

## LA EDAD Y LA CAPACIDAD MATRIMONIAL: UNA REFLEXIÓN

---

Jorge Castro Trapote<sup>1</sup>

### RESUMEN

La capacidad consensual matrimonial ha sido estudiada ampliamente por el Derecho canónico teniendo como punto de referencia el canon 1095. Un nuevo enfoque complementario es la profundización de la teoría general de la capacidad, presente en el ámbito civil y canónico, y su aplicación al matrimonio. Para ello es preciso recuperar la *ratio iuris* que la edad desempeñaba en el Derecho matrimonial con anterioridad a la codificación, a saber, que sea considerada como la primera y más básica determinación de la mínima capacidad de obrar. Esto reclama una mejor colocación sistemática en el Código civil español y en el Código de Derecho canónico al lado del reconocimiento del *ius connubii*, y no entre los impedimentos. De este modo se colma la laguna sistemática en el matrimonio al señalar de forma positiva por medio de la edad la mínima capacidad necesaria para contraer matrimonio.

### PALABRAS CLAVE

Persona, capacidad jurídica, capacidad de obrar, *ius connubii*, edad, capacidad natural, capacidad matrimonial.

### SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. TEORÍA GENERAL DE LA CAPACIDAD EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL Y EN EL DERECHO CANÓNICO. 1.1. Fundamentación: el sujeto de derecho. 1.2. Teoría general de la capacidad. 1.2.1. Capacidad jurídica. 1.2.2. Capacidad de obrar. 1.2.3. Edad. 1.3. Régimen jurídico-general de capacidad. 2. APLICACIÓN AL MATRIMONIO DEL RÉGIMEN GENERAL DE LA CAPACIDAD. 2.1. Régimen jurídico-matrimonial de capacidad. 2.1.1. La Constitución española. 2.1.2. El Código civil español y el Código de Derecho canónico. 2.2. Recuperación de la centralidad de la edad legal para el matrimonio. 2.2.1. Recuperación sistemática. 2.2.2. Recuperación técnico-jurídica. CONCLUSIONES.

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho (2002, Universidad de León). Licenciado en Estudios Eclesiásticos (2010, Universidad de Navarra). Máster en investigación y especialización en Derecho (2012, Universidad de Zaragoza). Licenciado en Derecho Canónico (2013, Universidad de Salamanca).

## INTRODUCCIÓN

El estudio de la capacidad de obrar matrimonial en el Derecho canónico gira en torno al canon 1095 CIC desde su promulgación. Los avances son de una calidad desconocida en el ámbito civil. No obstante, catorce años después de la promulgación del Código de Derecho Canónico, Juan Pablo II recordaba lo siguiente en su discurso a la Rota de 1997: «Queda la difícil tarea de determinar, también con ayuda de la ciencia humana, el umbral mínimo por debajo del cual no se podría hablar de capacidad y de consentimiento para contraer un matrimonio verdadero».

Prosiguiendo los esfuerzos anteriores, planteo ampliar el estudio de la capacidad matrimonial intentando otro enfoque complementario: el estudio de la capacidad matrimonial mínima partiendo de la teoría general de la capacidad, que desde la codificación ha tenido un gran impulso. Para ello me centraré en los desarrollos doctrinales, en la formalización de dicha teoría en el Ordenamiento español y en el Ordenamiento canónico, y en cómo se ha hecho su aplicación específica al matrimonio. Será aquí donde tendremos ocasión de comprobar que la sistemática seguida por la codificación en la capacidad matrimonial impide que se reflejen los avances conseguidos en la teoría general, sobre todo por una razón: por considerar la edad como un impedimento.

La teoría general de la capacidad es un trasunto de la relación entre realidad y Derecho, y más concretamente entre persona y Derecho. Es preciso por tanto designar cómo se entiende el sujeto de Derecho y la capacidad jurídica y qué tiene que ver con el sujeto real y sus derechos, y cómo se entiende la capacidad de obrar y qué tiene que ver con la capacidad natural expresada en una edad. Esta teoría está recogida en los textos legales del ámbito civil y canónico, siendo de aplicación a todos los negocios jurídicos incluido el matrimonio.

