sospetti ingiuriosi, oppure per favorire la ricostituzione della dote, alcune *per favorire* la volontà dei defunti o quella dei contraenti, altre per dare ai responsi dei giuristi, divenuti norme generali di diritto, un elasticità che garantisce alle loro applicazioni l'originario fondamento di verosimiglianza, altre infine per favorire la libertà e certi vincoli di affetto o determinate situazioni», DONATUTI, Guido, *Praesumptio iuris*, p. 1037.

⁶⁹⁰ «La dottrina dominante, si diceva, esclude che il diritto classico conoscesse le *praesumptiones iuris*. Si aduce da un lato la considerazione che le *praesumptiones iuris* mal si accordano col principio secondo cui il giudice nel diritto classico era pienamente libero nell'apprezzamento dei mezzi di prova, e dall'altro il fatto che i frammenti relativi sono tutti interpolati. (...). La lettura delle fonti relative non ci

proceso romano, como anteriormente apunté. En esta época, el procedimiento formulario⁶⁹¹ –tal fórmula, tal derecho– en el que el magistrado sólo intervenía en la fase *in iure*, que concluía con la *litis contestatio*, por la que los litigantes se obligaban a proseguir el proceso ante el juez elegido por las partes en la fase *apud iudicem*, es sustituido por el procedimiento cognitorio⁶⁹², en el que la actividad jurisdiccional del magistrado se extiende al proceso entero, a modo de funcionario judicial, que lleva a cabo su competencia como delegado del Príncipe, lo que le da más poder y protagonismo. Este cambio hace que, en el ámbito de las pruebas, el principio dispositivo ceda ante el inquisitivo⁶⁹³ –el juez puede acudir libremente a ellas–, aunque para facilitar y contrapesar

autorizza per nulla a congetturare l'esistenza di quel principio assoluto», IDEM, *Le praesumptiones iuris in diritto romano*, p. 425.

«Guardando alle fonti creative di esse, troviamo oltre alla giurisprudenza classica ed alla autorità imperiale, che la maggior parte delle presunzioni nel periodo postclassico o pregiustiniano devono la loro origine all'uso che delle antiche fonti di diritto si faceva nei tribunali. Altre presunzioni devono la loro origine all'opera legislativa dei commissari di Giustiniano, mentre è da escludere da queste fonti l'opera delle scuole bizantine, perchè queste non avevano facoltà di creare diritto», IDEM, *Praesumptio iuris*, p. 1037.

⁶⁹¹ «Viene sancita formalmente la fine del proceso formulare, col divieto espresso nel 342 dagli imperatori Costanzo e Constante», TALAMANCA, Mario, *Instituzioni di diritto romano*, Giuffrè Editore, Milano, 1990, p. 371.

⁶⁹² Cfr. BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, p. 125. Intervención de los órganos públicos en la citación, la valoración de las pruebas por parte del juez está sometida a reglas legislativas.

⁶⁹³ «Característica del nuevo proceso es el vínculo de las *praesumptiones* a las que está sometido el magistrado. La presunción puede definirse como la obligación del que juzga de deducir de la constatación de un hecho cierto la existencia de otro incierto o no verificado, al cual se vinculan necesariamente determinados efectos jurídicos», VOLTERRA, Eduardo, *Instituciones de derecho romano*, p. 276.

«Las presunciones son especialmente importantes en la *cognitio extra ordinem* en la que en base al nuevo principio de *inquisitio* la instrucción probatoria pasó de la iniciativa de las partes a la del magistrado-juez, asimismo sometido a una serie de reglas imperativas, como se observa en los mismos títulos de D. 22.3 *De praesumptionibus et probationibus* y C. 4.19 *De probationibus*», TORRENT RUIZ, Armando, *Praesumptio*, en *Diccionario de Derecho romano*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 961; cfr. IDEM, *Praesumptio iuris tantum*, en *Diccionario de Derecho romano*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 961.

su función⁶⁹⁴, se establecen las preferencias legales —principio de prueba tasada— y el sistema de presunciones legales⁶⁹⁵ —que no deben confundirse con las ficciones—⁶⁹⁶.

Sobre el contexto⁶⁹⁷ de las presunciones jurídicas, Arias Ramos precisa: «Una limitación de la libertad de aducir y valorar los medios de

⁶⁹⁴ «La valutazione delle prove, che i classici rimettevano alla coscienza del giudice, è ora sottoposta a una serie di regole», ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, p. 154.

⁶⁹⁵ Cfr. BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, p. 129.

«La comisión compiladora de Justiniano halló en los clásicos el término *praesumere* en el sentido de ‘opinar’. Recogen estos casos y utilizan el mismo término para indicar que sirve como válido algo que no lleva en sí de una manera absoluta el signo de la validez, puesto que puede probarse lo contrario», LABANDEIRA, Eduardo, *Las presunciones en derecho canónico. Cuadernos 9*, Ed. Rialp, Madrid, 1967, p. 27.

«Accanto alle prove si riconosce per varie ipotesi il valore delle *praesumptiones*, deduzioni obbligate da fatti noti ad ignoti, valevoli per virtù di legge, fino a prova contraria (*iuris tantum*) o anche ad esclusione di ogni prova contraria (*iuris et de iure*)», ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, p. 154.

«Alla ripartizione dell’onore della prova si collega la figura della presunzione. In senso tecnico, secondo la terminologia moderna, si ha presunzione, quando una norma impone che dalla prova di un fatto il giudice debba desumere l’esistenza di un fatto diverso, a meno che la parte, a sfavore della quale la presunzione dovrebbe valere, non provi l’inesistenza del fatto presunto», TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, p. 375.

⁶⁹⁶ Cfr. D’ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, Eunsa, 10ª ed. revisada, Pamplona, 2004, p. 185. Especifica además, que «son desconocidas en el proceso de la época clásica (del 130 a. C. al 230 d. C) unas reglas sobre presunciones, que consisten en una dispensa de prueba, partiendo de la prueba o evidencia de otro hecho del que el hecho que no se necesita probar depende según la experiencia ordinaria; se distinguen de las ficciones precisamente en partir de una probabilidad», *Ibidem*, p. 163.

⁶⁹⁷ Para Ferrini, se fueron desarrollando las presunciones por exigencias de ir fijando el contenido de la voluntad del negocio jurídico, y su responsabilidad. En este contexto, interesa saber algo mucho más radical: no ya cuál es la voluntad, sino si hay o no voluntad, necesaria para prestar el consentimiento en el caso del matrimonio. Esto para explicar el contexto y la fuente técnica de la presunción, su por qué en el Derecho: por el negocio jurídico sobre todo y la voluntad de las partes manifestada en dicho negocio. Razón de más, para que se plantearan cuándo es posible esa voluntad en orden al matrimonio. El precedente será que en algunas decisiones van teniendo en cuenta *id plerumque fit*. Todo ello va haciendo que en la escuela se vaya elaborando un sistema de presunciones que gira siempre en torno a la voluntad contractual, o a un hecho natural, cfr. FERRINI, Contardo, *Le presunzioni in diritto romano*, pp. 449 y ss.

prueba la constituían las *praesumptiones iuris*, consistentes en que, dados ciertos hechos, dispone la ley que se infiera de ellos necesariamente la existencia de otros. Probados aquéllos, no hace falta prueba de éstos, porque la ley los da por supuestos. Cuando tal suposición es tan absoluta que no admite ninguna prueba en contrario, la *praesumptio* se dice que es *iuris et de iure*; si tal prueba se admite, la presunción es *iuris tantum*⁶⁹⁸. Este sencillo instrumento técnico será reconocible a lo largo de la historia hasta nuestros días.

Pues bien, este es el contexto en el que surge el *Codex Iustiniani*⁶⁹⁹, momento en que las presunciones empiezan a ser ‘legales’⁷⁰⁰ como un

⁶⁹⁸ ARIAS RAMOS, José *et alii*, *Derecho romano. I. Parte general. Derechos reales*, Ed. Revista de Derecho Privado, 14ª ed., Madrid, 1977, p. 210.

⁶⁹⁹ «A Triboniano è indirizzata la costituzione *Deo auctore* del 530, con la quale l'imperatore Justiniano gli affida l'incarico de formare una commissione de professori e avvocati, col compito di redigere una compilazione di iura denominata *digesta* (da digerere o *pandectae* –de *pan dexomai*–, ricavando il materiale dalle opere dei giuristi classici forniti di *ius respondendi* (ivi comprese le note di Paolo, Ulpiano e Marciano a Papiniano)», BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, p. 58.

⁷⁰⁰ «La presunzioni legali hanno veramente una storia. Cominciano dall'essere semplici congetture; entrano nella coscienza del giuidice che ne sente la gravità; poco a poco, quasi insensibilmente acquistano terreno e diventano padrone di tutta la giurisprudenza; ed allora non hanno più che un passo da fare per entrare nella coscienza del legislatorie che la formola e le sanziona. Ma quel concetto giuridico, che si è venuto svolgendo pian piano da semplice congettura dell'uomo fino a presunzione della legge, continua ancora il suo movimento evolutivo. Acquista un dominio sempre più forte nella coscienza del giurista, del magistrato, del legislatore, e finisce col perdere la sua veste di presunzione ed affermarsi addirittura come un principio, come una norma imperativa», RAMPONI, Lamberto, *La teoria generales delle presunzioni nell diritto civile italiano*, Bocca Editori, Roma, 1890, p. 131.

«Il diritto giustiniano trova naturalissimo che si determini per legge un'inversione nell'ordine naturale della prova, che la legge imponga di ritenere come provato quanto non lo è; tanto naturale, che, come dicemmo, le interpolazioni dimostrano che i compilatori vedevano opera di presunzione là, dove si trattava del processo ordinario del sistema probatorio e dell'applicazione delle regole generali», FERRINI, Contardo, *Le presunzioni in diritto romano*, p. 449.

«Sin embargo tampoco en esta época es posible hallar entre los romanos un concepto de la presunción. Existen varias presunciones, e incluso un título entero del libro 22 del *Digesto*; el título 3, lleva la rúbrica *De probationibus et praesumptionibus*. Pero falta una identidad de naturaleza entre las diversas presunciones utilizadas, y se comprenden

instrumento técnico peculiar que forma parte de la legislación vigente⁷⁰¹. El poso jurisprudencial de la presunción jurídica, sin el cual no se entiende su formación, compromete su naturaleza jurídica no sólo en el Código de Justiniano sino también en la codificación decimonónica⁷⁰². No podemos olvidar que la creatividad de la codificación no se da en el contenido del Derecho, sino en el modo de ordenarlo. Si bien es cierto que la edad de la pubertad en el Derecho romano es una presunción *iuris et de iure*, esto aparece compensado con una gradación de edades cada una de ellas con una capacidad de obrar, sin olvidar que el Derecho de la Iglesia matizó desde el primer momento la pubertad legal romana convirtiéndola en una presunción *iuris tantum*, que fue lo que pasó al Derecho común en la Edad Media y lo que sirvió de base a los Códigos nacionales.

bajo el aspecto externo de la presunción tanto reglas interpretativas como verdaderas ficciones, e incluso algunos *privilegia*», MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, María Lourdes, *Régimen jurídico de las presunciones*, p. 16.

⁷⁰¹ «Già dalle cose dette appare quanto sia diversa la posizione del diritto giustiniano; in esso el nome di *praesumptio* appare in un significato novello, e indica preferibilmente quello che noi diciamo *praesumptio iuris*: da esso la cosa con il nome *passò nei diritti moderni*», FERRINI, Contardo, *Le presunzioni in diritto romano*, p. 449.

⁷⁰² «En el Derecho justiniano se utilizó ya el insitituto de la presunción como un instrumento de técnica legislativa, expresando su concepto desde un punto de vista procesal: esto o aquello debe regir, y así puede aguardarse hasta que la parte contraria demuestre la inexactitud de la presunción y destruya por vía procesal la supuesta validez», MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, María Lourdes, *Régimen jurídico de las presunciones*, p. 16.

«No hay duda que las presunciones conservan la esencia de su origen romano. Puede afirmarse que esta institución ha llegado hasta nuestros días con enorme fidelidad», *Ibidem*, p. 23.

B. LA EDAD LEGAL COMO PRESUNCIÓN JURÍDICA DE CAPACIDAD EN EL DERECHO ROMANO

El Derecho romano no conocía ni la noción de sujeto de derecho ni la de capacidad jurídica tal y como la concebimos en la actualidad. En cambio sí suministra los elementos para la noción de capacidad de obrar. Es más, la técnica para organizarla proviene del Derecho romano en sus líneas fundamentales y sistemáticamente por la ingente labor de Savigny y la pandectística. En este apartado me centraré en comprender la primera determinación jurídica de la capacidad de obrar llevada a cabo por los romanos, lo cual nos ayudará a verificar con qué técnica se inaugura la edad en el Derecho. Lo que veremos es un supuesto típico del genio de los jurisconsultos, respecto del cual el Derecho actual ni siquiera ha podido imaginar una alternativa.

En primer lugar, el ejercicio de los derechos y obligaciones obedece a razones de capacidad natural. Esto es algo evidente y prejurídico. La cuestión es cómo determinar legalmente el inicio de la capacidad natural. Por eso, el siguiente paso es la progresiva consolidación de un criterio que indique esa capacidad suficiente para el ejercicio de los derechos y obligaciones. Para los romanos ese criterio fue la pubertad.

Al principio, la pubertad era un simple hecho natural manifestado por la capacidad de generar, un dato objetivo que empezó a indicar de un modo justo el inicio de la capacidad natural. Antes de ninguna previsión legal, la pubertad se determinaba en el caso concreto con la inspección física –*inspectio corporis*–. Comprobada la pubertad, se entendía que el individuo tenía capacidad natural, que consistía generalmente en la capacidad de participar en la vida pública y de contribuir al crecimiento y desarrollo de la colectividad. Es entonces cuando el individuo iniciaba

una nueva fase de su vida en relación a la *civitas*⁷⁰³. Hasta ahora el Derecho romano no ha hecho más que empezar.

A partir de aquí es cuando la jurisprudencia romana comienza a desarrollar una serie de principios⁷⁰⁴, que llevarán a una evolución en la

⁷⁰³ «Dovette accadere che *pubes* indicasse ad un tempo sia il grupo sia i componente che vi appartenevano e che, siccome requisito essenziale per quella appartenenza era il conseguimento dell maturità fisiológica, il termine venisse riferito anche a coloro che avessero raggiunto la pubertà, i quali erano gli stessi che, avendone titolo, componevano la *pubes*. Sta di fatto che il vocabolo fu adoperato e risulta aver avuto larga diffusione proprio in questo significato, per così dire, ‘personale ed individuale’, designare il ragazzo divenuto pubere», TAFARO, Sebastiano, *Pubes et viripotens nella esperienza giuridica romana*, p. 47. Esta monografía es clásica en la cuestión de la pubertad romana por la calidad y profundidad de sus investigaciones, a la que se refieren permanentemente los autores, y en la que me he apoyado fundamentalmente para la redacción del presente apartado.

«Si può solo annotare como dato sicuro il fatto che l’ingresso dei maschi nella vita pubblica e, quindi, nell’assemblea cittadina, avveniva dopo l’attestazione della raggiunta pubertà», *Ibidem*, p. 48.

«Conseguenza di grande rilievo mi pare il fatto che l’attenzione accordata alla pubertà concernesse quasi esclusivamente i maschi; proprio perchè erano essi a dover far parte dell’assemblea e, a questo fine, erano i soli per i quali l’avvenuta pubertà assumeva una forma di pubblicità, attraverso la presentazione in pubblico, in occasione dei Liberalia, cui conseguiva l’ingresso nel Comizio e, quindi, nella vita pubblica. L’elaborazione di concetti e regole concernenti la pubertà delle donne, proprio per questa situazione, sembra delineata solo più tardi, in connessione con gli aspetti di diritto privato ad essa collegati ed, evidentemente, in relazione al profilarsi di un diverso e maggiore rilievo dei singoli nell’organizzazione sociale e nella considerazione giuridica», *Ibidem*, pp. 49-50.

«Non potendo, all’uopo, aver riguardo alla vita pubblica, cui i soli maschi accedevano (appunto al raggiungimento della pubertà), si guardò all’istituto che sanciva per la donna una funzione sociale e di contributo alla crescita della comunità, vale a dire, al matrimonio. Era questo, infatti, a presentare (nelle finalità e nella ritualità che lo accompagnavano) aspetti di rilevante parallelismo con la pubertà dei maschi. Fu, perciò, al matrimonio che si guardò definendo la maturità delle donne come capacità di *virum pati*. L’espressione, infatti, non costituì un semplice richiamo all’idoneità della donna al rapporto sessuale, ma intese riferirsi alla possibilità della donna di unirsi in matrimonio. (...). In tal modo, la pubertà fu definita non solo in base alla fisiologia femminile, ma anche e forse in via prioritaria in relazione alla capacità completamente della donna di consentire la realizzazione della capacità procreativa del *pubes*, dal cui concetto si partì per individuare la *viripotens*», *Ibidem*, pp. 85-86.

consideración del concepto de pubertad, que pasará de ser un simple hecho natural, a ser una auténtica categoría jurídica⁷⁰⁵. En primer lugar se empiezan a extraer aquellos principios que permiten establecer una definición de la pubertad de modo que funcione como criterio jurídico utilizable por los juristas. Esto supone una cierta abstracción en el tratamiento de la capacidad natural para determinarla mediante reglas jurídicas⁷⁰⁶, pero dejando a salvo que la realidad emerja en el caso concreto mediante la comprobación física –*inspectio corporis*–.

Esta actividad de la jurisprudencia provocará un cambio fundamental en la evolución del término de la pubertad: ya no se trata de determinar la capacidad natural de un individuo absolutamente sumergido en la esfera colectiva –*civitas*–, sino la capacidad natural específicamente considerada en cada hombre⁷⁰⁷. Se pasa de considerar

⁷⁰⁴ «Il ruolo dei giuristi venne esaltato anche dallo spostamento completo dei richiami alla pubertà dalla sfera collettiva e quella marcatamente individuale», *Ibidem*, pp. 221-225.

⁷⁰⁵ «Il ricorso a la *definitio*, che in questo caso poteva essere rivolto a quelle di tipo regolativo, ben si adattava alle esigenze di una interpretazione che intendesse fornire criteri di orientamento generale, ma senza rinunciare a soluzioni diverse e più appropriate quando la specificità del caso concreto l'avesse richiesto. Rientrava infatti tra le possibili caratteristiche della 'definizione', che venivano importati nel diritto e tradotti in forme 'regolative' generali, destinate, però, a cedere di fronte a concrete esigenze della realtà», *Ibidem*, pp. 209-210.

«Doveva essere stata proprio questa elasticità a consigliare il giurista a considerare la nozione di pubertà come una *definitio*, in modo da potere sostenere che la 'regola' non era inconciliabile con l'esistenza di casi nei quali, per l'intervento di valutazioni particolari, si fosse ricorso ad un criterio diverso da quello indicato in via generale», *Ibidem*, p. 212.

⁷⁰⁶ «Le concezioni relative alla pubertà, desunte dalla cultura del tempo, furono tradotte in principi giuridici dalla giurisprudenza, attraverso una riflessione continua, della quale possiamo intravedere le radici nell'attività dei Pontefici», *Ibidem*, p. 204.

⁷⁰⁷ «Durante il Principato la pubertà (anche per la scomparsa delle assemblee pubbliche) perdette via via tutte le implicazioni legate alla partecipazione alla vita collettiva e si allontanò dalla concezione che ne aveva fatto un momento di crescita del singolo, in parallelo con la sua partecipazione alla formazione e allo sviluppo della comunità, che si evolveva e rinnovava in connessione ed in dipendenza con la capacità di generare. La pubertà, invece, diventò sempre più il momento della riferibilità al singolo degli atti da lui compiuti, con implicazioni via via più strettamente personali.

una capacidad natural ‘para’ la *civitas*, a una capacidad personal ‘en’ la *civitas*. Es aquí donde la pubertad deja de estar fundamentalmente identificada por la capacidad de generar como aportación a una colectividad, y evoluciona para referirse de modo principal a la capacidad psíquica de cada persona. Esta importante evolución es apuntada por Tafaro: «Ancora una volta il compito fu svolto dai giuristi, i quali spostarono l’asse di riferimento dallo sviluppo fisiologico a quello della maturità di giudizio, introdotta come nuovo punto di riferimento, per lo più coincidente, ma a volte dissonante dalla pubertà»⁷⁰⁸. Así pues, la pubertad, que señala la capacidad natural completa⁷⁰⁹, determinará el inicio del ejercicio de los derechos y obligaciones de los que un individuo sea titular según su *status*.

El avance de la jurisprudencia va perfilando técnicamente lo que empezó siendo un importante hecho natural⁷¹⁰. El progreso de la jurisprudencia se dirige ahora al modo en que se determina el inicio de

Perciò essa perdettes anche la sua ‘centralità’; anzi, come si è osservato avanti, in alcuni casi risultò immotivata e si tentò di superarla», *Ibidem*, pp. 221-225.

⁷⁰⁸ *Ibidem*, pp. 221-225.

⁷⁰⁹ «Il Pugliese coglie ed evidenzia il nesso che veniva posto tra maturità intellettuale e maturità sessuale, anche se il riferimento alla seconda rimase sempre centrale. Un esame differenziato delle posizioni espresse dai giuristi romani, mi pare, però, che possa evidenziare come l’intreccio tra i due riferimenti si verificasse e si accentuasse nel corso del Principato, durante il quale il peso della tradizione, assata intorno alla maturità sessuale, dovette esigere di tener conto in via primaria della maturità sessuale; ma delle decisioni dei giuristi traspariva della proposizione di un criterio più moderno, costituito dalla capacità intellettuale. Il Burdese osserva che i giuristi classici si trovarono di fronte ad un regime riconosciuto dall’antico diritto civile, che aveva proceduto senza riferirsi all’effettiva capacità del pupillo. L’A. sottolinea il ripensamento operato dai giuristi, dei quali esalta il ruolo avuto nell’evidenziazione dei casi da riferire all’effettiva capacità intellettuale dei minori», *Ibidem*, p. 224.

⁷¹⁰ «Il *ius sacrum* disciplina la pubertà anche per una ragione di carattere generale. La pubertà, come la nascita e la morte, è uno dei momenti essenziali della vita, e il *ius sacrum*, come disciplina l’inizio e la fine della vita, così non può non disciplinare il momento in cui l’individuo diviene capace di trasmettere la vita. Del resto la pubertà viene intesa essa stessa come rinascita: nascita alla nuova e piena vita dell’adulto», ASTOLFI, Riccardo, *Il matrimonio nel Diritto romano preclassico*, CEDAM, 2ª ed., Padova, 2002, p. 89.

la pubertad. Al principio era un asunto resuelto de un modo privado, mediante un rito propio de la religiosidad romana⁷¹¹, con el que se quería manifestar el paso de niño a adulto. No había en este momento ninguna referencia a la edad y era algo aproximado que dependía de la voluntad de los padres y tutores⁷¹². Sin embargo, en este último caso había importantes repercusiones jurídicas: el inicio de la pubertad, que tenía que permitir el tutor, suponía la extinción de la tutela y el comienzo de la plena disposición del patrimonio por parte del menor, por lo que se podían dar conflictos de intereses⁷¹³. Este es un motivo considerable, que junto al motivo general de la plena capacidad de obrar –según su *status*– que comportaba la pubertad⁷¹⁴, llevó a que la jurisprudencia fuera elaborando un criterio jurídico para determinar su

⁷¹¹ «In età preclassica il *ius sacrum* la disciplina quale momento essenziale della vita umana, accanto alla nascita e alla morte e pretende un sacrificio ai Lari domestici, in cui gli adolescente di entrambi i sessi offrono la *bulla*, il ciondolo che portano al collo durante l'infanzia, sostituendo alla *toga praetexta*, listata di porpora, la tunica recta, senza guarnizioni. Spetta al pater familias accertare la pubertà dei figli. Il *ius sacrum* ne limita l'autonomia, imponendo un rito la cui celebrazione permette di rendere noto e certo il momento in cui i figli vengono dichiarati adulti e fa assumere al *pater familias* la responsabilità del suo accertamento nei confronti degli dei», IDEM, *Il matrimonio nel Diritto romano classico*, p. 233.

⁷¹² Cfr. IDEM, *Il matrimonio nel Diritto romano preclassico*, p. 90.

⁷¹³ «La pubertà fa cessare la tutela; sottrae i beni del pupillo all'amministrazione del tutore, costringendolo a rendere i conti; consente al pupillo di disporre liberamente del suo patrimonio mediante testamento, sottraendolo ai successori ab intestato, cioè agnati, tra i quali di solito è compreso il tutore. (...). Perciò la giurisprudenza repubblicana adotta criteri oggettivi per determinare il raggiungimento della pubertà e la cessazione della tutela: l'*inspectio corporis* o il compimento di un'età che secondo l'opinione comune faccia presumere l'adolescenza», *Ibidem*, p. 91.

«Si comprende cosè come una delle più note controversie fra proculiani e sabiniani abbia riguardato l'accertamento della pubertà maschile quale causa di cessazione della tutela. Sabino e Cassio pretendevano l'*inspectio corporis*, i proculiani si accontentavano del 14° anno di età (Gai. 1, 196)», IDEM, *Il matrimonio nel Diritto romano classico*, p. 235.

⁷¹⁴ «A questo modo veniva significata la partecipazione alla vita pubblica del nuovo cittadino e in particolare la sua capacità ad assumere diritti e obblighi nell'ambito dell'organizzazione politica e militare dello stato», IDEM, *Il matrimonio nel Diritto romano preclassico*, p. 90.

Cfr. IDEM, *Il matrimonio nel Diritto romano classico*, p. 237.

inicio al margen de lo establecido por el *ius sacrum*⁷¹⁵ en el ámbito familiar y privado: «l'*inspectio corporis* o il compimento di un'età che secondo l'opinione comune faccia presumere l'adolescenza (...). La giurisprudenza laica si orienta nel presumere la pubertà della sposa al raggiungimento del 12° anno»⁷¹⁶.

Gracias a la jurisprudencia, la pubertad es una regla jurídica de determinación de la capacidad de obrar que ha de comprobarse físicamente en cada individuo⁷¹⁷. De este modo, tiene lugar un cambio técnico muy importante: la capacidad de generar ya no es el criterio de la capacidad natural del individuo en orden a la sociedad, sino que es la prueba de la capacidad natural psíquica del individuo⁷¹⁸, que va a formar parte de la sociedad como adulto y con plena capacidad de obrar, y que ya empieza a estar conectada por primera vez en la historia del Derecho a una edad y a una prueba. Fue una genialidad jurídica, que sin embargo aún tenía un camino técnico que recorrer y que concluiría con Justiniano.

⁷¹⁵ «Alla fine della repubblica le cerimonie di passaggio all'età adulta sono irrelevanti per la giurisprudenza laica, anche se essa non può non conoscerle e farvi riferimento. Si giudica della pubertà non per i riti, che possono anche mancare, ma per lo sviluppo del corpo e l'età del ragazzo», IDEM, *Il matrimonio nel Diritto romano preclassico*, p. 90.

⁷¹⁶ *Ibidem*, p. 91.

⁷¹⁷ «La giurisprudenza laica della fine della repubblica riceve il concetto di pubertà dal *ius sacrum*, ma ne giudica l'esistenza non più per i riti di iniziazione, che pur conosce e che vengono praticati anche durante il principato, bensì per lo sviluppo del corpo e l'età dell'adolescente. A questo modo limita la discrezionalità dei privati e sostituisce criteri sostanziali a quelli formali», IDEM, *Il matrimonio nel Diritto romano classico*, pp. 234-235.

⁷¹⁸ «La giurisprudenza del Principato dette vita a un intreccio di soluzioni in cui, pur restando centrale il rapporto con la pubertà, poteva verificarsi che, nel concreto, si prescindesse da essa. Specie nell'età degli Antonini (ed in particolare in Gaio) significative decisioni sembrano avere spostato l'attenzione verso la capacità di giudizio, tanto che la stessa pubertà subì una sorta di rilettura, nel senso che venne vista non più o non tanto come il momento di un passaggio rigeneratore ad una nuova fase della vita, bensì come l'indice del raggiungimento o meno del *iudicium* o del *plenum iudicium*», TAFARO, Sebastiano, *Pubes et viripotens nella esperienza giuridica romana*, pp. 221-225.

Por lo tanto, extraída del ámbito familiar-sagrado de los romanos la determinación de la pubertad y, una vez que ésta viene referida a la capacidad personal (física-psíquica) del individuo, el siguiente paso en la evolución de la regla jurídica de la pubertad viene dado en el campo de su comprobación. Aquí el avance viene de la mano del debate entre las escuelas, sobre todo entre sabinianos y proculeyanos⁷¹⁹, que ofrecen distintos modos de comprobación. Y es aquí donde la edad se consolida como instrumento técnico en la determinación de la capacidad de obrar. Al principio era una comprobación física, caso por caso, y se empieza a proponer la edad como comprobación jurídica de la pubertad que complementa o sustituya a la comprobación física de la *inspectio corporis*. Este es un debate que dura siglos y que llega hasta Justiniano⁷²⁰.

⁷¹⁹ «La oposición entre ambos [Labeón y Capítón] dio lugar a una serie de controversias particulares sobre puntos prácticos de derecho, que después de la muerte de ellos fueron mantenidas por Sempronio Próculo y Marusio Sabino, quienes dieron nombre a las respectivas escuelas, destacándose como seguidores del primero Pegaso, Celso y Neracio, y como discípulos de Sabino: Casio, Javoleno, Salvio Juliano, Gayo y Pomponio», FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo, *Escuelas sabiniana y proculeyana en Diccionario de Derecho romano*, Ed. Sea, Buenos Aires, 1962, p. 225.

«La Jurisprudencia del Principado hasta la época de Adriano se caracteriza por estar dividida en dos escuelas jurídicas: la sabiniana y la proculeyana», TORRENT RUIZ, Armando, *Escuelas jurídicas clásicas*, en *Diccionario de Derecho romano*, Edisofer, Madrid, 2005, pp. 328-329.

⁷²⁰ *Institutiones Gaius*, 1, 196: «Masculi autem cum puberes esse coeperint tutela liverantur. Puberem autem Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum qui generare potest; sed in his qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt; sed diversae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandum, id est eum puberem esse existimant qui XIII annos explevit (...); *Tituli Ex Corpore Ulpiani*, XI, 28: «Liberantur tutela masculi quidem pubertate. Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit: Proculeiani autem eum, qui quattuordecim annos explevit: verum Priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrat et habitus corporis et numerus annorum. Feminae autem tutela liberantur (...); citados en TAFARO, Sebastiano, *Pubes et viripotens nella esperienza giuridica romana*, pp. 101-102.

«La presunzione ch'essa fosse raggiunta ad un termine fisso si fece avanti anzi tutto per le donne, a salvaguardia del loro pudore e fu per esse fissata al dodicesimo anno.

A lo largo de toda esta evolución, está siempre el intento de fijar una definición de la pubertad: primero había sido la capacidad de engendrar,

Ma già nel secolo primo dopo Cristo i Proculeiani, contrastati dai Sabiniani, sostenevano che il maschio dovesse ritenersi pubere a quattordici anni. Tra gli *ethnici* a dir di Tertuliano era già costume diffuso che le donne fossero ammesse ai *negotia* due anni prima degli uomini: ma, se esse erano puberi a dodici, gli uomini dovevano pur esserlo al momento prescelto dai Proculeiani, che però potrebbe esser diventato di diritto generale solo con Giustiniano», BESTA, Enrico, *Le persone nella storia del diritto italiano*, p. 116.

Antes de la fijación por Justiniano de la postura de los proculeyanos coexistieron ambos requisitos: los años y la inspección corporal. Así lo expone Burdese: «Sin da antico il raggiungimento della piena capacità di agire è fatto coincidere con il raggiungimento della pubertà, della capacità cioè di generare. Per la donna si considera ormai, a partire dall'età classica, raggiunta la pubertà con il concepimento del dodicesimo anno di età. Per i maschi invece, di fronte all'opinione dei Sabiniani che, rimanendo presumibilmente fermi sulle posizioni della giurisprudenza più antica, richiedono ancora l'accertamento caso per caso tramite *inspectio corporis*, si afferma l'opinione dei Proculeiani, che considerano raggiunta l'età pubere con il compimento del quattordicesimo anno di età, mentre è assai probabile che già in età classica e sino a Giustiniano abbia prevalso, all'infuori di ipotesi particolari, una tesi intermedia, per la quale si richiedono contemporaneamente entrambi i requisiti, accertamento tramite *inspectio corporis* e compimento del quattordicesimo anno. Gli impuberi *sui iuris*, detti *pupilli*, sono sottoposti a tutela sin dalle XII Tavole», BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, pp. 139-140.

«La dottrina ha già posto in evidenza l'assenza di qualsiasi riferimento all'età pubere delle ragazze da parte di Labeone, il quale parlò sempre ed esclusivamente di 'viripotente', differenziandosi nettamente dai giuristi successivi, sicché si può pensare che il concetto di pubertà, legatto ad una presunzione, all'epoca di Labeone era ancora in via di elaborazione e che si sia consolidato a partire da Giuliano», TAFARO, Sebastiano, *Pubes et viripotens nella esperienza giuridica romana*, p. 93.

«I sabiniani volevano soltanto andar più sicuri, cercando per quanto era possibile di sostituire mediante indagini la certezza alla presunzione, che anch'essi non ponevano in dubbio», SAVIGNY, Federico Carlo di, *Sistema de Diritto romano attuale. Volume terzo*, p. 82.

Cfr. DEGNI, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, pp. 4, 8 (se trata de otras teorías de los proculeyanos y sabinianos, además de la aquí mencionada); ROBERTI, Melchiorre, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, pp. 138 y ss.; muchas fuentes romanas se ofrecen en la obra de ALBANESE, Bernardo, *Le persone nel diritto privato romano*, p. 433; cfr. BURDESE, Alberto, *Età. a) Diritto romano*, en *Enciclopedia del Diritto. XVI*, Giuffrè Editore, Varese, 1967, p. 79; cfr. MARRONE, Matteo, *Manuale di diritto privato romano*, p. 164; cfr. TRIFONE, Romualdo, *Le persone e le classi sociali nella storia del diritto italiano*, p. 51; cfr. TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano*, p. 156.

aunque nunca de modo esclusivo; luego se refirió a la capacidad fisco-psíquica del individuo; y ahora se identificará, sin posibilidad de vuelta atrás, con la edad⁷²¹. En primer lugar surge un nuevo concepto genérico:

⁷²¹ «Di viripotens parlavano Scevola, Papiniano, Paolo e Ulpiano. Poichè dia di Papiniano, che di Ulpiano ci sono pervenuti frammenti che, per la maturità della donna, facevano capo direttamente all'età (dei 12 anni), appare evidente che per essi, e forse più in generale per i giuristi del Principato (almeno a datare dal 2° secolo d. C.) età pubere e viripotens dovevano apparire come sinonimi e dovevano coesistere nel loro linguaggio», TAFARO, Sebastiano, *Pubes et viripotens nella esperienza giuridica romana*, p. 95.

«La giurisprudenza, almeno nell'età severiana, mostrava, dunque, di avere sintetizzato in una definizione le nozioni concernenti la pubertà. Questa appariva incentrata intorno alla precisazione di un'età certa, che in parte era contrastante con le cognizioni concernenti lo sviluppo fisiologico e il ciclo della vita, che avevano connotato la nozione di pubertà. Nelle pagine precedenti si è cercato di capire come l'idea di un'età fissa ed unica potesse avere preso forza, identificandosi, ma anche sostituendosi, a quella derivante dall'osservazione diretta della maturazione del singolo», *Ibidem*, p. 212.

«La capacità di persuasione delle idee affermatesi sulla fine della Repubblica e diffuse da divulgatori di grande capacità di penetrazione, quali Varrone e Cicerone, dovette avere un primo importante ruolo. Ma la giurisprudenza procedette con gradualità e con molta cautela prima di accogliere una definizione, peraltro accompagnata da accese dispute, che *risolvesse nel solo requisito dell'età il concetto di pubertà*. Alla fine è certo che l'approdo fu quello della indicazione di un'età unica (per quanto differenziata) quale inizio della pubertà. Età che veniva ritenuta ormai sufficiente e di per sé esaustiva, non conservando che il solo ricordo delle connessioni viste nel pensiero tardorepubblicano, che ne facevano un tutt'uno con il momento stesso dello sviluppo fisiologico, all'interno della visione della vita e della concezione dell'universo», *Ibidem*, p. 212. Aquí es interesante ver el contenido de la pubertad: desarrollo psicológico + visión de la vida (madurez para lo público) + concepción del universo; los dos últimos elementos son un modo de mirar a la realidad social para matizar y acabar de definir lo que es la pubertad. Dicha realidad social será planteada cuando veamos la conexión del Derecho con la filosofía y la sociología.

«Ciò, più che a conseguenze pratiche di rilievo, portò ad una articolata elaborazione giurisprudenziale, tendente a proporre la considerazione dell'effettiva capacità intellettuale dei minori; che finì per delineare un nuovo quadro, nel quale le ragioni della distinzione tra pubertà dei maschi e pubertà delle ragazze erano destinate ad affievolirsi e progressivamente a vanificarsi. A seguito di questa tendenza, sempre più i due sessi vennero sussunti in un'unica nozione, mentre si rafforzò l'esigenza di avere un punto di riferimento certo, espresso da un preciso numero di anni», *Ibidem*, pp. 221-225.

«Mentre si può affermare che in ogni caso, la glossa festina, nel riferimento alle presunzione di pubertà, doveva accogliere nozioni che non potevano essere state

la *iusta aetas*⁷²², como edad adecuada y que se ha de comprobar caso por caso; posteriormente se propondrá un número de años concreto para el hombre y para la mujer⁷²³, que se identificarán con aquella *iusta aetas* o edad adecuada. Es ahora cuando se propone identificar la pubertad con un número de años determinado que señale jurídicamente la capacidad natural y que sustituya totalmente a la comprobación física⁷²⁴.

Como acabo de mencionar, son las escuelas de los sabinianos y proculeyanos las que defenderán las dos posturas sobre la comprobación de la capacidad intelectual: o una comprobación física mediante la

introdotte molto tempo prima di Verrio e che, al più presto, potrebbero essere state scritte da questi. Si può, dunque, evidenziare il fatto che il passo festino ci appare come il risultato di stratificazioni corrispondenti a diverse fasi di definizioni della pubertà. Il punto di partenza dovette essere la nozione compresa nei libri pontificali; ad essa, che muoveva più da una visione ‘pubblica’ che da un concezione ‘individuale’ della pubertà, erano stati apportati aggiornamenti, il cui ultimo stadio era costituito dal riferimento alle presunzioni di età, per le quali il fondamento va cercato nel clima culturale dell’ultima Repubblica. Di sicuro sappiamo che esso influi sulle scelte operate durante il Principato nella scuola dei Proculiani», *Ibidem*, pp. 127-128.

⁷²² «Dicendo che il matrimonio aveva riferimento ad un’età ‘giusta’, Nerazio implicitamente rinviava alle fonti che avevano puntualizzato quale fosse l’ipotesi in cui si potesse ritenere che i nubendi avessero raggiunto l’età corrispondente a quella qualificazione. Il concetto, ampio e variamente definibile, di *iusta aetas* può dunque essere stato quello che potrebbe avere accompagnato e avviato la definizione della pubertà in termini esclusivi di anni, poichè esso da un lato spingeva a precisare quale fossero gli anni dell’età giusta, dall’altro riservava ai giuristi il compito di specificarli», *Ibidem*, p. 214.

«Nel commento alla legge Giulia e Papia il giurista (Ulpiano) sembrava supporre l’uso di *iusta aetas* per indicare l’età pubere, mentre in un punto del commento a Sabino diceva che il significato dell’espressione era oggetto di *interpretatio*; di modo che appare del tutto probabile che quella espressione fosse stata adoperata proprio con lo scopo di consentire ai giuristi la specificazione di quando si dovesse ritenere raggiunta la pubertà», *Ibidem*, pp. 217-218.

⁷²³ Es preciso apuntar, que la pubertad en las mujeres fue precisada con referencia al matrimonio primero y principalmente, quizá porque se consideraba que los hijos son la contribución de las mujeres a la *civitas*, en un tiempo en que los varones eran considerados púberes cuando podían participar de los asuntos públicos.

⁷²⁴ «In ultima istanza, richiedendo che l’età fosse giusta, il giuristi si crearono lo spazio per il proprio intervento esclusivo ed eventualmente (come poi fecero) per spostare il concetto di pubertà dagli aspetti fisiologici ad un preciso anno di età», *Ibidem*, p. 214.

inspectio corporis –los sabinianos–, o una comprobación jurídica mediante una edad concreta –los proculeyanos–. Algunos autores señalan que en el proceso de discusión de ambas escuelas y, antes de que Justiniano optara por uno de los dos criterios, debieron de exigirse conjuntamente la inspección corporal y un número de años determinado, abandonándose en primer lugar la *inspectio* para las mujeres, a las que se les pasó a considerar púberes –o viripotentes– a los 12 años sin que fuera necesario la comprobación física.

Será con Justiniano cuando el legislador tome posición en la disputa de las escuelas, optando por la solución propuesta por los proculeyanos que defendían una comprobación jurídica de la capacidad natural mediante el señalamiento de una edad determinada, que será de 14 años para los hombres y 12 años para las mujeres. En el siguiente texto del *Corpus* se recoge este hito jurídico en el ámbito de la capacidad de obrar:

*«Los pupilos de ambos sexos quedan libres de la tutela cuando alcanzan la edad de la pubertad, la cual, tratándose de varones, querían los antiguos que se determinase no sólo en atención a los años cumplidos, sino teniendo en cuenta el desarrollo corporal. Pero nuestra majestad ha considerado, con razón, más conforme a la moral de los tiempos actuales, que un acto como la inspección corporal, considerado impúdico respecto a las mujeres, aun entre los antiguos, sea igualmente juzgado tratándose de varones. Por ello hemos promulgado una santa constitución en la que se establece que la pubertad debe estimarse en los varones al cumplir los catorce años, manteniéndose la antigua regla, acertadamente establecida, de que las personas del sexo femenino sean púberes al cumplir los doce»*⁷²⁵.

Este recurso técnico ha perdurado en la historia: así fue asumido en la codificación y así continúa en todas las legislaciones civilizadas.

⁷²⁵ *Instituciones de Justiniano*, Título 22.

La edad, por lo tanto, entra en el primer *Codex* del Derecho romano y se convierte así en ‘edad legal’, manteniendo la naturaleza jurídica de la presunción según la opinión de la escuela de los proculeyanos. Se convierte en ley lo que hasta entonces había sido una presunción judicial o máxima de experiencia observada y aplicada por los jurisconsultos⁷²⁶. La edad es ahora una *praesumptio iuris*⁷²⁷.

La capacidad matrimonial es uno de los supuestos específicos más importantes a los que afecta la determinación del inicio de la pubertad legal. Es precisamente respecto al matrimonio donde los jurisconsultos empiezan a utilizar el concepto de *iusta aetas*⁷²⁸ para designar el momento de la madurez en orden a las *nuptias*. Además, cuando se empieza a formar el Derecho romano, y en los siglos sucesivos hasta la

⁷²⁶ «La disputa tra Sabiniani e Proculeiani e la lettura che del problema ne dava Giustiniano (che espressamente attribuiva alle opinioni dei *veteres* le posizioni riguardanti la pubertà: cfr. Inst. 1. 22. pr; C. I. 5. 60. 3) forniscono testimonianza indiscutibile dell’interesse della giurisprudenza. Ad esso con molta verosimiglianza, vanno riferite anche le menzioni che si trovano nelle fonti non strettamente giuridiche, le quali costantemente parlavano della pubertà e delle relative presunzioni come frutto di opinioni. In tal si esprimeva, come si è visto, Festo, con l’inciso *ut quidam putant*, sul cui significato ci siamo già soffermati», TAFARO, Sebastiano, *Pubes et viripotens nella esperienza giuridica romana*, p. 204.

⁷²⁷ «I giuristi, dunque, si trovarono di fronte ad una indicazione di tipo legislativo della pubertà, dalla quale non poterono prescindere, ma rispetto alla quale tuttavia non rinunciarono a farla oggetto della propria *interpretatio*, così come appare in Ulpiano, che riservava di avvalorarla con la sua personale opinione», *Ibidem*, pp. 217-218.

⁷²⁸ «Una indicazione certamente significativa era offerta da Nerazio. Come si è visto, in D. 12.4.8 il giurista avendo la necessità di riferirsi all’età di inizio del matrimonio non citava il 12° o el 14° anno, ma parlava genericamente di *iusta aetas*. L’espressione, riferita tanto alle donne quanto ai maschi, stava a designare il tempo dell’effettivo raggiungimento della maturità e, quindi, della corrispondente capacità matrimoniale. (...). Il motivo del ricorso ad un’espressione ampia ed elastica può essere dipeso dall’esigenza di usare una terminologia che si accordasse con quella di Servio (il quale non dovette avere parlato di età prestabilita) oppure dal desiderio di evitare di prendere posizione nella disputa in atto tra le scuole. Nell’un caso o nell’altro l’espressione usata dal giurista era di quelle difficilmente controvertibili e che si prestava a rappresentare l’esigenza, non confutabile, che il matrimonio potesse cominciare solo dopo il raggiungimento dell’età *pubere*, che, comunque determinata, doveva intendersi espressione di età *iusta*», *Ibidem*, p. 213.

codificación, existe el convencimiento de la armonía en el desarrollo físico y psíquico de los individuos. Si bien la pubertad precisó su contenido refiriéndose a la capacidad intelectual –capacidad para la vida pública–, en el caso del matrimonio, siendo prevalente dicha capacidad, no se dejó de lado la capacidad corporal por la especificidad de las *nuptias*, pero manteniendo como criterio central la capacidad psíquica necesaria para prestar el consentimiento que daba lugar al matrimonio tal y como venía exigido por el principio consensual para todos los negocios jurídicos, incluido el matrimonio –*consensus facit nuptias*–⁷²⁹.

C. CARÁCTER SUSTANTIVO-PROCESAL DE LA EDAD LEGAL EN EL DERECHO MODERNO

Señalado el origen de las presunciones legales en el Derecho romano, entre las que se encuentra la edad, pasamos ahora a mostrar si ésta sigue siendo una presunción jurídica también después de la codificación.

La certeza del Derecho se consigue en parte con la codificación, en parte con la división en distintas ramas. Una de las divisiones más básicas es aquella que distingue entre un Derecho público y un Derecho privado, a su vez separable en un Derecho material (sustantivo) y un Derecho procesal (adjetivo), cada uno de ellos subdividido en sectores de materias y procesos respectivamente. Cada sector del Derecho será estudiado con cierta autonomía, dando lugar a la especialización de la ciencia jurídica, con la consecuente pérdida de unidad de todo el Derecho aplicable a una sociedad determinada. Pues bien, al descarrilamiento de la presunción jurídica a causa de la codificación que había dispersado sus elementos, hay que añadir la distancia legal y doctrinal que se va formando entre el Derecho material y el Derecho

⁷²⁹ «Nuptias non concubitus, sed consensus facit», D. 50, 17, 30.

procesal, diferenciación drástica que también era extraña al Derecho anterior a la codificación en la que surgieron (en el Derecho romano) y se desarrollaron (en el Derecho común) las presunciones.

La consecuencia quizá más llamativa y presente hoy, a modo de prejuicio, es que la jurisprudencia no es tanto una parte del Derecho (éste aparece reducido a la norma), como un apéndice necesario del mismo. Para contrapesar esta creciente dispersión por sectores en el Derecho, la ciencia desarrollará el concepto de «Ordenamiento jurídico» con intención de recuperar la idea de unidad jurídica entre los distintos principios, sectores y normas vigentes en un mismo territorio. Así, se podrá aprovechar por un lado la especialización que tenga lugar en las ramas del Derecho, y a la vez, poder comprenderlas como partes de un mismo «ente en sí mismo independiente»⁷³⁰.

Actualmente la doctrina mayoritaria sitúa las presunciones en el ámbito de la prueba y por lo tanto en la rama del Derecho del procedimiento. El hecho de que en la presunción jurídica se remarque el carácter procesal tiene su origen en el Derecho romano, entendido sobre todo como el Derecho privado⁷³¹ que aplicaban los jueces cuando se ejercitaban las *actiones*⁷³², como señala Álvaro d'Ors: «En realidad, la facultad de reclamar judicialmente es el momento principal de toda relación jurídica, y de ahí que el estudio de las instituciones consista en el de las acciones procesales típicas de cada relación, y que el derecho

⁷³⁰ ROMANO, Santi, *El Ordenamiento jurídico*, Ed. Reus, Madrid, 2010, p. 105.

⁷³¹ «Se entiende por Derecho Romano una serie de escritos de aquellos autores que fueron considerados en la antigua Roma como autoridades en el discernimiento de lo justo e injusto (*iuris prudentes*)», D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, p. 31.

⁷³² «El Derecho privado clásico es, en gran parte, un Derecho de acciones y puede ser denominado así porque aparece en forma de remedios o recursos judiciales. Los juristas clásicos no se ocuparon tanto de los derechos y deberes que subyacían en estas acciones, como de las condiciones en que puede disponerse de una acción y de la reparación que con ella puede obtenerse», SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, Bosch, Barcelona, 1951, p. 13.

romano pueda concebirse como un ordenamiento de tales acciones típicas»⁷³³.

No obstante, como esa división a la que vengo aludiendo no es tajante ni natural –todo es Derecho–, sino metódica y pedagógica, es posible que surjan discusiones en torno a la naturaleza material o procesal de algunas normas o de algún instrumento jurídico, debates que serían implantables en el Derecho romano. Precisamente será una de las cuestiones disputadas en relación a la presunción legal: los autores delimitarán su naturaleza jurídica en función de si la consideran norma material o procesal.

Buena parte de la doctrina llega a reconocer un carácter mixto a la presunción, que sería expresión de la misma función con que nació –de hecho la definición no ha variado a lo largo de dos milenios–. No es un inconveniente tan grande la división en ramas, como negar la conexión entre ellas o no plantearla adecuadamente. La presunción legal sigue manteniendo su naturaleza jurídica del mismo modo a como puede ocurrir, por ejemplo, con el contrato de compraventa; es lo que es tanto antes como después de la codificación y de la especialización del Derecho por sectores, que no tienen una tarea creativa en el sentido de generar nuevo Derecho, sino únicamente de ordenarlo de otro modo para mayor certeza. Tal es así, que su sustitución se hace difícil, sin que se haya propuesto otro instrumento técnico que desempeñe su función igual o mejor que la presunción legal. No sólo la edad sigue existiendo en el Derecho contemporáneo y con la misma función, sino también la presunción legal y concebida básicamente del mismo modo (si cabe, con mayor precisión debido a la especialización mencionada)⁷³⁴.

⁷³³ D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, p. 31.

⁷³⁴ Incluso en el Derecho de la Edad Media, cuando las presunciones legales se multiplicaron para ordenar la tarea del juez, y con un predominante carácter procesal, los autores no niegan su aspecto de Derecho sustancial: «L'istituto della presunzione nella dottrina dell'età di mezzo trovò la sua più puntuale trattazione nell'ambito del

Pues bien, admitida la clasificación entre Derecho procesal y Derecho material, en el primer grupo se encontrarían las normas formales que regulan la actuación en el proceso y la tutela judicial de los derechos —carácter instrumental—; y en el segundo estarían las normas materiales o sustantivas que los determinan y fundan. Esta clasificación tiene importantes excepciones, ya que existen normas que son a la vez procesales y materiales de las que nacen obligaciones y derechos como aquellas que apunta Labandeira para las presunciones en general: «las que otorgan y regulan la capacidad de las partes, las que señalan los requisitos de los actos procesales y los efectos de las resoluciones judiciales»⁷³⁵. Según la doctrina mayoritaria, la presunción *iuris tantum* tiene ese carácter mixto⁷³⁶, con autores que remarcan más el aspecto

sistema probatorio in sede processuale, sebbene la materia presentasse non poca rilevanza anche nell'ambito del diritto sostanziale», CAMPITELLI, Adriana, *Presunzione. a) Diritto intermedio*, en *Enciclopedia del Diritto*. XXXV, Giuffrè Editore, Varese, 1986, p. 260.

⁷³⁵ LABANDEIRA, Eduardo, *Las presunciones en derecho canónico*, p. 131.

⁷³⁶ «Siguiendo los dictados de la Ley de Bases y la tradición procedente de Pothier, se dedica un gran número de preceptos (arts. 1214.1253) a la ‘prueba de las obligaciones’, que es una materia híbrida, a medio camino entre el Derecho civil y el Derecho procesal, y que no es en rigor un tema específico del Derecho de Obligaciones, porque es aplicable a la prueba de todas las relaciones jurídicas, sean del signo que fueren», DíEZ-PICAZO, Luis, *El Derecho de Obligaciones en la codificación civil española*, en *Centenario del Código civil (1889-1989)*. Tomo I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 714.

«Certo una difficoltà c'è a tale sistemazione, difficoltà proveniente semplicemente dal fatto che siamo in un campo in cui più intimo appare il nesso tra la prova e il diritto stesso, in cui più si confondono gli elementi sostanziali con quelli processuali», CONIGLIO, Antonino, *Le presunzioni nel processo civile*, Ed. La Celere, Palermo, 1920, p. 53.

Cfr. COMOGGIO, Luigi Paolo, *Le prove civili*, UTET, 2ª ed. interamente riveduta ed ampliata, Torino, 2004, p. 471. El mismo autor, más adelante dirá: «Anche per le presunzioni relative, dunque, al pari di quelle assolute, vi sono elementi sistematici convergenti, che tendono a situarle al di fuori dell'ambito processuale, ricollocandole più correttamente nel contesto della disciplina sostanziale» (p. 474).

«Las reglas de presunción son reglas que mandan al juez dar ciertos hechos por probados en tales casos y situaciones; pero, derivativamente, son también reglas que confieren a los justiciables ciertos derechos y deberes. Son reglas que establecen situaciones jurídicas anteriores a la declaración judicial, pero que se derivan

material⁷³⁷, y otros el procesal⁷³⁸. Keller se inclina por considerarla de Derecho material «porque las presunciones legales especiales, en cuanto tales, no vierten inmediata y positivamente su fuerza en el proceso, sino

precisamente de que, llegado el caso, el juez habrá de hacer esa declaración», PEÑA GONZALO, Lorenzo y AUSÍN DíEZ, Txetxu, *La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria* en «Anuario de Fisolofía del Derecho», Nueva Época, Tomo XVIII, 2001, Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2002, p. 117.

⁷³⁷ «Las presunciones legales son reglas sustanciales con efectos procesales sobre la carga de prueba, pero no verdaderas reglas de prueba. Por esta razón las normas que las consagran son de naturaleza sustancial y no procesal, como lo reconoce la mayoría de los autores modernos, pues el hecho de que una norma sustancial llegue a prestar una función procesal, no altera su naturaleza», DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba. Tomo II*, Ed. Temis, 5ª ed., Bogotá, 2002, p. 684.

Sobre este punto, Donatuti recuerda el origen de las presunciones en el Derecho romano refiriéndolas al Derecho material, no tanto por la clasificación como norma jurídica, sino por los efectos legales en el hecho: «Così se guardiamo al diritto romano, nel suo corso storico, troviamo che in esso la maggior parte delle *praesumptiones iuris* hanno significato nel campo del diritto materiale o una tendenza diretta a sostituire come presupposto della ragione il fatto che si prova a quello che genera gli effetti giuridici, oppure una tendenza diretta a modificare il presupposto della ragione, rendendo il fatto, che prima era prova di un determinato presupposto, semplice indizio del presupposto nuovo», DONATUTI, Guido, *Le praesumptiones iuris come mezzi di svolgimento del diritto sostanziale romano*, p. 507.

No faltan autores que sólo reconocen un aspecto material en la presunción, pero es una postura irrelevante, cfr. CORDOPATRI, Franco, *Presunzione. d) Teoria generale e diritto processuale civile*, en *Enciclopedia del Diritto. XXXV*, Giuffrè Editore, Varese, 1986, p. 296.

⁷³⁸ «El concepto de presunción encontró su asiento como hemos visto, en la ley procesal. Pero con los casos particulares de aplicación no sucede lo mismo», HEDEMANN, Justus Wilhelm, *Las presunciones en el Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931, p. 225.

«La función primaria que cumplen las normas de presunción no es tanto establecer una verdad material cuanto una verdad procesal, procedimental o dialéctica. Aceptar y aplicar una norma de presunción no obliga a creer en la ocurrencia de un hecho, sino a considerar probado o no probado un cierto hecho bajo ciertas circunstancias. Es decir, sin la noción de proceso, las normas de presunción carecen de sentido», AGUILÓ REGLA, Josep, *Presunciones, verdad y normas procesales*, «Isegoría», núm. 35, CSIC Revistas, Julio-Diciembre, 2006, p. 16.

«Una regla que, primariamente, crea una obligación para el juez de proceder según una determinada regla de inferencia deductiva», PEÑA GONZALO, Lorenzo y AUSÍN DíEZ, Txetxu, *La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria*, p. 118.

que eximen ciertas materias de la prueba y del proceso, y fundan derechos y deberes de carácter material, y sólo en un segundo momento podrían tener efectos procesales»⁷³⁹. Por tanto, es posible la aplicación de alguna presunción jurídica –es el caso de la edad legal– fuera del ámbito estricto del proceso, al margen de una controversia ante el juez, aunque si bien no desligada de la admisión de la prueba en contrario (que le da el carácter procesal). Entre los motivos que justifican las presunciones legales se encuentra el de facilitar el ejercicio de los derechos⁷⁴⁰.

Otros autores insisten en el carácter procesal⁷⁴¹, rama donde hoy se estudian las presunciones jurídicas, con independencia de su contenido sustantivo o formal; pero incluso aquí no se identifica la presunción legal con la prueba en un proceso judicial; esos autores reconocen igualmente la variedad de efectos que producen en distintos momentos

⁷³⁹ KELLER, Heinz, *De usu praesumptionis in iure canonico*, en «Periodica de re morali et liturgica», XXXIII, 1934, pp. 15 y 22.

⁷⁴⁰ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba*, pp. 678-679. Un poco más adelante, el mismo autor señala que «las presunciones legales son reglas jurídicas sustanciales para la aplicación del derecho objetivo a ciertos casos concretos, cuyos efectos sustanciales se producen fuera del proceso y son reconocidos en este, donde además influyen en la carga de la prueba», *Ibidem*, p. 681.

⁷⁴¹ «Certamente se si ammettono gli effetti che le presunzioni legali producono in rapporto all'onore di prova per le parti, e in rapporto alla valutazione della prova per il giudice, se ne deve pure accettare la legittima conseguenza di sistemazione, che le presunzioni legali cioè appartengano al diritto processuale», CONIGLIO, Antonino, *Le presunzioni nel proceso civile*, pp. 52-53.

«El sentido de las normas de presunción es establecer una verdad procesal; es decir, obligan al juez, bajo ciertas circunstancias, a tomar como probado o no probado un hecho. Constituyen, por tanto, puntos de partida y de llegada en un proceso decisorio. (...). En los procesos contradictorios, los deberes del juez relativos a las verdades procesales se traducen en un 'no tener que probar' o en un 'tener que probar' para las partes en conflicto; es decir, en beneficios y cargas procesales. En este sentido, siempre benefician (facilitan) las pretensiones de una parte y perjudican (dificultan) las pretensiones de la otra. Por ello, siempre y necesariamente tienen una dimensión de distribución y carga de la prueba y/o argumentación», AGUILÓ REGLA, Josep, *Presunciones, verdad y normas procesales*, pp. 19-20.

«en cuanto al sujeto, al objeto, a la apreciación del juez, a la valoración de las pruebas y a su admisión»⁷⁴².

Aparte de esta primera cuestión básica para hallar la naturaleza jurídica de la presunción, los autores prosiguen sus debates. Actualmente son procesalistas los que tratan este tema debido sobre todo a su inclusión en la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la derogación de los preceptos correspondientes del Código civil. Comprobamos que no es una cuestión pacífica. Los procesalistas, obligados a estudiar las presunciones, incluidas las legales, debido a su nueva colocación⁷⁴³, las sistematizan alrededor del tema de la prueba⁷⁴⁴, pero no uniformemente: ni siquiera reconocen la misma naturaleza jurídica a las presunciones legales y a las presunciones judiciales (estas últimas son estudiadas con más detenimiento por los procesalistas)⁷⁴⁵. Hay autores que dirán que es una regla de la carga de la prueba⁷⁴⁶, otros que es un medio de prueba⁷⁴⁷,

⁷⁴² LABANDEIRA, Eduardo, *Las presunciones en derecho canónico*, p. 137.

⁷⁴³ Esta razón tan simple a veces ha hecho perder la visión de conjunto de la normas materiales que establecen la presunción.

⁷⁴⁴ Coniglio está a favor de considerar de derecho procesal las normas de la presunción. Los autores que así opinan, interpretan las normas de la presunción en relación a la distribución de la carga de la prueba y a su valoración. «La presunzioni legali appartengono alla dottrina della prova. Non può esaminarsene la natura giuridica se non riferendole al processo, per gli effetti innegabili che esse hanno sul rapporto normale di ripartizione dell'onore di prova», CONIGLIO, Antonino, *Le presunzioni nel proceso civile*, p. 26.

⁷⁴⁵ Por ejemplo Álvarez Sánchez de Movellán.

⁷⁴⁶ Cfr. PIETRO CASTRO, Leonardo, *Derecho procesal civil, Tomo I*, Librería General, Zaragoza, 1946, pp. 311-313; cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, *Presunciones, verdad y normas procesales*, p. 20; cfr. HEDEMANN, Justus Wilhelm, *Las presunciones en el Derecho*, p. 225; cfr. ANDRIOLI, Virgilio, *Presunzioni. Diritto civile e Diritto processuale civile*, p. 768.

⁷⁴⁷ Quizá sea la postura mayoritaria, en la doctrina procesalista y en la jurisprudencial, aunque el artículo 299 LEC no las mencione, quizá porque realmente las presunciones legales no son en ningún caso un medio de prueba, y también porque aunque sí lo sean las presunciones judiciales, la relación del artículo 299 es de *numerus apertus*.

«Constituye la prueba de presunciones un medio de prueba (...) que se caracteriza y diferencia del resto de medios por su naturaleza indirecta o indiciaria», GIMENO SENDRA, Vicente *et alii*, *Proceso civil práctico. Tomo IV*, Ed. La Ley, 4ª ed., Madrid,

otros que es un método de prueba⁷⁴⁸, otros que supone un desplazamiento/modificación del objeto de la prueba⁷⁴⁹, otros que

2010, p. 940. Incluso los que defienden esta postura admiten que en todo caso sería un medio de prueba *sui generis*.

⁷⁴⁸ «La doctrina se ha apresurado a repetir, frente a una jurisprudencia confusa y titubeante, que las presunciones no son un medio sino un método de prueba. (...). Efectivamente, podemos tener a las presunciones por un método de prueba, y no precisamente por un método cuya aplicación resulte indiferente. Téngase en cuenta, por ejemplo, que cuando Cortés Domínguez califica las presunciones como método, añade que también se puede calificar como un mecanismo de técnica legislativa que el legislador usa para regular ciertos supuestos de la vida real cotidiana. Esta intervención del legislador va a incidir en las reglas sobre la carga de la prueba, de manera que una de las partes resulte beneficiada por esta alteración. Siendo la facilitación de la prueba una consecuencia del recurso a las presunciones, parece razonable afirmar que su utilización tendrá que venir justificada por algún motivo que resulte proporcionado» (pp. 41-42), ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, Ed. Comares, Granada, 2007, pp. 41-42.

«Las presunciones, sea cual fuere su clase, no son un medio de prueba, pues las mismas no consisten en una actividad que deba realizarse en el proceso para incorporar al mismo una fuente de prueba. (...). Las consideramos método para probar, en cuanto que sirven para dar por probado un hecho afirmado por las partes», MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Ed. Thomson-Civitas, 6ª ed., Pamplona, 2011, pp. 177-178.

«No puede aludirse a ellas como medios de prueba, sino que es más correcto hablar de método de prueba (...). Constituyen un método de fijación de los hechos en virtud del cual, partiendo de un hecho que se tiene por cierto, probado o admitido por las partes (indicio), se fija la existencia de otro hecho (presunto), teniendo en cuenta el nexo que une a ambos», GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Itziar, *Medios de prueba (III)* en *Conceptos de Derecho procesal civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 2017, p. 379.

⁷⁴⁹ Cfr. GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil. I. Introducción y parte general*, Ed. Thomson-Civitas, 7ª ed., Madrid, 2004, p. 479.

«Las presunciones judiciales, por el contrario, son un medio de modificación del objeto de la prueba que puede utilizar el juez (y propiciar las partes) si entre el hecho presunto y el presumido existe un enlace preciso y directo según las reglas del sano juicio», CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor, *Derecho procesal civil*, Ed. Tirant lo Blanc, 3ª ed., Valencia, 2008, p. 188.

Al respecto una apreciación previa sobre el concepto de objeto de prueba: son los hechos, la realidad fáctica de las normas, que normalmente son los hechos alegados por las partes.

implica dispensar de la prueba de un hecho a la parte beneficiada con la presunción⁷⁵⁰, etc.

A veces existe la tendencia en la doctrina de considerar también a las presunciones legales con un carácter exclusivamente procesal, aduciendo que ahora están reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, la misma razón existía con anterioridad, pero de signo contrario, cuando estaban en el Código civil. Puesto que existe ese cambio, será necesario dar cuenta de por qué estaban en el Código civil y por qué han pasado a la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷⁵¹, pero sin que sea un argumento de peso el hecho de su colocación, que si bien puede dar pistas, no justifica por sí sólo una atribución de la naturaleza jurídica

⁷⁵⁰ «Como puntualiza Damián Moreno, la finalidad de la presunción es la de dispensar a la parte a quien beneficia de la necesidad de probar dicho hecho pero no supone una modificación de las reglas de la distribución de la carga de la prueba; lo que produce en definitiva es una modificación del objeto de la prueba», ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, pp. 189-190.

«Ma la presunzioni tendono alla liberazione dell'onore di prova, colla conseguente inversione di esso, e pur distinguendosi dagli altri precetti sulle prove di contenuto generale, non possono staccarsi dal diritto processuale», CONIGLIO, Antonino, *Le presunzioni nel processo civile*, p. 14.

«Possiamo sicuramente affermare che come per il diritto delle prove in genere, anche o più specialmente per le presunzioni legali ci troviamo in un campo saldamente unito al diritto materiale e al diritto processuale», *Ibidem*, p. 11.

De todos modos hay procesalistas como Chiovenda que incluso cuando refieren las presunciones legales a la prueba, no actuarían como los demás institutos jurídicos probatorios: «Nella dottrina italiana il Chiovenda adottando un eguale definizione delle presunzioni legali, esclude loro natura processuale, perchè non tendono come le disposizioni relative all'onore di prova, a mantenere l'egualianza fra le parti ripartendo fra loro in via generale l'onore della prova secondo il principio della normalità, della maggior facilità della prova, ecc.», *Ibidem*, p. 14.

⁷⁵¹ Aunque el carácter procesal de las presunciones judiciales esté aceptado, su colocación sistemática en la LEC es una cuestión debatida: «Al profundizar en el estudio de las denominadas presunciones judiciales, también conocidas como prueba por indicios o conjeturas, surge, como primer tema de discusión, el de su ubicación sistemática. Dicho tema, calificado por la doctrina como 'muy complejo y difícil' (Gómez Colomer), se relaciona, además, con su concepto y naturaleza jurídica», GIMENO SENDRA, Vicente y MORENILLA ALLARD, Pablo, *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte General*, Ed. Colex, Madrid, 2004, p. 483.

material o procesal en función del cuerpo legal que las recoja, menos aún cuando actualmente buena parte de los códigos europeos las siguen manteniendo en su articulado.

En medio de las diferentes propuestas, me parece acertada, precisamente por mantener una visión de conjunto, las posturas de Carreras en la doctrina española y Chiovenda en la doctrina italiana. Desde diversos ángulos, defienden el carácter de norma material de las presunciones legales sin dejar de reconocer un aspecto procesal. El criterio que utilizan es la eficacia de las presunciones legales fuera del ámbito procesal⁷⁵², aunque sin excluir que sus efectos se dejen sentir en

⁷⁵² «Mientras la objetivación de aquellas máximas en reglas legales de prueba engendra normas de indiscutible carácter procesal, por lo menos las generales, la que se verifica por el Legislador en materia de interpretación de los negocios jurídicos engendra normas consideradas hoy comúnmente como normas sustantivas o materiales. Entendemos que el criterio fundamental para determinar la naturaleza de las normas que establecen una presunción, es decir, que enlazan preceptivamente el indicio con el hecho presunto, es el de observar si son relevantes o producen algún efecto jurídico fuera del proceso, por sí mismas, sin intervención jurisdiccional, y si de algún modo regulan u ordenan la conducta de las partes fuera del proceso. Para aplicar este criterio hay que tener en cuenta que las normas sobre presunciones legales *iuris tantum* no aparecen como normas de carácter general, sino como normas complementarias de las reguladoras de ciertas relaciones jurídicas materiales», CARRERAS, Jorge, *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, en «Revista jurídica de Catalunya», LXI, núm. 3 y 4, Barcelona, 1962, p. 533.

«El carácter complementario de las normas sobre presunción, nos indica que la norma complementaria ha de tener forzosamente la misma naturaleza jurídica de la norma principal, ya que el Legislador quiere ordenar la conducta de los destinatarios no sólo partiendo del supuesto de hecho genuino, sino en su defecto, o caso de no tenerse certeza sobre él, del supuesto de hecho supletorio en que consiste el indicio. Baste recordar lo que acabamos de decir a propósito de la posición de las partes respecto de la norma presuntiva legal para darnos cuenta de que ésta, lo mismo que la principal complementada, regulan la conducta de los destinatarios dentro y fuera del proceso. Este criterio nos lleva, pues, a afirmar el carácter sustantivo o material de las normas que regulan una presunción legal *iuris tantum*, lo mismo que tienen carácter material otras normas que, a pesar de parecer mucho más genéricas, tienen también función complementaria de las normas sustantivas más genuinas» *Ibidem*, p. 533. Las normas que establecen una edad, podemos decir que son complementarias en dos sentidos: primero en cuanto determinan el ejercicio de los derechos y obligaciones, y segundo en

el mismo proceso. Es decir, las presunciones legales no se reducen al concepto de la prueba, camino errado hoy en muchos procesalistas que abordan el estudio de la presunción sin la reflexión previa de su carácter material o procesal (lo veremos más adelante), quizá porque no han separado totalmente las presunciones legales de las judiciales.

Desde otro punto de vista se confirma el carácter material de las presunciones legales, concretamente desde la teoría de la norma jurídica en lo que se refiere a su enunciado; los autores califican a la presunción

cuanto normas de la parte general que afectan a todas las instituciones en su fundamento.

«La naturaleza jurídica de las presunciones no es sino la determinación legal de hechos que deben servir como constitutivos e impeditivos o extintivos del derecho *bajo condición* de que no se afirmen y prueben como ciertos otros hechos. De aquí que las presunciones pertenezcan, como vimos, al derecho sustancial y estén reguladas por la *lex rei*. Lo cual no excluye que si el hecho contrario, aún sin ser aprobado por el adversario, resulta probado en juicio, por ejemplo, por declaración de la parte a favor de la cual está la presunción legal, pierde ésta todo valor», CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo II*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977, p. 261.

Chiovenda se muestra a favor de considerarlas de derecho material. Así expone Coniglio la postura de Chiovenda: «Le norme generali sull'onore di prova sono processuali, perchè determinate da ragioni processuali. Il legislatore ha per fine immediato la migliore formazione del convincimento del giudice, ne regola la sua attività nell'interesse della funzione giurisdizionale, mentre colle norme probatorie particolari ha di mira la tutela e la disciplina del singolo rapporto, e se pone dei limiti alle prove e quindi al convincimento del giudice, ciò non fa perchè senza quei limiti ci sarebbe maggiore probabilità di errore che negli altri casi, ma perchè si preoccupa delle condizioni giuridiche di una determinata parte», CONIGLIO, Antonino, *Le presunzioni nel processo civile*, p. 51.

Coniglio, si bien defiende la postura de los procesalistas, señala una diferencia entre la presunción legal y los demás medios de prueba: «La presunzione legale ha effetto irretroattivo come ogni altra norma sostanziale, gli altri mezzi di prova invece come pertinenti al diritto processuale anno valore retroattivo. Da questa efficacia delle presunzioni legali nel tempo o nello spazio in tutto eguale ai precetti del diritto sostanziale se ne trae quindi argomento per maggiormente giustificare la classificazione delle presunzioni legali nel diritto sostanziale», *Ibidem*, p. 55.

legal como un enunciado jurídico cualificatorio y, en este sentido, dentro de ese tipo de normas sustantivas⁷⁵³.

En cualquier caso, es mayoritaria la doctrina que afirma que las presunciones legales alcanzan tanto al momento sustantivo como al

⁷⁵³ «La diferencia de estilo entre la consecuencia de las presunciones y la consecuencia de otros enunciados cualificatorios no oculta ninguna diferencia real. A pesar de las apariencias, no hay ninguna diferencia real entre una presunción jurídica y un enunciado jurídico cualificatorio ordinario. Quizá la única diferencia que podría señalarse es la siguiente: el hecho de formular una presunción es síntoma o indicio de que el autor de ella es consciente de que los hechos podrían ser contrarios a lo que la presunción dice (es consciente, dicho de otro modo, de que la presunción, de ser entendida como una aserción, podría resultar falsa)», HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Introducción a la norma jurídica*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1998, p. 288.

«Las presunciones cumplen un papel instrumental en el derecho. Su función básica es posibilitar la superación de situaciones de *impasse* del proceso decisorio, en razón de la ausencia de elementos de juicio a favor o en contra de determinada proposición (proposición que resulta relevante para resolver el caso sometido). De este modo, la incorporación de presunciones por vía legal constituye un mecanismo del cual se vale el derecho, en general, para resolver en un sentido determinado aquellos casos en que existe cierta incertidumbre acerca de si se han producido determinadas circunstancias, correlacionadas con ciertas soluciones por normas del sistema en cuestión. Ullmann-Margalit hace referencia a este dato señalando un rasgo de *parcialidad* en las presunciones, en el sentido de que dan preferencia anticipada a cierta solución, favoreciéndola frente a otras soluciones opuestas. Esta parcialidad, por cierto, se justifica de maneras diversas. Ullmann-Margalit ha distinguido tres tipos de consideraciones que pueden servir para justificar la inclusión de una presunción determinada: consideraciones probabilísticas (es más/menos frecuente Q que No-Q, en caso de P), evaluativas (las consecuencias de presumir Q, en caso de P, serían más/menos graves que las consecuencias de presumir No-Q en caso de P) y procesales (es más/menos fácil producir prueba a favor de Q que de No-Q, en caso de P)», MENDONCA, Daniel, *Presunciones*, en «DOXA», 21, volumen 1, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1989, pp. 94-95.

«El papel de las presunciones no es representar un detalle de información que sea parte de nuestro conocimiento respecto de cómo son las cosas en el mundo, sino que es parte de una maquinaria instrumental en uso mediante cuyas operaciones se adoptan decisiones. De este modo, como las presunciones tienen un carácter instrumental, ellas pueden conducir o no a los propósitos perseguidos. La evaluación de una presunción debe efectuarse, entonces, en base a su papel funcional. Consiguientemente, el valor de una presunción reside en consideraciones sistemáticas respecto del contexto decisorio dentro del cual ella figura», *Ibidem*, p. 96. El papel instrumental de la edad es favorecer el ejercicio de los derechos.

procesal. En mi opinión, las dificultades se derivan de una cuestión de método en el punto de partida: la radical división en ramas del Derecho –material y procesal– que hace que no se vean las conexiones entre ellas. Como se adelantó, es significativo en este sentido el cambio operado en el Derecho civil, que inicialmente recogía la parte general de la prueba y la regulación de las presunciones en el capítulo V del Título I del Libro IV del Código civil⁷⁵⁴, derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000 de 7 de enero, a cuyo capítulo VI *De los medios de prueba y de las presunciones* se ha trasladado aquella

⁷⁵⁴ «Para determinar la naturaleza jurídica de la prueba es preciso saber a qué sector jurídico básico pertenece en cuanto figura de derecho. La solución de este problema es dada, en principio, por dos respuestas extremas y una conciliadora o intermedia. La respuestas extremas son las que ven en la prueba una operación estrictamente material o estrictamente procesal; la respuesta intermedia es la que divide, erróneamente, la regulación jurídica de esta materia, distinguiendo un aspecto material y un aspecto formal de la prueba, como hace el derecho positivo español que, desafortunadamente y con inconsciencia de criterio además, reparte la regulación jurídica de la prueba, en lo que a la prueba civil se refiere, entre el Cc y la Lec», GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 345.

«Per la distinzione formulata dal Bentham di *leggi sostantive* e di *leggi aggettive*, le prove entrano nella seconda categoria. Ma questa distinzione elementare e dottrinalmente inoppugnabile non toglie che anche nella materia delle prove la legge scritta sceverì con un criterio positivo e praticamente vantaggioso le *norme essenziali* dalle *forme procedurali*. Chè, si le *prove* di fronte ai diritti sono la parte aggettiva di fronte alla sostantiva, nella materia stessa delle prove abbiamo una parte aggettiva che è data dalle forme procedurali rispetto alla sostantiva, che è data dalle norme essenziali rispetto alla sostantiva, che è data dalle norme essenziali. Queste dunque attenendosi direttamente ed immediatamente al fondo del diritto, essendo non in materia di filiazione, come crede il Bonnier, ma in tutte le materie complemento indispensabile delle regole del fondo, hanno posto naturale nel codice civile. Quello di procedura organizza la parte meccanica, determina il rito. Ora a qualsiasi meccanismo sguggono completamente le presunzioni legali e semplici. I fatti a cui sono attribuite le une o da cui si traggono le altre vogliono essere direttamente provati in conformità alle regole del codice civile ed alle forme di quello di procedura, ma quando siano dimostrati, la presunzione che ne deriva per forza di legge o per virtù di raziocinio è un argomento ideale, che, come fu detto benissimo ‘non si organizza delle sotto l’impero della forma’. Ecco perchè la materia delle presunzioni è regolata dal codice civile. Essa appartiene unicamente al diritto probatorio sostanziale, e sfugge al formale, cioè alla procedura in senso stretto», RAMPONI, Lamberto, *La teoria generale delle presunzioni nell diritto civile italiano*, p. 11.

regulación. Los Códigos de Derecho canónico de 1917 y 1983, que reúnen conjuntamente las normas materiales y procesales, llevan lo correspondiente a las presunciones al Libro dedicado a los procesos, concretamente, el CIC de 1917 al capítulo VI del Título X *De las pruebas*, y el CIC de 1983 al capítulo VI del Título IV también llamado *De las pruebas*. Sin embargo, las concretas presunciones legales aparecen dispersas en el Código civil (arts. 193, 194, 436, 448, 449, 459, 572, etc.), así como en los distintos libros del Código de Derecho canónico. Estas presunciones codiciales —civiles y canónicas— continúan la tradición jurídica iniciada en el Derecho Romano con la misma naturaleza, elementos y efectos de entonces⁷⁵⁵.

⁷⁵⁵ «La importancia que pueden tener (y de hecho y de manera creciente vienen teniendo) en la práctica judicial las presunciones nos lleva a preguntarnos por los motivos que pueden justificar su existencia. Entre estos, se ha señalado por la doctrina, entre otros: a) la propia naturaleza del hecho a probar que impide una prueba directa sobre el mismo porque induciría a consecuencias jurídicas propias de una determinada figura, pero en realidad encubre otra diversa (STS de 30 de junio 1996: “es unánime la doctrina jurisprudencial, admitiendo la eficacia casi única de la prueba de presunciones, en aquellos procesos en los que se aducen problemas de simulación contractual, pues por la propia naturaleza de la cuestión, sólo mediante la prueba de presunciones puede acreditarse la ausencia de causa, dada la intención ocultista de los interesados, que hace muy difícil la existencia de una prueba directa”); b) en otras ocasiones se trata de hechos sobre los que resulta imposible obtener certeza de que se produjeron, al menos en el estado actual de las ciencias físicas o naturales; o bien que dicha imposibilidad responda a razones morales de manera que si bien con mayor o menor dificultad podría llegarse a la certeza, la investigación conduciría a situaciones atentatorias contra la moral y las buenas costumbres; c) porque en esos hechos concurren determinados valores éticos, sociales, ideológicos y hasta económicos, a cuya protección responde perfectamente el mecanismo presuntivo; d) también hay supuestos en los que la facilitación de la actividad probatoria a una de las partes se debe a una potencial inferioridad de ésta en el proceso y en relación con los hechos a probar lográndose con ello dotar de mayor virtualidad al principio de igualdad procesal», ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, pp. 189-190.

Como la presunción legal es una aplicación científico-jurídica de la presunción natural entendida como razonamiento lógico⁷⁵⁶, que el hombre lleva a cabo para el conocimiento de los hechos ocultos, el Derecho, movido por criterios de justicia al regular la realidad social, acude a las presunciones como una técnica aplicable a situaciones especialmente importantes y a la vez difíciles de verificar. Por esta razón, la edad legal surgió imbricada en esta técnica, que permite tener como punto de partida la capacidad para el ejercicio de los derechos y deberes, pues exigir su previa demostración pondría en peligro la eficacia de esos derechos y deberes por las dificultades probatorias que entrañaría, empezando porque la comprobación debería hacerse en cada persona, lo cual sería inviable desde un punto de vista jurídico.

Así lo han advertido algunos autores entre los que se encuentra De Santo: «Las presunciones legales, por su parte, también tienen una finalidad sustancial y extraprocesal, de gran relevancia, además de la indirectamente probatoria: otorgarle seguridad a ciertas situaciones de orden social, político, familiar y patrimonial –legitimidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio, posesión de la tierra, ejercicio de derechos políticos, presunción de capacidad para su ejercicio por ser mayores de edad, etc.–. Desde este aspecto reconocen ciertos derechos sustanciales y permiten su ejercicio extrajudicial y judicialmente»⁷⁵⁷.

En el ámbito canónico, Labandeira, comentando la razón de ser de las presunciones, sostiene que «hay casos que son de tal trascendencia que impelen al legislador a tomar cartas en el asunto. Las dificultades que ofrece en ocasiones la prueba son una directa amenaza contra la

⁷⁵⁶ Esos razonamientos, antes de llegar a constituir una presunción legal, han sido contrastados previamente como presunciones judiciales.

⁷⁵⁷ DE SANTO, Víctor, *La prueba judicial. Teoría y práctica*, Universidad de Buenos Aires, 2ª ed., 1994, pp. 680-681.

salus animarum, el bien público, la justicia, la seguridad, la eficacia de la norma u otro bien que conviene amparar»⁷⁵⁸.

En estas aportaciones doctrinales, además del carácter procesal de la presunción legal, se reconoce, que los efectos de la edad como presunción legal de capacidad, en un primer momento, no tienen lugar en el proceso, sino directamente sobre la capacidad de los sujetos de derechos y obligaciones, por lo que en este sentido serían también normas materiales.

No obstante lo defendido, he de admitir que la edad no es estudiada por la doctrina como presunción legal en sentido estricto⁷⁵⁹, aunque

⁷⁵⁸ LABANDEIRA, Eduardo, *Las presunciones en derecho canónico*, p. 125.

Labandeira justifica las presunciones al decir que «mientras será fácil que nos cerciorem de lo externo, presente, manifiesto y universal, surgen graves dificultades al tratar de desentrañar los actos internos ajenos, los ocultos, lejanos o particulares», *Ibidem*, p. 125, apoyándose en KELLER, Heinz, *De usu praesumptionis in iure canonico*, pp. 7-8.

⁷⁵⁹ Movellán sostiene que la capacidad no es una auténtica presunción *iuris*, sino una regla de la carga de la prueba. A mi entender, no sería propiamente una regla de la carga de la prueba por las siguientes razones: 1) Por tener una visión formalista o legalista de las presunciones: son presunciones las que vienen establecidas por una norma procesal (este criterio se debe al cambio operado –del Código a la LEC–, que si bien fue acertado, no sirve porque no toca a la naturaleza de las presunciones). No se pueden definir las presunciones por proceder de una norma procesal toda vez las presunciones han existido casi dos mil años antes de existir la diferenciación entre normas procesales y materiales; antes venía en el Código civil, y hoy se sigue manteniendo en muchos códigos europeos. 2) Porque no admite que la capacidad legal se asienta sobre la capacidad real, y por eso no ve el juego de la presunción. 3) Porque no responde a la eficacia que las presunciones legales tienen fuera del proceso. No atiende a este hecho (p. 68).

No es una mera regla de la carga de la prueba, sino que el favorecido por la presunción ha de probar que existe el hecho base, que en el caso de la capacidad de obrar es la edad. Una cosa es que sea fácil de probar, y otra que no haya un hecho que probar, cfr. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, p. 74.

Según otro autor que el mismo Movellán cita, la presunción lo es cuando hay sustitución de un hecho por otro en la fase procesal: de la capacidad presumida en la edad, a la capacidad natural manifestada en las pruebas, cfr. *Ibidem*, p. 74.

también es cierto que los autores la describen como tal⁷⁶⁰. La consideración de la edad como presunción legal de capacidad, también

«En palabras de Rosemberg, la presunción produce, pues, una modificación del tema de la prueba, y no de los principios relativos a la distribución de la carga respectiva», *Ibidem*, p. 127.

⁷⁶⁰ En las citas de esta nota, cuando utilice “cfr.”, es porque se trata de un texto ya utilizado a lo largo del trabajo. Salvo las que se refieren al Derecho canónico que serán puestas al final del trabajo al tratar de la capacidad matrimonial.

«La elección realizada por el legislador encierra una vinculación entre edad y capacidad natural –se presume ésta a partir de aquélla– que no tiene por qué corresponderse con la situación real de quien ha alcanzado esa edad. La edad de que se trate, está dispuesta por el legislador a partir de la consideración de que una persona normal, en condiciones normales, a dicha edad ha adquirido ya la capacidad natural bastante para llevar a cabo la actuación o actuaciones a que el legislador le autoriza –o, si se trata de la edad de la mayoría, para reconocerle con carácter general la capacidad de obrar–», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La edad*, p. 399; cfr. IDEM, *Comentario de los arts. 314-324 Cc*, p. 1334.

«La capacidad de obrar de las personas deriva directamente, con carácter general, de la concurrencia de esos hechos o datos objetivos, a los que el ordenamiento la liga. Lo que también es verdad, en la actual situación de nuestro Derecho positivo, es que los hechos o datos a los que se vincula el reconocimiento de la capacidad de obrar abstracta y general, han sido fijados precisamente teniendo en cuenta que ellos permiten establecer razonablemente una presunción de existencia (o limitación, o inexistencia) de la capacidad natural. Lo cual quiere decir que, para la atribución de esa capacidad de obrar abstracta y general, se parte de una presunción legal de capacidad natural, que obra con base en datos externos objetivos y fácilmente reconocibles: la mayoría de edad (a partir de la cual el legislador presume que una persona ha llegado ya al desarrollo físico y mental, y al nivel de conocimientos y experiencia que le permite desenvolverse por sí sólo), y la ausencia de incapacitación. Se puede decir que, en orden a la atribución de capacidad de obrar general, la correspondencia entre capacidad natural y capacidad de obrar es una correspondencia teórica –pero con fundamento real–, basada en presunciones legales, con alcance general, y que sitúa a la persona en una posición jurídica fácilmente identificable por quienes tienen que tratar con ella», IDEM, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, pp. 1407, 1418.

«Los Códigos y las legislaciones optan por fijar un límite de edad para todos, a partir del cual se *presumen* que se ha alcanzado dicha madurez intelectual», LETE DEL RÍO, José Manuel, *Título XI. De la mayor edad y de la emancipación*, p. 504. La cursiva es del autor.

«No parece ofrecer duda que la ley regula la capacidad de obrar ateniéndose, sobre todo, a presunciones basadas en la idoneidad psicológica natural», CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral. Tomo I*, p. 151.

«Presunción legal favorable a la mayor capacidad y libertad de la persona», ALBADALEJO, Manuel, *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, p. 158. Aunque bajo ese título lo expondrá después en forma negativa: no se presumen las incapacidades, *Ibidem*, p. 158.

«Nuestro Código civil, como la gran mayoría de los códigos europeos, establece una regla general en materia de capacidad, señalando un sistema de edades donde se presume que una persona que detente una determinada edad está capacitada para realizar un acto concreto», LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, *La capacidad contractual del menor*, pp. 41-42.

«Salvo que la ley exija la mayoría de edad, a los dieciséis años se presume la existencia de capacidad natural de tal manera que, de no existir ésta, deberá probarse y, por tanto, destruirse la presunción. Con anterioridad a los doce años es posible que exista autogobierno del menor pero ello deberá probarse pues en la mayor parte de los casos aquél no se dará», DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, p. 106.

«La adopción eficiente de un sistema abstracto como el actual de la mayor edad, en el que se presume que el individuo que ha alcanzado una determinada edad goza ya de una madurez mínima (...)\», BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, *Derecho de la persona*, p. 16.

Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II*, p. 4; cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad*, p. 54.

«La question étant de séparer les personnes à protéger de celles qui bénéficient du discernement, de l'expérience et de la prudence nécessaires pour régler elles-mêmes leurs affaires, le législateur use, en principe, d'une présomption: avant qu'ils aient atteint l'âge fixé par la loi, les individus sont réputés inaptes à agir seuls sans courir des risques excessifs; à partir du moment où ils ont atteint l'âge légal, ils sont censés être suffisamment armés pour affronter les difficultés de la vie en société. Il s'agit là, bien évidemment, d'une technique prenant quelque distance avec la réalité, mais qui se justifie par la simplification de la mise en œuvre des règles juridiques qui en résulte. Au lieu de devoir rechercher concrètement l'évolution de la personnalité de chaque individu, une norme uniforme donne immédiatement une solution nette. Le passage d'une qualité, l'aptitude à mener raisonnablement ses affaires, à une quantité, un nombre déterminé d'années écoulées depuis la naissance, néglige certes bien des nuances, mais cette approximation est, le plus souvent, suffisante et sa simplicité lui confère une incontestable supériorité pratique», GOUBEAUX, Gilles, *Traité de Droit civil. Les personnes*, pp. 321-322.

«Si è adottato, così, dalla nostra legge, un criterio unico ed assoluto, fondato sulla presunzione che la maturità intellettuale si raggiunge a 21 anni», Cfr. DEgni, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 8.

«Anche la presunzione legale assoluta di capacità generale di agire per via del raggiungimento della maggiore età viene relativizzata dal legislatore sia per tutelare il soggetto maggiorenne di cui si accerti l'incapacità, sia per tutelare chi è stato aggirato

estaría respaldada por las conclusiones sobre la naturaleza jurídica de la

dal minore», PALAZZO, Antonio, *Presunzione*. c) *Diritto privato*, en *Enciclopedia del Diritto*. XXXV, Giuffrè Editore, Varese, 1986, pp. 267-268.

Cfr. ALPA, Guido e RESTA, Giorgio, *Le persone e la famiglia*, p. 23; cfr. STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 273; cfr. RUPERTO, Cesare, *Età*, p. 88; cfr. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo segundo. Volumen I*, p. 8.

También en el ámbito canónico.

«L'âge légal offre le grand avantage de simplifier, de donner une règle générale, applicable à tous les individus de tel âge, et dispense d'une enquête pour chaque cas en particulier. L'âge légal est donc une présomption simple, commode, pratique, mais ce n'est qu'une *præsumptio iuris* qui admet des preuves contraires et cède à la vérité», DELMAILLE, J., *Age*, p. 315.

Cfr. AYRINHAC, Henry Amans et LYDON, Patrick Joseph, *Marriage legislation in the New Code of Canon Law*, Ed. Benzinger Brothers, 2ª ed., New York, 1952, p. 124; cfr. CORIDEN, James A., GREEN, Thomas J., et HEINTSCHEL, Donald E., *The Code of Canon Law. A text and commentary*, Ed. Geoffrey Chapman, London, 1985, p. 72.

Lo mismo ocurre para la edad legal matrimonial, donde la doctrina civil y sobre todo canónica describen la edad como presunción *iuris tantum*. Inidico aquí las referencias bibliográficas que serán puestas con su texto al final del capítulo tercero en el apartado dedicado al matrimonio.

Cfr. PLANIOL, Marcel, *Traité Pratique de Droit Civil Français, Tome II, La Famille*, Ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1926, pp. 81-82; cfr. WERNZ, Francisco Xavier et VIDAL, Petri, *Ius canonicum. Tomo V. Ius matrimoniale*, p. 230; cfr. GASPARRI, Pietro, *Tractatus canonicus de matrimonio. Volumen I-II*, p. 291; cfr. CHELODI, Ioanne, *Ius matrimoniale iuxta Codicem Iuris Canonici*, Ed. Tridentum, 3ª ed., Tridenti, 1921, pp. 66-67; cfr. LLANO CIFUENTES, Rafael, *Nuovo Direito Matrimonial Canônico*, Ed. Marques Saraiva, Río de Janeiro, 1988, p. 213; cfr. BERNÁRDEZ CANTÓN, Alberto, *Curso de Derecho matrimonial canónico*, Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1974, p. 100; cfr. BERTOLA, Arnaldo, *Il matrimonio religioso nel diritto canonico e nell'ordinamento concordatario italiano*, Ed. Torinese, Torino, 1966, p. 54; cfr. BLANCO NÁJERA, Francisco, *El código de derecho canónico traducido y comentado. Tomo II. Derecho sacramental*, Ed. Escelicer, Cádiz, 1945, p. 306; cfr. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *La institución matrimonial según el derecho de la Iglesia Católica*, CSIC, 3ª ed., Madrid, 1947, p. 157; cfr. MANS PUIGARNAU, Jaime, *Derecho matrimonial canónico. Volumen I*, p. 153; cfr. MONTERO Y GUTIÉRREZ, Eloy, *El matrimonio y las causas matrimoniales*, p. 120; cfr. D'AURIA, Angelo, *Gli impedimenti matrimoniali nel Codice di Diritto Canonico della Chiesa Latina*, Ed. Lateran University Press, Roma, 2002, pp. 53-55; cfr. GROCHOLEWSKI, Zenon et alii, *Il matrimonio nel nuovo codice di diritto canonico. Annotazioni di diritto sostanziale e processuale*, Gregoriana Editrice, Padova, 1984, pp. 149-150; cfr. PELLEGRINO, Piero, *Gli impedimenti relativi alla dignità dell'uomo nel matrimonio canonico*, Giappichelli Editore, Torino, 2000, p. 5.

presunción y su incidencia en la prueba, aspectos perfectamente verificables en el carácter mixto o híbrido de la edad, que como toda presunción legal hace referencia al momento sustantivo (norma que establece la edad legal) y al momento procesal (sentencia sobre capacidad de las personas).

En concreto, la edad es una presunción legal de la capacidad natural, que gracias a De Castro es considerada de modo positivo –no existe principio de incapacidad general–⁷⁶¹, lo cual está en sintonía con el

⁷⁶¹ Se debe mencionar además el carácter eminentemente positivo de la presunción. Es presunción afirmativa, no negativa: «En este sentido, no creo que pueda hablarse de una presunción negativa, correspondiente a la que he indicado en el texto, según la cual habría que entender que ningún menor de edad tendría suficiente capacidad natural, por no haber llegado a los 18 años. Que a partir de esa edad se pueda razonablemente considerar que todos han adquirido capacidad natural, no debe querer decir que antes de ella nadie la haya adquirido: la presunción que fundamenta el límite legal de la mayoría de edad opera sólo en el primero de los sentidos, pero no en este segundo. En parecida línea, la resolución de la DGRN de 3 de marzo de 1989 señala que ‘si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1, 3 y 4 del Código civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni (*sic*) con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad’», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 1428.

«La CDPD claramente reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad de tener capacidad jurídica para ejercer en nombre propio los derechos reconocidos en dicho instrumento, así como todos los demás derechos reconocidos en otros tratados internacionales. Consecuentemente, la capacidad jurídica se debe ‘*siempre presumir*’, lo que invierte la carga de la prueba que tradicionalmente ha estado en cabeza de la persona con discapacidad», BARRIFFI, Francisco José, *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la convención de la ONU*, p. 380. Recuérdese que la CDPD cuando dice ‘capacidad jurídica para ejercer’, se está refiriendo a la ‘capacidad de obrar’.

«La capacidad de obrar no es uniforme: el menor de edad tiene una capacidad graduada en función, según los casos, de su falta de capacidad natural, de la edad o de estar emancipado; y ciertas personas pueden ser declaradas incapaces, en virtud de unas causas establecidas en la ley, como consecuencia de un procedimiento judicial en

carácter de la presunción legal, que quiere facilitar el ejercicio, no impedirlo –no puede decirse que exista una presunción de incapacidad en el menor de edad del mismo modo que no puede sostenerse que exista dicha incapacidad en el Código–. Pero si es una presunción *iuris tantum* debe admitir prueba en contrario que, en el caso de la edad legal, viene constituida por los procesos de incapacitación. Y las normas sobre la incapacitación, como no podía ser de otro modo por lo apuntado en el capítulo primero, tienen el mismo fundamento que la edad: la capacidad natural⁷⁶². Una vez más, las circunstancias que afectan a la capacidad de

el que se determinará ‘la extensión y límites’ de la incapacidad», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p. 174. En realidad, todo instituto aquí mencionado tiene que ver con la capacidad natural o grado de discernimiento: edad, emancipación, incapacitación y su modificación.

⁷⁶² «Basada, hoy, la incapacitación, en la falta de discernimiento (capacidad natural) del incapacitado, la modificación de tal *status* debe de fundamentarse en nuevos hechos o ‘circunstancias sobrevenidas’ en torno a ello», *Ibidem*, p. 160. Esto muestra que la capacidad natural está vigente en las normas sobre edad legal e incapacitación, porque juntas forman un mismo instrumento técnico: el de la presunción legal.

«Por su parte, el notario Rafael Leña Fernández nos dice: La declaración de incapacidad lo único que añade a la incapacidad natural es una destrucción absoluta de la presunción *iuris tantum* de capacidad y la constitución de una presunción *iuris et de iure* de incapacidad, que se extiende hasta la muerte o hasta una nueva sentencia modificativa o extintiva de ese estado. Una vez declarada la incapacidad, no se tiene ya en cuenta la capacidad que realmente pueda tener el incapacitado en cada momento salvo en los casos de admisión explícita de la validez de los actos realizados en intervalos lúcidos: testamento, matrimonio y reconocimiento de hijos extramatrimoniales», GARCÍA CANO, Tomás, *Función calificadora de la capacidad en los documentos notariales*, p. 85. En mi opinión la consideración del carácter de presunción *iuris et de iure* en el momento en que existe una sentencia de incapacitación, no tiene consistencia, porque siempre seguirá la capacidad natural reclamando ser reconocida, pudiendo provocar un cambio en la sentencia de incapacitación, o reconociendo la validez de los actos del incapaz legal cuando se prueba que tenía la capacidad natural. En todo caso, lo relevante es la óptica presuntiva con la que el Notario trata la cuestión.

El otro gran ámbito de las normas de la capacidad de obrar opera igualmente con la lógica presuntiva, en la que la capacidad natural es el punto de referencia. Con las reformas de 1981 y 1983, «lo esencial, ahora, no es la potestad a la que queda sometido el incapaz, sino su protección y la presencia o ausencia de capacidad natural que son las que la justifican. Importa destacar este punto porque, entonces, el esquema a partir

obrar –edad y enfermedad–, aparecen tratadas jurídicamente bajo la consideración de la edad como presunción jurídica. Esto es lo que permite reconocer a la edad ese carácter material y procesal como corresponde a toda presunción legal.

Además, la calificación de la edad como presunción legal puede constituir una respuesta adecuada a todos los inconvenientes que la doctrina se planteaba en materia de capacidad de obrar, entre los que estaba la imposibilidad de hallar la naturaleza jurídica de la norma legal que establecía la edad –si era una norma positiva sin más, o un estado civil–. En su momento enumeramos algunas de las cuestiones disputadas, que no eran sino una derivación específica de la cuestión nuclear en la teoría de la capacidad de obrar: cómo ajustar la capacidad natural y la capacidad legal. Para no repetir lo dicho en su momento, aquí me limito a enunciar la solución de la edad legal como presunción legal: desde el instante en que la capacidad natural es uno de los elementos de la edad como presunción legal, concretamente el hecho presunto, se puede decir que la capacidad natural está vigente en el Ordenamiento mediante la posibilidad siempre abierta de hacerla valer en un proceso concreto.

Ciertamente, el orden y fijeza que la codificación inicial y la ciencia jurídica del momento propugnaban, no permitían considerar conjuntamente una norma material y un aspecto procesal, por lo que el tema de la edad debería quedar resuelto en el Derecho sustancial: se atribuye capacidad de obrar al mayor y se le niega al menor⁷⁶³. Este

del cual ha de estudiarse la incapacitación varía sustancialmente. En resumen: no habrá que partir, directamente, de la institución de la tutela, sino de la capacidad de discernimiento y posibilidad o no de autogobierno», GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p. 177.

⁷⁶³ Con motivo reacciona De Castro, pero al acudir al estado civil genera otros problemas en el ámbito de la capacidad de obrar, empezando por la falta de soporte legal de la capacidad limitada correspondiente al estado civil de la minoría de edad.

carácter negativo con que se sistematiza la capacidad del menor llegará a su máxima expresión en el ámbito matrimonial, donde la edad es vista nada menos que como impedimento, en abierta contradicción con los principios de la teoría de la capacidad de obrar, más aún si consideramos, de acuerdo con dicha teoría, que la edad legal para el matrimonio actuaría para ese negocio jurídico como la edad de la mayoría para contraer: no sólo no sería el núcleo de la capacidad matrimonial, sino un impedimento marginal.

La complejidad y variedad en las normas jurídicas es un reflejo de la complejidad de la vida humana que el Derecho trata de ordenar. Una concepción rígida que niegue la diversidad en el tratamiento jurídico de las conductas humanas podría convertir en injusto al Derecho; por ello, para facilitar el ejercicio de los derechos, se legaliza anticipadamente la prueba despejando de ese modo el camino.

II. LA EDAD COMO PRESUNCIÓN *IURIS TANTUM* DE CAPACIDAD EN SENTIDO TÉCNICO

La codificación no ha conseguido, tampoco lo ha intentado, prescindir de la edad para estructurar el sistema jurídico de capacidad. La pregunta pertinente ahora es si ha logrado prescindir de la técnica jurídica que acompañó a la edad en su origen: la *praesumptio iuris*. Una vez vista la permanencia de la edad legal como núcleo de la capacidad de obrar en la doctrina y en las normas vigentes, tanto civiles como canónicas, trataremos si la edad legal se encuadra en la teoría de la presunción propuesta por la doctrina procesalista. La respuesta afirmativa no es evidente por la dispersión de los elementos de la edad legal en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si consideramos conjuntamente ambos momentos, vemos que existen elementos sustanciales y procesales, y en este sentido parece cumplir con la naturaleza jurídica de la presunción *iuris tantum*. No se trata de reclamar un cambio de situación de los elementos, sino de establecer adecuadamente la conexión entre ellos. En este sentido, la noción de Ordenamiento lleva a buscar la comprensión unitaria entre las distintas partes de un mismo «cuerpo jurídico», por lo que considero razonable el intento, ahora no desde el lado de los iusprivatistas, sino desde las aportaciones de los procesalistas. En concreto, estudiaré los elementos de toda presunción y los de la edad legal para ver la coincidencia, y en un momento posterior examinar la naturaleza jurídica de la presunción legal en sentido técnico, para comprobar si la edad se encuentra en este ámbito teórico.

A. EXAMEN ANALÍTICO: ELEMENTOS DE LA EDAD LEGAL COMO PRESUNCIÓN JURÍDICA DE CAPACIDAD

Las diferencias entre el sistema antiguo y el actual vienen propiciadas por la comprensión del Derecho que la codificación y la especialización en diversas ramas ha introducido en la ciencia jurídica, desplazando a una posición secundaria a la jurisprudencia en la determinación del Derecho. No obstante, hay bastante coincidencia en la doctrina no sólo sobre la definición de la presunción jurídica sino también sobre los elementos que tradicionalmente se mencionan en ella. A continuación veremos un acercamiento analítico a la edad como presunción legal desde los procesalistas.

Para la doctrina los elementos que se distinguen en cualquier presunción legal son los siguientes: hecho base, hecho presunto, la conexión entre los hechos basada en la probabilidad, el razonamiento presuntivo y la prueba en contrario (*iuris tantum*). Al mismo tiempo, los elementos que interfieren en la capacidad de obrar son la edad natural, la

capacidad natural, la probabilidad de que a determinada edad existe una capacidad que le es propia, la edad legal, y la prueba de la falta de capacidad natural. Lo mostraré más detenidamente.

1. Hecho presunto (capacidad natural) y hecho base (edad natural)

Como vimos en el capítulo inicial, el primer paso que da la doctrina civilista es fijar el punto de partida: la capacidad natural, que aparece medida por la edad natural tenida en cuenta por el Ordenamiento⁷⁶⁴. La

⁷⁶⁴ «Como primer presupuesto legal para ostentar las facultades referidas [volitivas y cognoscitivas], el legislador (civil) requiere que el sujeto haya alcanzado una determinada edad, presumiendo implícitamente que quien la detenta, tiene la capacidad natural suficiente. (...). Sin embargo, esta afirmación debe ser objeto de cierta matización, ya que, con independencia de la edad, pueden existir circunstancias, con clara incidencia sobre la voluntad y, como consecuencia directa, sobre la capacidad. Se alude, con ello, a las anomalías o deficiencias psíquicas que la persona pueda padecer y que deberán constatararse en virtud de sentencia judicial de incapacitación o por los dictámenes médicos pertinentes. Sería un segundo requisito, éste de carácter subjetivo que, junto al anterior, completaría todo el tema relativo a la capacidad natural», TOLDRÁ ROCA, María Dolores, *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad*, Cedecs, Barcelona, 2000, p. 45.

«Además del consentimiento, tan esencial al matrimonio, se requiere la edad conveniente, que por presunción de derecho constituye a la naturaleza de los cónyuges en capacidad de que sean efectivos los fines santos del matrimonio, tales como la procreación de los hijos. Esta edad es la de 14 años en el varón y 12 en la mujer, sin que sea necesario que los tengan cumplidos, porque la sabiduría y poder para hacerlo suplen la mengua de la edad (cap. 9 y 11 de las Decretales de *Despons. impuberum*). La ley 6 tit. 1 par. 4 dice: *sino desposajas, fueras ende si fuesen tan acercados a esta edad que fuesen ya guisados para poderse ayuntar carnalmente; la sabiduría y el poder que han para esto facer, cumple la mengua de la edad*», CARBONERO Y SOL, León, *Tratado teórico-práctico del matrimonio, de sus impedimentos y dispensas*, Tomo I, Sevilla, 1864, p. 97.

«Affinchè le persone possano essere ammesse a celebrare matrimonio, vale a dire affinchè possano essere ritenute capaci di contrarlo, è indispensabile che abbiano, oltre al necessario sviluppo fisico, sufficiente uso di ragione. Il matrimonio, invero, atto quanto mai importante e solemne, è, per eccellenza, atto personalissimo: come non può essere celebrato da chi, o per malattia, o per arresto di sviluppo, o per notevole debolezza, non sia in tali condizioni di mente da comprenderne tutta l'importanza, da potere, cioè, manifestarne válidamente, ossia con pienezza di coscienza, il proprio

capacidad natural es el elemento fundamental del sistema de capacidad de obrar, lo que se busca y se pretende; es el único que existía al principio y que se hallaba con una comprobación caso por caso. Sería el sistema ideal pero no es jurídico ni viable y pertenece a un estadio previo al desarrollo técnico del Derecho. La capacidad natural es el hecho presunto o «aquel hecho que se pretende probar»⁷⁶⁵.

Además, la prueba de la capacidad natural, o bien resultaba indecorosa –como explica el *Codex Iustiniani*–, o bien era difícil de conseguir. Por estos motivos, la técnica de la presunción sirvió para arbitrar una sustitución de la capacidad natural (hecho presunto) por la edad natural (hecho base)⁷⁶⁶ correlativa que correspondía a aquella

consenso, così non può essere celebrato da persone che, per essere in troppo tenera età, non abbiano raggiunto un sufficiente sviluppo intellettuale e fisico. Questo duplice sviluppo è assolutamente necessario perchè i giovani possano essere ammessi a sposarsi», REBUTTATI, Carlo, *Dell'età nell'antico e nel vigente diritto matrimoniale canonico con particolari riferimenti al nuovo diritto matrimoniale italiano*, en *Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse. II*, Giuffrè Editore, Milán, 1940, p. 193.

«Per la validità del matrimonio l'età doveva, adunque, rimanere determinata, in relazione a questi due essenziali requisiti: quello fisico della *potentia coeundi* quello intellettuale del *maturum animi consilium*», *Ibidem*, p. 206.