Como orientación para la lectura del presente artículo, cuando se habla de capacidad matrimonial, entiéndase aquella capacidad psicofísica mínima para contraer, que viene delimitada negativamente en el Código de Derecho canónico por los defectos del consentimiento y por el impedimento de impotencia. No prestaré atención aquí ni a la forma ni a los impedimentos que no afectan a la mínima capacidad psicofísica para casarse. Mi propuesta es situar la edad legal como el mecanismo jurídico central que aglutina positivamente la mínima y suficiente capacidad para contraer matrimonio. El canon 1095, en mi opinión, viene a cumplir con el principio de legalidad (c. 10) para aquellos casos en los que no es posible contraer matrimonio por incapacidad

consensual, no siendo su cometido pivotar el estudio de la mínima capacidad matrimonial, debido a su carácter negativo.

## 1. TEORÍA GENERAL DE LA CAPACIDAD EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL Y EN EL DERECHO CANÓNICO

En este apartado haré una aproximación a la teoría general de la capacidad para mostrar la relación entre Derecho y realidad por medio de la conexión entre sujeto de Derecho y persona (1.1), entre capacidad jurídica y derechos inherentes a la dignidad humana, y entre capacidad de obrar y capacidad natural, la cual viene señalada por el establecimiento de una edad legal en conexión con la edad natural (1.2). Posteriormente veremos cómo se traduce la teoría general en los textos legales (1.3).

### 1.1. Fundamentación: el sujeto de Derecho

El Derecho y la realidad no son dos ámbitos paralelos que tratan de sincronizarse, sino que la realidad es una, y el Derecho no es sino un acercamiento específico a la única realidad. Esto mismo ocurre con esa parte de la realidad que es la capacidad de la persona.

El Ordenamiento civil y el Ordenamiento canónico<sup>2</sup> parten de la noción de persona<sup>3</sup> para situar la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, cuyo desarrollo doctrinal encuentra su impulso en el

---

<sup>2</sup> «Certocertius, omnibus baptizatis, quippe qui in Ecclesia Christi sint personae, semper et ubique aliqua est capacitas canonica seu habilitas obligationum et iurium, sed haec capacitas non est in omnibus eadem. Insuper non omnes baptizati in eadem sunt conditione quoad exercitium iurium quae possident», *Communicationes* 21, 1989, p. 36.

<sup>3</sup> «El significado esencial del término capacidad jurídica se deriva de su relación íntima y de su interdependencia con el de persona; pero, a la vez, ha de advertirse que persona y capacidad jurídica no son conceptos sinónimos; (...); 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 derechos y obligaciones», De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil de España. Tomo II. Derecho de la persona. Parte primera. La persona y su estado civil*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1952, p. 45). El concepto persona tiene una elaboración histórica laboriosa; aquí indicaré brevemente los avances más significativos que nos permitan comprender la importancia que reviste en la actualidad: 1º) el origen griego (prosopon) y latino (persona), donde significaba la máscara o careta que empleaban los actores en el teatro; 2º) con los estoicos (Epíteto), empieza a asumir un carácter ético, porque se empieza a aplicar al hombre real, que está en este mundo como un actor, desempeñando un papel en la historia, con los dioses como espectadores, y que por eso tiene que actuar con corrección; 3º) con la teología patrística cristiana se comienza a designar con el término persona al mismo hombre, no como actor, no metafórica o mediatamente, sino en su ser más profundo y metafísico, y todo ello a consecuencia del desarrollo de la teología trinitaria, donde el Padre y el Hijo y el Espíritu Santo son hypostasis, y respecto a las cuales el hombre está hecho a imagen y semejanza, y por lo tanto, es, en otro sentido, también hypostasis o persona (como se ve, se mantiene el término latino persona, pero enriquecido con el de hypostasis, que designa al subsistente por sí mismo). Esta es la base de la noción de persona (el hombre en cuanto tal y en relación con las otras personas) con la que se elabora el concepto jurídico de sujeto de Derecho.

contexto de la codificación y en el principio de igualdad de todos ante la ley, que lleva a configurar a la persona como sujeto de derechos y deberes. Esta construcción jurídica de las legislaciones estatales es aprovechada por la codificación canónica<sup>4</sup>, del mismo modo que se hizo con los principios de capacidad provenientes del Derecho romano<sup>5</sup>.