«Esplicitamente dispone il cap. IX delle Decretali di Gregorio IX, nel titolo *De desponsatione impuberum* (IV, I) che, avvenuta tra sposi l'unione coniugale, essi *minoris aetatis intuitu separari non debent, si unus in alium visus fuerit consensisse, cum in eis aetatem suplevisse malitia videatur*», *Ibidem*, p. 206.

«La parola '*malitia*' nell'espressione divenuta famosa, evidentemente riguardando il consenso matrimoniale, ossia, la maturità di consiglio che al detto consenso dà valore, ha significato di *accorgimento, avvedutezza, sagacia*», *Ibidem*, pp. 206-207.

«De chaque sexe, il est requis un minimum d'âge, la *puberté*, qui fait présumer élémentairement l'aptitude au mariage», CARBONNIER, Jean, *Droit civil. 2. La famille. Les Incapacités*, Ed. Press universitaires de France, 9ª ed., Paris, 1972, p. 31. Carbonnier piensa que la edad es presunción pero sólo de la aptitud física. Habla de un elemento biológico y otro psicológico, y sitúa la edad en el primero. Me parece una división reductiva de la función de la edad en el Derecho.

⁷⁶⁵ GIMENO SENDRA, Vicente *et alii*, *Proceso civil práctico. Tomo IV*, p. 942.

⁷⁶⁶ Puede recibir otros nombres en función del contexto doctrinal en el que se mencione: hecho conocido, hecho indiciario, indicio, «hecho indicio» (art. 385.1), «hecho probado o admitido como fundamento de la presunción» (art. 385.2), «hechos o circunstancias concluyentes» (jurisprudencia: p. e. STS 22 de diciembre de 2004), etc.

capacidad en la normalidad de los casos. La diferencia es que la edad natural es fácilmente medible y acreditable, y en tanto que permite prescindir del examen de cada caso como regla general, se obtiene viabilidad en el tráfico jurídico.

El *hecho base* es la edad natural computada según las reglas del mismo Código tanto civil como canónico, cuya prueba resulta más fácil en orden a la certeza⁷⁶⁷, sirviendo así de indicio o signo del hecho presunto; es el fundamento de la presunción legal en tanto que es la misma capacidad natural medida. La edad es un hecho cierto y verdadero, y de este modo cumple con los requisitos necesarios del hecho base para poder configurar una presunción legal⁷⁶⁸.

Esta característica de la presunción permite descartar que estemos ante otro instrumento jurídico como es el de la ficción. A la presunción le interesa la verdad objetiva⁷⁶⁹ y a ella sirve apoyándose en la experiencia, a diferencia de la ficción, que establece como verdad jurídica algo que no pertenece a la realidad⁷⁷⁰. La presunción parte de lo

⁷⁶⁷ Artículo 385. 1. 1.º LEC: «Tales presunciones [legales] sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante la admisión o prueba». En el mismo sentido el derogado artículo 1249 Cc establecía: «Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado».

⁷⁶⁸ «El indicio [o hecho base], como resulta obvio, debe estar plenamente probado por un medio de prueba, en este caso sí, directa, ya que no aparece admisible afirmar una consecuencia sobre la base de extremos no acreditados o construir una presunción sobre otra presunción por el grado de inseguridad que ello generaría (SSTS 22 de febrero 1989; 25 de marzo 1991)», GIMENO SENDRA, Vicente *et alii*, *Proceso civil práctico*. Tomo IV, p. 942.

⁷⁶⁹ «L'elemento più evidente di distinzione con le *praesumptiones iuris* sta nel fondamento delle une e delle altre. Mentre, cioè, il fondamento proprio delle presunzioni è il credibile, il verosimile, l'irrealtà del fatto ammesso, invece, è la caratteristica delle finzioni», DONATUTI, Guido, *Praesumptio iuris*, pp. 1036-1037.

⁷⁷⁰ «La ficción es un mandato legal que no se basa en ninguna regla general de experiencia, en lo constante de los fenómenos físicos o morales y ni siquiera en su carácter ordinario, sino en la voluntad del legislador que parte de una base absolutamente contraria: el conocimiento de que la realidad es distinta», DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba*, p. 691.

dudoso para llegar a lo real y jurídicamente cierto, la ficción de lo cierto para llegar a lo jurídicamente falso⁷⁷¹. En este sentido, todos los autores reconocen la conexión del hecho presunto (capacidad natural) con el dato real y verdadero de la edad natural —aunque el error consiste en mi opinión en no mantener esta conexión una vez que la edad ha sido positivizada—. Curiosamente, cuando los procesalistas distinguen las presunciones de las ficciones están teniendo en cuenta la relación de una norma jurídica con su fundamento (real), algo que interesa retener debido al riesgo que existía en los civilistas cuando relacionaban la capacidad legal y la capacidad natural que, como hemos visto, en algún momento de sus propuestas establecían una fractura entre la norma de capacidad (legal) y su fundamento (capacidad real), y por ello quedaba la capacidad natural fuera del Ordenamiento.

Además, en las ficciones no existe la referencia al momento procesal probatorio que existe en las presunciones legales *iuris tantum*⁷⁷², en tanto que son enteramente normas de Derecho material que, cuando son llevadas ante el proceso, es para exigir las por la parte que las tiene a su favor; a diferencia de las presunciones *iuris tantum*, donde el proceso va destinado a admitir la prueba que deje sin efecto la norma material de la edad legal siempre que se pruebe que no coincide

⁷⁷¹ «La presunción entraña la idea de probabilidad, mientras que la ficción, no. En el caso de la ficción estamos ante una invención. Puede llamarse a la ficción una mentira técnica consagrada por la necesidad, en palabras de Ihering», MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, María Lourdes, *Régimen jurídico de las presunciones*, p. 49.

⁷⁷² «Le finzioni costituiscono esclusivamente delle regole giuridiche del diritto materiale, le presunzioni invece hanno prevalentemente carattere processuale per gli effetti che essi producono nel campo delle prove. Le finzioni inoltre hanno valore solo in quanto appaiono inconfutabili; contro di esse non si ha il diritto alla prova contraria come nelle presunzioni *iuris tantum*», CONIGLIO, Antonino, *Le presunzioni nel processo civile*, p. 25.

«La nota differenza della presunzione dalla finzione. Entrambe suppongono l'esistenza di un fatto: ma l'una di un fatto che probabilmente è vero, l'altra di un fatto che certamente non è», *Ibidem*, p. 25.

con la verdad de la capacidad natural. El adagio lo resume bien: *fingitur super falso praesumitur super vero*.

El *hecho presunto*⁷⁷³ es la capacidad natural mínima o media para ejercer la mayor parte de los derechos y deberes; pero es un hecho en principio desconocido, cuya prueba resulta difícil⁷⁷⁴ y gravosa por tratarse en parte de hechos internos. La capacidad natural como hecho presunto cumple con los requisitos que los autores señalan para justificar la existencia de una presunción: facilitar el ejercicio de los derechos mediante la aclaración de la capacidad de las partes –más adelante volveremos sobre esta afirmación–.

Es precisamente el hecho presunto el que hay que probar en la fase procesal cuando una de las partes tiene en contra esta presunción: corresponde la prueba a aquél que niega la correlación entre el hecho base (la edad) y el hecho presunto (la capacidad natural). Hasta que no se llegue al proceso, y también durante él, la parte beneficiada por la presunción basta con que acredite el hecho base (la edad natural) para tener el derecho de su lado, y lo mantendrá siempre que la otra parte no pruebe lo contrario⁷⁷⁵.

⁷⁷³ Es la *rei incerta* del canon 1584 CIC (antiguo c. 1825).

⁷⁷⁴ Se aplica en «situaciones subjetivas difíciles de probar y que existen normalmente cuando los hechos anteriores se producen», o con motivo de la «la inexistencia de hechos que puedan impedir que los constitutivos produzcan sus efectos jurídicos y que normalmente no acostumbran a producirse. (...) En ambos casos aparece ante nosotros un hecho relevante para la decisión de un litigio, cual es el constitutivo del derecho de una persona; y la máxima inspiradora de la teoría de la normalidad, que enlaza este mismo hecho con otro hecho positivo –pero difícil de probar por su misma índole subjetiva– o con la negación de otro hecho que produce efectos negativos del derecho», CARRERAS, Jorge, *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, p. 538.

⁷⁷⁵ «La clave de la distinción entre ‘presunciones en sentido estricto’ y ‘presunciones aparentes’ parece radicar, pues, en lo siguiente: Las ‘presunciones en sentido estricto’ no afectan a la carga de la prueba (quién tiene que probar), sino sólo al tema de la prueba (qué hay que probar); benefician a una parte, en cuanto que le facilitan la prueba, pero no exoneran a nadie de la necesidad de probar: la parte beneficiada tendrá siempre, como mínimo, que probar el hecho base. Por el contrario, las ‘presunciones

Ahora bien, es necesario que entre la edad y la capacidad natural exista una relación probable.

2. Relación entre los hechos: probabilidad basada en la experiencia

La *relación entre los hechos*⁷⁷⁶ no ha de ser necesaria, porque si no sería una prueba directa y no tendría sentido la presunción⁷⁷⁷; es decir, no en todos los casos, ni de forma indubitada se da siempre la capacidad natural mínima para ejercer todos los derechos y deberes al llegar a la edad elegida. Se establece una presunción porque no hay certeza sino probabilidad⁷⁷⁸, verosimilitud⁷⁷⁹. Y ha de ser una relación objetiva –real,

aparentes’ son estrictamente reglas de la carga de la prueba; en consecuencia, la parte favorecida no tiene que acreditar hecho base o indicio alguno: queda exonerada de la prueba de cualquier hecho relacionado con el hecho presunto», AGUILÓ REGLA, Josep, *Presunciones, verdad y normas procesales*, p. 22.

⁷⁷⁶ Es «el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción» (art. 385.2). El canon 1584 CIC lo llama *probabilis coniectura* (antiguo c. 1825).

⁷⁷⁷ STS 300 de 2 marzo 2007 respecto al nexo entre el hecho base y el hecho presunto: «Y las STS de 23 febrero 1987, que alude a la de 11 junio 1984, y de 28 junio 2000, señalan que si bien se encuentra en la esencia de la presunción que el enlace preciso y directo que religa el hecho base con el hecho consecuencia se ajuste a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo nos encontraríamos ante un supuesto de hechos concluyentes, en tanto que en las presunciones pueden seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia, y lo que se ofrece al control de la casación a través del art. 1253 CC es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, existiendo numerosas sentencias en que se reserva para la instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles».

⁷⁷⁸ «Afirma la doctrina científica que el fundamento de las presunciones consiste en un juicio de probabilidad cualificada. Efectivamente, a través de la presunción se permite o se exige pasar del hecho indicio A al hecho presunto B, porque es altísimamente probable (casi seguro) o muy probable, según distintas máximas de experiencia, que dándose A, se dé B. Y añade el autor citado que éste es el fundamento de la presunción, tanto si la operación es ordenada o autorizada en concreto por el Derecho positivo como si la autoriza el buen sentido de una persona madura (avalada también, pero genéricamente por el Derecho positivo). Ese juicio de probabilidad cualificada coincide con el término más comúnmente usado por los Tribunales de máximas de experiencia. A su vez, estas máximas de experiencia responderían a un

extra mental, histórica⁷⁸⁰, no sólo de razón, y que en nuestro caso es la progresiva adquisición de las facultades humanas intelectivas y volitivas con el pasar de los años. Es el plano fáctico que toma de fundamento el

principio de normalidad, que hace que dándose el hecho indicio, podamos tener la certeza, o mejor, la probabilidad de que se ha dado el hecho presunto», ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, p. 122.

«Estas reglas de presunción expresan un juicio de regularidad fundado en la experiencia al que se reconoce una alta probabilidad de verdad», AGUILÓ REGLA, Josep, *Presunciones, verdad y normas procesales*, p. 14.

«La presunzione è la supposizione della verità di un fatto (ignoto) per conseguenza indiretta e probabile di un altro fatto (noto)», RAMPONI, Lamberto, *La teoria generale delle presunzioni nell diritto civile italiano*, p. 6.

«Las presunciones en general se fundamentan principalmente –aunque no exclusivamente– en un juicio de probabilidad o normalidad, fruto de la experiencia, sobre el enlace entre un hecho cierto (el hecho indicio o base) y un hecho que se toma como cierto (el hecho presunto). Este nexo o enlace se entiende como la conexión reiterada, repetitiva y constante de unos hechos respecto de otros distintos (...). Sin embargo, no debe confundirse esta vinculación con relaciones de causalidad, pues éstos son inexorables, mientras que en las presunciones precisamente el nexo puede desvirtuarse o romperse por las excepciones», PEÑA GONZALO, Lorenzo y AUSÍN DÍEZ, Txetxu, *La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria*, p. 96.

⁷⁷⁹ «Sobre el hecho presunto debe tenerse en cuenta la difícil cuestión del grado de certeza que el juzgador deba alcanzar para tener por probado tal hecho. Por un lado, no se puede exigir que la deducción se produzca de forma necesaria de los hechos indicios, ya que esto no se compadece con la contingencia que caracteriza a las presunciones. En caso de estar ante dicha necesidad estaríamos ante los llamados *facta concludentia*, que carecen de la contingencia de las presunciones, la cual no es otra cosa que la posibilidad de elegir el hecho presunto entre varios posibles. Por otro lado el hecho presunto debe ser algo más que una probabilidad, y así se pronuncia correctamente la SAP de Valencia, de 10 de abril de 1995, F. J. 4º (Ac 1995/636) indicando que *en el caso de autos, el empleo de este medio de prueba indirecto sólo puede conducir a un juicio de probabilidad, pero no a la convicción sobre la certeza de que fueron los empleados de la demandada (...) los que causaron el daño*», ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, p. 29.

⁷⁸⁰ «No basta para la unión de ambas afirmaciones una simple actividad lógica, sino que se requiere, en mayor o menor grado, la existencia de máximas y criterios de experiencia», LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. El nuevo proceso civil*, Ed. Dykinson, 2000, p. 779.

legislador⁷⁸¹, por lo que la relación entre los hechos no ha de ser demostrada por ninguna de las partes⁷⁸², al estar ya recogida en la norma.

La *probabilidad* es la esencia del razonamiento presuntivo que permite al legislador, apoyándose en criterios de prudencia humana, escoger una edad en que ni existe una mera posibilidad ni una necesidad⁷⁸³. Es lo que se llama la “contingencia” o “derrotabilidad”⁷⁸⁴

⁷⁸¹ «Constituye pues la presunción, o las presunciones, un modo de razonar que trasciende lo meramente jurídico o, por decirlo de otro modo, que el derecho juridifica, convirtiéndolas en normas, bien aceptando el prudente razonamiento inferencial del juez, *praesumptiones hominis*, o bien sustrayendo al juez su autonomía por desconfianza hacia la capacidad de que obtenga un razonamiento inferencial aceptable y apareciendo las presunciones *iuris tantum* y *iuris et de iure*, lo que supone aceptar, *a priori*, la especificidad de la presunción jurídica respecto al *genus* de las presunciones», PIQUER MARÍ, José Miguel, *La epístola 11.6 de Séneca y las presunciones. A propósito de su equivalencia con la prolepsis*, pp. 170-171.

⁷⁸² «Quedará exento de prueba el enlace o nexo lógico sobre el que se sustente la presunción, ya que, tal y como recuerda Seoane Spiegelberg, la notable diferencia entre las presunciones legales y las judiciales es que mientras en estas últimas el enlace lógico racional habrá de resultar demostrado, en las primeras viene establecido por la ley, por lo que la parte beneficiada que pretende valerse del mismo puede darlo por sentado», ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, p. 139.

⁷⁸³ «La relazione inferenziale tra el fatto ‘noto’ e quello ‘ignorato’ non deve avere alcuna connotazione di ‘necessità’, ma deve semplicemente porsi come ‘conseguenza ragionevolmente possibile e verosimile’, secondo un criterio di ‘normalità’ causale», COMOGLIO, Luigi Paolo, *Le prove civili*, p. 489.

⁷⁸⁴ «Una característica del razonamiento presuntivo es su derrotabilidad: aceptar una regla de presunción quiere decir que estamos dispuestos a modificar la conclusión si nueva información nos es proporcionada. (...). Si la regla de presunción es aceptada, es decir, si se considera que está fundamentada, que expresa una regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad, lo seguro es atenerse a ella. Es decir, el papel primario de la regla de presunción es aproximarnos a la verdad en el sentido material de la expresión. De ahí se sigue, me parece, una función secundaria (derivada) que también cumplen las reglas de presunción como las aquí consideradas. Esta función está íntimamente relacionada con la derrotabilidad antes aludida del razonamiento presuntivo. Desde la perspectiva procedimental o dialéctica cumplen también la función de distribuir la(s) carga(s) de la argumentación o de la prueba. Lo seguro de atenerse a la regla presuntiva no estriba en que siempre y en cada caso sea más

de las presunciones, que también se cumple en la edad legal. La probabilidad, que admite diversos grados⁷⁸⁵, se basa en la certeza que se tiene sobre la edad y en la probable conexión de ésta con la capacidad natural. Para saber el grado de probabilidad ante el que nos encontramos el legislador ha de hacer un cálculo con prudencia, recurriendo a un número significativo de casos, es decir, a la *experiencia*⁷⁸⁶.

probable la verdad del resultado que la regla arroja, sino en que de manera general (de ahí su carácter de regla) esas reglas son más seguras y, por tanto, lo seguro es atenerse a lo que ellas determinan como verdadero. Quien acepta la regla de presunción y se opone a la conclusión corre, naturalmente, con la carga de la argumentación y/o de la prueba», AGUILÓ REGLA, Josep, *Presunciones, verdad y normas procesales*, pp. 12-13.

«La característica común que comparten las inferencias presuntivas, tanto en el Derecho como en el razonamiento común, es su derrotabilidad (defeasibility); es decir, que la presunción puede ser destruida o anulada, rasgo que se expresa habitualmente con locuciones como ‘salvo’, ‘a no ser que’, ‘hasta que’, etc», PEÑA GONZALO, Lorenzo y AUSÍN DÍEZ, Txetxu, *La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria*, p. 96.

⁷⁸⁵ «La jurisprudencia también ha diferenciado las presunciones de los *facta concludentia*, en atención a la contingencia de las presunciones, que no es otra cosa que la posibilidad de elegir el hecho presunto entre varios posibles, en concreto el que el Juzgador de instancia entienda como más probable. Como se declara en la STS de 26 de enero de 2000, F. J. 2.º (RJ 2000/227), la presunción consiste en establecer un juicio hipotético. En este caso no habría tal contingencia de manera que, tal y como señala Muñoz Sabate, los *facta concludentia* en el fondo no son más que presunciones de voluntad y en donde un solo hecho-base (aunque no se le quiera llamar indicio) suele bastar para sentar la inferencia, debido particularmente a la solidez de la estructura lógica, que hace que cualquier información que se le pueda poner conduzca casi siempre al absurdo. Se pronuncia sobre esta característica la STS de julio de 2003 (RJ 2003/4331), cuando afirma que ‘si bien se encuentra en la esencia de la presunción que el enlace preciso y directo que reelija el hecho base en el hecho consecuencia se ajuste a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante una verdadera presunción, sino ante los *facta concludentia* que efectivamente han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencias’», ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, pp. 81-82.

⁷⁸⁶ «Tienen las presunciones en común con los indicios, que se basan en la regla general de experiencia que indica qué es lo ordinario y lo constante en los fenómenos físicos y morales, de los que se presume o se infiere lo ocurrido en el caso particular. A esta regla se llega por un proceso inductivo que parte de la observación de casos particulares análogos; pero en la presunción de origen legal se prescinde de este

El papel de la experiencia en la presunción es puesto de manifiesto por Lorca Navarrete del siguiente modo: «La presunción es un mecanismo mental interno, con la finalidad de inferir del hecho ya conocido, el hecho desconocido, con un *iter* de la ilación fundado en la experiencia o a menudo en el *id quod plerumque accedit*»⁷⁸⁷. Mayor importancia tiene en la presunción judicial, pues al no existir una norma que la establezca, la concurrencia o no de la probabilidad determinará la existencia de la misma presunción⁷⁸⁸.

Como estamos en un ámbito personalista, considero prudente la postura del legislador, posible gracias a la técnica de la presunción jurídica: no acudir a una edad donde haya casi una certeza absoluta sobre la capacidad natural, sino a aquella edad que señale el punto

proceso inductivo previo, que está implícito en la norma», DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba*, p. 682.

⁷⁸⁷ LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Tratado de derecho procesal civil*, p 778.

⁷⁸⁸ Sin embargo son aplicables las aportaciones que la doctrina hace al respecto para definirla, porque están en la base del razonamiento presuntivo del legislador: «La relazione inferenziale tra il fatto noto e quello ignorato non deve avere alcuna connotazione di necessità, ma deve semplicemente porsi come conseguenza ragionevolmente possibile e verosimile, secondo un criterio di normalità causale. Si postula in ogni caso, come irrinunciabile, l'esigenza che i fatti noti (in quanto già certi, od accertati con autonome prove, e di per sé univoci) risultino correlati ai fatti ignoti da un rapporto inferenziale probabilistico di carattere tendenzialmente esclusivo, tale cioè da non consentire che dai primi sia egualmente possibile risalire, seppur con un grado inferiore di probabilità, alla sussistenza di fatti ontologicamente diversi dai secondi. Ciò significa, in ultima analisi, valorizzare l'apporto metodologico delle massime d'esperienza, ammettendo che l'obiettivo di certezza sia puramente relativo ed il rigore inferenziale si possa razionalizzare, nella sola misura in cui, per risalire dal noto all'ignorato, esso si fonda su apprezzamenti probabilistici di mera attendibilità o di mera verosimiglianza del *factum probandum*», COMOGGIO, Luigi Paolo, *Le prove civili*, pp. 489-490.

«Las máximas de experiencia no están detalladas en ningún precepto y por tanto son apreciadas por el juez libremente con arreglo a las reglas del criterio humano que en modo alguno pueden suponer arbitrariedad», BONET Y NAVARRO, Ángel, *Presunciones. Derecho procesal*, en *Enciclopedia Jurídica Básica. III*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 5048.

mínimo e inicial de dicha capacidad aunque implique un cierto “riesgo”⁷⁸⁹.

Ese riesgo asumido se presenta en dos direcciones: la negación de la capacidad de obrar a los que tienen menos edad y que sin embargo pueden tener capacidad natural, y la atribución de la capacidad de obrar a los que en cambio pueden carecer de la capacidad natural mínima a pesar de tener la edad legal. Estos riesgos son amortiguados, en el primer caso, al configurarse la edad como presunción legal *iuris tantum*, que permite la ‘no nulidad absoluta’⁷⁹⁰ de los negocios jurídicos mientras no se impugne por el mismo menor hasta los cuatro años siguientes a haber alcanzado la mayoría de edad (art. 1301 Cc). Y, en el segundo caso, por la prueba de la falta de la capacidad natural presumida por la norma. En el momento de la prueba interesa el hecho presunto, que inicialmente había sido sustituido por la edad (hecho base), pero que al entrar en el ámbito del caso concreto se convierte en el criterio fundamental de la decisión del juez.

El elemento de la experiencia ayuda a la configuración de la presunción legal y le permite una conexión con la realidad social⁷⁹¹,

⁷⁸⁹ «La contingencia sería una característica definitiva y definitoria de las presunciones, que diferencia este método de otros mecanismos lógicos asimilados a los que anteriormente nos hemos referido. Quiere esto decir que la deducción que se obtiene de una presunción no es necesaria: el hecho presunto es ‘el más probable’ (no el único) que puede derivarse», ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, p. 117.

⁷⁹⁰ Vuelvo a utilizar aquí la expresión citada, sinónimo de anulabilidad o nulidad relativa, para resaltar el efecto del acto anulable.

⁷⁹¹ A ello se refiere la teoría de la normalidad (fitting): «la necesidad de que, en el caso concreto, se admita como verdadero aquello que lo es en la mayoría de los casos, mientras que razones no se opongan», CARRERAS, Jorge, *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, p. 538.

La doctrina señala la necesidad de aplicar el artículo 3.1 del Código civil en materia de capacidad: «Cualquier estudio o juicio que se precie en torno a la capacidad de los menores no emancipados habrá de realizarse, por una parte, interpretando las normas del ordenamiento jurídico, en atención a la realidad social del tiempo en que han de ser

porque es el principio de normalidad de la producción de los hechos⁷⁹². Sobre esto afirma Montero Aroca: «La presunción legal se basa en la

aplicadas (ex art. 3.1 Cc), sin subestimar como criterio hermeneútico el ‘interés superior del menor y, por otra parte, atemperar la resolución del caso a la madurez concreta de cada menor», NIETO ALONSO, Antonia, *Capacidad del menor de edad en el ordenamiento patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales*, en «Revista de Derecho civil», volumen III, núm. 3, julio-septiembre, 2016, Estudios, pp. 1-47, en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, p. 5. Pero este principio hermeneútico, por exigencias de seguridad jurídica, requiere de una previsión legal y de una técnica acordes, que en mi opinión logra la concepción del sistema de capacidad de obrar como presunción legal pivotando en torno a la norma de la mayoría de edad.

«A ello obedece la Resolución 29/1972 del Comité de Ministros del Consejo de Europa –aprobada en su reunión de 19 de septiembre de 1972– sobre ‘adelantamiento de la edad de la plena capacidad jurídica’, que trataba de responder a una tendencia ya manifestada en las legislaciones del viejo continente y, a su vez, aspiraba a acelerar y reforzar dicho movimiento, universalizándolo», RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español*, p. 144.

En el Real Decreto de 16 de noviembre de 1978, que se anticipa a la promulgación del texto constitucional, se establece con respecto al adelanto de la mayoría de edad: «los supuestos sociales expuestos, unidos al momento de transformación política que vive nuestro país, aconsejan proceder con urgencia a adelantar la mayoría de edad con el objeto de posibilitar la plena incorporación de la juventud española a la vida jurídica, social y política del país», citado en *Ibidem*, p. 150.

Las razones para rebajar la edad en el Proyecto de Ley del Libro I de 1869 miran a la máxima de experiencia, cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, p. 154.

⁷⁹² «Intuición social» la llama Jordano Fraga, aunque es sinónimo en este punto con la máxima de la experiencia entendida como cambio en la costumbre y en la percepción social: «La intuición social es la correcta; el menor pese a su incapacidad legal (relativa, de protección) posee una cierta capacidad natural, una cierta capacidad de entender y querer, que varía según la edad y en relación al contenido y naturaleza del acto de que se trate. Partiendo de esta intuición, que, a la postre, nace de la realidad del tráfico, es obligación del jurista darle vestidura jurídica, es decir, convertir esa limitada y variable capacidad natural en capacidad jurídicamente relevante», FRAGA, Jordano, *La capacidad general del menor*, p. 892.

La capacidad natural está mediada por su realidad social o máxima de experiencia; es decir, las circunstancias sociales pertenecen al interior de la capacidad natural y así lo refleja la norma legal. Se habla también por la doctrina de una adaptación de la regla legal a las circunstancias sociológicas, cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 1420.

admisión general por el legislador del que puede llamarse principio de normalidad de la producción de los hechos –la regla de *id quod plerumque accedit*–, pero nada impide que ese principio no sea aplicable en un caso concreto, y de ahí la necesidad de admitir la prueba en contrario pues, como dice la STS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999, 4731), cabe su destrucción si por los motivos adecuados se impugna o bien la acreditación del hecho básico o bien que la deducción es manifiesta y claramente errónea»⁷⁹³.

Pero cuando el recurso al caso concreto se generaliza en exceso, es preciso proceder a una reforma legislativa en virtud de la regla *id quod plerumque accedit*⁷⁹⁴. Este es el motivo de las reformas del Código civil

Lasarte apunta otra razón junto a la madurez a la hora de fijar una edad, como es la dependencia con la formación e instrucción de los jóvenes: «atendiendo al *statu quo* legislativo preconstitucional, reducir el límite de la mayoría de edad no sólo era conveniente u oportuno, sino que venía requerido por la lógica interna de nuestro sistema jurídico: admitido que la mayoría de edad se encuentra en estricta dependencia de la formación e instrucción de los jóvenes, así como de su aptitud real para desenvolverse en las relaciones sociales por sí mismos y de la asunción de su particular esfera de responsabilidad, no dejaba de ser incongruente que la mayoría de edad se pretendiera mantener en los veintiún años», LASARTE, Carlos, *Parte general y derecho de la persona. Principios de Derecho civil. I*, p. 189.

⁷⁹³ MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, p.183.

«El grado de probabilidad es sin duda un factor importantísimo, mas no es el único relevante. La mejor inferencia inductiva no es la que, en las circunstancias del caso, nos brinda el mayor grado de probabilidad, sino la que se ajusta a un modo de proceder que es el que tiene tendencia a conducir a conclusiones más probables. (...). Las buenas inferencias inductivas son, pues las que vienen avaladas por reglas más probables, no las que conduzcan a conclusiones más probables. Cuando vienen avaladas por reglas más probables son conclusiones más seguras, aunque sean, en el caso concreto, menos probables», PEÑA GONZALO, Lorenzo y AUSÍN DÍEZ, Txetxu, *La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria*, pp. 101-102.

⁷⁹⁴ Además, ha de haber un nexo que se dé, no siempre y en todos los casos, sino en la mayoría de ellos, y que sea razonable. Se observa, que el legislador al fijar una edad, tiene en cuenta *id quod plerumque accedit*, es decir, «la consideración de que una persona normal, en condiciones normales, a dicha edad ha adquirido ya la capacidad natural bastante para llevar a cabo la actuación o actuaciones a que el legislador le autoriza –o, si se trata de la edad de la mayoría, para reconocerle con carácter general la capacidad de obrar–», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación*

y el cambio del CIC de 1917 al CIC de 1983 en materia de capacidad. Igualmente, es el motivo, tanto de la elevación de la edad legal matrimonial en dos años para el varón y para la mujer en el CIC de 1917, como de la eliminación de la dispensa al mayor de 14 años para la celebración del matrimonio en el ámbito civil.

Un cambio en la experiencia ha de producir lógicamente un cambio en el razonamiento presuntivo, ya que esta técnica es un modo peculiar de contacto del Derecho con la conducta humana real que pretende regular. El estudio de las dimensiones de la capacidad natural mínima ha de tener en cuenta que se van manifestando en unos individuos concretos que maduran en una sociedad determinada, lo que incide en su progresiva evolución. Esto obliga a la edad legal a considerar las nuevas circunstancias sociales para reflejar verdaderamente la capacidad natural mínima o media y no quedarse obsoleta, incorporando los cambios que vayan introduciendo en ella los factores sociales; es decir, la edad es la presunción de la capacidad natural y sus circunstancias. Pero detectar la influencia de factores externos en las facultades personales psicofísicas no significa sustituir el criterio básico en la determinación de la capacidad de obrar, que siempre ha de ser la capacidad natural mínima, si se quiere respetar el principio personalista de la libertad según el cual el individuo debe poder actuar cuando posee la capacidad adecuada. Pero aquí ya estamos en el ámbito del razonamiento asumido por el legislador: la edad legal.

teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil), p. 1417.

«Las presunciones admitidas por el legislador se fundan en la experiencia; responden casi siempre a la realidad de los hechos. Sin embargo puede ocurrir que en un caso determinado estén en contradicción con la verdad», COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo primero*, p. 201.

3. Razonamiento presuntivo (edad legal)

Es el razonamiento lógico basado en la probabilidad⁷⁹⁵, que siguiendo la relación entre el término *a quo* –la edad natural– y el término *ad quem* –la capacidad natural mínima o media–, saca una conclusión con eficacia jurídica⁷⁹⁶: dotar de capacidad de obrar a quien tenga la edad de referencia, es decir, a quien se encuentre en el hecho base (el que tenga la edad natural). El razonamiento presuntivo hecho por el legislador no es otro que la norma, en este caso aquella que establece la mayoría de edad legal⁷⁹⁷ –o cualquier otra edad legal especial–. Por lo tanto, quien tenga 18 años, se presume que tiene la capacidad natural mínima o media para todos los negocios jurídicos con carácter general, porque es probable que la tenga a esa edad concreta,

⁷⁹⁵ «Apuntaba Pierce en 1901 que la presunción es esencialmente un modo de razonar determinado por unas premisas, esto es, percepciones o generalizaciones de estas percepciones, de acuerdo con el hábito general de pensamiento, por el que el individuo alcanza un conocimiento. Es pues una clase de razonar por el cual el razonador, cuando se enfrenta con un fenómeno distinto a lo que hubiera esperado bajo determinadas circunstancias, examina sus características y advierte algún carácter o relación singular entre ellas y que al instante reconoce como característico de alguna concepción que ya está guardada en su mente –experiencia–», PIQUER MARÍ, José Miguel, *La epístola 11.6 de Séneca y las presunciones. A propósito de su equivalencia con la prolepsis*, p. 170.

⁷⁹⁶ Precisa Ortells Ramos, que «la consecuencia jurídica de una norma está vinculada a un supuesto de hecho de difícil o imposible comprobación o, simplemente, no comprobado», ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal civil*, Ed. Thomson-Aranzadi, 8ª ed., Pamplona, 2008, p. 372.

⁷⁹⁷ «La máxima de experiencia queda así embebida en la norma legal, y es un instrumento que, una vez utilizado, deja de tener interés lo mismo para las partes que deben cumplir la norma que para el Juez que la aplique en vía jurisdiccional. A las partes y al Juez les está pues vedado corregir el juicio sobre probabilidad y discernir si la máxima existía o ha sido debidamente utilizada; para ellos no hay más que la decisión del Legislador que ha de ser cumplida y tenida en cuenta sin entrar a juzgar sobre la corrección del juicio que le ha servido de base», CARRERAS, Jorge, *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, p. 532. Lo que se podrá llevar al proceso es que, o bien no es tal el hecho base –que la edad natural es otra–, o que en ese caso concreto no existe el hecho presunto.

facilitando así el ejercicio de los derechos y deberes⁷⁹⁸. Este es el sentido de los artículos 322 y 323 del Código civil, y de los cánones 97 y 98 CIC de 1983 (cc. 88 y 89 CIC de 1917).

La edad legal se refiere al ejercicio de los derechos y de los deberes por quien tiene la mínima capacidad natural requerida, y por ello se debe facilitar y no limitar más allá de lo adecuado. Éste es el motivo que llevó a utilizar la técnica de la presunción legal, a través de la cual el legislador se atenía con probabilidad –más que la mera posibilidad y menos que la certeza total– al momento inicial en que concurre la capacidad natural imprescindible para el ejercicio “por uno mismo” de sus derechos⁷⁹⁹. Como recuerdan Peña y Ausín, «que sea razonable no significa que [no] sea infalible»⁸⁰⁰.

La modificación de la edad legal –razonamiento presuntivo del legislador– es el intento de seguir la estela que la experiencia marca como aquella primera edad en que se puede llegar a actuar por sí mismo en la vida civil o eclesiástica. En este sentido, no se trataría tanto de un cambio de la norma cuanto de la capacidad natural que la norma presume, y que pide un cambio legislativo acorde con el modo de funcionar propio de la edad como presunción jurídica. La edad, en tanto que presunción legal, siempre parte de unos datos de la experiencia, en la que se atenderá a la capacidad natural intelectual y volitiva, con toda la influencia del factor social que pueda haber sobre la misma, ya que la capacidad de obrar legal es poder ejercer los derechos y deberes –por un

⁷⁹⁸ «En las presunciones legales el mecanismo presuntivo es menos complejo, ya que el razonamiento o enlace entre indicio [hecho base] y hecho presunto viene determinado por la ley con carácter general, de modo que, probado el hecho base, se puede concluir el presunto, admitiendo o no prueba en contrario en función de lo que la Ley autorice en cada caso», GIMENO SENDRA, Vicente *et alii*, *Proceso civil práctico. Tomo IV*, p. 943.

⁷⁹⁹ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, *Presunciones, verdad y normas procesales*, p. 13.

⁸⁰⁰ PEÑA GONZALO, Lorenzo y AUSÍN DíEZ, Txetxu, *La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria*, p. 110. El [no] de la cita se puede suprimir en la frase de los autores.

sujeto concreto que vive en una sociedad determinada—, en cuanto se tenga la capacidad personal mínima. Un cambio en la experiencia —esa regla de lo que generalmente ocurre—, justifica que antes fuera una edad en los textos legislativos y luego otra. No es necesario para explicar las reformas habidas después de la codificación y hasta nuestros días romper con el fundamento que la edad había tenido en toda su historia, que es adecuarse lo más posible a la capacidad real sin perder funcionalidad y seguridad jurídicas.

La regulación jurídica de la edad, a mi modo de ver, no debe mirar tanto a las estadísticas, sino sobre todo a la edad en que la mayoría de los jóvenes o adolescentes pueden reunir los criterios de capacidad de modo realista, en condiciones normales⁸⁰¹. Esta edad no consiste en una media extraída de la totalidad de los jóvenes, sino que hace referencia a un mínimo razonable y verificable en la mayoría de los jóvenes que se encuentren en una situación de normalidad. Los casos patológicos no entran en la configuración del mínimo, sino sólo aquéllos que se encuentran en la normalidad intelectual y volitiva.

Vimos en el capítulo anterior las reformas en materia de capacidad de obrar. ¿Qué significan los cambios que la legislación ha introducido mediante la ampliación de los supuestos en los que el menor puede ejercer por sí mismo los derechos y deberes? No es otra cosa que una modificación en el razonamiento presuntivo siendo constantes todos los demás elementos. No es un cambio de sistema, sino el mismo juego de la presunción jurídica.

⁸⁰¹ «Igual que pasa en el mundo científico, en el de la prueba judicial las inferencias se reputan por sus merecimientos para conducir a la verdad, y la opción por unas pautas de inferencia presuntiva se hace porque la experiencia pasada lleva a la conclusión de que esa regla es más segura, más sana, o sea más susceptible de llevar a la verdad», *Ibidem*, p. 105.

4. *Iuris tantum*

La clasificación más importante y que atraviesa toda la historia del Derecho hasta nuestros días es la que distingue entre presunciones *iuris et de iure*, presunciones *iuris tantum*, y presunciones *hominis* (judiciales). Según la doctrina mayoritaria, las auténticas son las presunciones *iuris tantum*, en tanto que las presunciones *iuris et de iure* son enteramente de Derecho material y las presunciones judiciales enteramente de Derecho procesal. A ambas les falta algún elemento que impide el juego de la presunción genuina. A las presunciones *iuris et de iure* les falta la ‘probabilidad’, en tanto que es una decisión fija del legislador, sin posibilidad de adaptación a la realidad natural y social; no admiten supuestos contrarios a los específicamente previstos en la norma; son extrañas en los actuales ordenamientos⁸⁰² por no avenirse bien a la solución más justa al no permitir el recurso al caso concreto mediante la posibilidad de la prueba en contrario propia de las presunciones *iuris tantum*. Y a las presunciones judiciales les falta la ‘norma’ que atribuya algún derecho o capacidad; les falta en definitiva el razonamiento presuntivo del legislador.

Las presunciones *iuris tantum*, con su carácter mixto material-procesal, tienen una especificidad que las convierte en las presunciones auténticas con una naturaleza distinta de las anteriores: pueden ser situadas entre las normas de Derecho material (siempre es así), y a la vez dejan abierta la referencia al momento procesal de la prueba (siempre es así), con la posibilidad de dejar sin efecto la norma presuntiva material

⁸⁰² Artículo 385.3 LEC: «Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba». El CIC no reproduce el canon 1826 CIC 17, que reconocía tanto la presunción *iuris tantum* como la *iuris et de iure*: «Contra la presunción simplemente de derecho se admite prueba tanto directa como indirecta; contra la presunción de derecho y por derecho, sólo indirecta, esto es, contra el hecho en que se funda la presunción», que es lo mismo que decir que no admite prueba contra la presunción, sino prueba para saber que no es de aplicación la presunción en el caso.

si fallara en ese caso concreto la conexión entre el hecho base y el hecho presunto⁸⁰³. Si se prueba que el hecho presunto es otro distinto al presumido por la edad legal (norma material), entonces la eficacia jurídica seguirá a la capacidad natural y no a la edad legal.

La mayoría de edad comprende la capacidad de obrar para todos los actos de la vida civil o eclesiástica de modo general; mientras que la prueba en contrario del hecho presunto –capacidad natural– llevaría a reconocer capacidad de obrar con eficacia jurídica a quien no está favorecido por la presunción. La prueba en contrario tiene dos modalidades: 1) De forma puntual, y aquí puede operar en dos direcciones: bien mediante el reconocimiento de la capacidad de obrar en un acto determinado si resulta que hay capacidad natural, aunque no esté favorecido por la presunción jurídica de capacidad (el caso de los actos llevados a cabo por los menores o incapacitados), bien mediante la negación de la capacidad de obrar en un acto concreto a quien tenía la presunción a su favor (el caso del mayor de edad que concluye un negocio jurídico con incapacidad natural); en ambos casos, la atribución o negación de la capacidad de obrar, como se trata de un caso concreto, obedece a la presencia o carencia de capacidad natural del sujeto en el acto en cuestión (hecho presunto). 2) De forma estable: mediante la incapacitación (art. 200 Cc, y c. 88 § 3 CIC de 1917 y c. 99 CIC de 1983).

Hay que decir, que en nuestro Derecho se establece la regla general de que las presunciones legales sean *iuris tantum* cuando expresamente no se ha excluido la posibilidad de prueba en contrario. Así lo recoge el

⁸⁰³ «La mayoría de nuestras inferencias comunes –también las jurídicas– se hace sin poseer todos los datos, toda la información, todas las condiciones fácticas que pudieran ser relevantes en una determinada situación (normativa) –ausencia de omnisciencia–. Consiguientemente, razonamos bajo el supuesto de la ausencia de otra información y, por tanto, el conjunto de plausibles consecuencias no crece invariablemente (monóticamente) con el incremento de la información. Es decir, nuestra presunción puede ser derrotada, anulada o cancelada (probada en contrario)», *Ibidem*, p. 100.

artículo 385.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba»⁸⁰⁴. Si traemos ahora a nuestra memoria lo dispuesto en el régimen jurídico de capacidad de obrar expuesto en el capítulo segundo, en ningún caso nos encontramos con la prohibición «expresa» de admitir la prueba en contrario, por lo que la primera consecuencia de calificar la edad legal como presunción *iuris tantum* es dejar absolutamente despejado el acceso al proceso judicial para demostrar si existe o no «el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume [capacidad natural] y el hecho probado o admitido [edad natural] que fundamenta la presunción [edad legal]» en expresión del mismo artículo 385.2.

Ciertamente el artículo 322 del Código civil, que establece la mayoría de edad como presunción legal de capacidad, no excluye la prueba en contrario, por lo que el mayor de edad no incapacitado judicialmente tiene la posibilidad de probar que en el concreto negocio jurídico le faltaba la capacidad natural presumida por la norma legal, como de hecho ocurre en nuestro Ordenamiento⁸⁰⁵.

5. La prueba de la capacidad natural en el menor de edad

Cuestión más compleja es la ‘no nulidad absoluta’ de los negocios jurídicos llevados a cabo por el menor o por el incapacitado civil. Aplicando las reglas de la presunción, deberíamos concluir la nulidad

⁸⁰⁴ En el mismo sentido el derogado artículo 1251 Cc: «Las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba».

⁸⁰⁵ STS 1101 de 19 de noviembre 2004: «El que una persona no haya sido incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso. (...). Claro está, que al presumirse la capacidad del no incapacitado, la falta de capacidad natural debe probarse cumplidamente». He citado más sentencias al respecto en el capítulo anterior, en el apartado dedicado a la jurisprudencia.

del negocio jurídico salvo que el propio menor o incapacitado demuestren que tenían capacidad natural allí donde no era presumida legalmente. ¿Dónde está esa prueba? Eso veremos en este apartado.

En estos supuestos existe una regla jurídica para proteger al menor e incapacitado, de hondas raíces históricas, en virtud de la cual no se sanciona totalmente ese negocio jurídico, dejando al menor e incapacitado la libertad de ejercitar o no la acción de nulidad (arts. 1300 y 1301 Cc)⁸⁰⁶ e impidiendo a la persona con capacidad de obrar legal ejercer dicha acción alegando la incapacidad de la otra parte (art. 1302 Cc)⁸⁰⁷. El Código civil español sigue la regla del Derecho común; no así el Derecho francés.

En el sistema normativo galo existe una solución distinta a la mencionada en el Derecho español. La consecuencia normal de la edad legal como presunción de capacidad debiera determinar la nulidad del acto jurídico llevado a cabo por el menor, salvo prueba de su capacidad natural. Pero no ocurre así, sino que pervive el acto cuando hay falta de lesión porque, a mi juicio, ésta actúa en esos casos de prueba legal tasada de la capacidad del menor, y por lo tanto no se le permite anularlo; en cambio, si demuestra la existencia de lesión⁸⁰⁸, ésta vendría

⁸⁰⁶ Artículo 1300: «Los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 (consentimiento, objeto, causa) pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a ley». Esa ley es el artículo 1262.1º: «No pueden prestar consentimiento los menores no emancipados».

Artículo 1301: «La acción de nulidad sólo durará cuatro años. (...). Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieran de tutela».

⁸⁰⁷ Artículo 1302: «Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron».

⁸⁰⁸ «El acto del menor no puede ser atacado por el mismo cuando llega a mayor, o por su representante legal durante la menor edad, mas que mediante la demostración de una lesión, es decir, de un perjuicio resultante para sus intereses de las condiciones del acto que ha suscrito», COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo segundo. Volumen I*, p. 256. Se basan para ello los autores en el art. 1305

a ser la prueba de la incapacidad natural. No ocurre así con el incapaz, al que le basta probar la existencia de la declaración de incapacidad para que se proceda a la anulación del acto por él concluido sin que se le exija la prueba de la lesión efectiva; esto se debe a que estaba ya previamente destruida la presunción de capacidad y, por lo tanto, ya existiría una prueba suficiente y estable de la falta de capacidad natural que, al fin y al cabo, es lo que interesa a todas las normas. Es decir, la opción del Derecho francés se explica bajo la técnica presuntiva de la mayoría de edad.

Pero, ¿qué significa decir que un acto es anulable por lesión? En mi opinión, no se debería perder de vista el razonamiento que lleva a esa afirmación: que para el Derecho francés la lesión es una prueba de la existencia del algún defecto en el negocio jurídico, en nuestro caso, un defecto de capacidad por la menor edad⁸⁰⁹. La doctrina ha querido sintetizar esta discusión sobre la anulabilidad del acto llevado a cabo por el menor en los siguientes términos, que para Stanzone serían representativos tanto de la postura del Derecho francés como de la postura del Derecho italiano: «*Minor restituitur non tamquam minor se tamquam laesus*» (doctrina francesa) y «*Minor restituitur tamquam minor sed non tamquam laesus*» (doctrina italiana)⁸¹⁰. La solución de ambas legislaciones es la misma: la anulabilidad del acto llevado a cabo por el menor, que para el Derecho francés se basa en la lesión sufrida por el menor⁸¹¹, y para el Derecho italiano en la condición de menor y su

del Código civil francés: «La simple lesión dará lugar a la rescisión en favor del menor no emancipado, contra toda clase de contratos».

⁸⁰⁹ En este sentido el Código civil español sigue siendo bastante proteccionista del menor, dándole la posibilidad de anular el contrato celebrado por él mismo sin que exista ningún perjuicio para él.

⁸¹⁰ Citado por STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 289.

⁸¹¹ «Así, la anulación del acto indebidamente realizado por un menor ofrece los caracteres, no de una nulidad, sino de una rescisión, y esta palabra, en su acepción más precisa, implica, como se sabe, el fundamento de una lesión comprobada. (...). No es

falta de capacidad. Estos adagios citados por Stanzione dicen lo mismo, y sólo se diferencian en el punto de partida, no en lo que contienen: en el primero se parte de que el menor es capaz, y en el segundo de que es incapaz.

En los dos casos será la lesión demostrada la que tenga la última palabra para determinar si el menor tiene o no capacidad natural. Realmente, uno y otro adagio son sinónimos si se considera globalmente la normativa de la capacidad de obrar como una presunción jurídica fijada por la edad legal. Es decir, a la presunción jurídica le da igual cuál sea el punto de partida (si el menor es o no capaz legalmente), porque en cualquier caso está la puerta abierta al examen de la capacidad natural, que es lo que verdaderamente importa; sólo que, en el debate en cuestión, la lesión se ha elevado a prueba legal de la capacidad natural. Si lo pensamos bien, en este supuesto existe igualmente el juego normal de la edad como presunción legal: quien no tiene la capacidad presumida legalmente ha de probarlo, y en el caso del menor la ausencia de lesión constituye una prueba –tasada por el legislador– de su capacidad natural.

En cambio, el sistema español sigue un sistema distinto para llegar a la prueba de la capacidad natural del menor. En la redacción final del Código civil se prescindió de la condición previa de la lesión del menor para ejercer la acción de nulidad⁸¹². En efecto, el menor puede pedir la

pues en principio la nulidad sino una restitución, lo que constituye la sanción de los actos realizados por el menor, a pesar de su incapacidad legal. En otros términos, el menor, en nuestro derecho, aparece menos como incapaz de obrar que como incapaz de perjudicarse. Este es el sentido que hay que dar en nuestros días al adagio *minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus*», COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo segundo. Volumen I*, pp. 256-257.

⁸¹² «Mientras que en los Proyectos de Código civil de 1821 –artículo 112– y de 1836 –artículo 548–, aún se mantenía la figura de la *actio de restitutio* en beneficio del menor, a partir de 1851 se reemplazó ésta por la de nulidad –artículo 1184–, relegando la restitución a los supuestos de lesión sufrida por el menor en la contratación realizada en su nombre por el tutor. Esta situación se mantuvo en el definitivo redactado del Código civil, en el que la restauración a la condición original fue reemplazada por la acción de impugnación –art. 1301–; y, frente a la actuación del tutor o representante

nulidad en los 4 años siguientes a haber alcanzado la mayoría (art. 1301) aunque no haya lesión (art. 1300); se sigue manteniendo una inseguridad jurídica “a sabiendas” para todo aquel que contrate con un menor, con la consecuencia de actuar como elemento disuasorio al modo de la *actio de restitutio*⁸¹³.

Entonces, ¿cómo actúa aquí la técnica presuntiva?, ¿cómo se organiza la prueba de la capacidad natural del menor? En mi opinión del mismo modo que en el Derecho francés: por medio de la lesión; con la salvedad de que en el Derecho español será el mismo menor el que juzgue si tiene o no lesión y decida en consecuencia si ejercita o no la acción de nulidad: impugnará si ha sido lesionado (prueba de que no había capacidad natural), no impugnará si obtuvo un beneficio (prueba de que tenía capacidad natural).

¿Qué significa lo dicho hasta ahora? Que las opciones del Derecho francés y español no hacen sino arbitrar el modo en que la capacidad natural del menor es probada, algo que viene exigido por la naturaleza jurídica de la mayoría de edad como presunción *iuris tantum* de capacidad. Al menor no se le niega la capacidad de obrar, sino que se exige la prueba de la capacidad natural de algún modo, y las normas del Código canalizan dicha prueba.

Los dos regímenes —el Derecho francés y el español— mantienen la mera anulabilidad del negocio jurídico del menor. Esto les da una semejanza esencial⁸¹⁴. El hecho de que se trate de una nulidad relativa y

legal, se preceptuó una especial acción de carácter resciosorio —art. 1291.1º—, RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español*, p. 137.

⁸¹³ «Estas medidas de protección, en la práctica, suponen la ordinaria exclusión del menor del tráfico jurídico, pues apenas nadie querrá contratar con él en tales condiciones», LACRUZ BERDEJO, José Luis y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II*, 123.

⁸¹⁴ La semejanza también será con el Derecho romano, donde la anulabilidad no existían en un principio. Uno de los motivos, el principal, por el que surge, es para

no absoluta demuestra que lo decisivo es saber la capacidad del menor o incapaz, que es sobre lo que hay duda y lo que se busca. Por ello, no se le permite ejercer la acción al otro contratante, sino sólo al que pudo haber sido perjudicado por faltar la capacidad natural. En el fondo lo que interesa a todas las legislaciones es la capacidad natural, sólo que en el Derecho francés vendrá determinada por la presencia o no de lesión, y en el Derecho español decidirá el mismo menor si ha sido o no lesionado para actuar en consecuencia.

Lo dicho anteriormente se refiere al ámbito patrimonial *inter vivos* y sólo cuando puede existir disminución de su patrimonio. El menor tiene capacidad de obrar legal y por lo tanto no es necesaria la prueba de la capacidad natural en aquellos supuestos en que puede haber incremento del patrimonio y en las disposiciones *mortis causa*. Cuando puede haber incremento (es decir, beneficio o ‘no lesión’), esto mismo ya se considera una prueba de la capacidad natural; y en el caso de las disposiciones *mortis causa* no existe disminución del patrimonio, son revocables y la capacidad natural es examinada por el Notario⁸¹⁵ (es decir, es menos probable la ‘lesión’).

proteger a los menores de 25 años cuando comercian, cfr. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo primero*, p. 172.

⁸¹⁵ «En nuestro Derecho, las dos causas específicas que limitan de modo general la capacidad de obrar del menor, o sea, el poder del representante legal y su situación de protegido, coinciden en negarle poder de disposición *inter vivos* de su patrimonio; en cambio, le cabe la posibilidad, casi ilimitada, de adquirir, es decir, tiene capacidad de obrar para aumentar su patrimonio mediante actos jurídicos. Así, en relación a la posesión, el artículo 443 del Código civil, ordena que los menores pueden adquirir la posesión de las cosas y, por tanto, conforme a este precepto el menor puede hacer que su patrimonio se beneficie de los diversos efectos jurídicos directos o indirectos que puede originar la posesión. (...). Al menor se le niega, en general, poder de disposición *inter vivos* de su patrimonio; en cambio, las disposiciones *mortis causa* se admiten, como señala de nuevo De Castro, por no disminuir el patrimonio, ser revocables y por advertir de su trascendencia la solemnidad de su otorgamiento», NIETO ALONSO, Antonia, *Capacidad del menor de edad en el ordenamiento patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales*, pp. 7-8. Sigue estando presente la normativa de mantener todo aquello que beneficie al menor.

Igualmente, para «los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo» (art. 162.1º Cc) se prevé la capacidad de obrar legal del menor, lo que implica un desplazamiento de la carga de la prueba, y en consecuencia no hace falta que la capacidad natural sea probada. Del mismo modo, en la LOPJM existe una referencia a «la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen [los menores] reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social» (art. 9.bis 1). En estos supuestos existe la norma legal para que el menor pueda actuar de acuerdo con sus condiciones de madurez y por lo tanto válidamente desde el primer momento.

Como ha sido advertido, la identificación de la capacidad de obrar legal y la capacidad natural en estos supuestos es un sistema primitivo y prejurídico carente de toda técnica. Considero preferible la técnica presuntiva, que permite actuar con eficacia jurídica a todo aquel que tenga capacidad natural, donde además la viabilidad y la seguridad jurídicas sean atendidas. Si concebimos la mayoría de edad como presunción jurídica, no se podría afirmar que el menor no tiene capacidad de obrar legal, sino que debe probar su capacidad natural de algún modo. A mi juicio, los arts. 1300, 1301, 1302, 1304, 1310 y 1314⁸¹⁶, no son sino la regulación legal de la prueba de la capacidad

⁸¹⁶ Artículo 1300: «Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley».

Artículo 1301: «La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado. En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato. Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela. Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato».

natural del menor, al que quiere proteger, pero que hoy puede adolecer de cierta ingenuidad porque fue concebida para un momento en que la actuación del menor era excepcional.

Creo que este sistema de prueba legal tasada de la capacidad natural del menor se basa en la siguiente opción del legislador: si el menor alega el hecho base (su minoría de edad), no se discute la conexión con el hecho presunto (incapacidad natural). Aún así no es una presunción *iuris et de iure* porque se deja al menor la posibilidad de confirmar el contrato, pero es algo que él mismo decidirá al alcanzar la mayoría⁸¹⁷.

Artículo 1302: «Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato».

Artículo 1304: «Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera».

Artículo 1310: «Sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261».

Artículo 1314: «También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquélla. Si la causa de la acción fuere la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad».

⁸¹⁷ Es decir, la edad legal como presunción jurídica determina la anulabilidad de los actos llevados a cabo por el menor por carecer de la capacidad natural presumida por la norma legal; en este sentido es una presunción legal absolutamente normal, pero con la posibilidad ofrecida al menor de anular el contrato con la sola prueba del hecho base, sin que se permita a la otra parte que sea examinada la concurrencia o no del hecho presunto (la in/capacidad natural del menor) porque era capaz y por entender que estaba en una situación de superioridad.

En este punto nos hacemos la siguiente pregunta: ¿se quiebra aquí la propuesta de la edad como presunción jurídica?, ¿es posible entender todas las normas sobre los menores e incapaces como formando parte de un sistema que se estructura por medio del instrumento técnico de la mayoría de edad como presunción jurídica? Hasta el momento, creo que la técnica de la presunción jurídica es capaz de explicar la ‘no nulidad absoluta’ de los actos llevados a cabo tanto por el menor sin capacidad de obrar legal, como por el incapacitado civil pero con capacidad natural.

Por lo tanto, en mi opinión comparece también en estas normas la *ratio* de la presunción jurídica, instrumento técnico que permite que la capacidad natural sea el último criterio para determinar la validez o no de los contratos realizados en el tráfico jurídico. El Derecho francés considera probada la capacidad natural si no hay lesión. El Derecho español deja la valoración y la decisión al menor con independencia de la lesión, aunque ésta sea indudablemente un elemento a valorar por el propio menor.

A partir de aquí la doctrina se ha planteado necesariamente varias cuestiones importantes en relación al menor y/o al contratante capaz: el dolo o la mala fe, la indemnización por los daños y perjuicios sufridos, la protección de terceros de buena fe, la responsabilidad precontractual, contractual y extracontractual, la disociación entre capacidad y responsabilidad, la validez de los los contratos realizados según los usos y costumbres, la apariencia y estabilidad de los contratos, etc⁸¹⁸. Son

¿Pero cómo explicar —con el sistema de la presunción jurídica— la posibilidad de que el menor no lesionado, teniendo capacidad natural, pueda pedir la nulidad del negocio jurídico (art. 1300) en los cuatro años siguientes a haber alcanzado la mayoría de edad (art. 1301)? Además de las razones históricas, creo que el motivo fundamental está en que el legislador prefiere que en ese caso la concurrencia o no de la capacidad natural sea valorada y decidida por el único que pudo salir perjudicado: el menor. La lesión puede ser un indicio de la falta de capacidad, y por eso al menor se le permite impugnar. Pero, ¿por qué puede impugnar cuando no hay lesión? Aunque no haya lesión para el menor (art. 1300), éste podrá pedir la nulidad si lo considera oportuno por las razones que sean, entre ellas la de no tener capacidad natural en el momento de celebración del contrato. Es indiferente para el legislador que esa incapacidad haya producido o no una lesión. Lo que importa es que podía haber incapacidad, y debido a ello siempre está abierta la puerta a pedir la nulidad de un contrato realizado sin la capacidad natural presumida por la norma legal, con independencia de la lesión.

⁸¹⁸ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*; FRAGA, Jordano, *La capacidad general del menor*; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*; RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*; EVANGELIO LLORCA, Raquel, *Los contratos celebrados por incapaces naturales*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1997; LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, *La capacidad contractual del menor*; LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La responsabilidad civil del menor*,

cuestiones en las que la doctrina mayoritaria propone, acertadamente a mi juicio, soluciones que están guiadas por el principio fundamental defendido a lo largo del trabajo: la capacidad natural⁸¹⁹.

Pero la pregunta es la siguiente: ¿está “vigente” la capacidad natural? Se puede defender esta vigencia con una interpretación compleja de las normas que estamos viendo, pero en muchas ocasiones son propuestas de *lege ferenda* más que de *lege data*⁸²⁰. En cualquier caso, cuando en la interpretación de esas normas se busque un soporte legal de la capacidad de obrar del menor –o “vigencia” de la capacidad natural– entiendo que existe de modo técnico en la Parte general con la

2ª reimpresión, Ed. Dykinson, Madrid, 2003; TOLDRA ROCA, María Dolores, *La anulabilidad por causa de incapacidad. Reflexiones en torno al artículo 1304 del Código civil*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.

⁸¹⁹ «La minoría de edad es sinónimo de capacidad natural limitada o no plena, pero en ningún caso, es sinónimo de incapacidad», *Ibidem*, p. 88 (la última obra citada). La misma autora más adelante: «No puede calificarse a la persona menor como incapaz; la prestación efectiva del consentimiento dependerá, en todo caso, de la capacidad natural que ostente», *Ibidem*, p. 104. En la misma obra se cita la STS de 28 de abril de 1977: «Debe distinguirse si se trata de un menor sin capacidad natural o con ella, y que en el primer caso el contrato será inexistente y en el segundo anulable».

⁸²⁰ «Ya hemos puesto de manifiesto que en la actualidad resulta inadecuado seguir defendiendo la irresponsabilidad civil de los menores, puesto que una vez deslindadas diferentes franjas de edad, sabemos que los adolescentes son capaces de comprender y conocer el alcance de sus actos y por lo tanto es lógico que se les haga responder de las consecuencias resultantes de la comisión de los mismos», LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La responsabilidad civil del menor*, pp. 249. Más adelante, remarcará que «en materia de responsabilidad extracontractual, el menor imputable responderá según la regla general contenida en el art. 1902 Cc, que si bien no hace expresa mención a este supuesto, tampoco lo excluye», *Ibidem*, p. 251; mientras que responderían solidariamente los guardadores, cfr. *Ibidem*, p. 252. Propone López Sánchez acoger en nuestro derecho la noción de “grandes menores” que existe en el Derecho francés e italiano, a la que la jurisprudencia se muestra reticente, cfr. *Ibidem*, pp. 252-257. Y más adelante destaca que son «muchas las sentencias en las que, a pesar de la avanzada edad de un menor, no se tiene en cuenta su capacidad y la responsabilidad recae en sus guardadores», *Ibidem*, p. 262.

«La jurisprudencia civil no suele dar ninguna relevancia al hecho de que el menor tenga un grado de discernimiento y madurez que permita considerarlo ‘imputable’ y, por tanto, responsable de los daños causados ex artículo 1902 Cc», SANTOS MORÓN, María José, *Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor*, p. 90.

consideración de la mayoría de edad o emancipación como presunción *iuris tantum* de capacidad (arts. 322 y 323 Cc). Lo que sí es más problemático es vertebrar la prueba de la capacidad natural del menor por medio de esas normas que podían ser una opción en un momento en que la actuación jurídica del menor era muy escasa.

En otro orden, aunque se llegue a aclarar el sistema en este punto, es lógico que existan complicaciones a la hora de probar con precisión la capacidad natural porque es una cuestión siempre difícil, incluso en el examen judicial del caso concreto. Si el régimen jurídico de capacidad a veces puede resultar complicado y enrevesado, no es tanto por el sistema en sí, como por la dificultad de encomendar a normas codiciales la tarea de suponer probada la capacidad natural en unas situaciones determinadas en las que interviene el menor⁸²¹. Hasta tal punto rige la capacidad natural en el Código civil, que contratar con un incapaz se sanciona (art. 1304) suspendiendo la restitución de las prestaciones, por mucho que sea uno de los efectos generales de la nulidad de los contratos. Incapaz en el artículo 1304 es el que carece de capacidad natural.

* * *

Entre las dificultades mayores para un sistema de capacidad de obrar organizado bajo la razón de presunción *iuris tantum* quizá se encuentre la de explicar por qué el menor puede pedir la anulación del acto cuando

⁸²¹ Por ejemplo. Se parte de la buena fe del menor; la mala fe sería una cierta prueba de capacidad natural, pero el legislador ha entendido que no se da esa situación. Del mismo modo, la responsabilidad de los padres se extiende también a los llamados “grandes menores” porque el art. 1903 da por sentada la incapacidad de menor, cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La responsabilidad civil del menor*, p. 263. Todo esto está en contradicción con la ‘no nulidad absoluta’ de los actos del menor porque tenía capacidad natural, ya que de otro modo serían inválidos. Estas situaciones quizá fueran una solución sencilla cuando eran marginales, pero ahora complican el sistema, que en mi opinión debería fundamentarse en la capacidad natural, siendo como está “vigente” por medio de la mayoría de edad como presunción *iuris tantum* de capacidad.

fue realizado con capacidad natural. Quizá sea obsoleta la legislación en este punto, pues da la impresión que contempla la actuación del menor como algo excepcional y marginal; ello contrasta con el cambio de mentalidad legal y doctrinal a partir de las reformas de 1981, momento en que se comienza a reclamar una mayor capacidad de obrar para el menor. Siendo necesarias las reformas en materia de impugnación de menores con capacidad natural y en materia de responsabilidad civil extracontractual, creo que tampoco puede dejarse el sistema de capacidad de obrar sin una técnica jurídica que articule adecuadamente la capacidad de obrar legal y la capacidad natural. El reconocimiento directo de la capacidad natural al menor para actuar con eficacia en la vida civil es una renuncia a una solución técnico-jurídica y se aproxima al modo de organizar la capacidad en las culturas primitivas.

En cualquier caso, nos encontramos ante un elemento fundamental de la presunción legal: se deja siempre abierta la puerta a la justicia del caso concreto, a que se actúe con eficacia jurídica (o ‘no nulidad absoluta’) cuando hay capacidad natural, sea más fácil o difícil hacerla valer en función de la distribución de la carga de la prueba que se haya fijado por medio de la edad legal finalmente elegida (normalmente la de la mayoría o emancipación). Por lo tanto, siendo recomendable una edad intermedia en el Derecho entre la mayoría y la minoría de edad, lo relevante es, con independencia de quién tenga el peso de la prueba, que existe la posibilidad garantizada por el Derecho de actuar con eficacia jurídica siempre que haya capacidad natural. La distribución de la carga de la prueba propia de la presunción juega un papel disuasorio, pero a la vez permite la actuación eficaz en la vida civil siempre que haya capacidad natural. Sencillamente, la edad en el Derecho surgió unida a la técnica presuntiva, y así pervive en mi opinión.

B. EXAMEN CONCEPTUAL: LA EDAD LEGAL ES UNA PRESUNCIÓN JURÍDICA EN SENTIDO TÉCNICO

Es frecuente encontrarse, sobre todo en los estudios de introducción a la ciencia jurídica, con un carácter presuntivo genérico y transversal atribuido al Derecho como si fuera parte de su esencia, como un modo de comprenderlo globalmente⁸²². Pero en estas afirmaciones, que vienen a indicar que en la construcción jurídica del Derecho se opera como una cierta sustitución de la realidad por la norma, el término ‘presumir’ está utilizado según el uso corriente, y en modo alguno excluye la existencia de la ‘presunción jurídica’ en sentido técnico, como un instrumento concreto, que tiene una función jurídica determinada, cuya eficacia

⁸²² Así por ejemplo Aguiló Regla, para quien la mayor parte de las normas tienen este carácter de presunción, y más en concreto, serían como presunciones *iuris et de iure*: «Hay normas (muchísimas normas) que no son normas de presunción, es decir, que no están formuladas (ni se ganaría nada formulándolas) con un ‘se presumirá o deberá presumirse’ y que, sin embargo, bien puede decirse que están basadas en (o que a ellas subyace) un ‘es presumible’ teórico. Es decir que el legislador hizo una presunción pero no dictó una norma de presunción», AGUILÓ REGLA, Josep, *Presunciones, verdad y normas procesales*, p. 25. Para este autor, la norma de la mayoría de edad sería una presunción de este tipo. En este punto, la pregunta que nos hacemos es la siguiente: ¿es la norma de la mayoría de edad una presunción *iuris et de iure*? Conforme a lo dicho por el autor en el mismo trabajo, si se admite prueba en contrario sería una presunción *iuris tantum*, es decir, una presunción en sentido técnico. Así pues, en mi opinión, si contemplamos el momento legal (mayoría de edad) y el momento jurisprudencial (examen de la capacidad concreta) conjuntamente, será fácil ver la prueba en contrario de la norma de la mayoría de edad, con la conclusión aparejada de ser una presunción *iuris tantum*, únicas que, para el autor, son presunciones en sentido propio. Ciertamente, los actos realizados por el menor (no me refiero a los admitidos por los usos sociales) tienen eficacia jurídica, por lo que la norma de la mayoría de edad no es una presunción *iuris et de iure*. Pero además, según la tesis defendida por el autor de la exclusiva naturaleza procesal de las presunciones *iuris tantum*, le obliga a desechar como tales a las presunciones contenidas en el Derecho sustantivo cuando no hay una referencia expresa al proceso como es el caso de la mayoría de edad. En cualquier caso, cuando la LEC establece que serán excepcionales en nuestro Derecho las presunciones *iuris et de iure*, está claro que las está viendo también en sentido técnico y no como una especie de característica transversal de los enunciados legales; entiéndase lo mismo, y con más razón, para las presunciones *iuris tantum*, toda vez que son la regla general en nuestro Derecho.

puede ser descrita con precisión en el desarrollo de un proceso. Así lo hacen ver los romanistas, donde la presunción no viene a ser una especie de característica transversal que designa un modo de ser del Derecho, sino un contrapeso técnico al principio inquisitivo del nuevo proceso de la *cognitio extra ordinem*.

Esto se ve claro en el tratamiento doctrinal actual por parte de los procesalistas, que de forma unánime refieren las presunciones legales, aunque con diferencias significativas, a la prueba que acontece en el momento judicial. Su aportación técnica, lejos de ser genérica, es muy concreta y está muy delimitada en la operatividad del Derecho.

En primer lugar debemos partir de la delimitación de la presunción *iuris tantum* con respecto a los demás tipos: por un lado las presunciones *iuris et de iure* y por otro lado las presunciones judiciales. Una diferencia entre ellas repercutirá necesariamente en la variación de alguno de sus elementos, pudiendo ser equivalentes el resto. Por eso, serán aprovechables las indicaciones que la doctrina hace sobre las presunciones judiciales mayormente en tanto se refieran a aquellos elementos comunes con las presunciones legales⁸²³.

Podría decirse que la diferencia fundamental entre la presunción legal y la judicial se basa en la autoría del razonamiento presuntivo (tercer elemento examinado en el apartado anterior): en la presunción legal lo hace el legislador y está previsto en una norma (de ahí el aspecto material de este tipo de presunciones), y en la presunción judicial lo hace el juez (de ahí su carácter exclusivamente procesal). Esta circunstancia ha llevado a algunos autores a situar las presunciones

⁸²³ «Como dice la STS (3ª) de 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8462) la estructura de una y otra presunción es idéntica, salvo que un un caso [presunción legal] la inferencia la hace el legislador, y en el otro [presunción judicial] la inferencia la hace el juez», MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, p. 177.

«Las presunciones tienen la misma estructura, cualquiera que sea la fuente del establecimiento de las mismas (la ley o la construcción judicial)», ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal civil*, p. 371.

judiciales entre los ‘medios’ de prueba⁸²⁴, con la misión de alcanzar el convencimiento del juez en orden a la decisión de un caso concreto. Eso lleva consigo que la naturaleza jurídica de este tipo de presunciones sea la misma que tiene la ‘prueba’ en el proceso, por lo que en definitiva, la presunción judicial vendría a ser una *specie* dentro del *genus* de la prueba. Dicho de otro modo, no serían presunciones en sentido estricto sino sólo impropiaamente.

Corresponde ahora delimitar las presunciones *iuris tantum* y las presunciones *iuris et de iure*. La diferencia es que a las segundas les

⁸²⁴ «Dentro de la figura general de la presunción, el derecho positivo abarca dos tipos diversos que en realidad son nociones distintas que conviene mantener alejadas: el de las presunciones establecidas por la ley, o presunciones *iuris*, y el de las presunciones establecidas por el Juez, a iniciativa de las partes o no, o presunciones *hominis*. El primero de estos dos tipos no es, en realidad, un medio de prueba, sino un desplazamiento del objeto de la prueba; sólo el segundo responde verdaderamente al auténtico concepto del medio de prueba. Por el equivocado argumento de las presunciones, al no exigir un procedimiento de realización, no son procesales, su régimen queda sustraído a la Lec y reducido sólo al Cc. Ahora bien, el Cc, en el pasaje que trata de las presunciones, incluye tanto preceptos referentes a las legales como a las de hombres, y dedica a éstas tan sólo dos de las normas de su texto (arts. 1249 y 1253)», GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, pp. 445-446.

Comoglio coloca a las presunciones entre «le prove per induzione, la cui caratteristica istituzionale consiste nel fondarsi su di ragginamento induttivo, affidato al giudice quale mezzo ulteriore di accertamento della verità o della falsità di un'allegazione avente per oggetto un determinato fatto da provare», COMOGGIO, Luigi Paolo, *Le prove civili*, p. 467.

«Las presunciones no legales que reciben con propiedad la denominación de prueba por indicios, o presunción de hecho, no constituye una dispensa de la prueba, sino que son un medio de prueba mediata o indiciaria. (...). Mediante estas presunciones no se releva de la prueba a la parte favorecida por ellas, sino que ésta se sirve de las mismas para probar ciertos hechos, cuyo acreditamiento directo es imposible o muy difícil», BONET Y NAVARRO, Ángel, *Presunciones. Derecho procesal*, pp. 5047-5048.

Este nervio probatorio, iniciado en el Derecho romano, alcanza su apogeo en la Edad Media: «In tal modo la presunzione si propone all'analisi dei glossatori prevalentemente come mezzo di prova che poteva concorrere alla formazione del giudizio del giudice quando questi non potesse fondarsi su elementi concreti e direttamente un fatto rilevante per lo svolgimento del processo. Si pose quindi accanto a quei procedimenti probatori usuali che, in determinate circostanze, apparivano non esperimentabili», CAMPITELLI, Adriana, *Presunzione*, p. 260.

falta el aspecto procesal propio de la admisión de la prueba en contra (es el cuarto elemento señalado: *iuris tantum*), que en caso de existir, sería para reafirmar lo dicho en la norma legal o, dicho de otro modo, para probar si existe o no el hecho base que establece la norma legal, no siendo posible la prueba del hecho presunto al que el hecho base está conectado⁸²⁵. No se diferenciaría del resto de normas materiales, por eso la mayor parte de los autores las excluye del grupo de presunciones en sentido estricto⁸²⁶, porque les falta la referencia peculiar a la prueba como uno de los elementos necesarios de la presunción.

De hecho, los autores se centran más en la delimitación entre las presunciones *iuris et de iure* y las ficciones⁸²⁷, en tanto que el criterio

⁸²⁵ «Lo que se prohíbe [en las presunciones *iuris et de iure*] es, por un lado, atacar el enlace establecido por la norma de presunción [ello ocurre también en las presunciones *iuris tantum*] o probar la inexistencia del hecho presunto. Es decir, lo que prohíben, de modo peculiar, las presunciones *iuris et de iure* es la admisión de excepciones a la norma de presunción. En otras palabras, lo que excluyen en sentido estricto es precisamente su derrotabilidad», AGUILÓ REGLA, Josep, *Presunciones, verdad y normas procesales*, p. 21.

⁸²⁶ «La presunción que no admite prueba en contrario sino que impone forzosamente la consecuencia del hecho presumido, rebasa los límites de la auténtica presunción para configurarse en el campo de las denominadas ficciones», BONET Y NAVARRO, Ángel, *Presunciones. Derecho procesal*, p. 5047.

«A pesar de la reiteración con que la doctrina se refiere a la distinción entre presunciones legales *iuris et de iure* (o absolutas) y *iuris tantum* (o relativas), las únicas que tienen realidad son las segundas, pues de las primeras no existe un solo caso. (...). Las únicas presunciones legales posibles son aquellas que admiten prueba en contrario», MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, pp. 181-182.

«El hecho de que estas situaciones normativas cumplan la función de eliminar todo rastro de razonamiento presuntivo en el destinatario [el juez] de las mismas lleva a pensar en la conveniencia teórica de su expulsión del ámbito de las presunciones», AGUILÓ REGLA, Josep, *Presunciones, verdad y normas procesales*, p. 30.

«Tale presunzione non può mai essere intesa in senso tecnico, poichè essa non scaturisce affatto da un raginamento inferenziale tipizzato, né dà conto di una simile operazione argomentativa, ma si limita a dare per acquisito *ope legis*, senza bisogno di alcuna dimostrazione critica, il risultato di un'ipotetica inferenza, ossia la sussistenza del fatto presunto, resa incontrovertibile *iuris et de iure*», COMOGLIO, Luigi Paolo, *Le prove civili*, p. 473.

⁸²⁷ Cfr. PALAZZO, Antonio, *Presunzione*, p. 272.

dominante es la imposición de lo dispuesto en la norma por razones de utilidad incluso en aquellos casos en los que no coincide con la verdad material, tal y como ocurre en la ficción. En las presunciones legales *iuris et de iure* la falta de adecuación entre previsión normativa y realidad de hecho es considerada irrelevante para el legislador, quizá por lo difícil de que se dé esa circunstancia. Aquí radicaría la diferencia entre presunciones *iuris et de iure* y las ficciones: en las primeras casi siempre habrá coincidencia⁸²⁸, en las otras no, porque, en un principio, no ha sido ese el objetivo sino llegar a la conclusión que la ficción establece en la norma legal (naturaleza exclusivamente material), por considerarse preferible. A partir de aquí, cuando en este apartado mencione las presunciones legales me estaré refiriendo a las presunciones *iuris tantum*.

Atendiendo por tanto a las presunciones legales *iuris tantum*, examinemos ahora su naturaleza jurídica, que como ya vimos era discutida. Podemos extraer un dato valioso del debate doctrinal como punto de partida: las presunciones legales incluyen una referencia a la

⁸²⁸ «Perelman y Olbrechts-Tyteca, afirman que si bien las presunciones legales son a menudo de la misma naturaleza que las que se admitirían en la experiencia extrajudicial, muchas veces el criterio por el que la norma jurídica admite que una presunción se escape a los criterios propios del razonamiento presuntivo (lo normal) y atienda a motivos que son extraños a los elementos que conforman este razonamiento, sean de carácter social o moral que, como dice Hedemann, tienden al legislador ‘a evitar una investigación encaminada a la certeza’, lo que en nuestra opinión, nos llevaría a sustituir los criterios propios de este razonamiento por criterios de política legislativa si bien dentro de la lógica del razonamiento presuntivo. Tampoco podemos dejarnos en el tintero la opinión de Wroblewski, para quien las presunciones jurídicas son reglas de conducta expresadas en textos jurídicos y que el empleo de las mismas se encuentra vinculado a los razonamientos que son función de aplicación», PIQUER MARÍ, José Miguel, *La epístola 11.6 de Séneca y las presunciones. A propósito de su equivalencia con la prolepsis*, pp. 171-172. Sin embargo no es tanta la distancia entre las presunciones y las presunciones jurídicas, toda vez que las presunciones *iuris tantum* permiten llegar a la certeza por la prueba en contrario. Donde más se dejan sentir las razones de política legislativa de modo protagonista sería en las presunciones *iuris et de iure*, donde como decía Hedemann, se renuncia a la certeza.

prueba⁸²⁹. Es precisamente aquí, al delimitar la influencia de la presunción legal sobre la prueba, donde los autores difieren. En cualquier caso, sirva este primer paso de la doctrina como testimonio del carácter procesal de la norma sustantiva de la edad legal –y como indicador que apunta a su naturaleza jurídica de presunción legal–. Esto nos lleva a concluir, de momento, que la posibilidad de acceso al caso concreto –ámbito donde se practica la prueba– forma parte de la técnica de la presunción legal, tal y como hemos sostenido a lo largo de la tesis. Esta primera aportación de los procesalistas está en sintonía con los postulados de la teoría de la capacidad de obrar, que reconocía la capacidad natural como fundamento de la capacidad de obrar y buscaba la máxima adecuación entre ellas: la edad legal como presunción vendría a respaldar adecuadamente estas aspiraciones teóricas mediante la puerta que se deja abierta a la prueba de la capacidad natural en el caso concreto.

Pero más específicamente, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la presunción *iuris tantum*? En primer lugar partiremos de la definición legal, que en el Derecho español no existe: ni en los derogados artículos

⁸²⁹ Lo iremos viendo en los procesalistas; ahora dejar apuntado que este carácter está presente en el origen en el Derecho romano: «Si noi ora esaminiamo le fonti giuridiche ci si accorge che la *praesumptio* nel suo significato tecnico concetto stoico prima visto a casi nei quali occorreva per una *quaestio facti* una *probatio artificiali* (...). La *praesumptio*, nelle fonti, o è l'idea cui si ricorre quando i fatti da provare sono incerti, l'idea preconcepita che corrisponde alla *opinio communis*, oppure è l'argomentazione che serve quando manchino le prove, argomentazione fondata su ciò che è credibile, su ciò che è verosimile, naturale, conforme alla *opinio communis* ed è contraposta alle prove», REGGI, Roberto, *Presunzione*, p. 257.

«La prueba de presunciones es una prueba; una prueba que resulta obligatoria para el juez en virtud de la prohibición legal de no aplicar determinadas reglas de inferencia inductiva especialmente recogidas por el ordenamiento, a partir de la experiencia y la conciencia social, y catalogadas como reglas de presunción legal», PEÑA GONZALO, Lorenzo y AUSÍN DÍEZ, Txetxu, *La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria*, p. 125.

Cfr. SCAVO LOMBARDO, Eugenia, *Presunzione. e) Diritto canonico*, en *Enciclopedia del Diritto*. XXXV, Giuffrè Editore, Varese, 1986, p. 317.

del Código civil (arts. 1249-1253) ni en los actuales de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 385 y 386), aunque una lectura conjunta de todos ellos nos suministre los elementos con los que construir una definición que sí estampan otros Códigos extranjeros, como el Código civil francés en su artículo 1349: «Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu»; y el Código civil italiano en el artículo 2727: «Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato»⁸³⁰; y también el CIC en el canon 1584 § 1 (antiguo c. 1825 § 1. 1º): «La presunción es una conjetura probable sobre una cosa incierta».

Estas definiciones, no sólo coinciden con las propuestas por autores contemporáneos en el ámbito canónico y en el ámbito civil, sino también con la que da Alciato en el siglo XV recogiendo la tradición anterior: «*Est probabilis coniectura ex certo signo proveniens, quae alio non aducto, pro veritate habetur. Omnis praesumptio legis est fundata super verisimili*»⁸³¹. Esta definición, presente también en los romanistas⁸³², atraviesa la codificación y la ciencia jurídica y llega a nuestros días inalterada⁸³³ —precisamente por el carácter lógico que tiene—.

⁸³⁰ Que es igual que el artículo 1349 del anterior Código (1845), salvo el cambio de la palabra «trae» por «deduce».

⁸³¹ ALCIATO, Andrés, *De praesumptionibus tractatus*, Venecia, 1564, p. 11.

⁸³² «La presunción puede definirse como la obligación del que juzga de deducir de la constatación de un hecho cierto la existencia de otro hecho incierto o no verificado, al cual se vinculan necesariamente determinados efectos jurídicos», VOLTERRA, Eduardo, *Instituciones de Derecho privado romano*, p. 276.

«*Praesumptio*: afirmación de la verdad de un hecho indemostrado a partir de otro hecho indubitable con el que está unido por vía lógica», TORRENT RUIZ, Armando, *Praesumptio*, en *Diccionario de Derecho romano*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 960.

«Argomentazione probabile fondata su ciò che è conforme alla *opinio iuris*», REGGI, Roberto, *Presunzione*, p. 257.

⁸³³ En la nota anterior se veían algunas deficiones dadas por los romanistas respecto a la presunción legal. A continuación exponemos por orden cronológico similares

Llegados hasta aquí, la doctrina es mayoritaria al señalar de momento dos conclusiones: 1) calificar como ‘medio de prueba’ a las presunciones judiciales; y 2) certificar que las presunciones legales no se identifican con los medios de prueba, precisamente por el carácter material que examinábamos con anterioridad⁸³⁴. Sostiene Comoglio que la presunción no es un medio de prueba porque «non si riflette mai in modo diretto sull’acquisizione del materiale probatorio e (quindi) sulla

definiciones como muestra de la continuidad del instrumento técnico de la presunción jurídica a lo largo de la historia:

Tancredo (*Ordo Iudiciarius*): «Argumentum ad credendum unum factum surgens ex probatione alterius facti», citado en CAMPITELLI, Adriana, *Presunzione*, p. 261.

Alciato: «Est probabilis coniectura ex certo signo proveniens, quae alio non aduceto, pro veritate habetur. Omnis praesumptio legis est fundata super verisimili».

«Consisten éstas en dar por existente (o inexistente) un hecho si concurre con otro antecedente», PIETRO CASTRO, Leonardo, *Derecho procesal civil. Tomo I*, p. 315.

«Consiste en un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho, que es el supuesto fáctico de una norma, atendido el nexo lógico existente entre los dos hechos», MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, p. 176.

Lo mismo cabe decir de su clasificación: «Ya los glosadores se vieron obligados a agrupar la enorme masa de presunciones que se había ido formando. Las clasificaron con arreglo a sus efectos (...) en tres categorías: 1. *Quaedam est talis, cui statur etiamsi contra quis probaret* (presunción *iuris et de iure*); 2. *Alia, cui statur, donec contra probatur* (presunción *iuris tantum*); 3. *Alia, cui non statur aliquo modo, nisi adminicula habeat* (presunción *facti*)», HEDEMANN, Justus Wilhelm, *Las presunciones en el Derecho*, p. 75.

⁸³⁴ «Dentro de la figura general de la presunción, el derecho positivo abarca dos tipos diversos que en realidad son nociones distintas que conviene mantener alejadas: el de las presunciones establecidas por la ley, o presunciones *iuris*, y el de las presunciones formadas por el Juez, a iniciativa de las partes o no, o presunciones *hominis*. El primero de estos dos tipos no es, en realidad, un medio de prueba, sino un desplazamiento del objeto de la prueba; sólo el segundo responde verdaderamente al auténtico concepto del medio de prueba», GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, p. 479

«Posto che la presunzione legale, a differenza di quanto accade con la presunzione semplice, non lascia al giudice alcuna alternativa, ma gli impone di prendere atto de una quanto ricavata a priori da un fatto assunto come noto, è quasi inevitabile far evadere le regole dell’art. 2728 dal settore della prova, avallandone addirittura un inquadramento che è ad esso antitetico», COMOGGIO, Luigi Paolo, *Le prove civili*, p. 471.

formazione del convincimento del giudice»⁸³⁵, cosa que si ocurre con las presunciones judiciales. De este modo, puesto que la naturaleza jurídica de las presunciones judiciales se encuadra dentro de los medios de prueba⁸³⁶ y la naturaleza jurídica de las presunciones *iuris et de iure* se asemeja a las ficciones en el ámbito exclusivo del Derecho material⁸³⁷, tenemos que las presunciones legales son las presunciones propiamente dichas, configuradas como un instrumento con carácter técnico en el Derecho⁸³⁸.

Entonces, ¿cuál es la específica naturaleza jurídica de las presunciones *iuris tantum*? Puesto que es un instrumento técnico, su naturaleza jurídica coincide con la función que tenga en el Derecho. Para alcanzar la naturaleza jurídica bastará acertar en la descripción de la función más determinante de la presunción legal, tanto en el ámbito material como en el procesal (el ya examinado carácter sustantivo-procedimental de la presunción *iuris tantum*). En mi opinión, es la que describe Comoglio: «il suo effetto specifico, dunque, è quello di *semplificare* le fattispecie sostanziali disciplinate, agendo sulla disposizione reciproca dei loro elementi costitutivi, e solo secondariamente si riflette sulle modalità del loro accertamento nel

⁸³⁵ *Ibidem*, p. 476.

⁸³⁶ «Las presunciones *hominis* son un verdadero medio de prueba caracterizado o especificado tan sólo por la índole particular del instrumento probatorio que en ellas se utiliza», GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, p. 479.

⁸³⁷ Aunque se reconozca la posibilidad de la presunción *iuris et de iure* en nuestro Derecho (art. 385.3), según Guasp y Aragonese sería dudosa que se diera en nuestro Ordenamiento, cfr. *Ibidem*, p. 479.

En el ámbito canónico, el CIC de 1983 no las menciona siquiera, como sí hacía el CIC de 1917 (cc. 1825-1826).

⁸³⁸ «Toda presunción técnica es, según la terminología antigua, *iuris tantum*», PIETRO CASTRO, Leonardo, *Derecho procesal civil. Tomo I*, p. 316. En la misma página atribuye a los glosadores la creación de las presunciones *iuris et de iure*, aunque esta afirmación es más discutible. No es posible entrar ahora.

processo»⁸³⁹, y a la que apuntan buena parte de los autores con sus reflexiones⁸⁴⁰.

⁸³⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo, *Le prove civili*, p. 476. La cursiva de la cita es mía.

«La naturaleza jurídica de las presunciones no es sino la determinación legal de hechos que deben servir como constitutivos e impositivos o extintivos del derecho *bajo condición* de que no se afirmen y prueben como ciertos otros hechos. De aquí que las presunciones pertenezcan, como vimos, al derecho sustancial y estén reguladas por la *lex rei*. Lo cual no excluye que si el hecho contrario, aún sin ser aprobado por el adversario, resulta probado en juicio, por ejemplo, por declaración de la parte a favor de la cual está la presunción legal, pierde ésta todo valor», CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, p. 261. Si nos preguntamos por qué existe esa determinación legal, la respuesta sería también la de simplificar «los hechos importantes con respecto al nacimiento del derecho» de tal forma que afirmados y probados estos hechos (más fácil de afirmar y de probar), «debe considerarse existente el derecho», cfr. *Ibidem*, p. 260.

Cfr. DE SANTO, Víctor, *La prueba judicial. Teoría y práctica*, pp. 680-681.

⁸⁴⁰ «La finalidad de la presunción es dar seguridad a situaciones jurídicas que pueden con justicia y fundamento suponerse existentes», PIETRO CASTRO, Leonardo, *Derecho procesal civil. Tomo I*, p. 315. Y más adelante: «La presunción persigue dispensar cierta protección a determinadas situaciones jurídicas», *Ibidem*, p. 316.

«La presunción legal, que es la que propiamente merece el nombre de presunción, actúa como un medio de relevar de la carga de la prueba al litigante; de esta forma cuando se da el hecho base, el legislador determina anticipadamente la existencia del hecho presunto. (...). El legislador en ciertos casos ha establecido un hecho como existente siempre que se den ciertos hechos que es necesario probar», BONET Y NAVARRO, Ángel, *Presunciones. Derecho procesal*, p. 5047.

«Las presunciones legales parten de la consideración por el legislador de que podría ser muy difícil probar directamente el hecho causa de una determinada consecuencia jurídica», MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, p. 93.

«La finalidad de las presunciones legales consiste en dar seguridad a situaciones jurídicas que pueden con justicia y fundamento suponerse existentes (Pietro-Castro), bien en evitar esfuerzos probatorios desproporcionados o ineficaces dirigidos a demostrar la existencia del vínculo o nexo causal lógico entre el hecho base y el presunto, lo que hace necesario ser sustituidos generalmente por circunstancias afines de prueba más sencilla», GIMENO SENDRA, Vicente y MORENILLA ALLARD, Pablo, *Derecho Procesal Civil. I*, p. 402.

«La regla de la presunción no tiene tanto que ver con la afirmación de hechos como con el proceder sobre su base, ya que su objeto es facilitar la toma de decisiones, superando situaciones de incertidumbre; no ordena a sus destinatarios, sin embargo, determinada acción física, sino que dispone que tomen cierta proposición como si fuese verdadera, como base para actuar. Segundo, que las presunciones están asociadas con ciertas inferencias, pero las presunciones, en sí mismas, no versan acerca de inferencias, es decir, no implican compromiso alguno con, ni garantizan, el valor de

Tengamos en cuenta la lógica del proceso expresada con palabras de Chiovenda: «los hechos de influencia en el pleito deben ser afirmados por las partes para que el juez pueda tenerlos en cuenta; no sólo esto: tales hechos deben, regularmente, ser probados por las partes para que

verdad de la proposición presumida: la presunción dispone que, en la práctica, se pase de una proposición a otra. Tercero, la presunción pone en marcha un mecanismo en base al cual el destinatario procede sobre la base de la proposición presumida, pero tal curso de acción puede ser bloqueado si (o en el momento que) el destinatario encuentra elementos de juicio suficientes para creer que no es eso, lo que supondría que la presunción ha dejado de operar», MENDONCA, Daniel, *Presunciones*, pp. 84, 94-95.

Sobre las razones que justifican las presunciones, Aguiló Regla, hace una enumeración de las siguientes: «Razones vinculadas con la probabilidad de la verdad del hecho presunto (...); un segundo tipo de razones es restablecer el equilibrio probatorio entre partes en conflicto dada la dificultad de prueba que para las partes tienen los hechos relevantes (...); otro tipo de razones que podríamos llamar garantistas: dada la gravedad de las consecuencias jurídicas que pueden derivarse para una de las partes se establece una verdad procesal y se vuelca sobre la otra parte toda la carga de la prueba (...); otro tipo de razones están vinculadas con la función de estabilización de expectativas y situaciones que pretenden cumplir las instituciones», AGUILÓ REGLA, Josep, *Presunciones, verdad y normas procesales*, p. 18. Valga la repetición de la cita en este lugar.

«Más concretamente en el Derecho, se dice que las presunciones vienen justificadas por la necesidad de facilitar, en atención al fin de la Justicia, la prueba de los hechos constitutivos de un proceso (finalidad aliviadora o Erleichterung)», PEÑA GONZALO, Lorenzo y AUSÍN DÍEZ, Txetxu, *La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria*, p. 101.

«La ley dispensa a veces de probar ciertos hechos y los considera indudables de antemano; proclama a priori su exactitud. Se dice entonces que la crea una presunción. Las presunciones son por naturaleza excepcionales; no se encuentran más que en aquellas hipótesis, en las cuales razones de interés superior, que varían en cada caso, exigen su establecimiento», COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo primero*, p. 201.

«El concepto de presunción encontró su asiento como hemos visto, en la ley procesal. Pero con los casos particulares de aplicación no sucede lo mismo. Y ello es natural. Siendo la presunción una figura destinada a servir para la regulación de la carga de la prueba, resulta que todo caso concreto de aplicación lleva consigo una ventaja para una de las partes. Este beneficio no puede ser dispensado de una manera general, sino que, al contrario, tiene que ser llevado a los distintos negocios jurídicos y relaciones de derecho en particular, adaptado a los mismos y ligado a ellos. Así es como se comunica vida al concepto inerte y podemos comprender lo que significa que alguien tiene una presunción de su parte», HEDEMANN, Justus Wilhelm, *Las presunciones en el Derecho*, p. 225.

puedan considerarse como existentes»⁸⁴¹. Pues bien, la presunción legal, con su previsión por el legislador, se anticipa al pleito y da como una solución adelantada⁸⁴² que mientras no se discuta y se resuelva la controversia, tiene eficacia jurídica. Esta es la función de «simplificar» de la presunción legal, y esta es su naturaleza jurídica: instrumento técnico que conecta el nacimiento del derecho a un hecho simple y fácilmente acreditable, quedando a salvo el recurso a la prueba del hecho presunto, complejo y más difícilmente demostrable. Por lo que entonces, en las presunciones legales se ve la referencia a la prueba como uno de sus aspectos, no como el elemento determinante de su naturaleza jurídica, por lo que no puede ser calificada como ‘medio de prueba’.

Pues bien, la edad legal, no sólo reúne los elementos que la doctrina señala como partes de la presunción, sino que, en mi opinión, se identifica con la naturaleza jurídica de la presunción *iuris tantum*, en tanto que, parafraseando el párrafo anterior, conecta el nacimiento de la capacidad de obrar con eficacia jurídica –derecho de ejercer y así desarrollar la personalidad– a la edad natural –hecho base: simple y fácilmente acreditable–, quedando a salvo el recurso a la prueba de la in/capacidad natural –hecho presunto: complejo y difícilmente demostrable–. Esta técnica existe desde el Derecho romano con la finalidad de ‘simplificar’ y de hacer viable el ejercicio de los derechos en el tráfico jurídico.

Finalizo con la exposición de algunos de los textos más explícitos en los que se usa de modo técnico el término ‘presunción jurídica’ referido a la edad legal; este uso está presente también en la doctrina mayoritaria, tanto en el ámbito civil como en el canónico, a la hora de describir la

⁸⁴¹ CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, p. 258.

⁸⁴² «Las presunciones indican anticipadamente una respuesta posible a la cuestión controvertida, a los efectos de producir una decisión. En otros términos: con el fin de resolver un caso, el juzgador debe, por disposición legal, tomar como cierta determinada proposición o como producido determinado estado de cosas, mientras no existan elementos de prueba en contra», MENDONCA, Daniel, *Presunciones*, p. 83.

edad legal. Los textos citados pertenecen a la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸⁴³ y a la doctrina, y los transcribo sucesivamente para que se vea la coincidencia en la percepción que los jueces y los autores tienen sobre la edad como presunción *iuris tantum*:

- «Es evidente que el art. 322 Cc establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media»⁸⁴⁴.
- «En el caso examinado la inversión de la carga de la prueba que en definitiva se propone supondría, además, obligar a la parte demandada a demostrar la capacidad del vendedor, cosa que equivaldría a establecer una presunción de incapacidad de éste fundada en la existencia de indicios acerca de su concurrencia. De este modo tropezaría de manera flagrante con el mandato contenido el artículo 199 del Código civil, con arreglo al cual nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley. Según reiterada jurisprudencia, de conformidad con la regla general del art. 322 del Código civil, la incapacidad no puede ser presumida, como exigen los principios constitucionales de libertad personal y libre desarrollo de la personalidad, sino que la capacidad de la persona se presume siempre, mientras su incapacidad, como excepción, no sea probada de modo evidente y completo (sentencias de 10 de abril de 1987, 18 de marzo de 1988, 19 de febrero de 1996 y 19 de noviembre de 2004). Como dice la sentencia de 28 de junio de

⁸⁴³ Existe un amplio análisis jurisprudencial sobre el carácter presuntivo de las normas sobre capacidad de obrar en TENA PIAZUELO, Isaac, *La capacidad para realizar actos con eficacia jurídica, en la jurisprudencia*, pp. 145-184.

⁸⁴⁴ SSTs 461 de 19 de mayo 1998, 683 26 julio 1999, 1082 de 20 noviembre 2002.

1990, ‘la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario’, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa (sentencias de esta Sala de 10 de febrero de 1986, 10 de abril de 1987, 26 de septiembre de 1988, 20 de febrero de 1989, entre otras)»⁸⁴⁵.

- «Presunción de capacidad de obrar plena, y sólo si se elimina por sentencia en la incapacitación o se prueba la falta de capacidad mental, se invalida el acto jurídico que pueda haber realizado y las sentencias de instancia de un modo rotundo han declarado no probada tal falta de capacidad»⁸⁴⁶.
- «El precepto [art. 322 Cc] establece una presunción legal de capacidad, en cuya virtud hay que entender que el mayor de edad no incapacitado puede celebrar cualesquiera actos o contratos, a menos que la ley exija para hacerlo una capacidad especial. Pero es una presunción *iuris tantum*, lo que quiere decir que puede ser desvirtuada, en relación con actos concretos, mediante la prueba de que en el momento de realizarlos el mayor de edad carecía de capacidad natural suficiente»⁸⁴⁷.
- «La jurisprudencia es uniforme respecto a que el punto de partida ha de ser la *presunción de capacidad de la persona*. Esta presunción tiene carácter *iuris tantum* calificada por la fuerza especial que deriva de que la prueba en contrario ha de ser inequívoca y concluyente. Son numerosos los casos resueltos por nuestros tribunales, que en la duda, o mejor dicho, ante la falta de

⁸⁴⁵ STS 836 de 10 de noviembre de 2005.

⁸⁴⁶ STS 322 de 5 de mayo de 2011.

⁸⁴⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *Comentario de los arts. 314-324 Cc*, p. 1334; cfr. IDEM, Carlos, *La edad*, p. 172.

una prueba cumplida sobre la incapacidad, mantienen la validez del acto jurídico en cuestión»⁸⁴⁸.

– «The *presumption* is that the minor, and the adult, are *sui compos*. As a *presumption*, this can yield to the demonstration of contrary evidence (drawn from both behavior and profesional evaluation). This is precisely the drift, to anticipate, of canon 99: if one is devoid of ‘the use of reason’ (in this extended sense), that person is legally equated with an infant in terms of responsability and dependency, whatever his or her phisical age»⁸⁴⁹.

– «Cumplidos los siete años, se presume –*praesumitur*– que el menor tiene uso de razón. Es presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario»⁸⁵⁰.

A continuación, y para concluir el apartado, ofreceré una posible redacción del artículo de la edad legal que incorpore su dinamismo jurídico como presunción *iuris tantum*. La edad legal no es una presunción por el hecho de que una norma diga expresamente que es una presunción –y lo mismo ocurre al contrario–, pero sería adecuado expresar el dinamismo presuntivo en la misma norma que establece la edad legal. Eso no implica un cambio de sistema, sino clarificar el que existe, lo cual estaría justificado por la transcendencia jurídica de la capacidad de obrar.

En el capítulo anterior reuní los textos dispersos del sistema normativo de la capacidad de obrar para ensayar una especie de norma que concentrara todos sus elementos. Entonces apunté la necesidad de

⁸⁴⁸ DE SALAS MURILLO, Sofía, *La valoración de la (dis)capacidad en nuestro sistema jurídico: una visión general*, p. 31.

⁸⁴⁹ CORIDEN, James A., GREEN, Thomas J., et HEINTSCHEL, Donald E., *The Code of Canon Law. A text and commentary*, p. 72.

⁸⁵⁰ DE FUENMAYOR, Amadeo, *Comentario al c. 97*, en *Comentario exegético al Código de Derecho canónico. Volumen I*, Eunsas, 3ª ed. actualizada, Pamplona, 2002, p. 724.

reflejar también la operatividad jurídica que nace de la edad como presunción *iuris tantum*, a la que por tanto sería aplicable el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁸⁵¹. Pues bien, lo que se le podría añadir a la norma de entonces es lo siguiente: «salvo prueba en contrario», expresión que recoge el artículo 385.2. De este modo existiría una mayor comprensión sistemática del régimen jurídico de la capacidad de obrar que hemos visto a lo largo del presente trabajo. Transcribo la norma completa.

*«Art. 1. 1. El mayor de dieciocho años, al que se equipara el menor emancipado, con las excepciones establecidas por este Código, es capaz para todos los actos de la vida civil, **salvo prueba en contrario***⁸⁵². 2. Los menores, de acuerdo a su edad y madurez, deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social».

«Art. 2. Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial a causa de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

Esta redacción contiene únicamente textos de normas actuales, por lo que se puede decir que es el sistema de capacidad de obrar vigente en

⁸⁵¹ Artículo 385 LEC: «1. Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba. 2. Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción. 3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba».

⁸⁵² Pongo en negrita el único añadido a la propuesta hecha en el capítulo segundo.

el Derecho civil español. Tanto desde el enfoque redaccional⁸⁵³, como desde la teoría de la capacidad de obrar expuesta en el capítulo primero, el artículo 1.2 es el que está menos aquilatado y más lejos de una buena técnica. A mi entender, sería preferible, o bien suprimirlo, o sustituirlo por una edad concreta del menor. Sobre el art. 1.2 conviene hacer unas aclaraciones

El Derecho aragonés ha optado por fijar la edad de 14 años, lo que sería una solución contrastada⁸⁵⁴. Pero al existir en el Código civil la emancipación a los 16 años, no podrían mantenerse ambas edades porque el sistema de capacidad de obrar quedaría demasiado fraccionado; habría que valorar qué edad es más oportuna según la regla *id quod plerumque accedit*, y rebajar en consecuencia la edad de la emancipación.

Igualmente habría que valorar, como en el Derecho aragonés, si se escoge una edad sin necesidad de habilitación o concesión de los padres

⁸⁵³ La expresión del artículo 322 del Código civil «con las excepciones establecidas por este Código», que entre otros aspectos hace referencia a las edades especiales, debería ser integrado mejor en la redacción, que ahora no he intentado por no alterar la literalidad de los textos normativos.

⁸⁵⁴ Lo que determina pasar la carga de la prueba de un lado a otro según Sancho Rebullida es lo siguiente: «La determinación de si en el Derecho histórico la edad de catorce años constituye el tránsito a la mayoría de edad, siquiera sea restringida, o de si son los veinte años la edad de la mayoría, con anticipos para los que hubiesen cumplido catorce, no es cuestión de interés meramente histórico y doctrinal. Tiene mucha trascendencia práctica, porque la primera conclusión comporta la consecuencia de que el mayor de catorce años es capaz de realizar todos aquellos actos que no le están vedados en el fuero, ya que la capacidad será la regla general y la incapacidad —o capacidad suficiente— la excepción. Si, por el contrario, adoptamos la segunda conclusión, habremos de reconocer que el mayor de catorce años, hasta los veinte, no tiene capacidad suficiente para concluir otros actos que los expresamente permitidos por el fuero, pues que, con tal postura doctrinal, la incapacidad es la regla y la capacidad las excepciones», SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, *La edad en Derecho aragonés*, p. 53.

Pero en realidad, la edad como presunción *iuris tantum* hace que las diferencias queden mitigadas al final porque en uno y en otro caso se puede hacer valer la capacidad natural que acaba siendo el criterio fundamental de todo el sistema normativo de la capacidad de obrar.

o de los jueces o, al contrario, se mantiene el sistema actual de la emancipación en el Código civil español. Si según la regla *id quod plerumque accedit* se entiende que existe una capacidad natural para llevar a cabo un grupo importante de actos o negocios jurídicos, parece que sería más conveniente el reconocimiento normativo directo de la capacidad de obrar legal –ya se escoja como edad legal los 14, 15 ó 16 años–, y no condicionarla al permiso paterno o a la apreciación por parte de juez.

Una vez establecida una capacidad de obrar a través de una edad intermedia, ya sea de forma directa (Derecho civil aragonés) ya sea por medio de la emancipación (Derecho civil español), el texto del artículo 1.2 se podría suprimir. Dicho texto tiene una ventaja: establece el principio de la capacidad de obrar dependiente de la capacidad natural conectada a la edad (el menor puede realizar los actos «de acuerdo a su edad y madurez», según el artículo 9.1 bis LOPJM). Si suprimimos el artículo 1.2 seguiría existiendo este principio, no por estar literalmente transcrito en una norma, sino porque forma parte de la mayoría de edad concebida como presunción jurídica de capacidad, que permite que una persona actúe válidamente si tiene capacidad natural, siempre que de un modo u otro haya quedado demostrada.

Pero también tiene un inconveniente el artículo 1.2: su vaguedad e imprecisión. Creo que este inconveniente no puede ser resuelto por la norma, sino por la jurisprudencia. De hecho, ha ido elaborando una serie de criterios a la luz del caso concreto que permiten detectar cuándo se tiene la mínima capacidad natural y en consecuencia cuándo se actúa válidamente. Por esto, y porque la edad legal (sea la de mayoría o la de emancipación) es una presunción de capacidad que incluye en sí misma el reconocimiento de la capacidad natural, sería innecesario el artículo 1.2. ¿Por qué ha sido introducido? No para reconocer una nueva capacidad de obrar legal al menor, sino porque se veía necesario positivizar el principio de la capacidad natural, como ocurrió de modo

similar en el Código civil italiano de 1942. Ese principio ha existido siempre en el Derecho español, también a partir de la codificación como ha defendido Federico de Castro, aunque en mi opinión, no a través de los estados civiles sino a través de la edad legal entendida como presunción jurídica. Por lo tanto, ¿qué aporta el positivizarlo? Quizá claridad teórica y seguridad jurídica. Pero como ya comentaba con motivo de la reforma del Código civil italiano, la seguridad jurídica no puede estar reducida a la mera previsión normativa, porque sino es poca seguridad.

En mi opinión, la edad como presunción *iuris tantum* puede contribuir a la solución de las cuestiones más debatidas en la teoría de la capacidad de obrar, entre ellas: 1) la de cómo ajustar la capacidad de obrar legal y la capacidad natural, que es básica; 2) la de la capacidad de los menores, que es uno de los interrogantes más importantes. Están justificados todos los esfuerzos de los civilistas y canonistas que han contribuido a la teoría de la capacidad, porque mantener la tensión doctrinal sobre este aspecto obedece en el fondo a un empeño por promover la libertad y la dignidad del hombre o del sujeto de derecho.

III. HECHO PRESUNTO: CAPACIDAD NATURAL O AUTOGOBIERNO

En el primer capítulo veíamos varios modelos de articulación de los elementos de la capacidad de obrar. Las respuestas doctrinales iban destinadas a dar solución a la pregunta clave: cómo ajustar la capacidad de obrar legal a la capacidad natural. Si bien se puede considerar unánime la doctrina a la hora de fijar la capacidad natural como el fundamento genérico de la capacidad de obrar legal, también es cierto que al final las propuestas dejaban la capacidad natural fuera del Código.