La capacidad jurídica se refiere a la juridicidad natural de la persona y la capacidad de obrar a su capacidad natural. En el primer caso, el fundamento último es el ser de la persona (dimensión ontológica y real), y en el segundo es su obrar (dimensión operativa y real). Ambos fundamentos encuentran su articulación en el *sujeto de Derecho*, concepto de persona propio del Derecho natural<sup>6</sup>. De este modo, podríamos situar el sujeto de derecho en la órbita del derecho natural, y los de capacidad jurídica y capacidad de obrar en la del derecho positivo, completándose así el concepto de persona para el Derecho. Todo ello sin olvidar lo que advierte Hervada:

---

<sup>4</sup> «In canonibus examinandis, quaestio est de statu canonico personarum et de earundem capacitate iuridica seu canonica in genere. Capacitas haec iuridica respicit tum habilitatem ad habendas obligationes et ad possidenda iura, tum capacitatem exercendi iura per semetipsum; quae quidem capacitas exercendi diminui potest aut etiam penitus tolli valet. Ex iis omnibus determinatur personae status canonicus, i. e. eius conditio relate ad obligationes canonicas et iura canonica in concreto», *Communicationes 21*, 1989, pp. 35-36.

<sup>5</sup> «Ius Decretalium non habebat de iisdem praescripta, et in genere ad capacitatem personarum admisit et applicavit praescripta quae in iure romano vigeabant. Unde iuris canonici antiqui monumenta pauca tantum de iisdem habuerunt praescripta, sed universa doctrina ante Codicem applicavit quae ius romanum de hac materia praescripta edixit. Codex I. CANON e contra propriam habet legislationem. Ratio est quia in iure Codicis nec ius romanum nec iura civilia sunt fontes iuris canonici supplevi, et quia differunt varii ordines civiles in determinandis personarum capacitatibus. Principia Codicis I. CANON sunt plerumque iuri romano et doctrinae canonicae antiquae conformia, sed in non paucis, uti v. g. quoad aetates, ordinationes canonicae sunt legibus civilibus hodiernis accomodatae», *Communicationes 21*, 1989, pp. 36-37.

Una de las acomodaciones a la legislación ha sido la de prescindir de la distinción legal entre púberes e impúberes, por ser pocas las materias a las que se aplica, porque es fácil que en cada una se establezca lo oportuno, y porque dicha distinción no existe en las legislaciones civiles; por lo que se propone que «ut aboleatur distinctio inter puberes et impuberes: non habet nultos effectus et ansam praebet hodie difficultatibus; praeterea non iam existit in Codicibus civilibus, in quibus –pro materiis in quibus momentum habere posset– statuuntur regulae speciales: ita pro matrimonio, pro subiectione legibus poenalibus, pro testamenti-factione», *Communicationes 21*, 1989, p. 37.

<sup>6</sup> «La juridicidad natural significa que, por naturaleza, el hombre está relacionado jurídicamente con los otros y, en consecuencia, que es por naturaleza protagonista del sistema jurídico. Ser persona no de origen positivo sino natural, porque los hombres, por naturaleza, son sujetos de derecho», Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 11ma. ed., Eunsa, Pamplona, 2011, p. 119. Además, Sergio Cotta justifica el uso del término persona por parte del derecho debido al carácter estructural-relacional del hombre: «Il diritto, comunque lo s'intenda, costituisce relazioni coesistenziali nel modo d'una regolarità e oggettività sincronica e diacronica, che è garanzia dell'esserci e dell'agire della persona. Tale oggettiva regolarità delle relazioni giuridiche in sé, nella sua struttura essenziale, è potenzialmente universale. In ogni modo, poichè esclude ogni 'accezion di persone', el diritto riconosce la loro fondamentale parità; perciò esprime fedelmente, pro suo modo, ciò che è, insieme, la condizione prima e la più profonda esigenza dell'uomo», Cotta, Sergio, "Persona. Filosofía del Derecho" en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIII, Diufre Editore, Varese, 1983, p. 169).