En efecto, se había perdido de vista la técnica romana que consiguió incorporar al Derecho la capacidad natural sin comprometer la seguridad jurídica: la edad como presunción legal, instrumento que actualmente permite que la capacidad natural pueda estar “vigente” de un modo peculiar.

Como hemos visto, la capacidad natural forma parte del sistema normativo de la capacidad de obrar como un elemento de la edad legal concebida como presunción jurídica, concretamente aquél elemento que los procesalistas denominan ‘hecho presunto’, imposible de verificar en cada caso con anterioridad por el legislador, y que por ello es sustituido por el hecho cierto y fácilmente comprobable de la edad natural (hecho base), pero que vuelve al primer plano en el único momento posible: en el caso concreto examinado en un proceso ante el juez. No obstante, eso no significa que sea fácil su prueba por el solo hecho de tratarse de un examen individual.

Ahora bien, el juez tiene dos ayudas para alcanzar la certeza del hecho presunto: por un lado la edad legal y por otro los criterios jurisprudenciales que han ido formando un cuerpo doctrinal. La edad legal es fundamental para que el juez no esté “dando palos de ciego”, o para que simplemente no establezca de modo subjetivo un mínimo de capacidad distinto a aquél que pudiera fijar el juez de la sala de al lado. Además, la reflexión jurisprudencial ha elaborado unos criterios que ayudan a precisar y uniformar el acierto en la fijación de ese mínimo de capacidad, que sería del todo imposible sin la previa referencia a una edad legal.

Pero en medio de esta labor del juez, hay muchos postulados previos y simultáneos: ya se debe tener claro qué es la voluntad, la libertad, el desarrollo evolutivo de la facultades intelectivas y volitivas que pueden estar afectadas por alguna patología, o por la influencia que la sociedad ejerce en ellas, o por otros motivos; estos factores pueden adelantarlas, aumentarlas o retrasarlas en su desarrollo. El juez conoce estas

circunstancias y con ellas acude a su tarea de buscar la capacidad natural mínima, que el legislador presume que se da a una edad determinada; pero el juez tendrá que ver demostrada de forma concluyente que esa capacidad natural mínima ha acontecido antes de la edad presumida o no, expresando los motivos pertinentes. Por eso, se deben usar los datos que suministran las ciencias de forma previa (filosofía, sociología, psicología) o simultánea (dictamen pericial) de forma adecuada, sin perder de vista el carácter exclusivamente jurídico de la sentencia judicial adoptando una decisión.

A continuación, examinaremos los criterios de determinación jurídica de la capacidad natural o autogobierno, para pasar en un momento posterior a los datos que ofrecen el resto de ciencias citadas sobre la capacidad natural, y concluyendo con un apartado donde se insiste que la solución final ha de obtenerse con criterios específicamente jurídicos. Recordemos lo que varias veces ha salido en el trabajo: el Derecho parte de la realidad natural que es comprendida con ayuda de otras ciencias para ordenarla con razón de justicia.

A. CAPACIDAD NATURAL O AUTOGOBIERNO: DETERMINACIÓN JURÍDICA

Es difícil la cuestión de precisar el *quantum* de capacidad natural que tiene una persona. Muchas ciencias pueden ayudar en esta tarea, pero sólo los criterios jurídicos son los determinantes en la sentencia. Partiendo de la presunción general de capacidad que establece el artículo 322 del Código civil que ya examinamos en la jurisprudencia en el capítulo anterior, los criterios jurídicos se pueden reunir en dos grupos:

- 1) Criterio legal: la capacidad natural correlativa a la edad legal, que la jurisprudencia llama capacidad media, o capacidad del hombre medio;
- 2) Criterios jurisprudenciales: son criterios que tratan de precisar o delimitar esa capacidad del hombre medio.

1. Determinación legal

El criterio legal es la edad legal correlativa a la edad natural. Puede parecer en un primer momento que no es mucha la aportación, pero supone una determinación cuantitativa de la capacidad natural de primer orden, y un punto de referencia insalvable para la valoración del juez, quien ha de alcanzar la certeza sobre la posesión o no de esa capacidad natural media que una persona tendría a los 18 años. Si no llega a existir este criterio, ¿dónde pondría el límite el juez?, ¿qué criterio objetivo utilizaría aplicable a todos los casos?

Recordemos la técnica del Derecho romano: en un primer momento acudía a la *inspectio corporis*, y después al establecimiento de una edad legal en la que se presumía la capacidad correlativa a la edad natural –12 años para la mujer y 14 años para el varón– como punto de partida para llevar a cabo los actos de la vida pública. Éste es el modelo del que la codificación no ha querido ni podido prescindir. Por ello, el gran criterio es la capacidad natural o autogobierno que una persona tiene en la mayoría de edad del artículo 322 del Código civil. Hemos tomado como punto central de la presunción el artículo 322, pero en el supuesto de existir una edad legal distinta para un acto jurídico concreto (por ejemplo, 14 años para el testamento), o de haber obtenido la emancipación (16 años), la capacidad natural presumida será la correspondiente a esa edad legal.

Baste pensar por un momento en un Código civil donde no hubiera edades legalmente establecidas. No serían tan graves las consecuencias, pero sería igualmente negativo que el juez no contara con un sistema de capacidad de obrar legal que le sirviera de referencia para enjuiciar el caso concreto. Lo que no es adecuado es un sistema de capacidad de obrar legal fijista, positivista, sin excepciones, sin recurso a la realidad del caso concreto; pero es oportuno y necesario que se establezca la norma de la edad legal que pone un punto de partida no sólo a los individuos en su ejercicio con eficacia jurídica, sino a los jueces en el

proceso. No obstante, eso no significa que no sean pertinentes otros criterios que complementen necesariamente la indicación marco de la edad legal, y que es posible sistematizarlos porque se mueven en un cierto nivel de abstracción. Más difícil sería aislar aquellos criterios que el juez tiene en cuenta a la vista de las circunstancias concretas de un caso específico, que lógicamente son para ese proceso casi de forma exclusiva. Por lo tanto, pasamos a examinar esos criterios que la jurisprudencia ha ido elaborando para completar el criterio de la edad legal puesto por el legislador.

2. *Determinación jurisprudencial*

Después de la información suministrada por la edad legal (el art. 322 Cc se refiere a la mayoría de edad, los 18 años) sobre la capacidad natural (aquella capacidad que generalmente tienen las personas a los 18 años), viene la tarea desempeñada por la jurisprudencia mediante criterios que permiten detectar su presencia o su ausencia⁸⁵⁵. La labor

⁸⁵⁵ Así plantea la cuestión la STS 341 de 1 de julio de 2014: «El autogobierno es la aptitud necesaria para obrar por uno mismo, para actuar libremente. Una acción libre presupone un conocimiento suficiente y un acto de la voluntad, de querer o desear algo. De ahí que si algunas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas limitan el autogobierno o lo excluyen, ya sea porque impiden el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulan o merman la voluntad, constituirán causas de incapacitación. Pero lo serán en atención a este efecto de impedir en la realidad el autogobierno de una persona determinada. Y como la realidad ordinariamente es complicada, es preciso admitir que, como recordaba ya la Sentencia 479/1994, de 20 mayo, en algún caso el estado mental de una persona admite distintos grados de discernimiento, y conforme a ellos la pérdida de autogobierno sea parcial o referida a algunas actividades vitales y no a otras».

En mi opinión, la edad debería ejercer de criterio orientador de cara a una cuestión compleja de por sí como es la evaluación de la capacidad de una persona. De Salas Murillo hace notar lo siguiente: «La falta de unidad de criterio en la propia incapacitación: no existe un parecer uniforme, no sólo en cuanto a la valoración de las causas de incapacitación en sí (lo que para unos juzgados es causa de sumisión a la tutela, para otros no lo es, o lo es a curatela), sino en cuanto a la extensión misma de la limitación de la capacidad. Es difícil el equilibrio, porque ha de procederse a un examen individualizado de cada caso, huyendo de la aplicación de criterios unificados

judicial entra en juego cuando se pretende probar que en el caso concreto la capacidad natural real no es la presumida por la edad legal, o lo que es lo mismo, que la capacidad natural en una persona en concreto no se corresponde con la que la mayoría de la gente tiene a una edad determinada⁸⁵⁶, lo que obliga a elaborar un sistema de capacidad *ad hoc* o, como dice la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo, un «traje a medida»⁸⁵⁷.

Los jueces han ido formando una serie de criterios que ayudan a precisar si hay o no capacidad natural tanto en el aspecto personal como

o estándar», DE SALAS MURILLO, Sofía, *Capacidad, discapacidad, incapacidad e incapacitación: funciones y disfunciones*, en *El tratamiento jurídico civil de la dependencia*, Universidade da Coruña, 2008, p. 23.

⁸⁵⁶ STS 557 de 20 de octubre de 2015: «Es evidente que el artículo 322 Cc establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media».

⁸⁵⁷ La STS citada recoge jurisprudencia al respecto, en las que se menciona ese traje a medida: «Como afirma la sentencia de 1 de julio de 2014, citada por la de 13 de mayo de 2015, “La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiriera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda”».

Y subraya la STS 341 de 1 de julio de 2004: «Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona».

en el patrimonial. Estos criterios, si bien han surgido en contacto con el caso concreto, se han ido aquilatando hasta formar una doctrina prudencial para la valoración de la capacidad natural, que es lo verdaderamente determinante como criterio jurídico con independencia de la enfermedad o patología que esté en el origen. Los expongo a continuación, resalando en cursiva los ámbitos en que son utilizados los criterios, recurriendo para ello a expresiones de los mismos tribunales que se repetirán casi literalmente en las múltiples sentencias de incapacitación:

1. «Conserva de forma adecuada sus *capacidades cognitivas*; algunas de ellas muy bien conservadas para su edad cronológica; conserva la función ejecutiva, siendo capaz de planificar, secuenciar y dirigir la conducta hacia un fin concreto y capaz de inhibir aquellas conductas socialmente inadecuadas; no se aprecia alteración del estado de ánimo que pudiera estar interfiriendo en su conducta; y es independiente y autónomo para las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria»⁸⁵⁸.

2. «*Autonomía* para su atención personal: aseo, alimentación, cuidado de la casa, compras habituales para vivir»⁸⁵⁹. «Déficit intelectual ligero/moderado, que afecta a decisiones sobre su salud, hábitos e higiene, para adoptar decisiones sobre horarios básicos, sobre estancia residencial y sobre desplazamientos sobre salud o formación, que deben ser supervisados en todo caso, lo que limita notablemente su autonomía personal. Por otra parte, tiene dificultades importantes para el uso del dinero y conocimiento de su valor material»⁸⁶⁰.

3. «Tomar las decisiones que excedan de las actividades básicas de la vida ordinaria y para todo lo relacionado con su *salud*, manejo de

⁸⁵⁸ SAP M 253 de 26 de julio de 2017.

⁸⁵⁹ STS 552 de 11 de octubre de 2017.

⁸⁶⁰ STS 530 de 27 de septiembre de 2017.

medicamentos, pautas alimenticias y consentimiento de tratamientos médicos»⁸⁶¹.

4. «Supervisión para el cuidado de su salud y la administración de grandes cantidades de *dinero*. (...). Administración ordinaria y uso del dinero de bolsillo –para pagar sus gastos mensuales, de manutención y alimentación, vestido y abono de los gastos de la persona que les atiende, si bien entendido que el curador deberá controlar dicho gasto en términos generales–»⁸⁶².

5. «Tiene patologías orgánicas propias de la edad y sintomatología ansioso-depresiva en tratamiento por Médico de Atención Primaria, de carácter no permanente e inestable, pero conoce el valor del dinero, *no requiere de terceras personas* para que le cuide en caso de heridas, úlceras, tiene capacidad para decidir en lo relativo a la administración de tratamiento, tiene aptitudes psíquico-físicas adecuadas para el ejercicio del derecho de sufragio, no presenta alteraciones en su capacidad de auto cuidado en higiene y alimentación personal, en su *capacidad de control de emergencias en el hogar* ni de mantenimiento mínimo de éste, tiene capacidad de control de su enfermedad, toma su medicación sola, y tiene capacidad de realización de operaciones económicas cotidianas, con capacidad de realización de operaciones económicas complejas o planificadas, siempre y cuando sea bien asesorada –como lo está haciendo–»⁸⁶³. «Sin que pueda *vivir sola* y realizar los actos más indispensables de la vida sin asistencia»⁸⁶⁴.

6. «Padece osteoporosis (...), todo ello bajo control médico y toma de pastillas, además de presentar un ligero déficit de *memoria*, no obstante lo cual está perfectamente consciente y orientada, conoce y sabe lo que quiere, expresándolo con un *lenguaje* claro y coherente,

⁸⁶¹ STS 298 de 16 de mayo de 2017.

⁸⁶² SAP CS 18 de 16 de enero de 2012.

⁸⁶³ SAP CS 28 de 20 de marzo de 2015.

⁸⁶⁴ SAP O 20 de 22 de enero de 2015.

aunque sea pausadamente, teniendo conservadas sus funciones sociales, y estando en definitiva su *comprensión* de las palabras, *pensamiento* e ideación dentro de la normalidad teniendo en cuenta su edad, no existiendo en el momento actual impedimento para gobernar su persona y sus bienes»⁸⁶⁵. «Coherencia, raciocinio, *orientación temporo-espacial* y *sentido común* a que se alude por la resolución recurrida, evidenciando con las respuestas que daba que era capaz»⁸⁶⁶.

7. «La incapacitación de una persona es estrictamente por *causas de tipo personal*, ya comentadas en su lugar, siempre *actuales*, que no *futuribles o hipotéticas* ni para solventar en sí mismo problemas de soledad, familiares o sociales»⁸⁶⁷.

8. «La expresión gobernarse por sí mismo, es de gran amplitud, de manera que comprende, de una parte, el *aspecto personal o subjetivo*, comprensivo asimismo de los aspectos de atención y cuidado de la propia persona, y de otra parte, el *aspecto objetivo o patrimonial*, comprensivo asimismo de las facetas de administración y disposición de los bienes. No se trata tan solo de discernir si el presunto incapaz puede *tomar decisiones* sobre su persona y sus bienes, sino de determinar si puede *realizar conductas*, en el ámbito personal y/o patrimonial, que resulten perjudiciales para sí mismo y que no *se ajusten a los límites que impone la convivencia social*»⁸⁶⁸.

9. «Falta de suficiencia de capacidad de administrar sus bienes y patrimonio, así como una especial *vulnerabilidad a la manipulación* por terceras personas que instrumentalicen con tal fin los delirios que sufre, existiendo incluso dudas sobre la correcta asunción y llevanza por el

⁸⁶⁵ SAP C 414 de 18 de octubre de 2012.

⁸⁶⁶ SAP PO 129 de 10 de marzo de 2011.

⁸⁶⁷ SAP C 414 de 18 de octubre de 2012.

⁸⁶⁸ SAP B 363 de 29 de mayo de 2012.

mismo de la medicación que le ha sido prescrita, sin la cual su situación se agrava»⁸⁶⁹.

10. «Sin que la *ayuda que precisa* para unas concretas y específicas actividades pueda justificar la incapacitación que se pretende»⁸⁷⁰.

11. «Careciendo de *conciencia de enfermedad* que le impide seguir adecuadamente la medicación pautada»⁸⁷¹. «Nula aceptación de su enfermedad y es parcialmente incapaz para el control terapéutico de su enfermedad»⁸⁷².

Los aspectos señalados no agotan los criterios a utilizar por el juzgador, aunque sí son los más frecuentes⁸⁷³. En cualquier caso, detectada una mengua de la capacidad natural con «pruebas concluyentes y rotundas en contrario»⁸⁷⁴, corresponderá la decisión de si procede o no una incapacitación, si ésta es total y parcial, y la extensión que tendría.

B. DELIMITACIÓN NO JURÍDICA DE LA CAPACIDAD NATURAL PRESUMIDA POR LA EDAD LEGAL

Las reflexiones que siguen no tienen propiamente un contenido jurídico. Entonces, ¿por qué este apartado? Hasta ahora hemos visto la determinación jurídica de uno de los elementos de la edad: el hecho presunto o capacidad natural presumida por la edad legal. Pero después de haber visto la doctrina civil y canónica, cuyas aportaciones han sido

⁸⁶⁹ SAP IB 48 de 8 de febrero de 2008.

⁸⁷⁰ SAP GU 213 de 19 de octubre de 2005.

⁸⁷¹ SAP M 109 de 2 de febrero de 2012.

⁸⁷² SAP O 307 de 6 de octubre de 2017.

⁸⁷³ Bernad Pérez, siguiendo la doctrina norteamericana, reúne los criterios en elección, comprensión, razonamiento y apreciación, cfr. BERNAD PÉREZ, Luisa, *Criterios de valoración médico-legal de la capacidad para la realización de actos con eficacia jurídica*, p. 119.

⁸⁷⁴ STS 104 de 19 de febrero de 1996.

decisivas en el desarrollo de la tesis, entiendo que el punto de partida condiciona decisivamente las conclusiones ofrecidas por los autores. Y prosiguiendo el realismo jurídico, presente a lo largo de los capítulos, no tanto como método sino como actitud que lleva a contar con todas las dimensiones de la realidad —que el Derecho ha de ordenar de un modo técnico y con criterios de justicia—, a mi modo de ver puede ser útil un breve comentario sobre las relaciones del Derecho con otras ciencias como la Filosofía, la Sociología y la Psicología —en el caso del Derecho canónico también con la Teología—.

La conexión del Derecho con otras ciencias es habitual en el momento procesal, donde el juez debe examinar los hechos conforme a las reglas de la ‘sana crítica’, sirviéndose para ello de todos los instrumentos necesarios a su alcance. A ello se refiere Serra Domínguez en el siguiente texto cuando resume la actividad del juez: «Estas máximas de experiencia⁸⁷⁵ pueden formar parte de la experiencia común, que en el acaecer de los fenómenos corrientes ha establecido un cierto orden y enlace, o bien pueden formar parte de la que podríamos llamar experiencia técnica especializada. La primera la posee el Juez en cuanto hombre dotado de una cierta instrucción; en cambio la segunda no puede serle exigida al Juzgador, particularmente habida cuenta la complicación de la vida moderna. (...). El medio normal de suplir dicha insuficiencia consiste en proporcionarle unos auxiliares eventuales, con conocimientos técnicos especializados, que le proporcionan las máximas de experiencia que necesita su actuación»⁸⁷⁶.

Pues bien, en el enjuiciamiento de los hechos por medio de la ‘sana crítica’, el juez se servirá unas veces de informes periciales, y otras del

⁸⁷⁵ Utiliza Serra Domínguez el término ‘máximas de experiencia’ en un sentido genérico equivalente a la normalidad con que los hechos ocurren, no en el sentido técnico del elemento de la presunción, por mucho que uno y otro estén relacionados.

⁸⁷⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Contribución al estudio de la prueba* en «Revista jurídica de Cataluña», Año LXI, núm. 2, Marzo-Abril, Barcelona, 1962, p. 325.

conocimiento acumulado en una persona media; en uno y otro caso, sea directa o indirectamente, se acude al auxilio de otras ciencias. Aquí vamos a referirnos a la Filosofía (y Teología), a la Sociología y a la Psicología evolutiva.

El objetivo de este apartado es plantear, más que solucionar, una serie de cuestiones que inciden en la idea de Derecho y en el sistema normativo de la capacidad de obrar; estas cuestiones se mueven en la frontera externa del Derecho, no en su contenido, por mucho que éste venga condicionado por lo primero. Y por último, haré un comentario sobre lo que a mi juicio se debería tener en cuenta ante una eventual propuesta de reforma de la edad legal.

1. Filosofía y Teología

El jurista adopta como punto de partida la realidad, y es mejor así, porque tarde o temprano se manifestará la inadecuación de una solución jurídica sin realismo, que acabaría matemáticamente en injusticia. La realidad tiene su profundidad y es atendida por la Filosofía, que ofrece la primera comprensión del ser de las cosas y sus fines últimos. Esto no es tarea del Derecho, sino de la Filosofía –y en parte de la Teología en el caso del Derecho canónico–. En lo que llevamos de trabajo, han salido palabras que designan realidades profundas del ser del hombre, y con las que está directamente relacionado el tema de la edad legal. Me refiero fundamentalmente a la voluntad, a la libertad, a la inteligencia y, sobre todo, a la persona⁸⁷⁷.

⁸⁷⁷ Puede servir como punto de partida la noción de persona propia del personalismo entre cuyos representantes se encuentra Wojtyła, que en el siguiente texto pone de manifiesto la conexión entre el concepto de persona y la actividad humana estudiada por las ciencias sociales: «La comprensión del hecho ‘el hombre actúa’ como una conjunción dinámica ‘persona-acción’ encuentra un respaldo pleno en la experiencia. Tampoco nos oponemos a la experiencia, cuando objetivamos ‘el hombre actúa’ como ‘acción de la persona’. Sin embargo, en el ámbito de esta conjunción –expresable de

En este punto, el progreso del Derecho está limitado por la comprensión filosófica de estos conceptos, por eso no es de extrañar, que un avance en la Filosofía repercuta en una mejora del Derecho, y un avance en la Teología o comprensión de la Revelación empuje a una reforma del Derecho canónico. No es casualidad la recepción de Aristóteles en las Universidades medievales y el inicio de la ciencia canónica como tal en Bolonia y París. No es casualidad, por citar un ejemplo más próximo, que el Código de Derecho Canónico de 1983 sea fruto obligado del Concilio Vaticano II.

Así pues, el avance del Derecho requiere estar atentos a la Filosofía y a la Teología –en el caso del Derecho canónico de modo directo–. La Filosofía no pasa por sus mejores momentos, y está casi reducida en unos casos a una de sus funciones más epidérmicas –orientaciones y consejos prácticos, globales, y a veces moralizantes a una sociedad, es decir, reducida a un eticismo–, y en otros envuelta en debates endogámicos (Filosofía del Conocimiento, Filosofía del Lenguaje, etc.) que siendo necesarios no dejan de ser instrumentales, echándose de menos una auténtica reflexión sobre el ser de las cosas, que en los pocos casos en que es abordado no es sino una repetición de logros alcanzados en la Historia, que si bien hay que tenerlos en cuenta, no basta con encerrarse en ellos (de nada serviría) sino que es preciso proseguirlos. Personalmente creo que este intento lo han hecho pocos filósofos en los siglos XX y XXI, pero son ellos los que pueden ayudar a superar la debilitada modernidad no simplemente yendo hacia atrás –una vuelta a la tradición sin más– sino hacia adelante –continuar la tradición teniendo

maneras diversas– permanece el problema de la relación específica entre ‘persona’ y ‘acción’. En la experiencia aflora su estricta correlación, su adecuación semántica y su interdependencia. La acción es indudablemente una actividad. Una actividad puede ser causada por diversos agentes; pero, en cambio, la actividad que llamamos acción no se puede atribuir en sentido estricto a ningún otro agente más que a la persona. Por tanto, la acción presupone a la persona. Este punto de vista ha sido asumido en aquellos campos del saber que tienen como objeto la actividad humana», WOJTYŁA, Karol, *Persona y acción*, Ed. Palabra, Madrid, 2011, pp. 41-42.

en cuenta las aportaciones modernas debidamente corregidas—⁸⁷⁸. Este es el planteamiento de uno de los mejores filósofos del siglo XX cuya enseñanza tardaremos en asimilar: me refiero a Leonardo Polo⁸⁷⁹, que en mi opinión, ofrece unas reflexiones sobre el ser del hombre especialmente valiosas para superar el agonizante positivismo en la ciencia jurídica, y para comprender más profundamente las aportaciones del Concilio Vaticano II y la Teología que lo precedió (de autores franceses y alemanes) en aras del avance de la ciencia canónica. Es previo a una mejor formulación del concepto de sujeto de derecho⁸⁸⁰

⁸⁷⁸ La Filosofía que nace después del impacto provocado por la II Guerra Mundial, centra su atención en el ser del hombre y su relación con los demás. Aquí se encuadran las Filosofía del Diálogo (Ebner, Buber, Lévinas), la Filosofía de la Persona (Marcel, Maritain, Mounier, Nédoncelle, Guardini, Wojtyła) y una parte de la Fenomenología (Husserl, Scheler, Stein, von Hildebrand) que pueden englobarse bajo el nombre genérico de ‘Personalismo’. Estas corrientes filosóficas desarrollan el carácter relacional del hombre, su llamada a la comunión como parte de su ser, y todo ello teniendo como base la observación fenomenológica en la mayor parte de las veces. Un ejemplo al respecto es el libro *Persona y acción* de Karol Wojtyła, citado en la nota anterior.

⁸⁷⁹ Con una profundidad especial que todavía no ha sido del todo recibida por su amplitud y dificultad, está la Filosofía de Leonardo Polo continuada por sus discípulos; las conclusiones de Polo se encuentran en la llamada por él mismo *Antropología trascendental*, que viene a constituir, no ya una rama de la Metafísica donde se estudiaría el ser del hombre como un ser específico que participa del ser en general propio de la Metafísica, sino como un ser ‘radicalmente’ distinto —radicalmente significa que es otro tipo de ser distinto al ser del mundo desde el principio—, o dicho de otro modo, que no es posible la analogía para trasvasar a la Antropología lo estudiado en la Metafísica. Sus escritos más significativos son los siguientes: *Evidencia y realidad en Descartes*, *El acceso al ser*, *El ser I*, *Curso de Teoría del Conocimiento I-V*, *Introducción a la filosofía*, *Quién es el hombre*, *Presente y futuro del hombre*, *Antropología de la acción directiva*, *La persona humana y su crecimiento*, y sus obras conclusivas *Antropología trascendental. Tomo I. La persona humana* y *Antropología Trascendental. Tomo II. La esencia de la persona humana*. Este punto de partida es de una gran fecundidad en la Filosofía de Leonardo Polo que permite proseguir el estudio del hombre continuando lo alcanzado por los filósofos en la historia. Son numerosos los discípulos de Leonardo Polo que actualmente están desarrollando su Filosofía en las cátedras de diversas Universidades de todo el mundo.

⁸⁸⁰ «El fundamento último de todo derecho, natural o positivo, es la personalidad humana, la condición personal del hombre. La personalidad es una forma de ser el hombre, o sea, es la intensidad de ser propia de la esencia humana. Como intensidad de

aclarar el ser del hombre, auténtico soporte de la teoría de la capacidad. Es de tal relevancia jurídica la cuestión de la persona, que hasta la misma concepción del Derecho está comprometida tal y como se ha comprobado en la historia, demostrando sin quererlo que era verdad lo dicho al principio por Hermogeniano: «Todo el Derecho se ha creado para los hombres»⁸⁸¹.

En consonancia con lo dicho, y en el ámbito del Derecho canónico, en parte está sin cerrar doctrinalmente la cuestión de la *persona in iure canonico*, y a la que tantos esfuerzos dedicó Lombardía, convencido de la capitalidad de la cuestión para el Derecho de la Iglesia. En este punto, y una vez que las aguas están más en calma, es preciso una mirada a la Teología que se tuvo presente en el Concilio Vaticano II, que a su vez es

ser que es, la personalidad atañe a la misma esencia del hombre y, en cuanto se refiere al obrar humano –que es lo que tiene relación directa con el derecho–, concierne a la esencia como principio de operación. Pues bien, la esencia como principio de operación es lo que llamamos naturaleza humana. El fundamento de todo derecho es, por lo tanto, la naturaleza humana. Aquí la naturaleza humana evoca el conocimiento metafísico, pues corresponde al ser del hombre entendido es su última esencia. El solo conocimiento empírico resulta incapaz para darnos una visión exacta de la persona humana. Más todavía, la noción de persona humana escapa al saber reducido a lo fenoménico, porque se asienta en la participación en el ser, que es un concepto típicamente metafísico. De ahí la inutilidad de la pretensión de hablar de persona humana en términos empíricos o fenoménicos. Cuando se utiliza el término persona humana según un reduccionismo empírico o fenoménico, tal expresión carece de significado específico, ya que no contiene la idea del ser que domina su propio ser; entonces, los derechos naturales dejan de captarse y los términos ‘derechos inherentes’ u otros parecidos –de los que hablan las declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos– se convierten en expresiones vacías, que no designan otra cosa que conciertos humanos o valores convenidos. Se despoja así al hombre de aquello que, en el campo del derecho, le corresponde más básicamente en razón de su misma condición y estructura ontológicas, en razón de la naturaleza humana. Además, como sea que los derechos naturales –lo justo natural– son derechos verdaderamente existentes, es decir, son contenido de relaciones jurídicas o de justicia reales y concretas, el reduccionismo fenoménico –avocado al positivismo– anula una parte fundamental del arte del jurista. El conocimiento jurídico, junto al nivel empírico o fenoménico, necesita el nivel ontológico», HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho natural*, Eunsa, 11ª ed., Pamplona, 2011, pp. 89-90

⁸⁸¹ «Cum igitur hominum causa omne constitutum sit», D. 1. 5. 2.

la que suscitó la reflexión sobre la relación de lo natural y lo sobrenatural en el hombre, y que puede iluminar el debate de la persona *in iure canonico* aún no concluso⁸⁸². Como dije anteriormente, el Derecho encuentra sus límites en los de la Filosofía y la Teología: no puede ir más allá. Pero al igual que existían caminos para alcanzar una mayor comprensión del hombre en la enseñanza de Leonardo Polo y sus conscientes discípulos, también existen en mi opinión vías en la Teología de Henri De Lubac para comprender más profundamente la relación entre el orden natural y el sobrenatural, aunque esto último, así dicho, ya esté mal expresado según la propuesta del gran teólogo francés⁸⁸³.

Considero que existe más que una intuición en Del Portillo y Lombardía a la hora de ofrecer un nuevo concepto de persona en el Ordenamiento canónico, que de aceptarse con toda gravedad, en mi opinión hará que el Derecho de la Iglesia reciba una nueva luz que atravesará la doctrina, la legislación y la interpretación canónicas.

Sin salir del ámbito canónico, considero adecuado tomar el punto de partida de Lombardía, a saber, dar un concepto jurídico de persona en el Ordenamiento canónico acudiendo a todas sus dimensiones, y empezando por tener claros los presupuestos del Derecho divino natural y positivo. Dicho esto, ese concepto de persona física tiene que ser capaz de explicar –sin separar aunque sí distinguiendo– por un lado la personalidad humana y por otro su continuidad después del bautismo, pero donde éste sea reflejado jurídicamente con la gravedad de un nuevo nacimiento, o dicho de otro modo, con el abismo de una novedad que sólo la intervención del Creador-Salvador puede introducir en este mundo y en cada persona.

⁸⁸² Cfr. FERRER ORTIZ, Javier, *Los sujetos del Ordenamiento canónico*, p. 154.

⁸⁸³ La propuesta de Henri De Lubac ya fue esbozada en la nota explicativa situada en el apartado 3 del capítulo segundo sobre el sujeto de derecho en la codificación canónica, a la que me remito.

Creo que un estudio de la Antropología de Leonardo Polo y de la Teología del *surnaturel* de De Lubac ayudarían, no a suministrar un concepto del sujeto de derecho –que es tarea de la ciencia jurídica–, pero sí a comprender más profundamente la realidad de la persona humana y su salvación, como paso previo a iniciar una elaboración jurídica. Aquí la Filosofía y la Teología en ningún tramo de la elaboración del concepto jurídico de persona sustituyen al Derecho, sino que cumplen la misión de ser la ciencia primera que suministra la comprensión de las cosas tal y como son, comprensión que está tan unida a la realidad que no es posible separarlas, de modo que realidad y comprensión primera vienen a ser el dato observado por la ciencia canónica y por cualquier otra ciencia humana o social.

Si bien la Teología incide en el Derecho de la Iglesia, la Filosofía lo hace sobre toda la ciencia jurídica incluido el Ordenamiento canónico. Acudir a la Filosofía para dar profundidad a cualquier otra ciencia no sólo es legítimo sino condición para el progreso científico. Por su carácter de ciencia sobre lo último de la realidad, sobre lo más fundamental, su objeto no se distingue del de otras ciencias por dedicarse a una parte de la realidad, a un sector de la misma; el objeto de la Filosofía es toda la realidad, aunque para dar una respuesta a las preguntas últimas con un planteamiento holista⁸⁸⁴. Por ello, toda aportación filosófica ofrece una mayor comprensión de la realidad, y sobre ésta vienen a posicionarse las restantes ciencias centrando la atención sobre su objeto específico, ahora sí, una parte de la realidad, un sector de ella. Toda ciencia, en sus conclusiones, no debe desatender las

⁸⁸⁴ «Frente a otros modos de saber, la filosofía aspira a averiguar lo que son las personas y las cosas, y a advertirlo con la máxima hondura permitida al entendimiento humano. (...). Consistirá, entonces, en fin de cuentas, en sacar a la superficie la conexión de todos los existentes y de los elementos que los integran con el principio que constituye para cada uno su respectivo ser; o, si se prefiere, en apreciar y saborear el conjunto de componentes y atributos de cada una de esas realidades, sus estructuras más íntimas y las irisaciones de superficie más vistosas a la luz del ser que las anima», MELENDO, Tomás, *Introducción a la Filosofía*, Eunsa, 2ª ed., Pamplona, 2004, p. 174.

conclusiones filosóficas, pues de otro modo no sería ciencia sino ciencia-ficción, porque no sería real lo que propondría.

Además, tampoco se compromete la pureza metodológica de las ciencias. El método específico de cada una –en nuestro caso la ciencia jurídica– comienza a operar sobre aquél sector de la realidad que le es propio, y que necesariamente va unido a la comprensión primera derivada de las aportaciones filosóficas que dotan de sentido y contenido a la realidad estudiada en ese sector. No se superponen los métodos jurídico y filosófico, sino que el primero engloba la realidad y la comprensión obtenida por el método filosófico. Es decir, el método filosófico queda siempre al margen de la ciencia jurídica, no así los hallazgos obtenidos con dicho método. No hay por lo tanto problema para la confusión.

Es por ello, y más cuando se trata de las ciencias humanas, que un previo progreso filosófico es en parte el motivo de una profundización en la ciencia jurídica al encontrarse con una realidad más delimitada, más clara, más precisa. Y en mi opinión, es condición de todo progreso científico, no sólo por la capacidad de orientación que desempeña la Filosofía con respecto a todas las ciencias, sirviendo como brújula al específico objeto de cada una, sino porque la Filosofía aporta un verdadero conocimiento sobre la realidad, que cuanto más preciso sea, mejor permitirá a la ciencia parcial lograr sus objetivos parciales⁸⁸⁵. Un rápido repaso mental por la historia de la Filosofía viene a confirmar cómo las ideas de los pensadores han calado y transformado con el tiempo el resto de ciencias humanas y empíricas –el Derecho incluido–. Quizá el mejor ejemplo sea el nacimiento de la ciencia moderna en los

⁸⁸⁵ «La filosofía resulta imprescindible (...) para cumplir los dos fines (...): a) para integrar las adquisiciones cognoscitivas de la ciencia en una visión más amplia y unitaria y verdadera de lo real; b) para que sus aplicaciones técnico-prácticas alcancen ese significado hondo y global sin el que, beneficiando aspectos o facetas parciales, podrían a veces resultar lesivos para la vida humana en su conjunto, como experiencia personal», *Ibidem*, p. 172.

países de tradición cristiana: puesto que el mundo tiene un orden dado por el Creador, es posible encontrar las leyes físicas que ese orden implica. En el ámbito jurídico puede explicarse el positivismo jurídico en el inicio de la Filosofía de Descartes, que separa las realidades espirituales y las corporales en el hombre, y que provoca por un lado la corriente del idealismo —sólo la *res cogitans*— y por otro el materialismo —sólo la *res extensa*—; en contacto con estas filosofías evoluciona el concepto de Derecho, que unidos a otros factores instalarán el positivismo jurídico

Resumiendo, a más Filosofía y más Teología, mejor comprensión del hombre y sus facultades —voluntad e inteligencia— y, por lo tanto mejor estructuración legal de la capacidad de obrar por medio de la edad tanto en el Ordenamiento civil como en el Ordenamiento canónico.

Pero, ¿qué tiene que ver esto con el tema de la edad legal? Quizá no fueran necesarios los párrafos anteriores, y en todo caso valga como un mero recuerdo de la importancia de la Filosofía para toda la ciencia jurídica en general y de la Teología para el Derecho canónico en particular. Pero es cierto que la edad legal remite a unas realidades humanas —la persona, la voluntad, la libertad, la capacidad natural— cuya comprensión determinará la solución jurídica a las cuestiones sobre la capacidad de las personas entre las que está la edad legal como elemento central.

La edad legal, en cuanto que estructura la capacidad de obrar prevista por las normas, permite el ejercicio de la libertad del hombre cuando se dan las condiciones volitivas e intelectivas necesarias; tiene una función positiva y debe ser concebida como un instrumento que favorezca dicho ejercicio y que a la vez lo proteja. Así pues, la edad legal debe ceder ante la realidad a la que sirve de un modo tal que el orden social justo no se vea comprometido ni la dignidad personal menoscabada. Así, si las facultades de una persona mayor de edad están alteradas impidiendo el gobierno de sí mismo, es preciso arbitrar una

solución justa por medio de un sistema de incapacitación que se acomode a la realidad personal.

Pero además, junto a esto, se observa que el hombre vive en sociedad, y por lo tanto se trata de una capacidad y libertad compartidas. Eso hace, que siendo adecuado situar en el centro al individuo, no sea realista el individualismo que prescinde de las relaciones humanas fundamentalmente las familiares. Eso obliga, con respecto a la capacidad de los menores e incapacitados, a buscar un adecuado orden donde el Estado no sustituya los grupos sociales más cercanos y vitales para el desarrollo de la personalidad individual (principio de subsidiariedad), y a la vez, prever mecanismos que impidan un ataque a la libertad personal cuando las relaciones familiares no cumplen con la tarea que naturalmente se espera de ellas. En cualquier caso, lo que nunca sería deseable es un Estado que con su Derecho quiera imponer un modelo de hombre forzando la libertad individual en vez de garantizarla que es el punto más alto y digno de su misión.

La Filosofía ayuda a que el Derecho no sea autorrefencial, dicho de otro modo, ayuda a que el Derecho deje el servilismo a unos principios teóricos artificiales y huecos, para fijarse más bien en la ordenación justa de la realidad⁸⁸⁶ como ocurre por ejemplo en la regulación de la incapacitación. No aceptar la edad legal como presunción, porque de hacerlo se estarían vulnerando unos principios más ideológicos que jurídicos que están en la precomprensión del Derecho (fijeza, generalidad, abstracción, legalismo, positivismo, etc.), equivale a

⁸⁸⁶ Hablando en el contexto de la ciencia canónica que comenta el CIC de 1917 afirma Lombardía: «Las ideas sobre los fundamentos del Derecho elaboradas por la Filosofía y la Teología escolástica influyen demasiado poco en la doctrina, incluso en la de corte más tradicional, lo cual ha ocasionado en unos casos un empobrecimiento de las elaboraciones de carácter general y en otros unas construcciones teóricas influidas por el positivismo jurídico, tan brillantes como poco coherentes con el espíritu del ordenamiento de la Iglesia», LOMBARDÍA, Pedro, *La sistemática del Codex y su posible adaptación*, pp. 357-358.

concebirlo como un edificio del que sólo interesa que se mantenga en pie, aunque no pueda albergar la justicia en las relaciones humanas. El Derecho más científico es el que de modo viable mejor y más justamente ordena la sociedad. A mi juicio, una mayor claridad en el ser de la persona, de su voluntad y acción, ayudará a poner las bases de un Derecho técnicamente más preciso y por supuesto más justo.

Ahora bien, la Filosofía no ofrece una única comprensión del hombre ni de sus facultades. Existen varias visiones. A mi modo de ver la concepción del Derecho que cada uno tenga depende de su postura sobre el origen del hombre, o lo que es lo mismo, de lo que entendamos por naturaleza humana. Dicho de otro modo: dependerá de si admitimos algo inmutable en el hombre. El inicio del racionalismo jurídico encuentra aquí su punto de partida: el afán de hallar por medio de la razón las leyes inmutables, generales y universales de la naturaleza humana. Podría decirse que hasta existía un cierto desprecio de la condición histórica del hombre y de aquellas dimensiones humanas sujetas a cambio por factores diversos y en todo caso por el transcurso del tiempo. En esa naturaleza humana así entendida por los racionalistas se quería fundamentar el Derecho. Pero la pregunta de dónde se fundamenta la naturaleza humana es obligada y aquí la razón encuentra sus límites —si no los traspasa nace el racionalismo—. Aquí hay que tomar postura sobre la creación, y en caso positivo sobre qué concepto de creación⁸⁸⁷.

⁸⁸⁷ Desechada en buena parte de la filosofía la noción de la creación propia de una cultura cristiana, en pura lógica se pasa al deísmo inglés, luego al evolucionismo y después al nihilismo: si todo es evolución, esto que tengo delante de mí era nada antes de ser lo que es y será nada después de dejar de ser lo que es. Por ello, el ser deja de importar, y ya no se ve necesaria una reflexión profunda sobre la naturaleza humana. Esto empuja al Derecho a convertirse en Sociología: no tiene el Derecho ya que ordenar con justicia una conducta humana en tanto que no tiene el punto de referencia de la naturaleza humana, sino que sólo tiene que reflejar las conductas que existan y traducirlas en normas sin más pretensión de justicia ni más límite que un orden público ‘sostenible’.

En efecto, las reglas de experiencia lo son sobre conductas humanas, que emergen de una naturaleza humana. Estas reglas de experiencia, siendo cambiantes, siempre han de estar en sintonía con la naturaleza humana en sus fundamentos inmutables, dados, universales, permanentes. Aquí la función del Derecho se transforma en una búsqueda de la justicia, en el arte de ordenar las conductas humanas conforme a su ser. Porque una cosa es ordenar legalmente unos hechos que no nacen de la naturaleza humana, y otra es asentar las relaciones jurídicas sobre bases contrarias a la misma, legalizando de ese modo conductas injustas por negar su mismo ser.

Esto afecta a las presunciones y a su contenido en la medida en que las máximas de experiencia forman parte del sistema presuntivo. Si bien la presunción mira lógicamente a la experiencia, en mi opinión habría que distinguir la que nace adecuadamente de la naturaleza humana y la que no, porque de otro modo, se convertirá tarde o temprano en una norma injusta. La injusticia es consecuencia ineludible de la conducta impropia de la naturaleza humana.

2. Sociología

La Sociología es una parte de la Filosofía, concretamente la que estudia el carácter relacional de la persona humana. Existe una rama más estadística que siendo importante aquí no será abordada. Pero, ¿por qué estudiar aquí la Sociología como marco de interpretación realista del sistema de capacidad de obrar y de la edad legal?, ¿qué tiene que ver?

En este momento surgen dos cuestiones fundamentales: 1) si el hombre es esencia en el tiempo, o sólo historia y en este sentido puro cambio; 2) si el hombre es esencia en el tiempo⁸⁸⁸, qué cosas son y en

⁸⁸⁸ «El tiempo es un modo de ser sucesivo. Sólo tienen tiempo las realidades capaces de mutación sucesiva; no toda realidad, por serlo, es temporal (los historicistas incluyen erróneamente en la temporalidad estricta también al espíritu). El tiempo no es

qué medida afectan a la naturaleza humana. Es decir: ¿hay algo permanente o todo es cambiante?, ¿la historia es la única realidad, o hay algo que se desenvuelve en la historia conservando su identidad aunque adquiriendo formas y expresiones diversas?, ¿hay esencia y existencia, o pura existencia?, ¿el hombre del siglo XXI tiene algo en común con el hombre del Imperio romano, o el devenir es tan profundo que ha hecho que sean dos seres radicalmente distintos? Dicho de otro modo: ¿el espíritu está sometido al tiempo, es caduco, o sólo nos queda lo material?

A estas cuestiones está conectada la pregunta sobre la función social del Derecho: ¿al servicio de la naturaleza humana, o al servicio de la pura historia? O dicho de otro modo: ¿como justicia o como mera sociología? Sin naturaleza humana no hay Derecho, sino Sociología: reflejar en normas el comportamiento actual. Pero si se parte de algo esencial, la naturaleza humana, habría un contenido de Derecho natural que cualquier modificación del Derecho positivo debería de considerar para lograr lo justo; sobre las relaciones entre uno y otro son acertadas en mi opinión las aportaciones de Javier Hervada⁸⁸⁹.

Una observación de cómo son las cosas realmente nos lleva a dos afirmaciones. En primer lugar que existe un cambio en la acción humana, en el mismo desenvolverse histórico del ser del hombre, y por lo tanto en las relaciones humanas que se establezcan entre las distintas personas. Esto afectará necesariamente al Derecho reclamando cambios normativos tal y como han existido con respecto al tema de la capacidad

lo primario, sino que está determinado por el ser de las cosas. También el ser humano es temporal: pero lo es asumiendo –al menos desde cierta perspectiva– el tiempo, no consumiéndose totalmente en él. (...). La experiencia del tiempo es la de una duración, de una permanencia en el existir sucesivo y cambiante. Sin cambio o sucesión no hay tiempo. Sin permanencia de la cosa en su actualidad, tampoco», CRUZ CRUZ, Juan, *Filosofía de la historia*, Euns, 2ª ed. revisada, Pamplona, 2002, p. 174.

⁸⁸⁹ Cfr. HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, pp. 173-188.

de obrar por ejemplo⁸⁹⁰. Pero en segundo lugar, podemos observar que esas diferencias no son tan radicales que nos permitan hablar de realidades distintas: ciertamente, es el mismo hombre con su voluntad libre y su capacidad quien actúa no sólo a lo largo de la historia personal de un individuo sino a lo largo de la historia de la humanidad⁸⁹¹. Si bien las acciones humanas son cambiantes, también es cierto que en ellas se manifiestan otras realidades que son permanentes y que remiten a una esencia, a una naturaleza humana como principio de las acciones donde están comprometidas las capacidades volitivas e intelectivas de la persona. Y esto compromete la justicia reclamando una adecuación entre las conductas y la naturaleza humana, entre Derecho positivo y Derecho natural.

Además de por la voluntad-libertad de la persona, la capacidad natural y la acción humana pueden venir condicionadas por otros factores. Con respecto a nuestro tema, es posible un cambio del momento en que aparece la capacidad psico-física, pero con diferencias moderadas. Así, el clima, la temperatura, etc., puede hacer que la maduración corporal sea más o menos temprana, pero la diferencia no

⁸⁹⁰ «Por una parte, pues, las operaciones psicológicas superiores del hombre, las que se ejercen sin órgano corporal alguno (como entender, reflexionar y querer), pueden depender del tiempo físico no en virtud del principio espiritual (supratemporal) que las produce, sino por razón del término (objeto temporal) al que se refieren. El espíritu humano está por naturaleza sobre el tiempo físico. Y aquellas operaciones suyas que (como las de la voluntad y del intelecto) dependen extrínsecamente del cuerpo son temporales accidentalmente. Por lo que en sus operaciones espirituales el hombre consume tiempo físico», CRUZ CRUZ, Juan, *Filosofía de la historia*, p. 177.

⁸⁹¹ «La naturaleza es la esencia del hombre en cuanto principio de operación. La esencia es aquello en cuya virtud el hombre es precisamente hombre, por lo cual allí donde hay un hombre allí está la esencia humana. Lógicamente la esencia no puede estar sujeta al cambio histórico, por una evidente razón: si la esencia –la naturaleza– tuviese una dimensión histórica de cambio, cambiaría el hombre en cuanto hombre; el sujeto del cambio histórico sería la humanidad, aquello por lo que el hombre es hombre, lo que comportaría que, cambiada la esencia, ya no habría hombre sino un ser distinto. Poco distinto o muy distinto, pero –por poco o por mucho– un ser distinto», HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, p. 99.

será desorbitada entre ambas, por lo que el clima no hará que la pubertad real se retrase 20 años. Puede ser que la alimentación y las condiciones de salubridad favorezcan un mayor crecimiento del cuerpo, pero eso no hará que una persona crezca hasta los cuatro metros de altura. Una mejor tierra hará que una misma especie de trigo pueda crecer más, pero no dará espigas con diferencias de 2 metros. Es decir, las operaciones de la voluntad y del entendimiento, si bien están afectadas por el tiempo, están radicadas en el ser, y por lo tanto no tienen un devenir puro. Los factores externos normales —no patológicos— pueden modular la capacidad y la acción humanas, pero no llevarán a diferencias tan radicales ni entre los hombres de distintos lugares, ni entre los de distintas épocas.

Entre los factores que más pueden influir en la persona y su capacidad en el tiempo —y por lo tanto en la configuración legal de la capacidad de obrar— están los factores sociales⁸⁹², que claramente afectan a la capacidad y al ejercicio de los derechos y deberes de los que alguien es titular⁸⁹³. Ya apuntaban algunos civilistas una cierta

⁸⁹² «Molti di essi [doctrina y legislación medieval] non erano convinti della opportunità di rendere rigide certe presunzioni di capacità o di incapacità ad agire per il verificarsi soltanto di un fatto cronologico, anche se ancorato a elementi fisiologici, in quanto, più che altro, secondo autorevoli scrittori, era il costume (*mos*) a rendere giovane o vecchio, il che val quanto dire esperto o inesperto. Parecchi *patres*, infatti, autorevolmente sostennero tale convincimento (San Pedro Crisólogo y San Jerónimo). In parole moderne si potrebbe dire che lo sviluppo morale (quindi la completa capacità di intendere e di volere) dell'uomo è in rapporto alla società in cui vive, al grado di civiltà che essa ha raggiunto, alla istruzione che essa imparte. Come ognuno vede, si entra nel campo dell'opinabile e del relativo», GUALAZZINI, Ugo, *Età*, p. 83.

⁸⁹³ «La historia no afecta a la titularidad de los derechos naturales, porque el título inhiere en la naturaleza humana; pero puede afectar a la modalidad y a la eficacia de estos derechos. Afectará a la modalidad del derecho si se refiere a bienes naturalmente influenciados por la historicidad. Por ejemplo, el derecho a casarse se refiere a un bien naturalmente influido en cuanto al modo por la historicidad; tiene un modo de ser en la niñez y un modo distinto de manifestarse después de la pubertad. Para el niño, el derecho a casarse se vierte en ciertos aspectos del derecho a la integridad corporal, a la educación, etc., pero no en el derecho a contraer matrimonio; llegada la edad núbil el derecho a casarse comporta el derecho a elegir cónyuge, el derecho a contrer

experiencia en la sociedad para la adquisición gradual y modulación de la capacidad natural⁸⁹⁴. La duda se encuentra en el alcance de esta influencia y en cuál ha de ser la posición del Derecho con respecto a ella.

Es cierto que una variación en las circunstancias sociales puede alterar el momento de maduración de las operaciones intelectivas y volitivas del hombre, pero no demasiado. Esos cambios justifican las reformas legislativas sobre la capacidad natural⁸⁹⁵ –porque las potencias de la voluntad y el entendimiento están afectadas en parte por la sociedad del momento–⁸⁹⁶; pero esas reformas no serán muy distintas entre sí porque los cambios tampoco lo son, y porque el hombre y su capacidad no son un puro devenir –el hombre y sus capacidades en buena parte son permanentes–. Por eso, la influencia social es limitada en las operaciones intelectivas y volitivas sobre las que se basa el

matrimonio y –una vez contraído éste– el conjunto de derechos que son inherentes a la formación de la familia. Lo mismo podemos decir del derecho al trabajo; en la primera edad es derecho al aprendizaje, después es derecho a un trabajo, en la vejez es derecho a la jubilación pagada», HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, pp. 100-101.

⁸⁹⁴ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 1414

⁸⁹⁵ Resolución de la DGRN de 14 de mayo de 2010: «Es cierto que dicha interpretación habrá de atender a la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada (cfr. artículo 3.1 del Código Civil) y sin que pueda olvidarse que el Derecho civil común ha evolucionado en favor de una mayor autonomía del menor de edad (alineándose así con una tendencia consolidada en los ordenamientos civiles forales, cuyos primeros exponentes fueron los de Aragón y Navarra y, posteriormente, el de Cataluña)».

⁸⁹⁶ «No creo que pueda decirse, con seguridad, cuál es la edad concreta en que debería fijarse la mayoría: la Historia, o incluso un examen de las diferentes condiciones en que actualmente viven (y maduran) los niños convencen de que es algo contingente, que depende en gran parte de las circunstancias sociales, económicas, culturales, etc., en un momento y lugar determinado», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 1422.

ejercicio de los derechos y deberes que a una persona pertenecen⁸⁹⁷, y respecto a los cuales mantiene la libertad necesaria para el desarrollo de su personalidad.

Otra cuestión es qué tipo de influencias sociales son las que debe asumir el Derecho para lograr una regulación justa. En mi opinión, sólo aquella influencia social que procure el progreso de la naturaleza humana debe ser positivizada con carácter general. El Derecho no se reduce a ser un compendio preciso de las conductas humanas y sociales de una época determinada. El Derecho no es Sociología aunque tenga que ver con ella. El Derecho tiene otro cometido: busca la justicia en las relaciones humanas, y para ello, respeta, desarrolla y potencia la naturaleza humana en cualquiera de las previsiones legales⁸⁹⁸. El Derecho no facilita lo injusto, es decir, no legaliza lo que es inadecuado al ser del hombre, aunque deban existir previsiones normativas justas

⁸⁹⁷ «La frequenza con la quale s'insiste, nelle ultime costruzioni, sulla posizione sociale della persona e sulla concretezza degli atti ovvero dei rapporti cui i soggetti danno vita, è testimonianza di un processo di revisione da tempo in atto nella materia. Infatti, già l'uso di formule quali incapacità relativa, inabilità giuridica occasionale ed incapacità speciale denota il lento evolvere verso concezioni protese ad una maggiore valorizzazione del dato sociale e del singolo comportamento: la condizione da adempiere consiste nel saper rinvenire idonei strumenti di mediazione, che non siano, tra l'altro, in conflitto coi vigenti parametri legislativi. A ben riflettere però, il prevalere della contrapposizione astrattezza-concretezza, che poi si articola, secondo i vari indirizzi, nelle dicotomie: generale-speciale ed assoluta-relativa, se è palese sintomo di una crescente insoddisfazione, non riesce ad incanalarsi decisamente nella direzione del totale rifiuto delle tecniche generalizzanti», STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 222.

⁸⁹⁸ «El acto de dar una norma importa una elección. Esta elección está desde luego condicionada por una serie de factores, de los cuales los principales son el Derecho divino y la naturaleza de las cosas. No puede ser pues, una decisión voluntarista, como pretende la doctrina del voluntarismo jurídico. Por el contrario, implica, junto a una voluntad de justicia, el conocimiento de la realidad y de los factores condicionantes. ¿Por qué el conocimiento de la realidad? Porque los fines a los que se tiende y los principios que deben ser aplicados hacen referencia inmediata a la situación real. Es ésta la que ha de ser social y justamente ordenada, y en consecuencia debe serlo según su propia naturaleza y situación histórica», HERVADA, Javier, *Introducción al derecho canónico*, p. 84.

sobre lo que objetivamente es injusto. Un ejemplo de esto último es el Derecho penal, sin que lo criminal agote lo patológico en el campo de la actividad humana.

Más en concreto es preciso un correcto uso de las fuentes de producción de los hechos que sirven de base para establecer la presunción legal de capacidad, evitando caer en la estadística como criterio no jurídico que determine la legislación sobre la edad. Sobre la relación entre Derecho y Sociología, Navarro-Valls precisa lo siguiente: «La Sociología, en la medida que clasifica hechos, mide grados de urgencia, y determina leyes tendenciales del comportamiento humano, supone tan sólo uno de los niveles de atención del jurista, que deberá enjuiciar los datos sociales desde la perspectiva más amplia de quien sabe que el Derecho no es un simple precipitado de la realidad humana, sino también y antes una realidad en sí que se comporta formalmente frente a los hechos, intentando encauzarlos y, a veces, dando una respuesta negativa a lo que el análisis meramente social y estadístico pretendidamente plantea como razonable afirmativa jurídica. Esto no significa que no comparta las preocupaciones metodológicas que postulan una mayor interrelación entre Derecho y Sociología»⁸⁹⁹.

Ciertamente, la capacidad emerge en contacto con el contexto social⁹⁰⁰, y se basa no únicamente en lo natural *dado*, sino en lo natural

⁸⁹⁹ NAVARRO-VALLS, Rafael, *Matrimonio y derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p.39.

⁹⁰⁰ Para Martínez de Aguirre, la capacidad natural comprende «las facultades intelectivas y volitivas» a las que «hay que añadir un ulterior componente de esa capacidad natural de autogobierno, consistente en un aprendizaje de carácter general, cuyo objeto es precisamente el autogobierno. Efectivamente, una vez que la inteligencia y la voluntad han llegado a un grado suficiente de madurez psicobiológica, le falta todavía al menor para poder desenvolverse por sí solo la *experiencia* necesaria para hacerlo», MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, p. 1414. El mismo autor critica la postura de Bercovitz, que añade a la capacidad natural una especie de *madurez social* o *aprendizaje social*, debido a los muchos problemas prácticos, cfr. *Ibidem*, p. 1414. Un texto de Bercovitz al respecto es el siguiente: «La

adquirido que es el desarrollo de lo natural *dado*⁹⁰¹. Lo cierto es que no existe una naturaleza estancada, parada, inmovilizada, pasiva. La naturaleza humana se desenvuelve en la historia, en el tiempo, y crece: es la «vida añadida»⁹⁰² o el «yo y la circunstancia»⁹⁰³ a quien corresponde ejercitar los derechos y deberes civiles y eclesiásticos.

Pero en los factores que condicionan la capacidad natural, no es lo mismo lo que opera desde fuera, restando y quitando la capacidad normal –como las enfermedades–⁹⁰⁴, que aquellos factores que modifican desde dentro el surgir del autogobierno; aquellos siguen siendo vistos por el Derecho como elementos exógenos, lo que es distinto de los factores sociales que se incorporan a la capacidad natural

mayor edad determina que una persona ha alcanzado en principio la madurez suficiente para que su actuación social sea considerada como totalmente eficaz y responsable. Con ella se pasa a ser ciudadano adulto o ‘de pleno derecho’. Lo que quiere decir que la situación del menor de edad corresponde, por contraposición, a la de un individuo en ‘proceso de maduración’, esto es, de aprendizaje social», BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, *Derecho de la persona*, p. 12.

⁹⁰¹ «Es preciso tener en cuenta que el hombre es naturaleza e historia, o visto desde otro punto de vista, que el hombre tiene, junto a lo naturalmente dado, inventiva y autonomía para moldear su destino», HERVADA, Javier, *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, Eunsa, Pamplona, 2000, p. 647.

⁹⁰² SELLÉS, Juan Fernando, *Antropología para incorformes*, Ed. Rialp, Madrid, 2006, p. 31. Esta expresión está inspirada en la Filosofía de Leonardo Polo.

⁹⁰³ ORTEGA Y GASSET, José, *Unas lecciones de Metafísica. Lección V*, Revista de Occidente-Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 78. La frase completa es ésta: «Yo y mi circunstancia formamos parte de mi vida».

⁹⁰⁴ «‘Incapacità di intendere e di volere’: formula per sè insufficiente, se la capacità di intendere e di volere si dovesse riferire unicamente all’oggetto materiale immediato dei proprii atti o delle proprie intenzioni, dando ad essa un significato puramente psicologico, in quanto, di tale elementare capacità sono suscettibili anche le persone immature e alienate di mente, pur nelle quali è sempre possibile la distinzione tra atti coscienti e fatti incoscienti, tra atti, come tali, voluti, e fatti non voluti, tra atti commessi con una certa intenzione ed atti commessi senza oppure con diversa intenzione, consistendo la incapacità di queste persone nella assenza del potere di valutazione etico-giuridica della loro condotta e nella assenza del potere inibitorio degli impulsi al materiale agire, oppure e specialmente nella aberrazione dei motivi determinanti rispetto alla comune logica e al comune modo di operare», ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, p. 89.

dándole un nuevo modo de ser y manifestarse, entrando por tanto bajo la presunción legal de capacidad. Pero, ¿cuándo los factores sociales importan para la edad legal por comprometer verdaderamente la mínima capacidad?

Dada la influencia que los factores sociales tienen en la capacidad natural, nos preguntamos ahora si debe ser recibido por la edad legal cualquier factor social con independencia del sentido de su influencia⁹⁰⁵. Dicho de otro modo: ¿todo factor social es objeto de la experiencia que la presunción tiene en cuenta?, ¿no habría que diferenciar en las circunstancias sociales, aquellas que se oponen a la naturaleza humana, y las que tratan de fortalecerla y orientarla? En este punto, la postura que se adopte dependerá de las respuestas que se den a las cuestiones planteadas a lo largo de estos apartados⁹⁰⁶. A mi modo de ver se deben

⁹⁰⁵ Hay en la CDPD un punto importante que nos ayuda a situar lo principal de lo secundario, y cuál ha de ser el principio hegemónico en la regulación. Este principio recogido en el art. 1.2, pone de manifiesto que la sociedad puede poner obstáculos al ejercicio de las personas con discapacidad. Estos obstáculos pueden ser de muy diversos tipos, pero en todo caso, han de ser removidos toda vez que lo prioritario es el ejercicio de los derechos. Por lo tanto, nunca será parte del contenido de un derecho las limitaciones que la sociedad introduce, sino que dichas limitaciones han de ser mitigadas en atención a la dignidad de toda persona y su libertad. En este sentido: «La lectura de esta norma [art. 1.2 CDPD] pone de manifiesto que la especial situación de las personas con discapacidad no deriva tanto de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que puedan afectarles, sino de los obstáculos que la propia sociedad ha establecido, al no contemplar la específica situación que puede afligir a quienes forman parte de ella en igualdad de condiciones que los demás. Parece, por tanto, que se cambia la perspectiva desde la que ha de abordarse el tratamiento de la discapacidad, al considerar que son precisamente estas barreras sociales y no las deficiencias que pueden afectar a este colectivo social, las que impiden la participación plena y efectiva de los discapacitados en la sociedad», PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar*, p. 343.

⁹⁰⁶ «Una recente tendenza esorta ad abbandonare la concezione attenta essenzialmente alla maturazione per così dire individualistica della persona ed a sostituirla con una visione dell'uomo più aderente allo stadio attuale della civiltà. Pertanto, in accordo con le moderne vedute della psicologia, della sociologia e sulla scorta dell'esame delle azioni e reazioni del singolo soggetto nei confronti dei suoi simili, si suggerisce di

distinguir las distintas influencias sociales, porque el Derecho es el arte de lo justo en las relaciones humanas⁹⁰⁷, no el arte de lo habitual.

La presunción legal de capacidad implica una ley humana. La elección del legislador debería tener los siguientes criterios siguiendo a Hervada, que aunque dichos para el ámbito canónico tienen aplicación en toda ciencia jurídica. Hervada lo explica así: «dentro del Derecho divino, y junto a un núcleo de normas inmutables que regulan de modo completo una relación social, existen otros dos tipos de normas: a) aquellas que señalan una relación jurídica genérica, que se concreta por una disposición positiva; b) aquellas que pertenecen a la historicidad del hombre, al ámbito de lo mudable de la naturaleza humana y al constante surgir de nuevas situaciones, a su transformación o a su desaparición. También en estas nuevas situaciones hay un núcleo de orden natural, de ese orden ínsito en la naturaleza de las cosas, que el legislador humano ha de tener en cuenta si sus leyes deben ser justas. (...) Esto es especialmente válido para el segundo caso en el que más que un orden siquiera incompleto, lo que hay es un principio de orden»⁹⁰⁸. Por tanto, el legislador, al establecer la edad legal, ha de considerar todos los

adottare la nozione della ‘soziale Reife’. Maturità sociale che esprime sia il grado di comprensione e di partecipazione ai fermenti della società sia, ed al contempo, il condizionamento (fornito di maggiore o minore penetrazione, ma sempre d’inquietante efficacia) derivante dall’affinarsi delle tecniche di persuasione nonché dalla complessa articolazione dei rapporti interindividuali. Dal temperamento di tali elementi si ricava la figura di uomo capace di concludere contratti, di assumere obbligazioni, di rispondere dei reati commessi, di portare il proprio contributo alla vita politica del paese: in una parola, della persona socialmente matura», STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, pp. 275-276.

⁹⁰⁷ «El legislador humano tiene la misión de gobernar y regular la vida social y, por consiguiente, reconocer o no las nuevas situaciones sociales de acuerdo siempre a la justicia», HERVADA, Javier, *El ordenamiento canónico*, p. 102.

⁹⁰⁸ *Ibidem*, p. 102.

factores sociales⁹⁰⁹ que inciden en la capacidad natural, y a la vez las exigencias de orden y justicia que surgen de la naturaleza humana⁹¹⁰.

3. Psicología evolutiva

Es un término que se refiere por un lado a una rama de la Filosofía, y por otro a una ciencia más experimental. La parte filosófica no deja de ser un aspecto de la Antropología, mientras que la parte más fenoménica puede concretar y confirmar qué se entiende por capacidad de entender o querer, gobierno de sí mismo o capacidad natural a una determinada edad con carácter general. En concreto, la Psicología evolutiva o del desarrollo⁹¹¹ puede arrojar luz al respecto y así conocer mejor qué parte de la realidad es la presumida por la edad legal⁹¹².

⁹⁰⁹ «Pero toda la realidad social, aunque presente una gama de posibilidades de ordenación en el cual se funda la opción legislativa, tiene un núcleo fundamental de orden incoado; presenta un núcleo de normatividad, porque toda la realidad tiene naturalmente un sentido y una dirección», IDEM, *Introducción al derecho canónico*, p. 120.

⁹¹⁰ «La estructura jurídica existe en función de la realidad social. Su razón de ser y existencia se funda en estas dos coordenadas: una realidad social que ha de ser regulada; y las exigencias de orden y justicia a las que la ley pretende servir», *Ibidem*, p. 120.

⁹¹¹ Para una breve historia al respecto, se puede acudir a la obra de REMPLEIN, Heinz, *Tratado de Psicología evolutiva. El niño, el joven y el adolescente*, Ed. Labor, 6ª ed., Barcelona, 1980, p. 30 y ss.

⁹¹² Aquí veremos la determinación positiva de la capacidad. No me refiero aquí a la Psicopatología, ciencia que entra en contacto con el Derecho de modo evidente en los procesos de incapacitación, así como en otros supuestos en que se examina la incapacidad natural de una persona. Para estos aspectos puede verse BERNAD PÉREZ, Luisa, *Criterios de valoración médico-legal de la capacidad para la realización de actos con eficacia jurídica*, pp. 97-126.

Esta autora atribuye a Piaget el haber planteado la capacidad cognitiva del niño y del joven en sentido positivo y no como una mera carencia en comparación con el adulto: «Las imágenes de la infancia y la adolescencia fundadas en un retrato de sus carencias, ciertamente han encontrado cobijo y han sido abonadas por la psicología evolutiva al enfrentar las capacidades infantiles con las adultas. Las teorías de estadios fijan un momento culmen de expresión de la competencia, un estadio inicial de ausencia de la misma y varios pasos intermedios. (...). Piaget es el primer autor relevante en

La Psicología evolutiva resalta que el origen de la maduración de la personalidad se encuentra en un proceso cognitivo en el que intervienen, no sólo la fría razón aislada del resto de las dimensiones humanas, sino también el sentimiento y la voluntad, imbricados estos elementos en dicho proceso y aportando cada uno de ellos su peculiar carácter en el crecimiento y formación de la capacidad natural. La propia biografía se va formando con los procesos cognitivos históricos, y van generando un modo de ser a la conciencia del individuo y consecuentemente un modo de percibir la realidad. Estas estructuras que se van creando no quedan petrificadas, sino que se van adaptando con las nuevas vivencias en la familia, en la sociedad y en la cultura circundantes⁹¹³; de este modo las estructuras cognitivas de la persona se van madurando hasta la edad de la adolescencia o primera juventud especialmente, pero también durante la edad adulta.

Junto a lo anterior, Carretero subraya un aspecto influyente en la formación de los procesos cognitivos y por tanto en la capacidad natural de la persona: «La familiaridad que el sujeto tenga con la tarea también resulta ser una variable de gran importancia que puede facilitar su resolución»⁹¹⁴. Esto es importante, por ejemplo, en el ámbito de la valoración de la capacidad natural matrimonial.

Si bien en cada persona podría dibujarse una peculiaridad en cuanto a su personalidad y su desarrollo, la psicología evolutiva no deja de detectar un cuadro genérico de la capacidad natural organizado por edades, cuya utilidad en el ámbito jurídico es evidente a la hora del

psicología evolutiva que supera una descripción de la mente en la que la ‘inteligencia’ es patrimonio de los adultos y, por tanto, las otras edades carecen de ella», MORENO, Amparo, *Comentarios desde la Psicología evolutiva en Etnografías de la infancia y de la adolescencia*, Ed. Catarata, Madrid, 2011, pp. 273-274.

⁹¹³ Cfr. CARRETERO, Mario, *Psicología evolutiva. 3. Adolescencia, madurez y senectud*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pp. 91-92; cfr. GEMELLI, Agostino, *Psicología de la Edad evolutiva*, Editorial Razón y Fe, 5ª ed., Madrid, 1969, p. 324.

⁹¹⁴ CARRETERO, Mario, *Psicología evolutiva. 3. Adolescencia, madurez y senectud*, pp. 91-92.

razonamiento presuntivo del legislador, es decir, en el momento de establecer una edad legal⁹¹⁵.

Según Piaget, entre los 10 y 15 años se consolidaría el pensamiento formal⁹¹⁶, que es la última etapa en el desarrollo de la inteligencia⁹¹⁷. Aunque las investigaciones de los años setenta en adelante mostraron que las operaciones formales se podían llevar a cabo entre los 15 y 20 años, y sólo en algo más de la mitad de los casos, porque los restantes lo hacían más tarde; de hecho el mismo Piaget corrigió su teoría y aceptó los nuevos resultados⁹¹⁸.

Concluye Mateos García refiriéndose a la edad de 12 a 16 años: «con esta etapa habría culminado el desarrollo de la inteligencia humana y podríamos hablar de una cierta madurez mental del individuo, que tendrá que completarse, posteriormente, con la adquisición de

⁹¹⁵ Cfr. MATEOS GARCÍA, Ángeles, *Aproximación antropológica a la estructura de la capacidad jurídica en Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 79.

⁹¹⁶ «Mediante el pensamiento formal el sujeto adquiere un razonamiento sobre lo posible, formula y comprueba sistemáticamente hipótesis, aplicando el esquema de control de variables, y sus argumentaciones poseen un carácter proposicional, llegando a utilizar lo que se suele denominar operaciones de segundo orden», CARRETERO, Mario, *Psicología evolutiva. 3. Adolescencia, madurez y senectud*, p. 90. A ello habría que añadir las habilidades en la aplicación del ese pensamiento, *Ibidem*, p. 91.

Flavell pone en duda la universalidad del pensamiento formal planteado por Piaget, apuntando que quizá se refiera más a las personas de países industrializados, cfr. FLAVELL, John H., *El desarrollo evolutivo*, Ed. Visor Libros, Madrid, 1984, pp. 134-135.

⁹¹⁷ «Las operaciones formales dan nombre al estadio más avanzado de desarrollo intelectual según la teoría de Piaget. En él se consigue adquirir habilidades intelectuales de gran importancia que permiten el llamado pensamiento abstracto y la resolución de problemas complejos. Según la obra de Inhelder y Piaget (1955), al principio de la adolescencia (11-12 años) se comenzaría a adquirir este tipo de pensamiento que se consolidaría hacia los 14-15 años aproximadamente», CARRETERO, Mario, *Psicología evolutiva. 3. Adolescencia, madurez y senectud*, p. 90.

⁹¹⁸ cfr. *Ibidem*, p. 91.

contenidos o con el desarrollo de la inteligencia cuantitativamente hablando, pues estructuralmente ya se habría desarrollado»⁹¹⁹.

Kohlberg será quien continúe los trabajos de Piaget, completándolos al intentar definir con más precisión cómo es el juicio o conocimiento moral del niño, dimensión que vendría a exponer con mayor precisión la categoría jurídica de la capacidad natural o capacidad de entender y querer: «Las dimensiones cognitivas del juicio moral definen el desarrollo evolutivo moral, y una vez entendido el desarrollo del juicio moral, aparecen más comprensibles y predecibles el desarrollo de la acción y el afecto moral. Se trata de conocer el desarrollo moral a partir de, o midiendo el alcance de los juicios morales»⁹²⁰.

Más en concreto, y respecto al tramo que nos interesa (de 9 a 18 años en la clasificación del autor), Kohlberg señala las siguientes etapas: 1) la etapa de las expectativas, relaciones y conformidad interpersonales mutuas, donde lo justo viene a ser lo que los demás esperan de uno; 2) la etapa del sistema social y del mantenimiento de la conciencia, donde lo justo es ser coherente con los deberes aceptados, y mantener las obligaciones que se han adquirido; 3) la etapa del orden postconvencional y de principios, donde lo justo es actuar conforme a los principios con los que nos identificamos, más allá de que otros lo piensen, o de que sea lo establecido por la sociedad; 4) la etapa de los

⁹¹⁹ MATEOS GARCÍA, Ángeles, *Aproximación antropológica a la estructura de la capacidad jurídica*, p. 81.

⁹²⁰ *Ibidem*, p. 83.

«La adolescencia es el período de adquisición y consolidación de una identidad personal y social, entre otras cosas consistente en una conciencia moral autónoma, de reciprocidad, en la adopción de ciertos valores significativos y en la elaboración de un concepto de sí mismo al que acompaña una autoestima básica. La adolescencia es también una edad de adquisición de independencia, de desprendimiento respecto a la familia paterna, y de establecimiento de nuevos lazos de grupo, de amistad y de relación sexual», CARRETERO, Mario, *Psicología evolutiva. 3. Adolescencia, madurez y senectud*, p. 138.

principios éticos universales, donde lo justo y el motor de actuación es un bien universal⁹²¹.

Las aportaciones de la Psicología en este punto vienen a especificar temporalmente con sentido práctico el contenido de la realidad que venía descrita por la Filosofía: la voluntad, la libertad, la inteligencia, etc. En la medida en que describen el proceso histórico de la capacidad de entender y querer, nos proporciona detalles del contenido de la edad natural que vendrá a ser el hecho base de la presunción de capacidad que establezca el legislador, con la posibilidad añadida de fijar esa capacidad natural genéricamente presumida como punto de referencia en el eventual examen posterior de la capacidad de un sujeto concreto para un caso determinado o para todos los actos en general.

La ventaja que proporciona la ciencia de la Psicología evolutiva es el estudio de la capacidad natural desde una perspectiva positiva. Carretero pone de manifiesto los errores de Hall y de Freud en el análisis de la adolescencia por tener como objeto de experiencia casos psicopatológicos: «Ambas teorías, sobre todo la freudiana, estaban basadas en la experiencia clínica y en situaciones relacionadas con la psicopatología. La investigación empírica que se empieza a desarrollar a finales de los años cincuenta muestra que, si bien en la adolescencia se producen ciertas crisis y trastornos, el porcentaje no parece sensiblemente mayor que en etapas anteriores o posteriores. Por tanto, la concepción de la adolescencia como período de *storm* y *stress* comienza a decaer»⁹²².

⁹²¹ Cfr. MATEOS GARCÍA, Ángeles, *Aproximación antropológica a la estructura de la capacidad jurídica*, pp. 85-86; cfr. FLAVELL, John H., *El desarrollo evolutivo*, p. 166.

⁹²² CARRETERO, Mario, *Psicología evolutiva. 3. Adolescencia, madurez y senectud*, p. 35.

C. ANTE UNA HIPOTÉTICA REFORMA DE LA EDAD LEGAL

Ante la capacidad natural la última palabra la tiene la realidad, que tarde o temprano acaba emergiendo y provocando un cambio en el Derecho si está desajustado. Pero es el Derecho el que determinará qué orden estará efectivamente vigente a la vista de la realidad comprendida con las aportaciones de las demás ciencias humanas. En este sentido el Derecho es la ciencia más práctica de todas y establecerá la decisión que regirá la vida personal y social. Pero, ¿cómo se debería situar el Derecho con respecto a las aportaciones de las otras ciencias? Desde luego no sustituyéndolas: el Derecho tiene una función específica, importante, pero no forma parte de ella ni la comprensión de la realidad en su ser más profundo —mucho menos le corresponde crear una especie de realidad jurídica virtual al margen de la filosófica como ha hecho el positivismo jurídico—, ni ofrecer conclusiones sobre el funcionamiento de la psicología humana, ni tampoco le compete al Derecho ser una ciencia esclava de la Sociología que se limita a promulgar sus conclusiones. Al Derecho como ciencia le corresponde de modo específico y exclusivo la ordenación justa de las relaciones entre los individuos y sus circunstancias.

Pero, ¿cómo se relaciona el contenido jurídico de la edad legal y los contenidos de las demás ciencias sobre la capacidad natural? El Derecho no tiene la función de sustituir a las otras ciencias —la Filosofía, la Sociología, la Psicología— sino la de ordenar justamente los datos recibidos de ellas. El dato filosófico (y teológico en el Ordenamiento canónico) es un punto de partida indiscutido para el Derecho, como lo es para toda ciencia, correspondiéndole su ordenación jurídica mediante las técnicas adecuadas. Lo mismo ocurre respecto al dato psicológico (evolutivo) y sociológico que proporcionan una información valiosa del desenvolvimiento temporal de la inteligencia y la voluntad en el ámbito personal y social. Pero así como el dato filosófico no cambia —el ser es lo que es, otra cosa es que pueda ser mejor comprendido—, no ocurre lo

mismo con la Psicología y la Sociología, cuyas aportaciones en parte están sometidas a las variaciones propias de la interrelación que cada persona tiene con el mundo y los demás. En este sentido, es adecuado distinguir por un lado entre lo que es un desarrollo normal tanto del hombre, su libertad, voluntad y entendimiento, como de la sociedad; y por otro lado lo que pudieran ser unas patologías ya sea en el individuo (psicológicas) ya sea en la sociedad (sociológicas). Serán patologías cuando los datos suministrados por ambas ciencias sean contrarios al dato filosófico (o teológico en el Derecho canónico) e incluso al dato psicológico y sociológico en su parte más filosófica, positiva y menos experimental.

Por lo tanto, una eventual propuesta para modificar la edad legal queda justificada por la distinta manifestación de las capacidades volitivas y intelectivas a lo largo del tiempo, pero bien entendido, que esas diversas manifestaciones lo son de una naturaleza humana que mantiene su esencia a lo largo del devenir histórico. Existen por lo tanto variaciones en la capacidad natural personal debido a factores que inhieren en ella adelantando o retrasando su desarrollo. Dichas variaciones serán normalmente una evolución de las operaciones llevadas a cabo por la inteligencia y la voluntad y sus circunstancias cuyo principio se encuentra en la naturaleza humana continuándola en la historia.

Pero puede ocurrir, al contrario, que esas acciones humanas no supongan un desarrollo o continuación de la naturaleza humana por ser inadecuadas a la esencia humana. Esas acciones, en la medida en que no reflejan la común naturaleza humana –dicho de otro modo, en la medida que es un obrar que no sigue al ser–, no podrán en ningún caso contribuir a la edificación de una justicia en el orden social, por lo que la postura del Derecho no es la de “legalizarlas” en el sentido de “normalizarlas”, sino que deberían recibir un tratamiento jurídico diverso que vendría a constituir una especie de marco legal específico, el

propio de las patologías por decirlo así. Del mismo modo, los factores del tipo que sea que estén entre las causas de esas acciones humanas inadecuadas deberán igualmente ser consideradas en el citado marco de las patologías.

El Derecho no puede desoir las patologías, incluso debe regularlas, no para normalizarlas de modo que se dé una readaptación de conjunto en la ordenación justa de la sociedad mediante la “legalización” de las mismas para que así dejen de ser tales, sino para ordenar esas circunstancias adecuadamente teniendo en cuenta la justicia del caso concreto que exige un trato desigual antes situaciones desiguales y, en todo caso, para garantizar la verdad que es común a todo hombre en su ser y dignidad –el Derecho pierde su calidad técnica cuando intenta redefinir la realidad–. El ejemplo más claro en el ámbito civil de la regulación de una situación que difiere de la normalidad para lograr la justicia en el caso concreto sería la incapacitación judicial ante enfermedades o situaciones que impiden a la persona gobernarse por sí misma. En este ámbito se enmarca también el importante trabajo de investigación que el Departamento de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza está llevando a cabo en materia de discapacidad, que sin duda ofrecerá a la ciencia jurídica conclusiones que ayuden a tratar con más justicia situaciones específicas⁹²³.

⁹²³ Proyecto de investigación (SEJ2007-67022JURI, Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz): *Ante la futura Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad: respuesta de nuestro sistema jurídico-sanitario*.

Proyecto de investigación (MINECO DER2013-41566-R, Sofía de Salas Murillo y María Victoria Mayor del Hoyo): *Entre la guarda y el apoyo en el ejercicio de la capacidad: la reforma del sistema legal de atención a personas con discapacidad y a menores*.

Publicaciones: DE SALAS MURILLO, Sofía (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010; IDEM, *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

Lo justo en estos casos –los que se encuentran dentro de las patologías– no es un trato igual, una normalización de esas situaciones, sino una protección y unos medios jurídicos que respeten a la persona enferma y su patrimonio, y edificar así un orden social justo por permitir que las relaciones humanas donde intervenga una persona con alguna patología se establezcan sobre cauces jurídicos que promuevan la verdad personal, la de cada individuo, y la verdad de la común naturaleza humana.

En segundo lugar, al Derecho corresponde, y me refiero ahora sobre todo a las patologías sociológicas, emprender una labor correctora de tal modo que la sociedad pueda reconducirse más fácilmente de conformidad con la verdad del ser del hombre; aquí el caso más claro en el conjunto de la ciencia jurídica sería el Derecho penal y penitenciario.

Además, la doctrina realiza una tarea de investigación, entre cuyas aportaciones más sobresalientes se encuentran las Jornadas *Ius Familiae* que se llevan a cabo anualmente en la Universidad de Zaragoza bajo la dirección del prof. Ferrer Ortiz, por medio de las cuales se pretende iluminar y difundir el Derecho de la persona y de la familia en conformidad con la dignidad que emerge de la naturaleza humana de cada individuo desde un enfoque multidisciplinar⁹²⁴.

La cuestión de la modificación de la edad legal implica, desde el punto de vista de la presunción jurídica, la variación del hecho presunto que debe llevar consigo la reforma del hecho base previsto en el razonamiento presuntivo del legislador; dicho de otro modo, una modificación en la mínima capacidad natural para el ejercicio de los derechos civiles y eclesiásticos lleva consigo una modificación de la

⁹²⁴ Grupo de Investigación *Ius Familiae*. Entre las XVI Jornadas celebradas se encuentran los siguientes títulos de más reciente a menos: *Matrimonio, Familia y Persona* (XVI), *Las reformas de 2015 en Derecho de Familia* (XV), *Jurisprudencia y Familia* (XIV), *Edades legales y capacidades especiales* (XIII), *El interés jurídico del menor: de la teoría a la práctica* (VIII).

edad legal, siguiendo la maxima de experiencia sobre la que se apoya la presunción *–id quod plerumque accedit–*. Pero en mi opinión, no cualquier experiencia, sino sólo aquella que se basa en acciones humanas que supongan una auténtica continuación de la naturaleza humana y en consecuencia provoquen el libre desarrollo de la personalidad, desarrollo que no es tal si la verdad del hombre no comparece. El Derecho no es Sociología sino el arte de lo justo en las relaciones humanas, y el punto de partida serán una serie de principios sobre la naturaleza humana que la Filosofía desvela y con los que hace intuir al Derecho los criterios del orden social justo que configuran el «orden público» de un Ordenamiento jurídico. Toda experiencia que quede al margen sería una patología, respecto a la cual el Derecho arbitrará otros mecanismos necesarios para lograr la mayor justicia del caso concreto.

Así pues, ante un cambio en la capacidad natural (hecho presunto), el Derecho reacciona cambiando la ley, es decir la edad legal (hecho base), con idea de ajustar la regulación a la realidad. Desde la codificación se ha verificado este proceso paulatinamente, y la mayoría de edad se ha ido rebajando en las distintas reformas legales con las que se ha pretendido un orden social más justo en la medida en que las normas se adaptan a la capacidad real de la mayor parte de los ciudadanos.

Estas reformas han tenido frecuentemente como punto de partida el libre desarrollo de la personalidad –hoy recogido en el art. 10 CE–, y la idea de que cada persona debe poder actuar cuando tiene capacidad natural para ello. Sin embargo, de acuerdo con estos principios, en ocasiones se han hecho propuestas de modificación del sistema de capacidad de obrar legal que ven en el establecimiento de una edad legal una solución inadecuada a la capacidad de obrar, por entender que sería preferible prescindir de reglas generales y acudir a mecanismos que en

todo caso permitan una valoración de las circunstancias personales⁹²⁵, con idea de lograr así la justicia extrema de facilitar un traje jurídico a la medida de cada individuo. Lejos queda la propuesta contraria con la que se inició el sistema de capacidad de obrar en la codificación: después de la mayoría de edad hay capacidad de obrar legal, antes no.

Hay por lo tanto dos posturas ante una eventual reforma de la edad legal o del sistema de capacidad de obrar: o ir adaptando la edad legal al tiempo en que la mayoría de los individuos tiene la capacidad natural para llevar a cabo los actos de la vida civil y eclesiástica en circunstancias normales, o permitir que a cada individuo se le reconozca la capacidad de obrar cuando tenga la capacidad natural⁹²⁶. En mi

⁹²⁵ «Tuttavia, l'indirizzo che ipotizzasse di sussumere nel mondo del diritto l'età singolarmente presa, considerandola cioè scissa da qualsivoglia rapporto con l'individuo, al fine di meglio realizzarne la traduzione nel linguaggio giuridico e verificarne l'influsso sulle umane vicende, dovrebbe essere immediatamente respinto», STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, p. 262.

«È un dato di comune esperienza che ogni uomo, in dipendenza d'infiniti fattori, segue un ciclo di maturazione del tutto difforme da quello di ciascun altro. Si rivela estremamente arduo, pertanto, ancorare il problema di un limite fisso d'età ad indici contrassegnati da un accentuato mutamento tanto degli elementi soggettivi quanto delle condizioni ambientali», *Ibidem*, p. 273.

⁹²⁶ «Da altro punto di vista, ma sempre nella scia di un procedimento astrattizzante, non si esita a ripartire le forme di rilevanza dell'età in due gruppi accuratamente separati: così, all'età legale si contrapporrebbe l'età reale. La suddivisione (restringendo l'esame soltanto al diritto civile in cui essa viene consapevolmente proposta e discussa), funziona nel senso che per la prima si ricorre da parte del legislatore ad una presunzione, basata sull'*id quod plerumque accidit* e rivolta a fissare un limite d'età di là dal quale è permesso compiere taluni atti, mentre al di sotto di esso tale possibilità è negata. Non si disconosce, al riguardo, la violenza commessa nei confronti della realtà, della natura delle cose in cui non è dato riscontrare tagli così netti, partizioni così precise: si spiega allora il richiamo alla seconda delle nozioni indicate. L'età reale si profila come temperamento del criterio astratto e formale costituito dall'età legale. Significativo è che la contrapposizione tra le due definizioni è anche contrapposizione tra le due fonti dalle quali esse provengono. Infatti, mentre l'età legale è stabilita una volta per tutte dal legislatore, l'età reale è elemento lasciato all'apprezzamento del giudice, chiamato di volta in volta ad accertare la presenza e la concreta influenza di questo requisito. In altri termini, si vuol dire che già nel sistema

opinión, el Derecho tiene al respecto dos postulados: por un lado no puede prescindir de la norma general –no se entendería de otro modo–, y por otro –y ya que se trata del libre desarrollo de la personalidad– no puede desatender los casos que están fuera de la normalidad de la mayoría. Por ello, creo que el Derecho ha optado por diferenciar su regulación entre la «normalidad» y la «patología», llevando las normas generales a la primera y permitiendo una decisión *ad hoc* en la segunda⁹²⁷. Tanto una como otra vendrían señaladas por los criterios que emergen de la realidad de las cosas y sus circunstancias. Si el Derecho no admitiera una normalidad como punto de partida, se convertiría en otra cosa, se desharía, por lo que es ineludible fundamentar dicha normalidad, objeto del Derecho natural.

Creo que este modo de plantear la cuestión es una característica esencial del Derecho. En concreto, con respecto al tema de la capacidad de obrar, la edad legal se ocupa de la normalidad y la incapacitación judicial de la patología. Pero así como la normalidad es un punto de partida –derivado del Derecho natural–, la patología no se entiende sin la referencia a la normalidad –la capacidad normal–. Es por ello, que tanto la normalidad como la patología han de ser concebidas como partes de un único sistema de capacidad, cosa que en mi opinión logra la solución de la edad legal como presunción jurídica de capacidad, que por un lado establece la norma general para la mayoría de los individuos, y por otro lado ofrece un punto de referencia para conocer los casos que no se encuentran en dicha normalidad.

No entraré, por la dificultad y amplitud del tema, a valorar las circunstancias que provocan una variación en el hecho presunto y reclaman por tanto un cambio en la edad legal (hecho base). Únicamente

sono previsti i correttivi idonei a mitigare l'ingiustizia di una valutazione astratta», *Ibidem*, pp. 268-269.

⁹²⁷ «La realtà rimane unitaria vuoi nella valutazione che ne offre il legislatore vuoi allorchè su di essa è chiamato a pronunziarsi il giudice», *Ibidem*, p. 270.

apuntar que, en mi opinión, el Derecho no debería sólo sancionar lo que ocurre en la mayoría, sino ver si la mayoría es adecuada al ser de las cosas. Citaré un ejemplo. Existe actualmente la tendencia a anticipar la edad legal en que los menores pueden llevar a cabo un número creciente de actos y negocios jurídicos, porque se entiende que la madurez se da cada vez antes; esta tendencia va camino de hacer del menor un ‘mayor de edad prematuro’.

Pero, ¿en que medida es adecuada la independencia jurídica del ‘mayor prematuro’ con respecto a sus padres?; ¿sería esto realista?; ¿por qué se contraponen la mayoría de edad con la intervención de los padres al menos en los primeros años de la plena capacidad de obrar?; ¿se opone la ayuda de los padres a la libertad de los hijos en todo caso? El Derecho podría buscar soluciones técnicas que garantizaran aún más el libre desarrollo de la personalidad, pero necesita el horizonte de la realidad de las cosas conforme a su ser: tan real es la libertad y la madurez personal como la familia –un individuo aislado no existe; la familia no es un peligro sino una garantía; eso sí, en la normalidad de los casos–.

Esto es sólo un ejemplo. En otros muchos ámbitos del Derecho civil nos seguiríamos haciendo más preguntas. Piénsese en la citada tendencia con respecto a la capacidad de obrar legal de los menores y su disociación con la responsabilidad extracontractual. No hay parcela del Derecho de la persona que no tenga que contar con unos datos de la realidad. Uno de ellos es la edad legal. Pues bien, el uso de los datos de la realidad parcialmente comprendidos, llevará irremisiblemente a una defectuosa regulación jurídica. Esto es lo que únicamente he planteado en los anteriores apartados. Aunque su contenido no sea estrictamente jurídico, sí es cierto que el Derecho es una ciencia que está en relación con las demás.

IV. UNA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA EDAD LEGAL COMO PRESUNCIÓN JURÍDICA EN EL ÁMBITO CANÓNICO: LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD MATRIMONIAL

Es conocida y llamativa la ausencia de causas relativas al Derecho de la persona en los tribunales eclesiásticos, excluidas las matrimoniales. Es normal que su “puesta en marcha” comience por una mejora técnica de este sector con actividad judicial. Para ello, en mi opinión puede ser fecunda una aplicación tanto de la teoría como del sistema de capacidad de obrar legal del ámbito civil al único supuesto de incapacidad cuyo enjuiciamiento se han reservado los tribunales eclesiásticos: los procesos de nulidad matrimonial por incapacidad consensual. El Derecho canónico matrimonial ha tenido una gran influencia histórica en el ámbito civil; pero desde hace unas décadas se enfrenta a una situación nueva⁹²⁸ que requiere una mayor técnica jurídica en algunos puntos, entre ellos y principalmente el que acabo de mencionar.

Creo que el sistema de capacidad de obrar legal expuesto en este trabajo puede encontrar aplicación en el sector específico del Derecho matrimonial y llevar a una revisión del sistema de capacidad tal y como viene reclamándose desde la canonística⁹²⁹. En concreto, me limitaré a

⁹²⁸ Son evidentes las transformaciones en la concepción de la persona, del matrimonio y de la familia. Eso hace que la nulidad de un matrimonio pueda no ser tan excepcional como en otras épocas.

⁹²⁹ «La sistemática del *Codex* es imperfecta a este respecto: no distingue entre impedimentos y requisitos de capacidad, reuniéndolo todo bajo el primer término, ni declara explícitamente ciertos requisitos, como la capacidad de entender y querer», JEMOLO, Arturo Carlo, *El matrimonio*, Ediciones Jurídicas Europa-América-Chile 2970, Buenos Aires, 1954, p. 221.

«Por nuestra parte entendemos que el término impedimento es el resultado de una clasificación legal, admisible como técnica legislativa, pero sin ser propiamente un concepto científico válido. (...). La ciencia canónica debe abandonar el concepto de impedimento (sólo útil para hacer las necesarias referencias al Derecho positivo) y en

señalar algunos aspectos, consciente de que su debida justificación exigiría de suyo una exposición más detallada que daría lugar a otro trabajo.

1) La teoría de capacidad de obrar –y sus previsiones legales– elaborada por civilistas ha encontrado aplicación en el Derecho canónico, concretamente en la Parte general tal y como expuse en el capítulo segundo, donde se advierte un paralelismo perfecto con el sistema de capacidad general del Código civil. En buena lógica, y por exigencias del principio sistemático que domina toda codificación, dicha construcción será aplicable a los distintos negocios jurídicos de la Parte especial, es decir, al concreto ejercicio de los derechos y deberes de su titular.

El hecho de fijar una edad distinta de la general para el matrimonio en el ámbito civil (16 años) y en el ámbito canónico (14-16 años), no es obstáculo para un tratamiento común, precisamente porque la diferencia se encuentra únicamente en el número de años, no en que se trate de un sistema de capacidad radicalmente distinto. Lo decisivo es que el sistema de capacidad se organiza sobre la capacidad natural reflejada en una edad, tanto el general como el matrimonial.

2) Además, desde el Derecho romano, atravesando todo el Derecho común y llegando hasta la codificación, el *consensus* de las partes es un elemento esencial del matrimonio, lo que permite, y así lo ha hecho la

cambio clasificar las materias ahora calificadas de impedimento –junto a otras similares– de acuerdo con su naturaleza de causas de nulidad con unas características propias», HERVADA, Javier y LOMBARDÍA, Pedro, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico. III Derecho matrimonial (1)*, Eunsa, Pamplona, 1973, p. 327.

Al margen de la reducción de algunos impedimentos dirimentes, y de la supresión de los impedientes como tales, el CIC de 1983 mantiene la misma sistemática. Por otro lado, la interpretación del nuevo canon 1095 por una buena parte de la doctrina lleva a una sistemática de la capacidad matrimonial cada vez más alejada de la teoría de la capacidad de obrar que los civilistas ofrecen.

doctrina mayoritaria tanto civil como canónica, tratar el matrimonio con una dimensión negocial o contractual⁹³⁰, al que le serían aplicables los

⁹³⁰ Comienza Navarrete resaltando las raíces técnicas romanas del Derecho matrimonial canónico: «La expresión técnica de esta estructura esencial de derecho natural y divino positivo del matrimonio depende necesariamente de los factores culturales en los que se expresa. El cristianismo irrumpe en el mundo, con su antropología y su teología, en el ambiente cultural hebreo y grecorromano. Era, por tanto, connatural que tomase de estos ambientes culturales sus elementos técnicos de expresión y de elaboración científica. En este nivel de expresión técnica es donde se encuentra plenamente el discurso de la influencia del derecho romano en el derecho matrimonial canónico. Muchas de las fórmulas consagradas para expresar algunos elementos fundamentales de esa estructura esencial de derecho natural están tomadas *ad litteram* del derecho romano», NAVARRETE, Urbano, *Derecho Matrimonial Canónico. Evolución a la luz del Concilio Vaticano II*, Ed. BAC, Madrid, 2009, p. 98. Una de estas fórmulas es la de *consensus facit nuptias* que fundamenta el aspecto contractual del matrimonio.

La misma idea se encuentra en Orestano: «Ancor più: nel primo periodo l'assimilazione canonistica del matrimonio al contratto non è fatta in base a schemi che nascono in seno al diritto canonico stesso, ma su schemi tratti dalle fonti romane. Invero i primi spunti della teoria matrimonio-contratto appaiono desunti dalle fonti romane e appoggiati all'autorità di queste», ORESTANO, Ricardo, *La struttura giuridica del matrimonio romano. Dal diritto classico al diritto giustiniano. Volumen I*, Giuffrè Editore, Milano, 1951, p. 28. No había un tratamiento sistemático del Derecho matrimonial en el Derecho romano tal y como existe hoy, pero sí los líneas fundamentales, cfr. *Ibidem*, p. 21.

El debate sobre el tipo de contrato es secundario, pues lo interesante es que se admite el carácter contractual. Establece el canon 1055 § 2: «Quare inter baptizatos nequit matrimonialis contractus validus consistere, quin sit eo ipso sacramentum». Es la misma redacción que el antiguo canon 1012 § 2, que además en su § 1 recogía que «Cristo Nuestro Señor elevó a la dignidad de sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados», similar al actual canon 1055 § 1, donde se sustituye «*contractus*» por «*foedus*»; este cambio no pretende sustituir la terminología de 'contrato' por la de 'pacto' o 'alianza', sino señalar que la contractual es sólo una dimensión dentro del matrimonio, o que la noción de contrato en el matrimonio no agota lo que la Iglesia enseña sobre el matrimonio. Esto viene subrayado por varios autores:

«Il contratto, d'altronde, andava congiunto col sacramento e al sacramento si riconnette quella singolare disciplina del contratto che è l'indissolubilità del matrimonio», VASALLI, Filippo, *Lezioni di diritto matrimoniale. Volume I*, CEDAM, Padova, 1932, p. 64.

«Afirmada la índole pacticia del consentimiento matrimonial, en el sentido mencionado, la sistematización de este acto de voluntad en el cuadro general de los

actos jurídicos resulta una cuestión secundaria», NAVARRETE, Urbano, *Derecho Matrimonial Canónico. Evolución a la luz del Concilio Vaticano II*, p. 239.

«Con el término *alianza* se consigue evocar de modo inmediato la riqueza de contenido teológico sin salir de la dimensión jurídica a la que el Código se refiere de modo directo»; más adelante, especifica estos elementos jurídicos ínsitos en la noción de *alianza*: «a) pluralidad de sujetos; b) unión libre de las voluntades de éstos a propósito de un objeto común; c) acuerdo respecto a objetivos o conductas futuras; d) constitución de una nueva relación entre los miembros del pacto, justamente en virtud de la voluntad de las partes manifestada en él; y e) tendencia natural a la permanencia de lo pactado», BAÑARES, Juan Ignacio, *Comentario al c. 1055*, en *Comentario exegético al Código de Derecho canónico. Volumen III/2*, p. 1046.

«El sistema matrimonial canónico, elaborado en torno al principio del consentimiento como eje central y con el trasfondo de la técnica contractual, de un lado, y de la verdad revelada sobre el matrimonio y la familia, de otro lado, constituye un monumento histórico-cultural de gran magnitud», CARRERAS, José, *Las bodas: sexo, fiesta y derecho*, Ed. Rialp, Madrid, 1994, pp. 80-81.

La voluntad de mantener la dimensión contractual del matrimonio no ofrece dudas en la fase de preparación del Código de 1983, cfr. *Communicationes* 9, 1977, pp. 120-121.

Como dice Vázquez de Castro, «en realidad lo que hay que superar es la propia concepción de contrato en sentido liberal aplicado al matrimonio», MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *El concepto de matrimonio en el Código civil*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 165. Más adelante el mismo autor hace la siguiente reflexión: «La indisolubilidad encaja perfectamente en la doctrina contractual. No se puede sostener seriamente que la indisolubilidad lesiona la libertad individual porque vincula el obrar para el porvenir y nadie puede prever qué le ocurrirá en el tiempo venidero. Esto mismo sucedería a cualquier contrato. Sin comprometer la actividad para el mañana, es imposible la existencia de la sociedad, la escuela, el matrimonio, la familia, pues toda la conducta que natural o contractualmente se cumple en ellas requiere el ordenamiento de la libertad, o sea, exige la existencia de la ley, que se impone a los individuos. La voluntad de hoy nos vincula para mañana, y la fidelidad a esa voluntad, ínsita en el compromiso actualmente asumido, hace posible la confianza y es una prueba de la responsabilidad. Negar este principio significa negar la buena fe, que hace posible la vida social y que está en la existencia de todo contrato», *Ibidem*, p. 190.

La doctrina civil califica normalmente el matrimonio como un negocio jurídico del Derecho de familia:

«Los requisitos o presupuestos que un acto debe reunir para poder ser considerado como acto de celebración de un matrimonio son consecuencia de la consideración de este acto como un negocio jurídico de Derecho Privado», DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil. Volumen IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Ed. Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1982, p. 83.

«Uno de los negocios jurídicos del Derecho de familia, en cuya constitución sólo interviene la autonomía de la voluntad en la decisión relativa a su celebración o no», ROCA I TRÍAS, Encarnación, *Familia y matrimonio*, en *Derecho de familia*, Ed. Tirant

principios de la capacidad de obrar de la Parte general. En consecuencia, en el consentimiento se condensarían y se requerirían las exigencias de la capacidad intelectual y volitiva adecuada al matrimonio como ocurre en el resto de negocios jurídicos.

3) El Derecho matrimonial contiene una serie de elementos de su trayectoria histórica que no han sido perfeccionados ni corregidos ni siquiera en la codificación. En efecto, el Código de Derecho canónico de 1917 prácticamente se limita a traducir en cánones el sistema matrimonial existente, sin grandes reformas, y a exponerlo tal y como la doctrina lo venía haciendo. En concreto, el sistema matrimonial venía estructurado en torno a los impedimentos: a) impedimentos sobre la persona; b) impedimentos sobre el consentimiento; c) impedimentos sobre la forma. Pero no existía una categoría jurídica precisa de los impedimentos, sino que era el nombre que designaba aquellas

lo Blanc, 2ª ed., Valencia, 1995, p. 43. «Si se concibe el negocio jurídico como la posibilidad de regular los efectos jurídicos de una situación, difícilmente se podrá llegar a identificar el matrimonio con un negocio jurídico, dado que tanto la celebración como el contenido están tasados. Si se concibe el negocio jurídico como una categoría unitaria que permite explicar determinadas instituciones con criterios abstractos y generales, en este caso, puede calificarse el matrimonio como negocio jurídico», *Ibidem*, p. 44.

«El Código civil español, acogiendo la concepción occidental del matrimonio que tiene sus bases en el Derecho canónico, lo configura como un negocio jurídico bilateral, que sus efectos los produce la voluntad concorde o consentimiento de los esposos en cuanto va dirigida, precisamente, a que nazca entre ellos el vínculo», DE PABLO CONTRERAS, Pablo, *El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio*, en *Curso de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia*, Ed. Colex, 3ª ed., Madrid, 2011, p. 103.

«Jurídicamente, el acto creador del matrimonio es un acuerdo solemne de voluntades, las de los contrayentes, encaminadas a establecer la unión matrimonial. Por tanto, desde luego que, basándose en la voluntad de las partes, el matrimonio es un negocio jurídico. Ahora bien, muchos lo califican de contrato. Lo que sólo es admisible tomando la palabra contrato en el sentido de acuerdo de voluntades o negocio jurídico bilateral», ALBADALEJO, Manuel, *Curso de derecho civil. IV. Derecho de familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, p. 31.

Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de derecho civil. Tomo IV. Derecho de familia*, Edersa, Madrid, 1983, p. 45.

circunstancias que impedían de un modo u otro la celebración o la validez del matrimonio; venía a ser un “cajón de sastre” donde se iba incluyendo todo aquello que impedía el matrimonio⁹³¹. Esto fue

⁹³¹ «La Chiesa, fin da quando cominciò a rivendicare una giurisdizione sul matrimonio, andò fissando tutta una serie di limitazioni e divieti positivi, che variarono grandemente nel corso dei secoli e che vennero appunto comprensivamente designati col nome di *impedimenta*», D'AVACK, Pietro Agostino, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico. Volume primo*, Casa editrice del Dott. Carlo Cya, ed. innovata, Firenze, 1952, p. 69.

«Ante codicem passim in doctrina nomine impedimentorum matrimonialium veniebant cuiusvis generis obstacula contra matrimonium sive ex parte habilitatis personarum, sive ex parte consensus, sive ex parte formae ipsius matrimonii, et consequenter recensebantur inter impedimenta etiam vis, metus, conditio, clandestinitas, etc», CONTE A CORONATA, Matthaeus, *Institutiones iuris canonici. De sacramentis. Tractatus canonicus. Volumen III*, p. 134.

«Ante Codicem solebant distingui impedimenta dirimentia ex parte formae, et parte consensus et ex parte personae: quae distinctio disparuit in iure Codicis, in quo vitia consensus et forma celebrationis separatim consideratur et solae circumstantiae personam inhabilitantes recensentur inter impedimenta», WERNZ, Francisco Xavier et VIDAL, Petri, *Ius canonicum. Tomo V. Ius matrimoniale*, Universitatis Gregorianae, Romae, 1925, p. 164.

«Matrimonium, ut reliqui contractus vestiti, ineatur necesse est a personis habilibus, sufficienti consensu, debita forma. Inde etiam triplex obstaculum, quod eius sive validitati sive liceitati nocere potest», CHELODI, Ioanne, *Ius matrimoniale iuxta Codicem Iuris Canonici*, p. 30.

Bertola recuerda que toda la capacidad de obrar matrimonial se identificaba con el estudio de los impedimentos en sentido amplio: «Nel diritto anteriore al Codice, sotto il nome di impedimenti erano per lo più comprese tanto le cause che costituivano ostacolo al matrimonio in dipendenza della condizione personale dei contraenti (*ex parte personae*), quanto quelle che costituivano motivo di invalidità o di illiceità del matrimonio in dipendenza di difetti della volontà (*ex parte consensus*) o della forma della celebrazione (*ex parte formae*)», BERTOLA, Arnaldo, *Il matrimonio religioso nel diritto canonico e nell'ordinamento concordatario italiano*, p. 40.

Si bien supuso una mejora técnica, el esquema del Código de 1917 seguía la estructura anterior:

«Pero uno de los más acusados adelantos técnicos introducidos por el Código de Derecho Canónico en materia matrimonial, fue precisamente la substitución del viejo concepto omnicomprendivo del impedimento, por la distinción entre impedimentos en sentido técnico o estricto, vicios del consentimiento y defecto de forma canónica, tripartición básica de la sistemática del propio Código, que corresponde a los tres grandes capítulos de nulidad del matrimonio», MANS PUIGARNAU, Jaime, *Derecho matrimonial canónico. Volumen I*, p. 75.

generando desde el inicio un sistema matrimonial de carácter negativo⁹³² formado poco a poco al ritmo de las causas matrimoniales que se iban presentando. Cuando en una etapa posterior se fueron ordenando las soluciones de las causas, resultó un sistema que consiste en reconocer el *ius connubii* y fijar acto seguido quiénes no pueden ejercerlo por estar bajo algún impedimento, sin que previamente exista una norma que determine positivamente cuál es la mínima capacidad de obrar legal necesaria para contraer. Da la sensación, que al Derecho matrimonial canónico –también al civil– le falta una fase que completar, que consistiría en construir un sistema matrimonial partiendo de la experiencia pasada y atendiendo a la realidad actual; de ese modo existiría la oportunidad de ofrecer un régimen jurídico matrimonial que tenga un aspecto más positivo, donde además será posible una reflexión conjunta con los civilistas. Creo que la tesis podría contribuir a aislar de

⁹³² «Desde antiguo, el Derecho matrimonial canónico [está] excesivamente polarizado hacia las causas de nulidad, por lo que tiende a transmitir una visión negativa y reduccionista del matrimonio, de la familia que en él se funda, y de las normas que lo regulan», FERRER ORTIZ, Javier, *La capacidad para el consentimiento válido y su defecto*, en *El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio*, Eunsa, Pamplona, 2000, p. 860.

«Entiendo, sin embargo, que el Derecho de la persona, si logra un notable desarrollo acabará por atraer a su ámbito al Derecho matrimonial, el cual probablemente nivelaría en este contexto el actual desequilibrio entre el matrimonio *in fieri* y el matrimonio *in facto esse*, que limita prácticamente a los manuales al papel de exposiciones de la patología matrimonial, en los que apenas encuentran acogida los elementos necesarios para comprender la faceta jurídica de la función eclesial de los cónyuges», LOMBARDÍA, Pedro, *La persona en el Ordenamiento canónico*, p. 67.