*Lo natural y lo positivo no son dos sistemas paralelos de derecho, sino dimensiones de un solo sistema jurídico, el cual es en parte natural y en parte positivo. (...). Lo positivo es desarrollo de un núcleo de juridicidad natural; por lo tanto no hay más que un concepto de persona, cuyo contenido es natural en lo que atañe a su núcleo fundamental<sup>7</sup>.*

Dicho de otro modo, el sujeto de Derecho es la persona real (ontológica) contemplada en su dimensión jurídica, con el consiguiente reconocimiento de la dignidad inherente a la persona<sup>8</sup>. En el ámbito jurídico, la dignidad de la persona implica el reconocimiento universal de la personalidad jurídica a todo hombre y mujer por el hecho de ser tal, con independencia de su conducta. Así viene recogido en el art. 6º de la DUDH:

*Todo ser humano tiene derecho, en cualquier lugar, al reconocimiento de su personalidad jurídica.*

Según Hervada, la dignidad implica o significa una excelencia o eminencia en el ser, que no sólo lo hace superior a los otros seres, sino que lo sitúa en otro orden del ser en cuya virtud el hombre es persona<sup>9</sup>. Dando un paso más, como señala Megías Quirós, «esta cualidad (la dignidad) hace que cada persona tenga valor por sí misma –nadie puede decidir si debe vivir o no–, del mismo modo que se constituye en exigencia jurídica natural todo aquello que le resulte necesario para lograr un desarrollo íntegro de acuerdo con su modo natural de ser, lo que conocemos como derechos naturales o derechos humanos»<sup>10</sup>. Así pues, toda persona, por el hecho de serlo, es sujeto de Derecho, con independencia de las características individuales que diferencian a unas personas de otras. Toda persona es sujeto de Derecho porque tiene una igualdad esencial: «Lo igual en todos –independientemente de toda condición social o rasgos diferenciales– es justamente la naturaleza.

<sup>7</sup> Hervada, Javier, ob. cit., p. 120.

<sup>8</sup> El civilista De Castro resalta la contribución del cristianismo en la formación del concepto de persona: «(el pensamiento cristiano) viene a marcar un nuevo sentido, íntimo y peculiar, al concepto de persona, acentuando en el sustantivo un valor: el propio de la persona humana. La definición de la persona dada por Boethio (408-524) estaba determinada ya por una consideración más profunda de la personalidad en el mundo romano cristianizado; es un síntoma, y a la vez, dada su popularidad en la Edad Media, será un apoyo para que se mantenga y un vehículo para que se propague la nueva concepción de la persona. Santo Tomás dará la fórmula definitiva, diciendo que con el nombre de persona se alude a lo más perfecto en toda la naturaleza, a la máxima dignidad que, por esencia, reside en la naturaleza racional del hombre. De este modo viene a condensarse en el concepto de persona la nueva dignidad y el moderno valor que el cristianismo atribuye al hombre por su condición de tal», De Castro y Bravo, Federico, ob. cit., p. 22. La cita de Boecio en Contra Eutychem y Nestorium es la siguiente: «Persona est rationalis naturae individua substantia». Y la cita de Santo Tomás corresponde a la S. Th. 1, 20, 3: «Persona significat id, quod est perfectissimum in tota natura, scilicet subsistens in rationali natura».

<sup>9</sup> Hervada, Javier, «Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana», en *Humana Iura*, Pamplona, 1991, pp. 361-362.

<sup>10</sup> Megías Quirós, José Justo, *Apuntes de Filosofía del Derecho*, Pamplona, 2007, p. 28.