«El sistema matrimonial, como otras tantas materias del Derecho, se ha ido formando en buena parte a través del pacto y abusos; de ahí que se haya ido formando a través de prohibiciones, declaración de vicios o mediante el establecimiento de requisitos, que aparecieron en su momento como impedimentos puestos a los contrayentes. (...). De ahí que el tratamiento del pacto conyugal aparezca como el tratamiento de lo negativo, de los impedimentos o vicios del pacto conyugal. Sin embargo, el Derecho es antes la normalidad que lo anormal», HERVADA, Javier y LOMBARDÍA, Pedro, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico. III Derecho matrimonial (I)*, pp. 325-326.

los impedimentos a la edad legal dentro del sistema de capacidad matrimonial.

4) La edad en la codificación (civil y canónica) fue interpretada como un límite legal a partir del cual se permitía o se negaba el ejercicio de los derechos civiles y canónicos con carácter general. Esta solución formalista no acababa de convencer a la doctrina por los graves desajustes que se daban entre la capacidad de obrar legal y la capacidad natural —el recién nacido tendría la misma incapacidad que al que le queda un día para la mayoría de edad—⁹³³. La cuestión se agrava en el matrimonio, ya que la edad legal no es ni siquiera una norma positiva que marca la frontera entre la capacidad y la incapacidad, sino que es un impedimento que ha quedado al margen de la explicación doctrinal de la capacidad matrimonial al ser calificado como impedimento de Derecho eclesiástico, al mismo tiempo que describen en él un aspecto de Derecho positivo y otro de Derecho natural⁹³⁴.

⁹³³ cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La edad*, p. 401.

⁹³⁴ «Hoc impedimentum est iuris naturalis ante debitam in utraque parte mentis discretionem iure naturae sufficientem ad matrimonium ineundum; est iuris ecclesiastici tantum, si utraque pars habet debitam mentis discretionem, licet una vel utraque pars de facto careat actuali potentia generandi; nam ius naturale actuale generandi potentiam non exigit», GASPARRI, Pietro, *Tractatus canonicus de matrimonio. Volumen I-II*, p. 291.

«Et quidem *iuris ecclesiastici* totum, quia, supposito sufficientis usu rationis ad matrimonialem consensum praestandum requisito, qui huc non pertinet, nulla prorsus aetas est *iure naturali* praescripta ut quis valide contrahat, neque actualis potentia generandi», CHELODI, Ioanne, *Ius matrimoniale iuxta Codicem Iuris Canonici*, pp. 65-66.

«Sussiste tuttavia anche nel diritto vigente un ultimo residuo dell'antica disciplina nel fatto che a tale impedimento non si è riconosciuta un'unica natura giuridica veramente propria, ma, conforme alla communis sententia della dottrina classica, esso continua a essere considerato quale impedimento di diritto divino naturale solo se le parti non abbiano raggiunto un uso della ragione sufficiente a far conoscere loro la natura del matrimonio e a intenderne e assumere le obbligazioni essenziali; mentre sussiste quale impedimento di mero diritto ecclesiastico, qualora le parti siano di fatto in possesso di questo grado di maturità intelletiva, indipendentemente dall'aver raggiunta o meno anche la capacità fisica attuale per la generazione», D'AVACK, Pietro Agostino, *Corso*

di diritto canonico. *Il matrimonio. I. Edizione provvisoria per gli studenti*, Giuffrè Editore, Milano, 1961, p. 184. Esta posición la mantiene en otro escrito posterior: «Conforme alla *communis sententia* della dottrina classica, esso continua a essere considerato quale e vero e proprio impedimento di diritto divino naturale se ambedue le parti non abbiano raggiunto un uso della ragione sufficiente a far conoscere loro la natura del matrimonio e a intendere e assumere le obbligazioni essenziali, mentre sussiste quale impedimento di mero diritto ecclesiastico, qualora esse siano di fatto in possesso di questo grado di maturità intellettuale, indipendentemente peraltro dal fatto di aver raggiunto o meno anche la capacità fisica attuale per la generazione e quindi di possedere o meno l'*usus vel exercitium* attuale di tale diritto, in quanto siffatto *exercitium* esula di per sé dal diritto naturale, potendo anche restare giusta il medesimo sospeso e protratto nel tempo», IDEM, *Età. Diritto canonico*, p. 102.

«Hoc impedimentum est *iuris naturalis* ante usum rationis in utraque parte requisitum ad matrimoniale consensum praestandum; est *iuris ecclesiastici tantum*, supposito praefato usu rationis sufficienti. Iure naturali nulla est praescripta ut quis valide nuptias inire queat; quare determinatio aetatis unice ex lege canonica repetenda est», CAPELLO, Felice Maria, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis. Volumen V. De matrimonio*, Marietti, 6ª ed., Roma, 1950, p. 343.

«Aliqui etiam optimae notae auctores [Gasparri] de hoc impedimento loquentes dicunt illud esse *iuris naturalis* ante debitam in utraque parte mentis discretionem iure naturae sufficientem ad matrimonium ineundum» CONTE A CORONATA, Matthaeus, *Institutiones iuris canonici. De sacramentis. Tractatus canonicus. Volumen III*, p. 362.

«L'impedimento è di diritto divino solo se il difetto di età è accompagnato da immaturità psichica o da ignoranza della natura del matrimonio», CIPROTTI, Pio, *Matrimonio nel Diritto*, in *Enciclopedia del matrimonio*, Ed. Quiriniiana, Brescia, 1959, p. 392.

«Questo impedimento è considerato di diritto naturale fino a che entrambe le parti non abbiano raggiunto un uso di ragione sufficiente *iure naturae* e conoscere e ad assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio. Quando le parti abbiano raggiunto questo grado di maturità intellettuale, indipendentemente dalla loro attuale capacità fisica, l'impedimento si considera di diritto ecclesiastico», BERTOLA, Arnaldo, *Il matrimonio religioso nel diritto canonico e nell'ordinamento concordatario italiano*, p. 54.

«Dans le droit antérieur, on disait généralement, Gasparri, que cet empêchement était de droit naturel et de droit ecclésiastique: de droit naturel, en tant qu'il demandait une maturité d'esprit suffisante; de droit ecclésiastique, seulement dans les cas où les deux époux étaient encore impubères mais savaient ce qu'était le mariage», DELMAILLE, J., *Age*, p. 345. Además contrapone la opinión de Wernz, que dice que es de Derecho eclesiástico desde el momento en que no se exige sólo y llanamente la pubertad real. En mi opinión Gasparri y Wernz se equivocan porque no tienen presente el carácter técnico de la edad como presunción.

Muy sintéticamente, Giménez Fernández: «En cuanto a la calificación del impedimento de edad es dirimente, público, indispensable (en lo que tiene de derecho divino se entiende) y de grado mayor; de derecho humano en cuando a la

determinación de la edad, absoluto, natural y temporal, pues desaparece con el simple transcurso del tiempo», GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *La institución matrimonial según el derecho de la Iglesia Católica*, p. 157.

Regatillo establece lo que sigue: «¿De qué derecho es impedimento la edad? De derecho natural, en cuanto el defecto de edad implique defecto de la discreción suficiente para dar el consentimiento matrimonial. Este defecto no se presume después de la pubertad. De derecho eclesiástico en otro caso: la actual potencia de engendrar o de ejercer coito no se requiere», REGATILLO, Eduardo F., *Derecho matrimonial eclesiástico*, p. 133.

«Por Derecho natural, todos los que tienen uso de razón pueden contraer válidamente matrimonio, aun antes de la pubertad, con tal que ningún obstáculo cierto imposibilite la pubertad fisiológica y que el contrayente sepa a qué se obliga. Por Derecho eclesiástico no puede contraer válidamente el varón antes de tener diez y seis años cumplidos y la mujer antes de los catorce, asimismo cumplidos», CANCE, Adriano y DE ARQUER, Miguel, *El Código de Derecho Canónico. Comentario completo y práctico, Tomo I*, Ed. Litúrgica Española, Barcelona, 1934, p. 653.

«Impedimentum hoc infra aetatem, quae usum rationis secumferat, certe est iuris naturalis, ultra tamen istam aetatem est iuris ecclesiastici. Solos ergo respicit baptisatos», BÁNK, Joseph, *Connubia canonica*, Ed. Herder, Roma, 1959, p. 167.

Bernárdez Cantón, después de decir que el impedimento de edad señala lo necesario para prestar el consentimiento, va abandonando el concepto inicial: «el impedimento de edad como figura autónoma –distinta de otros requisitos necesarios para la validez del matrimonio con los que guarda relación– es un impedimento de Derecho eclesiástico. Efectivamente el impedimento de edad guarda relación con la necesaria discreción de juicio que se ha de suponer en todo matrimonio (c. 1082.1). También se relaciona con la madurez fisiológica que es conveniente haber alcanzado por quienes celebran matrimonio, aunque en rigor la posesión actual de las facultades generativas no es absolutamente necesaria para la celebración del matrimonio, según comentan los autores invocando el Derecho natural», BERNÁRDEZ CANTÓN, Alberto, *Curso de Derecho matrimonial canónico*, p. 99. Cae en la contradicción, y todo porque al haber dispensa, se está obligado a reconocer que es de Derecho eclesiástico, y eso obliga a quitar de la edad la referencia a la capacidad natural. El problema es que la dispensa es la prueba en contrario de la edad como presunción. No es una dispensa en sentido estricto, o no lo es como las demás, porque la edad no es un impedimento.

«Da ciò deriva che l'impedimento dell'età è di diritto divino naturale quando le parti non abbiano la sufficiente *discretio iudicii*; cioè la mancanza dell'età minima richiesta costituisce un vero e proprio impedimento di diritto naturale quando manca la maturità intellettuale di uno o di entrambi i nubenti, dal momento che essi debbono essere in grado di conoscere la natura del matrimonio e di assentire alle sue finalità. La mancanza della così detta *capacitas animi*, cioè della maturità intellettuale e volitiva si risolve in un impedimento che colpisce sia i soggetti battezzati sia quelli non battezzati e dal quale non si può ottenere assolutamente la dispensa. Se invece sussista tale *capacitas animi*, l'impedimento è di diritto ecclesiastico anche se i nubenti non abbiano l'attuale capacità a generare e riguarda soltanto i cattolici, che possono essere

Este desajuste es fundamental para demostrar que la edad legal matrimonial, si bien podía ser calificada como impedimento genérico antes de la codificación porque no era una categoría jurídica técnica, en cambio es incorrecto catalogarla entre los impedimentos en sentido técnico del *Codex* (tanto el de 1917 como el de 1983). A mi juicio, la defectuosa sistematización de la edad legal matrimonial ha precipitado una interpretación doctrinal cada vez más alejada de la *ratio iuris* de la edad. Aclarar esta cuestión requiere de un planteamiento más extenso que no es posible hacer aquí. Dejo apuntada la observación de d'Avack

dispensati, laddove i non cattolici sono soggetti alle leggi civili», PELLEGRINO, Piero, *Gli impedimenti relativi alla dignità dell'uomo nel matrimonio canonico*, p. 25.

«Nel Codice vigente, come nel CIC 17, l'impedimento è divenuto assoluto, in modo tale che sarà nullo il matrimonio celebrato prima di compiere l'età prescritta (...). È considerato un impedimento di diritto ecclesiastico presupponendo che già prima dell'età stabilita dalla norma positiva l'uomo e la donna abbiano l'uso di ragione e la sufficiente discrezione di giudizio per contrarre matrimonio. Sarà però un vero e proprio impedimento di diritto naturale nel caso in cui qualcuno dei contraenti, oltre l'età, sia carente della minima discrezione di giudizio richiesta per il matrimonio e pertanto non sarà possibile ottenere alcuna dispensa», D'AURIA, Angelo, *Gli impedimenti matrimoniali nel Codice di Diritto Canonico della Chiesa Latina*, pp. 56-57.

«El impedimento es dirimente por derecho natural antes del uso de la razón necesario en ambos contrayentes para prestar el consentimiento en el que se cifra la esencia del matrimonio; y sólo por derecho eclesiástico, después de adquirido el suficiente uso de razón hasta los dieciséis años cumplidos en los varones y los catorce completos en las mujeres. Por consiguiente, una vez adquirido el uso de razón suficiente para prestar el consentimiento, el matrimonio es válido por derecho natural aunque no tenga los contrayentes aptitud fisiológica para la generación, ya que no es ésta la que hace válido el matrimonio, sino el consentimiento (1081.1); y si han cumplido la edad canónica será también válido por derecho eclesiástico independientemente de la aptitud para la cópula carnal, si bien ésta se presume después de la pubertad», BLANCO NÁJERA, Francisco, *El código de derecho canónico traducido y comentado. Tomo II*, p. 306.

«La dottrina riconosce che in tanto si può dispensare dall'impedimento in quanto esso non è di diritto naturale; ma di diritto naturale è prima del raggiungimento della maturità psicologica. Dopo esso è di diritto positivo ecclesiastico, anche se i nubenti non hanno ancora l'attuale capacità di generare», GROCHOLEWSKI, Zenon *et alii*, *Il matrimonio nel nuovo codice di diritto canonico. Annotazioni di diritto sostanziale e processuale*, p. 151.

«Es un impedimento de Derecho eclesiástico, y en parte de Derecho natural [si no hay discreción de juicio o capacidad sexual]», MOLINA MELIÁ, Antonio y OLMOS ORTEGA, M^a Elena, *Derecho matrimonial canónico. Sustantivo y procesal*, p. 130.

sobre la edad legal matrimonial: «Come già peraltro nello *ius decretalium*, così tuttora nel diritto vigente a tale impedimento continua a non essere riconosciuta una unica natura giuridica veramente propria»⁹³⁵. Intentar solucionar esta cuestión me llevó al estudio de la edad como presunción *iuris tantum*, incluida la matrimonial. Al igual que sucedía con la doctrina civil para la edad legal en la Parte general, la doctrina canónica describe la edad general y matrimonial como presunción legal sin llegar a definir de este modo su naturaleza jurídica⁹³⁶.

⁹³⁵ D'AVACK, Pietro Agostino, *Età. Diritto canonico*, p. 102.

⁹³⁶ «Praesumptio autem quod ante illam aetatem, in pluribus regionibus, neque maturitas mentis neque maturitas corporis in iuvenibus adsit, constituit quidem unam ex rationibus quibus motus est legislator in ea statuenda, at non unica: multae aliae sunt hyginicae, sociles, morales. Pubertatem enim iuridice 14^a respective 12^o anno complete habetur, naturaliter diversissimo tempore, citius in regionibus meridionalibus et torridis (in puellis iam in 10^a anno), tardius in septentrionalibus et frigidis (in Europa cnetrali circ. 15^o-16^o anno, in puellis), citius in urbibus quam ruri, in hominibus studiis deditis quam manuali opera occupatis. Praeterea pubertas plena acquiritur aliquot annis (3-4) post initialem. Sed tunc quoque matrimonium conveniens non est, sive relate ad sanitatem coniugum et proles quae regulariter infirma nascitur, sive ratione habita mature iudicii constantisque animi ad condendam regendamque familiam necessari, sive conditionum patrimonialium et oeconomiarum», CHELODI, Ioanne, *Ius matrimoniale iuxta Codicem Iuris Canonici*, p. 66.

«Iure antiquo limites aetatis erant 14 et 12 anni. Ultimus dies sufficebat incoeptus. At iuridice impedimentum erat substantialiter aliud ac praesens; non abosolutum sed conditionatum innixum duplici praesumptioni defectus discretionis ad coniugalem consensum et potentiae ad copulam. Sublata utraque ('si malitia suppleat aetatem') cessabat impedimentum, quacumque tandem aetate hoc fieret. Nulla erat praesumptio contra factum; super hoc requirebatur tantummodo declaratio Episcopi. Impedimentum aetatis in sensu iuris Romani et modernarum legum demum in novo codicis introductum est», *Ibidem*, p. 67.

«Alexander III in c. 8 ait: 'Ante nubilem annos (iure antiquo) coniugalem consensum non habent (pueri)'. Sed id intelligitur de simplici iuris praesumptione, aliquando enim impuberes consensum habere posse, non est dubium. Fertur Gregorium XIII, 13 apr. 1583, rogatum ut in hoc impedimento dispensaret, respondisse Sedem Apostolicam id non posse. At vel id numquam dixit Pontifex, vel dixit relate ad illum casum particularem, quo forte necessaria mentis discretio deerat, vel significavit Sedem Apostolicam non facile hac dispensatione concedere», GASPARRI, Pietro, *Tractatus canonicus de matrimonio. Volumen I-II*, p. 291.

«L'âge légal offre le grand avantage de simplifier, de donner une règle générale, applicable à tous les individus de tel âge, et dispense d'une enquête pour chaque cas en particulier. L'âge légal est donc une présomption simple, commode, pratique, mais ce n'est qu'une *præsumptio iuris* qui admet des preuves contraires et cède à la vérité», DELMAILLE, J., *Age*, p. 315.

«El Derecho canónico (...) transformó la presunción romana *iuris et de iure* en presunción *iuris tantum*, mediante la cláusula *nisi malitia suppleat aetatem*, agregada a la prohibición, corriendo a cargo del que alegaba su concurrencia. Pero este criterio, que tenía su contrapartida en la nulidad por derecho natural del matrimonio celebrado por quienes, teniendo la edad requerida, carecían de la capacidad formal precisa para el acto conyugal o para la prestación del consentimiento, prestábase a tales abusos, que el *Codex* los ha cortado elevando el límite de la edad, facilitando la dispensa del impedimento, y dirimiendo todo matrimonio contraído vigente el impedimento, independientemente de que, de hecho, la malicia supla la edad», GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *La institución matrimonial según el derecho de la Iglesia Católica*, p. 157.

«El Código modificó el Derecho antiguo. Por una parte, la edad necesaria para el matrimonio coincidía con la pubertad (doce y catorce años). Por otra parte, el requisito de la edad no daba lugar a una prohibición absoluta del matrimonio, constituyendo sólo una presunción *iuris tantum* de falta de madurez suficiente en los contrayentes y que podía ser destruida mediante la demostración de que éstos, no obstante, eran naturalmente hábiles para contraer. La prohibición se entendía bajo la cláusula *nisi malitia suppleat aetatem*», BERNARDEZ CANTÓN, Alberto, *Curso de Derecho matrimonial canónico*, p. 100.

«O Direito Romano Justiniano, determinando uma presunção *iuris et de iure*, ao estabelecer inflexivelmente a idade nubil de doze anos para a mulher e quatorze para o homem. A Igreja, nos seus primórdios, considerou idade nubil aquela designada pelas diferentes leis locais. Mais tarde estabeleceu um limite mínimo de idade que coindidia com o Direito Justiniano —14 e 12 anos— a não ser que se demonstrasse que antes dessa idade existia capacidade conjugal; isto é, suavizou-se a inflexibilidade romana através de uma presunção *iuris tantum*», LLANO CIFUENTES, Rafael, *Nuovo Direito Matrimonial Canônico*, p. 213.

Cfr. WERNZ, Francisco Xavier et VIDAL, Petri, *Ius canonicum. Tomo V. Ius matrimoniale*, p. 230; cfr. BLANCO NÁJERA, Francisco, *El código de derecho canónico traducido y comentado. Tomo II. Derecho sacramental*, p. 306; cfr. BERTOLA, Arnaldo, *Il matrimonio religioso nel diritto canonico e nell'ordinamento concordatario italiano*, p. 54; cfr. MANS PUIGARNAU, Jaime, *Derecho matrimonial canónico. Volumen I*, p. 153; cfr. MONTERO Y GUTIÉRREZ, Eloy, *El matrimonio y las causas matrimoniales*, p. 120; cfr. GROCHOLEWSKI, Zenon et alii, *Il matrimonio nel nuovo codice di diritto canonico. Annotazioni di diritto sostanziale e processuale*, pp. 149-150; cfr. PELLEGRINO, Piero, *Gli impedimenti relativi alla dignità dell'uomo nel matrimonio canonico*, p. 5; cfr. D'AURIA, Angelo, *Gli impedimenti matrimoniali nel Codice di Diritto Canonico della Chiesa Latina*, pp. 53-55.

También en el ámbito civil: «L'âge auquel une personne est physiquement apte au mariage varie d'un individu à l'autre. Pour éviter des verifications romaines, le Code

En este punto, como señalaba en los capítulos anteriores, la doctrina mayoritaria, si bien reconocía de forma unánime el fundamento de la capacidad natural en el sistema de capacidad de obrar estructurado en torno a la edad, también es cierto que la consideraba una norma positiva sin otra técnica jurídica que la mera positivización. Pero la teoría de la capacidad desarrollada por los autores de la pandectística tenía una laguna jurídica: olvidaban la naturaleza jurídica de la edad como presunción legal tal y como había surgido en el Derecho romano, técnica que permitía un cauce jurídico más acorde con los presupuestos doctrinales que ellos mismos mantenían –cómo ajustar la capacidad de obrar legal y la capacidad natural–, y que situaría a la edad como eje de todo el sistema de capacidad de obrar legal⁹³⁷.

Sin embargo, la capitalidad de la edad legal en la teoría general contrasta con la marginalidad de la edad legal en el matrimonio, que no sólo es catalogada como impedimento, sino que además ni siquiera aglutina la entera capacidad matrimonial como en otro tiempo⁹³⁸. Mayor contradicción existe al comprobar que la teoría de la capacidad sí ha llegado a los cánones de la Parte general (cc. 97, 98 y 99 CIC) pero no se aplica a la edad matrimonial (c. 1083 CIC). Esto se debe a la

vivil, à l'exemple des traditions romaines, a fixé un âge de puberté légale. Mais l'âge de 12 ans pour les filles et de 14 ans pour les garçons que les Romains avaient adopté, était un peu précoce pour les jeunes gens de notre pays, surtout dans les régions du Nord. L'article 114 le reporte à 15 ans révolus pour les femmes, et à 18 ans révolus pour les homes. L'article 145 donne au chef de L'Etat le droit d'autoriser pour motifs graves, le mariage avant l'âge fixé par le Code. (...). La présomption de puberté peut être dementia soit par la nature, soit par le fait d'un accident», PLANIOL, Marcel, *Traité Pratique de Droit Civil Français. Tome II. La Famille*, pp. 81-82.

⁹³⁷ Me remito en este punto al capítulo primero.

⁹³⁸ «Il difetto di età neppure si poteva qualificare, a rigore di termini, un impedimento e una causa di nullità per sé stante, ma si presentaba, piuttosto, come una particolare sottospecie o del *defectus discretionis iuridicii* o della *impotentia* o dell'una e dell'altra contemporaneamente a seconda dei casi, cioè, per usare la classica definizione degli antichi decretali, quale una *impossibilitas conveniendi animo et corpore*», PELLEGRINO, Piero, *Gli impedimenti relativi alla dignità dell'uomo nel matrimonio canonico*, pp. 6-7.

recepción acrítica de la sistemática matrimonial previa a la codificación, donde los cánones no hacen sino reflejar el orden expositivo anterior; la institución matrimonial no se ha dejado permeabilizar aún por las exigencias del principio sistemático de la codificación ni por la teoría de la capacidad de obrar.

5) Todo ello ha provocado que una parte de la doctrina canónica haga una interpretación inédita de la edad legal matrimonial en la Historia del Derecho canónico: reducirla a señalar el momento inicial de la mera capacidad corporal *–potentia coeundi–*⁹³⁹. Esto no sólo es ajeno a la tradición jurídica canónica, sino también contrario a la relevancia jurídica que la edad tiene en el resto de negocios jurídicos como la doctrina civil y canónica señalan de forma unánime. Para una parte importante de canonistas la edad legal pasará, de ser el eje de todo el sistema de capacidad de obrar como hemos visto en el capítulo primero

⁹³⁹ «Fácilmente se aprecia contemplando el texto que no se tuvo en cuenta como ratio legis la madurez psíquica, sino simplemente la biológica», DIZ PINTADO, Esperanza, *El impedimento de edad en el Derecho español*, en «Revista Española de Derecho Canónico», volumen 45, núm. 125, Universidad Pontificia, Salamanca, Julio-Diciembre, 1988, p. 653.

«The ability to consent to the marriage covenant is indeed dependent on proper discernment and sufficient age, but ability to consent by lack of the use of reason is treated in c. 1095. The impediment of ‘under age’ established by c. 1083 refers more directly to insufficient sexual maturity, which is needed to accomplish the ends of matrimony. In order to assure the integrity of marriage and protect it from diverse and arbitrary judgments concerning sexual maturity, the legislator establishes minimal age requirements, generally valid in all cultures and regions, in the form of an impediment. Since the particular determination of ages sixteen and fourteen is of ecclesiastical law, it can be dispensed in particular cases by the ordinary if there is a just and reasonable cause (c. 1078)», GRAMUNT, Ignatius *et alii*, *Canons and commentaries on Marriage*, Ed. The Liturgical Press, Collegeville, Minnesota, 1987, p. 25.

«Este impedimento de edad pretende tutelar la edad núbil, ya que esta edad no viene señalada claramente por el Derecho natural; por eso el Derecho positivo concreta la edad, en la que normalmente los individuos alcanzan el grado mínimo o elemental para asumir las obligaciones conyugales. Si bien este canon tutela directamente la madurez biológica, ya que la madurez psicológica se tutela en el c. 1095», MOLINA MELIÁ, Antonio y OLMOS ORTEGA, María Elena, *Derecho matrimonial canónico. Sustantivo y procesal*, Ed. Civitas, 5ª ed., Madrid, 1992, p. 131.

y segundo, a ser descartada en la explicación y fundamentación jurídica de la capacidad de obrar matrimonial. A mi juicio, no hay base legal en el Código de Derecho canónico para sacar esas conclusiones, que bien pueden tener su origen en las carencias sistemáticas y expositivas recibidas del régimen jurídico matrimonial anterior.

Pellegrino manifiesta su perplejidad ante la interpretación habitual del impedimento de edad: «Certo è che l'età minima di sedici e quattordici anni confermata dal Nuovo Codice suscita tuttora perplessità e riserve da parte di non pochi scrittori, i quali ritengono che la legge avrebbe dovuto fondarsi non solo sulla presunzione della maturità biologica, ma anche di quella psicologica, essendo molto raro che un giovane, a quell'età, sia in grado psichicamente di valutare con sufficiente responsabilità i gravi doveri che il matrimonio importa e di assumere coscientemente gli impegni essenziali, come pur richiede il c. 1095: impegni, fra i quali rientra quello dell'educazione dei figli, che richiede la necessaria effettiva maturità»⁹⁴⁰.

A la desconexión de la edad legal con la capacidad matrimonial (sobre todo con la discreción de juicio), ha contribuido además la interpretación que se ha dado a la supresión de la cláusula *nisi malitia suppleat aetatem* en la codificación canónica. El recurso a la *malitia* permitía destruir la presunción jurídica de capacidad de obrar matrimonial a quien por ser menor no la tenía a su favor y, por lo tanto, contraer matrimonio una vez acreditado que la capacidad natural acontecía antes de la edad legal. Esta cláusula mostraba, por un lado, que la edad se refería sobre todo a la capacidad psicofísica –por *malitia* se entiende *vigor naturae et rationis*⁹⁴¹, pero sobre todo *discretio iudicii*

⁹⁴⁰ PELLEGRINO, Piero, *Gli impedimenti relativi alla dignità dell'uomo nel matrimonio canonico*, p. 23.

⁹⁴¹ El texto de Santo Tomás de Aquino en su *Comentario a las sentencias de Pedro Lombardo*, en el Libro IV, 36.1.5 es el siguiente: «Quod matrimonium, cum fiat per modum contractus cuiusdam, ordinationi legis positivae subiacet, sicut et alii contractus;

o *prudencia* o *sagatia*–: «*Nomine malitiae suppletis aetatem ad matrimonium petitam comprehendere potentiam ad copulam ac prudentiam ac discretionem ad intelligendam consensus coniugalis vim*» (X. 4. 2).

Además, la cláusula citada ayudaba a comprender que la edad operaba como una presunción *iuris tantum*, permitiendo la prueba en contrario: «La prova giudiziaria della *malitia* dovesse essere comprensiva non solo della *capacitas corporis*, ma anche della *capacitas animi* del coniugato citra legitimam aetatem»⁹⁴². Al suprimirla se ha hecho más difícil detectar la naturaleza jurídica de la edad como presunción jurídica de capacidad, enfocándola algunos autores a una mera disposición legislativa a modo de recomendación sin conexión con la capacidad natural.

En este punto, entiendo que es urgente retomar en el ámbito canónico-matrimonial la teoría de la capacidad de obrar propuesta por los civilistas.

6) Comprendida de ese modo la edad legal en la actualidad, el sistema matrimonial canónico carece de una norma positiva de

unde secundum iure determinatum est quod ante illud tempus discretionis quo uterque possit de matrimonio sufficienter deliberare, et debitum sibi invicem reddere, matrimonia non contrahantur; et si non ita facta fuerint, dirimitur. (...). Si aliquis ad perfectionem debitam ante tempus praedictum perveniat, ita quod vigor naturae et rationis, defectum aetatis suppleat, matrimonium non dissolvitur; (...) ex parte ista non solum est impedimentum propter impotentiam coeundi, se propter defectum rationis, quae adhuc non sufficit ad consensum illum rite faciendum qui perpetuo durare debet».

⁹⁴² D'AVACK, Pietro Agostino, *Il «defectus aetatis» nelle fonti e nella dottrina matrimoniale classica della Chiesa*, en «Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli», volume primo, Unione tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1960, pp. 389-390.

«Le droit canonique défendait bien de contracter mariage avant la puberté; mais si, en fait, cette prohibition n'avait pas été respectée et que l'impubère marié eût été, d'un côté, physiquement capable d'établir les relations sexuelles avec son conjoint, et, d'autre part, moralement capable de bien comprendre l'acte qu'il accomplissait, *doli capax*, le mariage était reconnu valable; la présomption cédait devant la vérité», ESMEIN, Adhemar, *Le mariage en droit canonique. Tome premier*, Reimpresión, Burt Franklin, New York, 1968, p. 212.

determinación de la capacidad. Sí existe en cambio una determinación de los supuestos de incapacidad consensual (c. 1095) e incapacidad corporal (c. 1084) que monopolizan el sistema de capacidad matrimonial desde el punto de vista de la patología⁹⁴³. Pero este sistema se alejaría igualmente del esquema de la capacidad de obrar extraído de la doctrina civilista:

a) Regla general de capacidad: la edad legal

b) Excepciones a la capacidad: la incapacitación judicial

A la vista de este esquema nos podemos hacer la pregunta en el ámbito canónico matrimonial: si la edad legal matrimonial no se tiene en cuenta, los cánones 1084 (incapacidad corporal) y 1095 (incapacidad consensual), ¿de qué son excepciones si no hay una capacidad previamente señalada?

Por lo dicho, ya se puede ver en este punto la necesidad de trasladar el sistema basado en la edad legal como presunción jurídica que exponía

⁹⁴³ Observando el proceso de formación de este canon, vemos que atiende a la influencia que las enfermedades psicosomáticas puedan tener en la capacidad para consentir –no a la determinación de la capacidad psíquica mínima del que va alcanzando una madurez por medio de la edad–. Se desprende de la fase de codificación del canon 1095, que se quiere dotar de soporte legal a los criterios que durante años está siguiendo la jurisprudencia de la Rota romana, para alcanzar así una aplicación general y una mayor seguridad jurídica; esto nos lleva a interpretar el canon 1095 en deuda con la jurisprudencia anterior, según las *mens legislatoris*. Este canon no pretende determinar la madurez psicológica inicial –y por lo tanto mínima y exigible a todos–, la cual no se extrae por contraste con las enfermedades, sino del desarrollo del hombre y de la mujer en condiciones normales, es decir, de la edad natural. El cometido de la edad legal matrimonial, si bien se refiere a la *discretio iudicii* de la que habla el canon 1095, tiene un ámbito propio de actuación: no es la falta de la discreción de juicio provocada por una enfermedad mental o trastorno psíquico, sino fijar el mínimo exigible a todo contrayente con independencia de su edad; dicho de otro modo, la edad fija el mínimo necesario que las patologías impiden. Además, la edad legal tiene el valor de marcar el momento a partir del cual se puede ejercer el *ius connubii*.

a lo largo de este trabajo⁹⁴⁴: ¿cómo se puede evaluar una patología sin una previa determinación legal de la capacidad en sentido positivo que sirva como punto de referencia a la actividad judicial? No es de extrañar los graves desajustes que se dan entre los tribunales eclesiásticos en el momento de evaluar la incapacidad consensual matrimonial. A mi juicio, la mala interpretación del sistema de capacidad matrimonial conduce sin querer a la declaración de la nulidad del matrimonio con sólo verificarse la existencia de una patología⁹⁴⁵; al no poder contrastarse esta patología y sus consecuencias con la mínima capacidad natural designada por una edad —la edad es vista como un impedimento residual sobre la capacidad corporal por falta de años para buena parte de la doctrina—, no habría modo de saber si esa patología elimina o no la mínima capacidad natural requerida para el matrimonio.

Según lo previsto en la Parte general del Código civil, del CIC de 1917 y del CIC de 1983, el sistema de capacidad se estructura legalmente en torno a la edad como presunción *iuris tantum*. La edad es la regla general de capacidad, y como tal puede encontrar excepciones que exigen el recurso al caso concreto, bien para destruir la presunción de capacidad de forma estable (la incapacitación judicial), bien de forma puntual en un acto concreto (nulidad o validez del acto). Estas excepciones tienen como punto de referencia verificar si concurre o no la capacidad natural en el sujeto concreto. Dicho de otro modo, en esas

⁹⁴⁴ La edad, que era y actuaba como una presunción jurídica aún estando incluida entre la imprecisa gama de circunstancias que impedían el ejercicio del *ius connubii* hasta el siglo XIX, fue constreñida por la nueva categoría de los impedimentos que surgió en el Código civil y en el CIC; no obstante, la regulación jurídica del llamado impedimento de edad, de su dispensa y de las convalidaciones, es una vía por donde emerge tortuosamente la completa naturaleza jurídica de la edad como presunción jurídica.

⁹⁴⁵ Ferrer Ortiz resalta el estado de opinión al respecto: «Que en muchas instancias inferiores, el c. 1095 se ha convertido no sólo en *un cajón de sastre* —donde cabe todo o casi todo—, sino en *un auténtico coladero de nulidades* al que difícilmente cualquier matrimonio puede resistir cuando una de las partes acude a él», FERRER ORTIZ, Javier, *La capacidad para el consentimiento válido y su defecto*, p. 869.

excepciones los jueces tienen la tarea de determinar, no si existe una patología, sino si ésta es la causa de la falta de capacidad natural requerida para el ejercicio de los derechos y deberes por su titular de modo general, o de un derecho en concreto. En el sistema matrimonial no sólo falta la regla general (la edad legal), sino que el puesto de ésta lo ha ocupado lo patológico, es decir, el canon 1095 (incapacidad consensual)⁹⁴⁶. No es de extrañar que muchos casos de nulidad en el ámbito canónico no lo hubieran sido en el ámbito civil como lo prueba las pocas sentencias que en esta materia existen⁹⁴⁷.

7) De conformidad con lo dicho, el sistema de capacidad matrimonial propuesto tendría la siguiente estructuración legal. Considerando que la capacidad matrimonial tiene un aspecto psicológico y otro corporal en atención a sus fines, la edad legal vendría a ser la presunción de la capacidad mínima necesaria para contraer matrimonio recuperando así su sentido histórico olvidado en buena parte de la doctrina posterior a la codificación. Por ello, el canon 1083 § 1 (la edad

⁹⁴⁶ El canon 1095 es una tipificación de la jurisprudencia previa sobre la materia. La jurisprudencia resuelve los litigios presentados para resolver una controversia, acabando el pronunciamiento al decir cuándo *no* hay capacidad. Por mucho que se avance en la determinación de lo que *no* es capacidad matrimonial con fundamento en informes periciales, siempre habrá que fijar el momento inicial en que acontece, y éste es propio de la edad legal. Si no se señalara la edad, y nos atuviéramos al canon 1095, se podría dar entrada a la exigencia de informes periciales para contraer matrimonio en la fase de preparación, lo que supone una limitación al ejercicio del *ius connubii* que no estaría justificada fuera de los casos dudosos, porque no se parte de la presunción de capacidad matrimonial, sino de la duda. El canon 1095, fuera del ámbito procesal, es inadecuado para determinar la capacidad mínima necesaria para contraer matrimonio; en tanto que trata de la incapacidad, remarca legislativamente, de modo más preciso, el contorno de la esfera de la capacidad matrimonial pero desde un punto de vista externo a la misma capacidad.

Es como si en el ámbito civil, se determinara la capacidad de obrar por el artículo 200 sin que existieran los artículos de la mayoría de edad, de la emancipación o de la minoría de edad, es decir, sin que existiera una norma que estableciera la presunción jurídica de capacidad de obrar. Concentrar el estudio de la capacidad matrimonial en el canon 1095 es aberrante desde la técnica jurídica y no creo que sea esa la opción del legislador.

⁹⁴⁷ SSTs 629 de 18 de septiembre de 1989; 235 de 29 de abril de 2015.

legal) vendría a ser la regla general, y las excepciones se regularían en el canon 1095 (las excepciones derivadas de patologías de origen psíquico) y en el canon 1084 (las excepciones derivadas de patologías de origen corporal)⁹⁴⁸. Estas excepciones lo serán en la medida en que se acredite de forma concluyente que no existe la mínima capacidad psicológica y/o corporal que la edad presume a los 14 años para la mujer y a los 16 años para el varón, al margen de la edad que tengan los contrayentes, ya que el sistema de capacidad matrimonial marca un mínimo aplicable a todo individuo con independencia de su edad⁹⁴⁹.

8) Expuesto así el sistema de capacidad matrimonial, a mi modo de ver emerge otro aspecto procedente del sistema de capacidad de obrar del ámbito civil que puede tener aplicación en el ámbito canónico⁹⁵⁰. Se

⁹⁴⁸ Tanto las incapacidades consensuales como la impotencia, si constan, impiden la celebración del matrimonio; no hay por lo tanto diferencia desde un punto de vista procesal. En el caso de que no consten, tanto unas como otra, han de ser demostradas en el procedimiento judicial: hay que probar su existencia para destruir la presunción de capacidad matrimonial que la edad establece con carácter general.

De todos modos, la sistemática canónica de la parte general sigue siendo una mano tendida a la sistemática matrimonial canónica, al establecer de forma consecutiva el sujeto de Derecho, la capacidad jurídica, la capacidad de obrar (edad) y la enfermedad mental. Esto se debe a la técnica civil a la que el derecho matrimonial ha sido impermeable en la codificación, sobre todo por catalogar la edad como impedimento. Y es preciso insistir, que el régimen jurídico matrimonial establece una edad distinta, no una institución o sistemática diferente: la edad es lo que es sea en uno o en otro negocio jurídico.

⁹⁴⁹ Las aplicaciones prácticas de este planteamiento supondrían adoptar un criterio positivo en el estudio de la capacidad, y limitar la arbitrariedad del juez, al que ya no le bastaría detectar una patología que inhiere en la capacidad matrimonial, sino valorar, si esa patología detectada hace disminuir la capacidad matrimonial por debajo del mínimo exigido por el canon 1083. Dicho canon, no se aplica sólo a los menores de 16 y 14 años, sino a todo contrayente como requisito de mínima capacidad que ha de tener al contraer matrimonio, o de la que ha de carecer en un posterior proceso de nulidad matrimonial por incapacidad consensual.

⁹⁵⁰ La jurisdicción civil puede aportar una mayor calidad técnica a la jurisdicción canónica a la hora de declarar la incapacidad matrimonial de una persona: principios que rigen la incapacitación, pruebas concluyentes, criterios de determinación de la capacidad del hombre medio normal, etc., y sobre todo, teniendo a la edad legal como punto de referencia primero y básico para localizar la capacidad mínima cuya ausencia

trata de la técnica de los procesos de incapacitación judicial en el Ordenamiento civil, a los que se remite de modo general el Ordenamiento canónico, reservándose únicamente el proceso de enjuiciamiento de la incapacidad matrimonial. Siendo esta reserva lógica –tiene la jurisdicción al respecto sobre los matrimonios canónicos–, esto no impide que en cuanto a la técnica, el proceso de nulidad por el canon 1095 pueda enriquecerse en cuanto a los principios jurídicos que sustentan el proceso de incapacitación civil, entre ellos, que se presume la capacidad mientras no existan pruebas «concluyentes» en contra que permitan declarar la incapacidad de una persona⁹⁵¹, más aún cuando está en juego el ejercicio de un derecho personalísimo como es el *ius connubii*.

No deja de ser extraña y comprensiva –pero no por eso justificada–, la actitud mental entre los jueces de muchos tribunales que les hace inclinarse a favor del reconocimiento de la incapacidad al matrimonio de una persona en atención a criterios extralegales. Igualmente extraña es la facilidad con la que dicha incapacidad se declara y simultáneamente el *vetitum* se levanta; esa facilidad con la que el *vetitum* se levanta estaría justificada porque el *ius connubii* es un derecho natural, pero el mismo

justificaría la incapacidad matrimonial en la fase judicial. Para el resto de derechos y deberes, la Iglesia se remite a la calificación de incapacitado que un juez civil establezca.

⁹⁵¹ Lógicamente esas pruebas irán destinadas a demostrar que no se tiene la mínima capacidad necesaria identificada por la edad. Así pues, la edad en la capacidad de obrar, no sólo determina cuándo se tiene la capacidad plena, sino que además y principalmente, designa el mínimo de capacidad exigido a toda persona para no ser incapacitada, el mínimo cuya ausencia ha de probarse de forma concluyente en la fase judicial. Es decir, a una persona de 50 años, sólo se le podrá incapacitar siempre y cuando no tenga la mínima capacidad requerida, y esta es la que tiene como regla general una persona de 18 años. A partir de aquí, la jurisprudencia civil ha ido llenando de contenido y de criterio esa mínima capacidad, con idea de poder enjuiciar su ausencia ante una patología. En mi opinión, estas normas de la incapacitación civil han de ser una plantilla técnica trasladable al proceso de incapacidad consensual en el matrimonio.

respeto exige el *ius connubii* en el momento de enjuiciar si una persona fue incapaz de prestar el consentimiento matrimonial.

* * *

Lo dicho en los apartados anteriores requeriría de una justificación adecuada, a la vez que sería necesario mostrar si la edad legal matrimonial puede ser interpretada en el actual sistema vigente como una presunción *iuris tantum*. Ello precisaría de un trabajo mucho más amplio y específico que no es posible desarrollar aquí. Por el momento, he procurado ofrecer en estos tres capítulos una interpretación del actual sistema de capacidad de obrar legal estructurado en torno a la edad legal como presunción *iuris tantum* de capacidad en sentido técnico, dejando para más adelante la aplicación de este sistema al ámbito matrimonial.

CONCLUSIONES

PRIMERA

Los conceptos ‘sujeto de derecho’, ‘capacidad jurídica’ y ‘capacidad de obrar’ se han ido formando, delimitando y perfeccionando según los principios del realismo jurídico.

El Derecho no es un constructo teórico paralelo a la realidad, sino una ciencia que estudia un aspecto de ella con el fin de ordenarla de un modo técnico y justo. Ese orden aplicado a la persona ha logrado desarrollar la teoría del sujeto de derecho y su capacidad. El realismo jurídico es un modo de ser del Derecho como ciencia, al que acompaña en cada progreso desde sus inicios.

La teoría sobre el sujeto de derecho, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar se ha ido perfilando continuamente para reflejar de forma más adecuada la realidad a la que remitía. De este modo, el sujeto de derecho se identificará con la persona real; la capacidad jurídica con

la aptitud humana que comprende la titularidad y la tenencia efectiva de los derechos y deberes; y la capacidad de obrar con la capacidad natural que permite el ejercicio por uno mismo de esos derechos y deberes.

Lo anterior ha sido la conclusión de un proceso doctrinal que ha encontrado en la voluntad humana el punto de partida. En efecto, sobre ella, que es esencial en el Derecho, se empezó a construir dicha teoría. No era realista identificar la voluntad y el sujeto de derecho porque los niños e incapaces quedaban excluidos y por eso surgió el concepto de capacidad jurídica. Sujetos de derecho eran todas las personas aunque no todas fueran capaces.

No era realista equiparar la voluntad con la capacidad jurídica como aptitud global y uniforme ante los derechos y deberes, y por eso se avanzó en dos fases. En primer lugar se admite la diversidad real en la titularidad, y para ello se completa la noción de la capacidad jurídica con el concepto de «tenencia efectiva» (Martínez de Aguirre). De este modo se respeta la igualdad y la diversidad que realmente existen en la capacidad jurídica. La igualdad hace referencia a la aptitud humana para ser titular como primera manifestación del sujeto de derecho; pero esa aptitud, igual en dignidad, no es idéntica en todos porque no todos tienen ni pueden tener los mismos derechos y deberes. La diversidad no se opone a la igualdad sino a la uniformidad. La aptitud para ser titular de unos derechos que nunca podré tener no es realista. La igualdad y la diversidad son originarias en la capacidad jurídica.

En segundo lugar, el avance sobre la capacidad jurídica prosigue hacia la formación y delimitación de otro concepto: la capacidad de obrar, que aparece referido unánimemente por la doctrina a la capacidad natural. Es aquí donde se situará la voluntad humana. Pero como no es realista el reconocimiento de una misma voluntad y capacidad natural común e indeferenciada en todas las personas, por eso la doctrina propone diversos modelos para articular jurídicamente esa capacidad

natural. Y es aquí donde justicia y técnica van juntas como elementos propios del Derecho, tal y como reclama el realismo jurídico.

SEGUNDA

La edad legal es el centro o eje que aglutina todo el sistema normativo de la capacidad de obrar.

La teoría de la capacidad de obrar tiene como punto de partida la capacidad natural. Luego la doctrina la individualiza en dos elementos: generalmente por medio de la ‘edad natural’ a la que está conectado el desarrollo de las capacidades cognitivas y volitivas, y excepcionalmente por medio de la ‘enfermedad’ cuando afecta a esas capacidades.

Escogidos de la realidad los elementos que la conforman, la doctrina atiende en el siguiente paso a la capacidad de obrar legal. Si la capacidad natural había sido individualizada por la edad y la enfermedad, la capacidad de obrar legal los traducirá en la ‘edad legal’ y en la ‘incapacitación judicial’ respectivamente. Hasta aquí la doctrina no ha hecho más que poner las bases de lo que pretende: articular jurídicamente la capacidad natural (edad y enfermedad) y la capacidad de obrar legal (edad legal e incapacitación judicial). Más concretamente, la teoría de la capacidad de obrar tiene como objetivo ordenar técnicamente el ejercicio de los derechos y deberes de acuerdo a la capacidad natural de cada uno.

Las diferentes propuestas se pueden reunir en torno a estos tres modelos: 1) Modelo positivista: la capacidad de obrar será la que establezca la norma, sin que después sea posible acudir a la capacidad natural. 2) Modelo naturalista: la norma se limitaría a identificar la capacidad de obrar legal con la capacidad natural. 3) Modelo técnico jurídico: articula la norma y la capacidad natural de un modo viable en el tráfico jurídico acudiendo a la edad legal. Los dos primeros modelos no son habituales en los juristas salvo como tendencia doctrinal.

El último modelo es el que defiende mayoritariamente la doctrina, donde la edad legal se convierte en el elemento fundamental del sistema de la capacidad de obrar. Pero el tratamiento jurídico de la edad legal puede hacerse siguiendo estas tres variantes: 1) por tramos legales de edades; 2) por la mayoría-minoría de edad; y 3) por la edad como presunción jurídica de capacidad. Esta última opción responde satisfactoriamente a los principios del realismo jurídico que informan la teoría del sujeto de derecho y su capacidad, aúna técnica y justicia, y a la vez permite comprender el sistema jurídico vigente de capacidad.

TERCERA

La naturaleza jurídica de la edad: no es un estado civil (Federico de Castro y parte de la doctrina española), ni es una norma en sentido positivista (Federico de Savigny y la doctrina alemana).

La calificación de la edad como estado civil es una característica peculiar de la doctrina española, que después de la promulgación del Código civil proseguirá De Castro. Escoge esta vía para defender otro asunto que le parece más importante: el reconocimiento de la capacidad de obrar (limitada) al menor, tal y como había existido en el Derecho histórico.

De Castro acude al estado civil como una técnica jurídica que incorpore la capacidad natural de las personas, incluidos los menores de edad. Pero esto lleva a sustituir la edad legal por el estado civil como núcleo o eje del sistema de capacidad de obrar, rompiendo así con la tradición jurídica de estructurar la capacidad natural por medio de la edad legal desde el Derecho romano. Esta postura es tan ajena al Derecho histórico como la incapacidad de obrar del menor, y provoca un positivismo mayor que el que trata de evitar, pues oscurece la conexión con la capacidad natural que en la edad legal era evidente. Además, la

solución de la minoría de edad como estado civil deja sin responder los interrogantes que la doctrina plantea en materia de capacidad de obrar, a la vez que se hace más difícil mantenerla después de la supresión del artículo 32.2º del Código civil, único artículo que hacía mención a la minoría de edad como estado civil de modo indirecto y no de modo estricto.

Por otro lado, Savigny opta por extraer del Derecho romano la técnica de acudir a una edad central para organizar el sistema de capacidad de obrar. Esa edad general era la pubertad legal, a partir de la cual se tenía capacidad de obrar plena (en los *sui iuris*). Pero había sido tan protegida la actuación del púber hasta los 25 años, que el Derecho común y la codificación asumirán una edad más cercana a los 25 que a los 12/14 años de la pubertad legal. Lo relevante en nuestro caso es que esa circunstancia lleva al romanista alemán a escoger la edad de la mayoría como edad legal de referencia y a partir de ella establecer una frontera en la capacidad de obrar: después de la mayoría de edad hay capacidad de obrar, antes no.

Como se ve, en Savigny la capacidad natural de los menores es desatendida y por eso su propuesta también es deficiente; no por la técnica de acudir a la edad de la mayoría como eje de toda la capacidad de obrar, sino por interpretarla erróneamente como una norma positivista y no como una presunción legal de capacidad, naturaleza genuina con que la edad comenzó en el Derecho romano. La asunción de la técnica romana por parte de Savigny es parcial, y desde entonces, la menor edad será sistematizada como impedimento o circunstancia modificativa o impeditiva de la capacidad de obrar legal. En cambio, la edad legal como presunción jurídica de capacidad permite un reconocimiento técnico de la capacidad natural de los menores.

CUARTA

La edad en el Derecho romano no fue una limitación de la capacidad de obrar, sino la misma capacidad natural medida. La edad en la codificación tampoco es una circunstancia limitativa/modificativa de la capacidad de obrar, como normalmente la estructura la doctrina.

Savigny identifica la menor edad como impedimento de los actos voluntarios. La doctrina en general califica la menor edad como circunstancia limitativa/impeditiva/modificativa de la capacidad de obrar. Ello se debe a la equiparación entre capacidad de obrar y mayoría de edad, de modo que la menor edad viene a ser una circunstancia que “impide” tener capacidad de obrar.

El equívoco de Savigny no está en identificar la capacidad de obrar plena con la mayoría de edad, sino en considerar la norma que la establece como una simple norma positiva, y no como presunción jurídica. Para Savigny la norma de la edad tiene la estructura clásica de toda norma material: si A entonces B; si no A entonces no B. Pero no era esta la naturaleza jurídica de la edad legal, sino aquella de la presunción: si A entonces B; si no A, entonces B si se prueba C. “A” es la edad. “B” es la capacidad de obrar legal. “C” es la capacidad natural.

Pero además, a la hora de catalogarse en los manuales la menor edad como circunstancia limitativa/impeditiva/modificativa de la capacidad de obrar, se está negando una capacidad de obrar legal que ni siquiera tenía asignada por la norma, por lo que no es adecuado decir que se limita o se modifica lo que no se tenía, y que en muchos casos ni siquiera se podría tener como en el caso de los niños de 1 año por ejemplo.

Por lo tanto, la técnica de la edad legal no consiste en ser una norma que deba entenderse en sentido positivista (Savigny), pero tampoco

como estado civil (De Castro). Además, la edad legal no se corresponde con el nuevo concepto de estado civil posterior a la codificación.

QUINTA

El estado civil tiene un nuevo concepto en el Ordenamiento civil español: es una protección jurídica especial otorgada a determinadas situaciones o circunstancias personales por su relevancia en el tráfico jurídico ante una eventual controversia.

El *status* romano fue transformándose progresivamente durante toda la Edad Media, y la doctrina francesa e italiana lo reconducen a un concepto instrumental del sujeto de derecho y su capacidad jurídica y/o de obrar. La doctrina alemana prescinde de él. Y la doctrina española se dirige significativamente a la capacidad de obrar por influencia de Federico de Castro.

En cualquiera de los casos existe una gran confusión en el momento de delimitar si el estado civil se refiere a las circunstancias y situaciones personales que históricamente venían designadas con el nombre de estado natural o estado civil, o si hace referencia a una cualidad jurídica derivada de aquellas. En el Derecho español el estado civil no viene identificado con esas situaciones o circunstancias personales –son realidades distintas y cada una tiene su régimen jurídico específico–, sino que consiste en un sistema jurídico de protección ante una eventual controversia sobre esas situaciones o circunstancias personales relevantes en el Derecho.

A esta afirmación contribuyen la ausencia de un concepto legal, la falta de un régimen jurídico propio del estado civil y el tratamiento autónomo que la doctrina hace de cada una de las situaciones o circunstancias personales, sean o no calificadas como estado civil. Precisamente donde sí existe un régimen jurídico común y un

tratamiento doctrinal conjunto es en el ámbito de la prueba preconstituida por el Registro civil. En este sistema de protección se agota el concepto de estado civil. En consecuencia, nada tiene que ver el estado civil con la capacidad de obrar ni con la edad legal salvo la protección registral que dispensa.

SEXTA

La edad como presunción jurídica logra el objetivo propuesto por la teoría de la capacidad de obrar: articular razonablemente la capacidad natural y la capacidad de obrar legal. Esta técnica es la adoptada por el Ordenamiento civil y por el Ordenamiento canónico.

Para De Castro la capacidad natural era externa al Derecho, y por ello precisaba de una técnica legal que la incorporara: el estado civil. Para Savigny la capacidad natural aparecía legalizada en la mayoría de edad e identificada con ella.

En cambio, la capacidad natural no es extralegal, sin que por ello deje de ser natural. Es decir, la capacidad natural está “vigente” en el Ordenamiento civil y en el Ordenamiento canónico gracias a la técnica de la edad como presunción jurídica.

La edad legal en el Código civil (arts. 322 y 323) y en el Código de Derecho canónico de 1983 (cc. 97 y 98) no es ni un estado civil ni una norma en sentido positivista, sino una presunción jurídica de capacidad. Esta técnica consigue una adecuada articulación de la capacidad de obrar legal y de la capacidad natural, objetivo esencial de la doctrina.

En efecto, el Ordenamiento civil y el Ordenamiento canónico permiten que toda persona con capacidad natural actúe eficazmente de un modo viable en el tráfico jurídico. Ello se explica por el peculiar

funcionamiento de la mayoría de edad como presunción jurídica, en virtud de la cual no se pone una frontera entre la capacidad y la incapacidad de obrar, sino que se hace un reparto de la carga de la prueba. El mayor de edad está favorecido por la presunción y no ha de probar su capacidad. Al menor no se le niega la capacidad de obrar, de hecho, actúa eficazmente en todo caso si tiene capacidad natural, aunque ésta haya de ser probada de algún modo.

No es una anomalía la ‘no nulidad absoluta’ de los actos que el menor ha concluido, sino una consecuencia derivada de la edad concebida como presunción legal de capacidad. Esta solución, procedente del Derecho romano, atiende a la demanda –de Federico de Castro y de la doctrina– de hallar un soporte legal al principio de la capacidad de obrar limitada del menor. Era incorrecto acudir al derogado artículo 32.2º del Código civil para asentar allí dicho principio. Con la edad como presunción jurídica no se viene a establecer la incapacidad de nadie, sino a decir quién tiene que acreditar de alguna forma la capacidad natural.

Las reformas del Código civil a partir de 1981 no son un cambio del sistema de capacidad de obrar del menor, sino un desarrollo de la técnica presuntiva de la edad legal; es decir, son un cambio en la carga de la prueba de la capacidad y vienen a subrayar la vigencia de la ‘capacidad natural’ en el Ordenamiento por ser uno de los elementos (concretamente el hecho presunto) de la edad entendida como presunción legal.

SÉPTIMA

La incapacitación judicial es un elemento de la edad como presunción iuris tantum, concretamente la ‘prueba en contrario’. La consideración conjunta del momento normativo y del momento judicial aporta la comprensión cabal y completa del régimen jurídico de la capacidad de obrar en el Ordenamiento civil.

La capacidad de obrar legal tiene dos grandes sectores: las normas de la edad (o capacidad) y las normas sobre la incapacitación (o incapacidad). El primer sector tiene un sentido positivo (quién tiene capacidad), el segundo negativo (quién no tiene capacidad).

La doctrina suele interpretarlos de forma autónoma, a la vez que denuncia la falta de unidad en el sistema de capacidad de obrar legal en el Ordenamiento civil. La técnica de la presunción *iuris tantum* articula adecuadamente todas las normas al respecto en torno a la edad legal. Ésta actuaría como el centro o eje del entero sistema normativo de la capacidad de obrar. La edad legal es la regla general, y las normas sobre la incapacidad son la excepción que ha de ser verificada y canalizada a través de la prueba en contrario. En efecto, la incapacitación judicial es la prueba estable en contrario de la falta persistente de la capacidad natural presumida por la edad legal. Cuando la incapacidad es puntual, su prueba provoca únicamente la nulidad del acto concreto llevado a cabo por quien legalmente tenía capacidad de obrar. En uno y otro caso queda destruida la capacidad de obrar que la edad legal presumía.

La consideración conjunta del momento normativo y el momento procesal del Derecho permite comprender como sistema el conjunto de las normas sobre capacidad de obrar. A esta consideración global lleva el punto de partida de la edad como presunción *iuris tantum* y su prueba en contrario.

OCTAVA

La sistemática de la capacidad de obrar en el Código civil es anacrónica, y en un sector de la manualística es confusa.

Los progresos de la teoría de la capacidad de obrar han llegado al texto de los artículos del Código civil, a los principios inspiradores de las instituciones relacionadas con ella (patria potestad, tutela y curatela), a la naturaleza jurídica de la edad legal, pero no han conseguido la reforma de la sistemática del Código que sigue reflejando una mentalidad desacorde con lo avanzado por la teoría de la capacidad de obrar.

La capacidad natural es el fundamento que la teoría de la capacidad de obrar señala en la edad legal. Ello ha llevado a una profunda reforma del sistema en la redacción originaria del Código civil: desaparece la distinción entre el *sui iuris* y el *alieni iuris*; el mayor de edad deja de estar sometido a las instituciones de la patria potestad y la tutela y es capaz para todos los actos de la vida civil; la patria potestad y la tutela pasan de ser sistemas de sustitución del menor e incapaz a sistemas de protección en beneficio de su interés. Todo ello porque el principio hegemónico en la capacidad de obrar (desde el inicio de la codificación) es la persona y su capacidad natural, y que las reformas a partir de 1981 vienen a remarcar.

Pero al lado de esto, la sistemática no tuvo tiempo de adaptarse. Debido a su novedad, la capacidad de obrar no se regula junto al sujeto de derecho (art. 29 Cc), ni junto a la capacidad jurídica (antiguo artículo 32 Cc), sino en la parte final del Libro I, antes del Título dedicado al Registro civil; la emancipación se regula antes que la mayoría de edad (el orden en el Título ha cambiado, pero no el articulado); la menor edad se concebía como estado civil y restricción de la personalidad/capacidad jurídica; la incapacitación no se mencionaba en ningún Título. Las

reformas han mejorado la sistemática, sobre todo para la incapacitación, que se recoge en un Título específico (IX) y antes que la tutela (X) reflejando de ese modo la prioridad jurídica de la capacidad natural.

Quedan pendientes algunas correcciones: la minoría de edad está en parte regulada dentro de la patria potestad y en parte derogada (art. 32.2º); la mayoría de edad, la minoría y la emancipación deberían ir antes que la incapacitación; y todo el sistema de capacidad de obrar debería ir junto a la previsión del sujeto de derecho y la capacidad jurídica conforme a los principios de la teoría de la capacidad de obrar.

En el ámbito doctrinal se estudia conjuntamente el sujeto de derecho (la persona física), la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. En esta última, con acierto sistemático y en continuidad con toda la historia, se regula la edad legal. El problema se haya en la posición que la edad legal ocupa en el cuadro de la capacidad de obrar: es esquematizada como una circunstancia modificativa/impeditiva de la capacidad de obrar, perdiendo así la identidad que existe entre ésta y la edad. En efecto, la edad es la misma capacidad de obrar “medida”, no una modificación. La consecuencia del planteamiento manualístico será que la edad pierde su centralidad, y así se hace más difícil detectar su naturaleza jurídica de presunción *iuris tantum*.

Esta perspectiva tiene su origen en la interpretación parcial que Savigny hace de la edad legal en el Derecho romano, como había denunciado Federico de Castro, si bien la alternativa basada en el estado civil que éste propone no resuelve la cuestión nuclear: articular la capacidad natural y la capacidad de obrar legal.

NOVENA

La capacidad de obrar tiene la misma estructura y los mismos principios en el Código civil español y en el Código de Derecho canónico.

Existe una asunción en el ámbito canónico de la teoría de la capacidad de obrar elaborada por los civilistas. Es normal tratándose del Derecho de la persona y de la unidad de la ciencia jurídica. La capacidad natural es el elemento central en ambos Ordenamientos. La capacidad se denomina «gobernarse por sí mismo» en el Código civil (art. 200) y «uso de razón» en el Código de Derecho canónico de 1983 (c. 97) –la doctrina prefiere sobre todo el término «capacidad natural»–.

En el Código de la Iglesia el sujeto de derecho y la capacidad jurídica tienen un tratamiento técnico mucho más preciso y explícito por razones específicas del propio Derecho canónico. La capacidad de obrar tiene una expresión sistemática de mayor claridad y sencillez que la civil, no desvirtuada por los estados civiles, aunque carece de una remisión directa a las leyes estatales en el caso de la incapacitación del mayor de edad.

El Código de Derecho canónico recoge la previsión legal del «uso de razón» (c. 97) a los que tienen entre 7 y 18 años. Esto es una ventaja y no una diferencia con respecto al Código civil, pues en ambos la capacidad natural tiene un soporte legal por medio de la mayoría de edad como presunción *iuris tantum*, aunque reflejarlo expresamente ayuda a la comprensión del sistema de capacidad.

DÉCIMA

La edad es una presunción iuris tantum de capacidad en sentido técnico desde la teoría procesalista.

La edad legal no existía al principio. Fue un hito jurídico en la Historia del Derecho que tuvo lugar por medio de los jurisconsultos romanos. Resulta difícil imaginar un sistema de capacidad de obrar viable en el tráfico jurídico no estructurado conforme a la edad legal. La codificación, que supuso una transformación del Derecho y sus instituciones jurídicas incluida la edad, ha provocado un oscurecimiento

en la comprensión de su naturaleza jurídica, debido a que los elementos que la conforman fueron dispersados entre el Derecho material y el Derecho procesal. Si esos elementos de la capacidad de obrar que la teoría menciona son considerados conjuntamente, emerge la naturaleza jurídica que la edad había tenido desde el Derecho romano hasta la codificación: la edad como presunción jurídica de capacidad.

Actualmente son los procesalistas los que estudian los elementos y la naturaleza jurídica de las presunciones. Los elementos de la presunción *iuris tantum* tienen un paralelismo perfecto con los elementos que la teoría de la capacidad de obrar menciona para la edad: el hecho presunto (la capacidad natural), el hecho base o hecho cierto (edad natural), probabilidad basada en la experiencia o relación entre los hechos (experiencia de que a determinada edad se tiene determinada capacidad), razonamiento presuntivo del legislador (la edad legal o previsión normativa de la edad), *iuris tantum* (admisión de prueba en contrario).

Igualmente la edad legal se inserta dentro de la naturaleza jurídica que la doctrina ha sostenido siempre para las presunciones *iuris tantum*: instrumento técnico (edad legal) que conecta el nacimiento del derecho (atribución de capacidad de obrar) a un hecho simple y fácilmente acreditable (edad natural), quedando a salvo el recurso a la prueba del hecho presunto (capacidad natural), siempre complejo y más difícilmente demostrable. Por lo tanto, en la edad se verifica también la función esencial que la doctrina señala en toda presunción *iuris tantum*.

La doctrina civil y canónica no ha dado el paso de calificar la edad como presunción *iuris tantum* en sentido técnico, pero la mayor parte de los civilistas y canonistas la describen genéricamente como tal.

BIBLIOGRAFÍA

A) DOCTRINA

AGUILÓ REGLA, Josep, *Presunciones, verdad y normas procesales*, en «Isegoría», núm. 35, CSIC Revistas, Julio-Diciembre, 2006.

ALBADALEJO, Manuel, *Curso de derecho civil. IV. Derecho de familia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982.

— *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, Edisofer, 19ª ed., Madrid, 2013.

ALBANESE, Bernardo, *Le persone nel diritto privato romano*, Tipografia S. Montaina, Palermo, 1979.

ALONSO PÉREZ, Mariano, *La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras*, en «Actualidad Civil», núm. 2/6, 12 de enero, 1997, pp. 17-40.

- ALPA, Guido, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Ed. Laterza, Bari, 1993.
- ALPA, Guido e RESTA, Giorgio, *Le persone e la familia. I. Le persone fisiche e i diritti della personalità*, UTET, Torino, 2006.
- ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, Nicolás, *Derecho canónico y codificación: alcance y límites de la asunción de una técnica*, en «Ius Canonicum», volumen 51, núm. 101, Pamplona, 2011.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*, Ed. Comares, Granada, 2007.
- ANDRIOLI, Virgilio, *Presunzioni. Diritto civile e Diritto processuale civile*, en *Novissimo Digesto Italiano. Volume XIII*, UTET, 3ª ed., Torino, 1957.
- ARAMBURO, Mariano, *La capacidad civil*, Ed. Reus, 2ª ed., Madrid, 1931.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, 40ª ed, Eugenio Jovene Editore, Napoli, 1978.
- ARIAS RAMOS, José et alii, *Derecho romano. I. Parte general. Derechos reales*, Ed. Revista de Derecho Privado, 14ª ed., Madrid, 1977.
- ARNDTS, Karl Ludwig, *Le Pandette. Volumen I. Parte Prima*, Bologna, Tipografía Fava e Garagnani, 1882.
- ARTIGAS, Mariano, *Filosofía de la ciencia*, Eunsa, 2ª ed., Pamplona, 2009.
- ASTOLFI, Riccardo, *Il matrimonio nel Diritto romano preclassico*, CEDAM, 2ª ed., Padova, 2002.
- *Il matrimonio nel Diritto romano classico*, CEDAM, Padova, 2006.

- AYRINHAC, Henry Amans et LYDON, Patrick Joseph, *Marriage legislation in the New Code of Canon Law*, Ed. Benzinger Brothers, 2ª ed., New York, 1952.
- AZZARITI, Giuseppe, *Stato civile*, in *Novissimo Digesto Italiano. Volume XVIII*, UTET, 3ª ed., Torino, 1957.
- BÁNK, Joseph, *Connubia canonica*, Herder, Roma, 1959.
- BAÑARES, Juan Ignacio, *Comentario al c. 1055*, en *Comentario exegético al Código de Derecho canónico. Volumen III/2*, Eunsa, 3ª ed. actualizada, Pamplona, 2002.
- BARIFFI, Francisco José, *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la convención de la ONU*, en *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael Lorenzo*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
- BECCHI, Paolo, *La codificación posible. Hegel entre Thibaut y Savigny*, en [la.https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1995-10019500218_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_codificaci%F3n_posible:_Hegel_entre_Thibaut_y_Savigny](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1995-10019500218_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_codificaci%F3n_posible:_Hegel_entre_Thibaut_y_Savigny).
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, *Derecho de la persona*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976.
- *Manual de Derecho civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Ed. Bercal, Madrid, 1996.
- BERNAD PÉREZ, Luisa, *Criterios de valoración médico-legal de la capacidad para la realización de actos con eficacia jurídica*, en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.

- BERNÁRDEZ CANTÓN, Alberto, *Curso de Derecho matrimonial canónico*, Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1974.
- BERTOLA, Arnaldo, *Il matrimonio religioso nel diritto canonico e nell'ordinamento concordatario italiano*, Ed. Torinese, Torino, 1966.
- BESTA, Enrico, *Le persone nella storia del diritto italiano*, CEDAM, Pádova, 1931.
- BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile. I. La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè Editore, 2ª ed., Milano, 2002.
- BLANCO NÁJERA, Francisco, *El código de derecho canónico traducido y comentado. Tomo II. Derecho sacramental*, Ed. Escelicer, Cádiz, 1945.
- BONET Y NAVARRO, Ángel, *Presunciones. Derecho procesal*, en *Enciclopedia Jurídica Básica. III*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.
- BONNET, Piero Antonio, *La codificazione canonica nel sistema delle fonti fra continuità e discontinuità*, en *Perchè un codice nella Chiesa*, Ed. Dehoniane, Bologna, 1984.
- BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, Ed. Reus, 5ª ed., Madrid, 2002.
- BORRÁS, Alegría, *La evolución de la protección del niño en el Derecho internacional privado desde el Convenio de Nueva York de 1989*, en *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2010.
- BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto privato romano*, UTET, 4ª ed., Torino, 1993.

- CAMACHO EVANGELISTA, Fermín, *Historia del Derecho romano y su recepción en Europa*, Univ. De Granada, Granada, 1994.
- CAMPITELLI, Adriana, *Presunzione. a) Diritto intermedio*, en *Enciclopedia del Diritto. XXXV*, Giuffrè Editore, Varese, 1986.
- CANCE, Adriano y DE ARQUER, Miguel, *El Código de Derecho Canónico. Comentario completo y práctico. Tomo I*, Ed. Liturgica Española, Barcelona, 1934.
- CAPELLO, Felice Maria, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis. Volumen V. De matrimonio*, Ed. Marieti, 6ª ed., Romae, 1950.
- CAPILLA RONCERO, Francisco, *El derecho civil. Codificación y Constitución*, en *Derecho Civil. Parte general. Derecho de la persona*, Ed. Tirant lo Blanc, 4ª ed., Valencia, 2003.
- CARBONERO Y SOL, León, *Tratado teórico-práctico del matrimonio, de sus impedimentos y dispensas. Tomo I*, Sevilla, 1864.
- CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del Derecho*, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1941.
- *Notas sobre la capacidad y la incapacidad*, en «Revista de Derecho Privado», Tomo XXXVII, Noviembre, 1953.
- CARRERAS, Jorge, *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, en «Revista jurídica de Catalunya», LXI, núm. 3 y 4, Barcelona, 1962.
- CARRERAS, José, *Las bodas: sexo, fiesta y derecho*, Ed. Rialp, Madrid, 1994.
- CARRETERO, Mario, *Psicología evolutiva. 3. Adolescencia, madurez y senectud*, Alianza Editorial, Madrid, 1986.
- CASSIRER, Ernst, *Filosofía de la Ilustración*, Fondo de Cultura Europea, 3ª ed., Madrid, 1972.

- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral. Tomo I. Introducción y parte general. Volumen II*, Ed. Reus, 15ª ed., Madrid, 2007.
- CATTANEO, Mario Alessandro, *Illuminismo e legislazione*, Ed. Di Comunità, Milano, 1966.
- CAZORLA PRIETO, Luis María, *Codificación y contemporánea y técnica legislativa*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- CHELODI, Ioanne, *Ius matrimoniale iuxta Codicem Iuris Canonici*, Ed. Tridentum, 3ª ed., Trento, 1921.
- CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo II*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1977.
- CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto, *Comentario breve al Codice civile*, CEDAM, 5ª ed., Padova, 2016.
- CICU, Antonio, *Il concetto di 'status'*, en *Scritti minori. I*, Giuffrè Editore, Milano, 1965,
- CIPROTTI, Pio, *Matrimonio nel Diritto*, en *Enciclopedia del matrimonio*, Ed. Quiriniana, Brescia, 1959.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Curso elemental de Derecho civil español común y foral. Tomo 2º. Parte General*, Ed. Victoriano Suárez, Madrid, 1927.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Técnica legislativa codificada*, en «Revista de Derecho Privado», Tomo XXI, Marzo, 1934.
- COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso elemental de Derecho civil. Tomo primero*, Ed. Reus, Madrid, 1922.
- *Curso elemental de Derecho civil. Tomo segundo. Volumen I*, Ed. Reus, Madrid, 1923.
- COMOGLIO, Luigi Paolo, *Le prove civili*, UTET, 2ª ed. interamente riveduta ed ampliata, Torino, 2004.

- CONIGLIO, Antonino, *Le presunzioni nel proceso civile*, Ed. La Celere, Palermo, 1920.
- CONTE A CORONATA, Matthaeus, *Institutiones iuris canonici. De sacramentis. Tractatus canonicus. Volumen III*, Ed. Marietti, 3ª ed., Casali, 1957.
- CORASANITI, Aldo, *Stato delle persone*, en *Enciclopedia del Diritto. XLIII*, Giuffrè Editore, Varese, 1990.
- CORDOPATRI, Franco, *Presunzione. d) Teoria generale e diritto processuale civile*, en *Enciclopedia del Diritto. XXXV*, Giuffrè Editore, Varese, 1986.
- CORIDEN, James A., GREEN, Thomas J., et HEINTSCHEL, Donald E., *The Code of Canon Law. A text and commentary*, Ed. Geoffrey Chapman, London, 1985.
- CORNU, Gérard, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, Ed. Montchrestien, 8ª ed., París, 1997.
- CORRADINI, Domenico, *Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, en *Il diritto privato nella società moderna*, Editrice il Mulino, Bologna, 1971.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *El concepto jurídico de persona. Una reconstrucción unitaria*, en «Revista Chilena de Derecho», volumen 17, 1990, en <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/16928/000129142.pdf?sequence=1&isAllowed=>.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor, *Derecho procesal civil*, Ed. Tirant lo Blanc, 3ª ed., Valencia, 2008.
- COVIELLO, Nicolas, *Doctrina general del Derecho civil*, Ed. Uteha, trad. 4ª ed. italiana, Mexico D. F., 1949.
- CREMADES, Carmen María y DÍAZ BAUTISTA, Antonio, *La ideología revolucionaria y la codificación civil napoleónica*, en *Poder ilustrado y revolución*, Universidad de Murcia, 1991.

CRUZ CRUZ, Juan, *Filosofía de la historia*, Eunsas, 2ª ed. revisada, Pamplona, 2002.

CUENCA GÓMEZ, Patricia, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español*, en «Derechos y Libertades», núm. 24, Época II, enero, 2011.

DALLA TORRE, Giuseppe, *Diritto alla vita e diritto dei minori nell'ordinamento canonico*, en «Studi Giuridici LIII, Tutela della familia e diritto dei minori nel codice di diritto canonico», Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2000.

D'AURIA, Angelo, *Gli impedimenti matrimoniali nel Codice di Diritto Canonico della Chiesa Latina*, Ed. Lateran University Press, Roma, 2002.

D'AVACK, Pietro Agostino, *Cause di nulità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico. Volume primo*, Casa editrice del Dott. Carlo Cya, ed. innovata, Firenze, 1952.

— *Il «defectus aetatis» nelle fonti e nella dottrina matrimoniale classica della Chiesa*, en *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli. Volume primo*, Unione tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1960.

— *Corso di diritto canonico. Il matrimonio. I. Edizione provvisoria per gli studenti*, Giuffrè Editore, Milano, 1961.

— *Età*, en *Enciclopedia del Diritto. XVI*, Giuffrè Editore, Varese, 1967.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Incapacitación del imbecil*, en «Anuario de Derecho civil», Tomo I, I, 1948.

— *Derecho civil de España. Tomo II. Derecho de la persona. Parte primera. La persona y su estado civil*, Ed. Instituto de estudios políticos, Madrid, 1952.

- DE COSSÍO, Alfonso, *Evolución del concepto de la personalidad y sus repercusiones en el Derecho privado*, en «Revista de Derecho Privado», Tomo XXVI, Diciembre, 1942.
- DE CUPIS, Adriano, *La persona humana en el Derecho privado*, en «Revista de Derecho Privado», Tomo XLI, Septiembre, 1957.
- DE DIEGO, Felipe Clemente, *Curso elemental de Derecho civil español común y foral. Tomo 2º. Parte General*, Ed. Victoriano Suárez, Madrid, 1927.
- DE FUENMAYOR, Amadeo, *Comentario al c. 97*, en *Comentario exegético al Código de Derecho canónico. Volumen I*, Eunsa, 3ª ed. actualizada, Pamplona, 2002.
- *Comentario al c. 98*, en *Comentario exegético al Código de Derecho canónico. Volumen I*, Eunsa, 3ª ed. actualizada, Pamplona, 2002.
- *Comentario al c. 99*, en *Comentario exegético al Código de Derecho canónico. Volumen I*, Eunsa, 3ª ed. actualizada, Pamplona, 2002.
- DEGNI, Francesco, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, en *Trattato di diritto civile italiano II-I*, UTET, Torino, 1939.
- DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.
- DEL AMO, León, *Comentario al canon 1584*, en *Código de Derecho canónico. Edición anotada*, Eunsa, Pamplona, 2007.
- DELMAILLE, J., *Age*, en *Dictionnaire de Droit Canonique. I*, Ed. Librairie Letouzey et Ane, París, 1935.
- DEL PORTILLO, Álvaro, *Fieles y laicos en la Iglesia*, Eunsa, Pamplona, 1969.

DE LUBAC, Henri, *Surnaturel (Étude Historique)*, Ed. Aubier, París, 1946.

— *El Misterio del sobrenatural*, Ed. Encuentro, Madrid, 1991.

DE PABLO CONTRERAS, Pablo, *El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio*, en *Curso de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia*, Ed. Colex, 3ª ed., Madrid, 2011.

DE PAOLIS, Velasio y D'AURIA, Andrea, *Le norme generali. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro primo*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2008.

DERNBURG, Arrigo, *Pandette. Volume 1º. Parte 1ª. Parte Generale*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1906.

DE SALAS MURILLO, Sofía, *Capacidad, discapacidad, incapacidad e incapacitación: funciones y disfunciones*, en *El tratamiento jurídico civil de la dependencia*, Universidade da Coruña, 2008.

— *La valoración de la (dis)capacidad en nuestro sistema jurídico: una visión general*, en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.

DE SANTO, Víctor, *La prueba judicial. Teoría y práctica*, 2ª ed., Universidad de Buenos Aires, 1994.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba. Tomo II*, Ed. Temis, 5ª ed., Bogotá, 2002.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1975.

— *El Derecho de Obligaciones en la codificación civil española*, en *Centenario del Código civil (1889-1989). Tomo I*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía jurídica. Persona jurídica*, Ed. Tecnos, 12ª ed., Madrid, 2012.
- *Sistema de derecho civil. Volumen IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Ed. Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1982.
- DI MARZO, Salvatore, *Le base romanistiche del codice civile*, UTET, Torino, 1950.
- DIZ PINTADO, Esperanza, *El impedimento de edad en el Derecho español*, en «Revista Española de Derecho Canónico», volumen 45, núm. 125, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, Julio-Diciembre, 1988.
- DOGLIOTTI, Massimo, *Le persone fisiche*, in RESCIGNO, Pietro, *Trattato di diritto privato 2. Persone e famiglia. Tomo primo*, UTET, Torino, 1982.
- DOLADO PÉREZ, Ángel, *Criterios generales de valoración de la discapacidad en la incapacitación judicial*, en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.
- DONATUTI, Guido, *Le praesumptiones iuris in diritto romano*, en *Studi di Diritto romano. Volume I*, Giuffré Editore, Milano, 1976.
- *Le praesumptiones iuris come mezzi di svolgimento del diritto sostanziale romano*, en *Studi di Diritto romano. Volume I*, Giuffré Editore, Milano, 1976.
- *Praesumptio iuris*, en *Studi di diritto romano. Volume II*, Giuffré Editore, Milano, 1977.
- DORAL GARCÍA, José Antonio, *La personalidad jurídica. De la libertad formal a la libertad civil*, en «Revista de Derecho Privado», Tomo LXI, Febrero, 1977.

- D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, Eunsa, 10ª ed. revisada, Pamplona, 2004.
- DUALDE, Joaquín, *Capacidad*, en *Enciclopedia Jurídica Española. Tomo V*, Barcelona, Ed. Francisco Seix, 1910.
- ESMEIN, Adhemar, *Le mariage en droit canonique. Tome premier*, Reimpresión, Ed. Burt Franklin, New York, 1968.
- ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada, *Los contratos celebrados por menores de edad*, en <http://www.notariosregistradores.com/AULASOCIAL/2013-patria-potestad-166.htm>.
- FALZEA, Angelo, *Capacità. Teoria generale*, en *Enciclopedia del diritto. VI*, Giuffrè Editore, Varese, 1960.
- FASSÒ, Guido, *Storia della filosofia del diritto. Volume II: L'età moderna*, Editrice il Mulino, Bologna, 1968.
- FELICIANI, Giorgio, *Il concilio Vaticano I e la codificazione del diritto canonico*, en «Ephemerides Iuris Canonici», Annus XXXIII, núm. 1-2, Romae, 1977.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad*, en «Revista Jurídica», Universidad Autónoma de Madrid, núm. 23, I, 2011.
- FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo, *Escuelas sabiniana y proculeyana* en *Diccionario de Derecho romano*, Ed. Sea, Buenos Aires, 1962.
- FERRARA, Francesco, *Trattato di diritto civile italiano. Volumen I. Dottrine generali. Parte I*, Ed. Athenaeum, Roma, 1921.
- FERRER ORTIZ, Javier, *Los sujetos del Ordenamiento canónico*, en *Manual de Derecho canónico*, Eunsa, Pamplona, 1988.
- *Los sujetos del Ordenamiento canónico*, en *Manual de Derecho canónico*, Eunsa, Pamplona, 1991.

- *La capacidad para el consentimiento válido y su defecto*, en *El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio*, Eunsa, Pamplona, 2000.
- FERRINI, Contardo, *Le presunzioni in diritto romano*, en *Opere di Contardo Ferrini. III. Studi vari di diritto romano e moderno*, Editore Libraio della Real Casa, Milán, 1929.
- FLAVELL, John H., *El desarrollo evolutivo*, Ed. Visor Libros, Madrid, 1984.
- FORNÉS, Juan, *La noción de «status» en Derecho canónico*, Eunsa, Pamplona, 1975.
- *Condición canónica de las personas*, en *Diccionario General de Derecho Canónico. Volumen II*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012.
- *Status personarum*, en *Diccionario General de Derecho Canónico. Volumen VII*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012.
- FRAGA, Jordano, *La capacidad general del menor*, en «Revista de Derecho Privado», Tomo LXVIII, Octubre, 1984.
- FUENTESECA, Pablo, *Derecho privado romano*, 1978, Edición del autor, Madrid.
- GANGI, Calogero, *Persone fisiche e persone giuridiche*, Giuffrè Editore, Milano, 1946.
- GARCÍA CANO, Tomás, *Función calificadora de la capacidad en los documentos notariales*, en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Universidad de Zaragoza, Cátedra de Derecho civil, 1974.

GARCÍA MARTÍN, Julio, *Le norme generali del Codex Iuris Canonici*, Ediurcla, 3ª ed., Roma, 1999.

— *Normas generales del Código de Derecho Canónico*, Edicep, Valencia, 2006.

GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, *La sentencia de incapacitación: posibles contenidos*, en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.

GASPARRI, Pietro, *Tractatus canonicus de matrimonio. Volumen I-II*, Typis Polyglottis Vaticanis, Vaticano, 1932.

GEMELLI, Agostino, *Psicología de la Edad evolutiva*, Editorial Razón y Fe, 5ª ed., Madrid, 1969.

GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Ed. Civitas, Madrid, 1985.

GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *La institución matrimonial según el derecho de la Iglesia Católica*, CSIC, 3ª ed., Madrid, 1947.

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Itziar, *Medios de prueba (III)*, en *Conceptos de Derecho procesal civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 2017.

GIMENO SENDRA, Vicente y MORENILLA ALLARD, Pablo, *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte General*, Ed. Colex, Madrid, 2004.

GIMENO SENDRA, Vicente *et alii*, *Proceso civil práctico. Tomo IV*, Ed. La Ley, 4ª ed., Madrid, 2010.

GÓMEZ ARBOLEYA, Enrique, *Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna*, en «Revista de estudios políticos», XXXIV, núm. 54, Madrid, 1950.

- *El racionalismo jurídico y los códigos europeos*, en «Revista de estudios políticos», XXXVII, núm. 57, Madrid, 1951.
- GONZÁLEZ VERGARA, Paulina Victoria, *Codificación y técnica legislativa*, en «Revista Chilena de Derecho», núm. 25, 4, Octubre/Diciembre, 1998.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.
- GOUBEAUX, Gilles, *Traité de Droit civil. Les personnes*, Librairie générale de droit et de Jurisprudende, París, 1989.
- GRAMUNT, Ignatius et alii, *Canons and comentaries on Marriage*, Ed. The Liturgical Press, Collegeville, Minnesota, 1987.
- GROCHOLEWSKI, Zenon et alii, *Il matrimonio nel nuovo codice di diritto canonico. Annotazioni di diritto sostanziale e processuale*, Gregoriana Editrice, Padova, 1984.
- GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.
- GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil. I. Introducción y parte general*, Ed. Thomson-Civitas, 7ª ed., Madrid, 2004.
- GULLO, Carlo, *Comentario al c. 1478*, en *Comentario exegético al Código de Derecho canónico. Volumen IV/1*, Eunsa, 3ª ed. actualizada, Pamplona, 2002.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sobre la Ley 1/1996, de Protección jurídica del Menor*, en «La Ley», núm. 1, 1996.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Tomo I*, Ed. Gabriel Sánchez, Madrid, 1881.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm, *Las presunciones en el Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931.

- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Introducción a la norma jurídica*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1998.
- HERRERA BRAVO, Ramón, *El Derecho Romano en la cultura jurídica del siglo XXI*, Publicaciones Universidad de Jaén, 2007.
- HERVADA, Javier y LOMBARDÍA, Pedro, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico. III Derecho matrimonial (I)*, Eunsa, Pamplona, 1973.
- HERVADA, Javier, *Prólogo* a FORNÉS, Juan, *La noción de «status» en Derecho canónico*, Eunsa, Pamplona, 1975.
- *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, Eunsa, Pamplona, 2000.
- *Introducción al derecho canónico*, Eunsa, Pamplona, 2007.
- *Síntesis histórica de la ciencia del derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 2007.
- *El ordenamiento canónico*, Eunsa, Pamplona, 2008.
- *Introducción crítica al Derecho natural*, Eunsa, 11ª ed., Pamplona, 2011.
- HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *La personalidad*, en *Manual de Derecho Civil. I. Introducción y derecho de la persona*, Ed. Marcial Pons, 3ª ed., Madrid, 2001.
- IHERING, Rudolph Von, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Ed. Comares, Granada, 1998.
- IRTI, Natalino, *La cultura del diritto civile*, UTET, Torino, 1990.
- JEMOLO, Arturo Carlo, *El matrimonio*, Ediciones Jurídicas Europa-América-Chile 2970, Buenos Aires, 1954.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Alianza Editorial, 2ª ed., Madrid, 2012.

- KELLER, Heinz, *De usu praesumptionis in iure canonico*, en «Periodica de re morali et liturgica», XXXIII, 1934.
- LABANDEIRA, Eduardo, *Las presunciones en derecho canónico. Cuadernos 9*, Ed. Rialp, Madrid, 1967.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general. Volumen II. Personas*, Ed. Dykinson, 6ª ed., Madrid, 2010.
- LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, Edersa, Madrid, 1978.
- LASARTE, Carlos, *Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil*, Ed. Marcial Pons, 17ª ed., Madrid, 2011.
- LA TORRE, Antonio, *Diritto civile e codificazione*, Giuffré Editore, Milán, 2006.
- LETE DEL RÍO, José Manuel, *Título XI. De la mayor edad y de la emancipación*, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Tomo IV*, Edersa, 2ª ed., Madrid, 1985.
- LLANO CIFUENTES, Rafael, *Nuovo Direito Matrimonial Canônico*, Ed. Marques Saraiva, Río de Janeiro, 1988.
- LO CASTRO, Gaetano, *Comentario al Título VI. De las personas físicas. Introducción*, en *Comentario exegético al Código de Derecho canónico. Volumen I*, Eunsa, 3ª ed. actualizada, Pamplona, 2002.
- LOMBARDÍA, Pedro, *Derecho divino y persona física en el Ordenamiento canónico*, en *Escritos de Derecho canónico I*, Eunsa, Pamplona, 1973.
- *Aportaciones del Vincenzo del Giudice al estudio sistemático del Derecho canónico*, en *Escritos de Derecho canónico I*, Eunsa, Pamplona, 1973.
- *La sistemática del Codex y su posible adaptación*, en *Escritos de Derecho canónico I*, Eunsa, Pamplona, 1973.

- *El estatuto personal en el Ordenamiento canónico. Fundamentos doctrinales*, en *Escritos de Derecho canónico II*, Eunsa, Pamplona, 1973.
 - *La persona en el Ordenamiento canónico*, en *Escritos de Derecho canónico III*, Eunsa, Pamplona, 1974.
 - *Escritos de Derecho canónico y de Derecho eclesiástico del Estado*, Eunsa, Pamplona, 1991.
 - *Lecciones de Derecho canónico. Introducción. Derecho constitucional. Parte General*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- LÓPEZ AZCONA, Aurora, *La peculiar situación jurídica del menor aragonés mayor de catorce años*, en «Actualidad Jurídica Iberoamericana», núm. 2, febrero, 2015.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La responsabilidad civil del menor*, 2ª reimpresión, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, *La capacidad contractual del menor*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. El nuevo proceso civil*, Ed. Dykinson, 2000.
- LORDA, Juan Luis, *Antropología cristiana. Del Concilio Vaticano II a Juan Pablo II*, Ed. Palabra, 3ª ed., Madrid, 1996.
- *La Gracia de Dios*, Ed. Palabra, 2ª ed., Madrid, 2004.
- MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil español, Tomo I*, Ed. Reus, 6ª ed. corregida y aumentada, Madrid, 1943.
- MANS PUIGARNAU, Jaime, *Derecho matrimonial canónico. Volumen I*, Ed. Bosch, Barcelona, 1959.
- MARRONE, Matteo, *Manuale di diritto privato romano*, Giappichelli Editore, Torino, 2004.

MARTÍN DE AGAR, José Tomás, *Introducción al Derecho canónico*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, en «Anuario de Derecho Civil», Tomo XLV, IV, 1992.

— *La persona y el Derecho de la persona*, en *Curso de Derecho civil. Volumen I, Derecho privado. Derecho de la persona*, Ed. Colex, 4ª ed., Madrid, 2011.

— *La edad*, en *Curso de Derecho civil. Volumen I, Derecho privado. Derecho de la persona*, Ed. Colex, 4ª ed., Madrid, 2011.

— *Comentario de los arts. 314-324 Cc*, en *Código civil comentado. Volumen I*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011.

— *El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, María Lourdes, *Régimen jurídico de las presunciones*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *El concepto de matrimonio en el Código civil*, Aranzadi, Pamplona, 2008.

MARTÍN OVIEDO, José María, *Técnica legislativa en la elaboración de códigos. Visión general de la codificación. Derecho comparado*, en «Anuario de Derecho civil», Tomo LVIII, I, 2010.

- MATEOS GARCÍA, Ángeles, *Aproximación antropológica a la estructura de la capacidad jurídica*, en *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- MAYOR DEL HOYO, María Victoria, *Estado civil. Condiciones de la persona*, en *La persona física. La capacidad. Su localización*, Cuaderno I, Ed. Dykinson, Madrid, 2009.
- MEJÍAS QUIRÓS, José Justo, *Filosofía del Derecho*, Apuntes uso del alumno, Pamplona, 2007.
- MELENDO, Tomás, *Introducción a la Filosofía*, Eunsa, 2ª ed., Pamplona, 2004.
- MENDONCA, Daniel, *Presunciones*, en «DOXA», 21, volumen 1, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1989.
- MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè Editore, 9ª ed., Milano, 1957.
- MOLINA MELIÁ, Antonio y OLMOS ORTEGA, María Elena, *Derecho matrimonial canónico. Sustantivo y procesal*, Ed. Civitas, 5ª ed., Madrid, 1992.
- MONTEJO RIVERO, Jetzabel Mireya, *Menor edad y capacidad de ejercicio: reto del derecho familiar contemporáneo*, en «Revista sobre la infancia y la adolescencia», 2, Marzo, 2012, en <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2012.1036>.
- MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Ed. Thomson-Civitas, 6ª ed., Pamplona, 2011.
- MONTERO Y GUTIÉRREZ, Eloy, *El matrimonio y las causas matrimoniales*, Imprenta Sáez, 7ª ed., Madrid, 1965.
- MORENO, Amparo, *Comentarios desde la Psicología evolutiva*, en *Etnografías de la infancia y de la adolescencia*, Ed. Catarata, Madrid, 2011.

- MOTILLA, Agustín, *La codificación como técnica de producción legislativa*, en «Revista de Derecho Privado», Tomo LXXI, Junio, 1987.
- NAVARRETE, Urbano, *Derecho Matrimonial Canónico. Evolución a la luz del Concilio Vaticano II*, Ed. BAC, Madrid, 2009.
- NAVARRO, Luis, *Persone e soggetti nel diritto della Chiesa. Temi di diritto della persona*, Subsidia Canonica, Roma, 2000.
- NAVARRO-VALLS, Rafael, *Matrimonio y derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- NAWIANSKY, Hans, *Teoría general del Derecho*, Ed. Comares, Granada, 2002.
- NIETO ALONSO, Antonia, *Capacidad del menor de edad en el ordenamiento patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales*, en «Revista de Derecho civil», volumen III, núm. 3, julio-septiembre, 2016, Estudios, pp. 1-47, en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de derecho civil. Tomo IV. Derecho de familia*, Edersa, Madrid, 1983.
- ONDEI, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, UTET, Torino, 1965.
- ORESTANO, Ricardo, *La struttura giuridica del matrimonio romano. Dal diritto classico al diritto giustiniano. Volumen I*, Giuffré Editore, Milano, 1951.
- ORTEGA Y GASSET, José, *Unas lecciones de Metafísica. Lección V*, Revista de Occidente-Alianza Editorial, Madrid, 1999.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal civil*, Ed. Thomson-Aranzadi, 8ª ed., Pamplona, 2008.

- OTADUY, Javier, *Persona física*, en *Diccionario General de Derecho Canónico. Volumen VI*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012.
- PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ed. Cinca, Madrid, 2008.
- PALAZZO, Antonio, *Presunzione. c) Diritto privato*, en *Enciclopedia del Diritto. XXXV*, Giuffrè Editore, Varese, 1986.
- PANERO, Ricardo, *Formación de los conceptos jurídicos*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.
- PALOMAR RARÓ, Alberto, *Edad*, en *Nueva Enciclopedia jurídica. Tomo VIII*, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1956.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Orientaciones actuales del estado civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1993.
- *El estado civil*, en *Curso de Derecho civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*, Ed. Colex, 4ª ed., Madrid, 2011.
- PELLEGRINO, Piero, *Gli impedimenti relativi alla dignità dell'uomo nel matrimonio canonico*, Giappichelli Editore, Torino, 2000.
- PEÑA GONZALO, Lorenzo y AUSÍN DíEZ, Txetxu, *La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», Nueva Época, Tomo XVIII, 2001, Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2002.
- PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *El menor emancipado*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar*, en «Derecho privado y constitución», núm. 23, 2009.

- PÉREZ PASCUAL, Eduardo, *La menor edad en el matrimonio*, en «Anuario de Derecho Civil», Tomo XXXVII, III, 1984.
- PERLINGERI, Giovanni, *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el Derecho civil*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.
- PIETRO CASTRO, Leonardo, *Derecho procesal civil, Tomo I*, Librería General, Zaragoza, 1946.
- PIOLA, Giuseppe, *Degli Atti dello Stato Civile*, Ed. Torinese, 2ª ed., Torino, 1925.
- PIQUER MARÍ, José Miguel, *La epístola 11.6 de Séneca y las presunciones. A propósito de su equivalencia con la prolepsis*, en «RJUAM», núm. 21, 2010-I, en <https://repositorio.uam.es/handle/10486/11788>.
- PLANIOL, Marcel, *Traité Pratique de Droit Civil Français. Tome I. Les personnes*, Ed. Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1925.
- *Traité Pratique de Droit Civil Français. Tome II. La Famille*, Ed. Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1926.
- PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Volumen I. Parte General. Sujeto y objeto del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1979.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique, *Enfermedad física, autogobierno e incapacidad*, en «Poder Judicial», 2ª época, núm. 35, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, septiembre, 1994.
- *La persona y su capacidad civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, Cedecs, Barcelona, 1999.
- RAMPONI, Lamberto, *La teoria generale delle presunzioni nell diritto civile italiano*, Bocca Editori, Roma, 1890.

- RATZINGER, Joseph, *El Dios de la fe y el Dios de los filósofos*, Ed. Encuentro, Madrid, 2006.
- RAVÀ, Adolfo, *Istituzioni di diritto privato. II. Diritto delle persone*, CEDAM, 5ª ed., Padova, 1932.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español*, en «Anales de la Cátedra de Francisco Suárez», núm. 49, Madrid, 2015.
- REBUTTATI, Carlo, *Dell'età nell'antico e nel vigente diritto matrimoniale canonico con particolari riferimenti al nuovo diritto matrimoniale italiano*, en *Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse. II*, Giuffrè Editore, Milán, 1940.
- REGATILLO, Eduardo F., *Derecho matrimonial eclesiástico*, Ed. Sal terrae, Santander, 1962.
- REGGI, Roberto, *Presunzione. a) Diritto romano*, en *Enciclopedia del Diritto. XXXV*, Giuffrè Editore, Varese, 1986.
- REMPLEIN, Heinz, *Tratado de Psicología evolutiva. El niño, el joven y el adolescente*, Ed. Labor, 6ª ed., Barcelona, 1980.
- RESCIGNO, Pietro, *Capacità di agire*, en *Novissimo Digesto Italiano. Volume II*, UTET, 3ª ed., Torino, 1957.
- *Capacità civile*, en *Novissimo Digesto Italiano. Volume II*, UTET, 3ª ed., Torino, 1957.
- ROBERTI, Melchiorre, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia. I*, CEDAM, 2ª ed., Pádova, 1935.
- ROCA I TRÍAS, Encarnación., *Familia y matrimonio*, en *Derecho de familia*, Ed. Tirant lo Blanc, 2ª ed., Valencia, 1995.
- ROMANO, Santi, *El Ordenamiento jurídico*, Ed. Reus, Madrid, 2010.

- ROSSELL, Jaime, *Estatutos personales*, en *Diccionario General de Derecho Canónico. Volumen III*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012.
- RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho civil. Volumen primero*, Ed. Reus, 4ª ed., Madrid, 1929.
- *Istitutioni di diritto civile*, Grafiche principato, Milano, 1953.
- RUPERTO, Cesare, *Età*, en *Enciclopedia del Diritto. XVI*, Giuffrè Editore, Varese, 1967.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *El interés superior del menor y la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores en la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor*, en «Derecho y familia en siglo XXI», II Congreso Mundial de Familia y Menores. El Derecho de Familia ante los grandes retos del siglo XXI, El Ejido, Almería, 19-22 de febrero, 2008.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil. Parte General, Tomo segundo*, Ed. Establecimiento tipográfico ‘Sucesores de Rivadeneyra’, 2ª ed. corregida y aumentada, Madrid, 1911.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Estado civil*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo VIII*, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1956.
- *El concepto de estado civil*, en *Estudios de Derecho Civil I*, Eunsa, Pamplona, 1978.
- *La edad en Derecho aragonés*, en *Estudios de Derecho civil II*, Eunsa, Pamplona, 1978.
- SANTOS MORÓN, María José, *Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor*, en «Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid», núm. 15, Madrid, 2011, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3753028>.

- SAVIGNY, Federico Carlo di, *Sistema de Diritto romano attuale. Volume primo*, Traducción di Scialoja, UTET, 2ª ed., Torino, 1886.
- *Sistema de Diritto romano attuale. Volumen secondo*, Traducción di Scialoja, UTET, Torino, 1888.
- *Sistema de Diritto romano attuale. Volumen terzo*, Traducción di Scialoja, UTET, 2ª ed., Torino, 1900.
- SCAEVOLA, Quinto Mucius, *Código civil comentado y concordado extensamente. Tomo I*, Imprenta de Moreno y Rojas, Madrid, 1889.
- *Código civil comentado y concordado extensamente. Tomo V*, Imprenta Moreno y Rojas, 2ª ed., Madrid, 1891.
- SCARDULLA, Francesco, *Stato civile*, en *Enciclopedia del Diritto. XLIII*, Giuffrè Editore, Varese, 1990.
- SCAVO LOMBARDO, Eugenia, *Presunzione. e) Diritto canonico*, en *Enciclopedia del Diritto. XXXV*, Giuffrè Editore, Varese, 1986.
- SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, Ed. Bosch, Barcelona, 1951.
- SCIASCIA, Gaetano, *Capacità giuridica. Diritto romano*, en *Novissimo Digesto Italiano. Volume II*, UTET, 3ª ed., Torino, 1957.
- SELLÉS, Juan Fernando, *Antropología para incorformes*, Ed. Rialp, Madrid, 2006.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Contribución al estudio de la prueba* en «Revista jurídica de Cataluña», Año LXI, núm. 2, Marzo-Abril, Barcelona, 1962, pp. 317-330.
- SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho civil. Tomo I. Parte General. Volumen 3*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1948.
- STANZIONE, Pasquale, *Capacità e minore età nella problematia della persona umana*, Jovene Editore, Camerino, 1976.

- *Persona física. Derecho civil*, en *Derecho civil e situaciones existenciales*, Giappichelli Editore, Torino, 1997.
- TAFARO, Sebastiano, *Pubes et viripotens nella esperienza giuridica romana*, Cacucci Editore, Bari, 1988.
- TALAMANCA, Mario, *Instituzioni di diritto romano*, Giuffrè Editore, Milano, 1990.
- TENA PIAZUELO, Isaac, *La capacidad para realizar actos con eficacia jurídica, en la jurisprudencia*, en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.
- TERRÉ, François y FENOUILLET, Dominique, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Éditions Dalloz, 7ª ed., París, 2005.
- TOLDRÁ ROCA, María Dolores, *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad*, Cedecs, Barcelona, 2000.
- TORRENT RUIZ, Armando, *Escuelas jurídicas clásicas*, en *Diccionario de Derecho romano*, Edisofer, Madrid, 2005.
- *Praesumptio*, en *Diccionario de Derecho romano*, Edisofer, Madrid, 2005.
- *Praesumptio iuris tantum*, en *Diccionario de Derecho romano*, Edisofer, Madrid, 2005.
- TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional español. I. Sistema de fuentes. Sistema de los derechos*, Universidad Complutense, 5ª ed., Madrid, 2004.
- TRIFONE, Romualdo, *Le persone e le classi sociali nella storia del diritto italiano*, Editore Nicola Jovene, 2ª ed. rev. y anotada, Napoli, 1933.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario, *El Derecho civil. Codificación y Constitución*, en *Derecho Civil. Parte general. Derecho de la persona*, Ed. Tirant lo Blanc, 4ª ed., Valencia, 2003.

- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de derecho español. Tomo I. Parte General*, Ed. Cuesta, 3ª ed., Valladolid, 1925.
- VASALLI, Filippo, *Lezioni di diritto matrimoniale. Volume I*, CEDAM, Padova, 1932.
- VEERMEERSCH, Arthur y CREUSEN, Joseph, *Epitome iuris canonici. Tomus II*, Mechliniae, 6ª ed., Bruxelles, 1940.
- VOIRIN, Pierre y GUOBEAUX, Gilles, *Droit civil. Tome 1*, Lextenso Éditions, 32ª ed., París, 2009.
- VOLTERRA, Edoardo, *Isituzioni di diritto privato romano*, Ed. Ricerche, Roma, 1977.
- *Instituciones de derecho romano*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- WERNZ, Francisco Xavier et VIDAL, Petri, *Ius canonicum. Tomo V. Ius matrimoniale*, Universitatis Gregorianae, Romae, 1925.
- WIEACKER, Franz, *Historia el derecho privado de la Edad Moderna*, Ed. Aguilar, Madrid, 1957.
- WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle pandette*, Unione Tipografica Editrice, Milano, 1902.
- WOJTYLA, Karol, *Persona y acción*, Ed. Palabra, Madrid, 2011.
- ZUMAQUERO, Laura, *El interés del menor en los tribunales españoles*, en *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2010.

B) SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

STS de 8 de mayo de 1922

STS de 23 de febrero de 1944

STS de 1 de febrero de 1956

STS 257 de 25 de marzo de 1957

STS 239 de 16 de abril de 1959

STS 268 de 25 de abril de 1959

STS 17 de 19 de enero de 1960

STS 175 de 10 de marzo de 1960

STS 754 de 17 de diciembre de 1960

STS 72 de 7 de febrero de 1967

STS 72 de 23 de noviembre de 1981

STS 393 de 7 de octubre de 1982

STS 216 de 4 de abril de 1984

STS 51 de 1 de febrero de 1986

STS 72 de 10 de febrero de 1986

STS 751 de 21 de junio de 1986

STS 228 de 10 de abril de 1987

STS 227 de 18 de marzo de 1988

STS 698 de 26 de septiembre de 1988

STS 145 de 20 de febrero de 1989

STS 456 de 12 de junio de 1989

STS 263 de 19 de abril de 1990

STS 409 de 28 de junio de 1990
STS 213 de 20 de marzo de 1991
STS 995 de 31 diciembre de 1991
STS 642 de 22 junio de 1992
STS 479 de 20 de mayo de 1994
STS 958 de 31 de octubre de 1994
STS 403 de 26 de abril de 1995
STS 1009 de 27 de octubre de 1995
STS 104 de 19 de febrero de 1996
STS 520 de 9 de junio de 1997
STS 54 de 27 de enero de 1998
STS 436 de 12 de mayo de 1998
STS 461 de 19 de mayo 1998
STS 818 de 28 de julio de 1998
STS 861 de 16 de septiembre de 1998
STS 848 de 19 de septiembre de 1998
STS 683 de 26 de julio de 1999
STS 738 de 16 de septiembre de 1999
STS 926 de 15 de octubre de 2001
STC 174 de 9 de octubre de 2002
STS 1082 de 20 de noviembre de 2002
STS 910 de 9 de octubre de 2003
STS 646 de 30 de junio de 2004
STS 716 de 7 de julio 2004

STS 1101 de 19 de noviembre de 2004
SAP GU 213 de 19 de octubre de 2005
STS 836 de 10 de noviembre de 2005
STS 145 de 14 de febrero de 2006
STS 3441 de 24 de junio de 2006
SAP CS 119 de 5 de marzo de 2007
SAP IB 48 de 8 de febrero de 2008
STS 282 de 29 de abril de 2009
STS 485 de 26 de julio de 2010
STS 322 de 5 de mayo de 2011
STC 7 de 14 de febrero de 2011
SAP CS 18 de 16 de enero de 2012
SAP M 109 de 2 de febrero de 2012
SAP B 363 de 29 de mayo de 2012
SAP SO 101 de 10 de septiembre de 2012
STS 617 de 11 de octubre de 2012
SAP C 414 de 18 de octubre de 2012
STS 26 de 5 de febrero de 2013
STS 49 de 12 de febrero de 2013
SAP V 621 de 26 de septiembre de 2013
SAP TE 65 de 27 de septiembre de 2013
SAP CC 739 de 23 de octubre de 2013
SAP VI 436 de 18 de diciembre de 2013
STS 341 de 1 de julio de 2014

SAP IB 379 de 7 de octubre de 2014
SAP O 20 de 22 de enero de 2015
SAP CS 28 de 20 de marzo de 2015
STS 235 de 29 de abril de 2015
SAP ML 58 de 5 de octubre de 2015
STS 553 de 14 de octubre de 2015
STS 557 de 20 de octubre de 2015
STS 600 de 4 de noviembre de 2015
STS 621 de 9 de noviembre de 2015
SAP C 168 de 6 de mayo de 2016
SAP B 566 de 12 de julio de 2016
SAP B 574 de 14 de julio de 2016
SAP C 275 de 19 de julio de 2016
SAP SA 334 de 25 de julio de 2016
STS 298 de 16 de mayo de 2017
SAP M 253 de 26 de julio de 2017
STS 530 de 27 de septiembre de 2017
SAP O 307 de 6 de octubre de 2017
STS 552 de 11 de octubre de 2017
Resolución de la DGRN de 23 de marzo de 1912
Resolución de la DGRN de 3 de marzo de 1989
Resolución de la DGRN de 14 de mayo de 2010