En ella se asienta la dignidad que por ser de naturaleza, es igual en todos»<sup>11</sup>. Esta dignidad aparece en la regulación jurídica dando la fundamentación a los derechos humanos reconocidos por las legislaciones<sup>12</sup>.

En este sentido, Ramos Chaparro distingue entre *sentido jurídico-técnico* de persona, con la misión de señalar la posición y significado del hombre como sujeto de las relaciones jurídicas<sup>13</sup>; pero también insiste el mismo autor, que este sentido técnico no agota el significado jurídico, debiéndose completar con el *sentido institucional*, donde se remarca «el *prius* antropológico, que no lo ha creado el Derecho, pero que lo admite como presupuesto de toda creación jurídica»<sup>14</sup>, que es la noción real de la personalidad en el Derecho.

En el Ordenamiento canónico el sujeto de derecho es para una parte de la doctrina toda persona, y para otros sólo el bautizado. Esta última es la postura tradicional y pacífica hasta mediados del siglo XX. Los argumentos aducidos por los autores que propugnaban que el sujeto de Derecho era el hombre sin más, con independencia del Bautismo, era que el ordenamiento jurídico es quien atribuye la personalidad, o dicho de otro modo, quien constituye al sujeto de Derecho, y además que «las realidades de derecho natural no tienen vigencia inmediata en el derecho sino que están mediadas por la canonización que haga de ellas el legislador canónico»<sup>15</sup>. Un segundo argumento más convincente hace una distinción entre el bautizado y el no bautizado, ambos con personalidad en el ordenamiento canónico; aquí el sujeto de Derecho lo es no por el Bautismo sino por la personalidad natural, aunque al bautizado se hace referencia de modo especial por ser el titular de

<sup>11</sup> Hervada, Javier, “Los derechos inherentes ...”, p. 357. Precisa Megías Quirós: «Ser persona no depende de cuestiones como la edad, el sexo, la salud, las condiciones psicológicas, etc. La personalidad puede no estar desarrollada (recién nacidos), puede no ser consciente (durante el sueño o pérdida accidental de la consciencia), puede estar escondida (embrión), o puede incluso, no manifestarse en los actos que lleve a cabo un individuo por no reunir las condiciones psíquicas necesarias (disminuidos psíquicos), pero ninguna de estas situaciones puede suponerles en modo alguno la privación de su condición de personas y la dignidad que les es inherente», Megías Quirós, José Justo, loc. cit., pp. 29-30.

<sup>12</sup> «Podemos afirmar que la dignidad no es un derecho humano o fundamental. En realidad, constituye la fundamentación misma de los derechos humanos, e incluso, de los derechos fundamentales. Tales derechos no se derivan de la atribución jurídica de la personalidad, concedida, a su vez, por la posesión de cierta independencia, racionalidad o capacidad de autodeterminación moral, sino de la dignidad», *Ibidem*, p. 181. La doctrina da un paso más radical al plantear la relación entre sujeto real (ontológico) y Derecho; así por ejemplo lo expresa Navarro: «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*, Subsidia Canonica, Roma, 2000, p. 8.

<sup>13</sup> Ramos Chaparro, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 119.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>15</sup> J. Otaduy, “Persona física”, en J. Otaduy (coord.), *Diccionario general de derecho canónico*, Vol. VI, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 172.

todos los derechos y deberes de los cristianos. La postura identifica bautizado y sujeto de Derecho en el Ordenamiento canónico se basa en el actual canon 96, que despeja las dudas del canon 87 CIC 1917. Javier Otaduy explica los fundamentos:

*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<sup>16</sup>.*

Una aplicación de esta postura discutida es la unidad entre realidad natural y sacramento en el matrimonio precisamente porque el Bautismo constituye esa unidad de lo humano en lo cristiano, que en el ordenamiento canónico tiene como consecuencia que el sujeto de Derecho sea únicamente el bautizado. Así pues, la persona bautizada (que es a la vez la interacción en la única persona de su ser ontológico-teológico) es el sujeto de derecho en el ordenamiento canónico que tiene la naturaleza humana perfeccionada por el Bautismo<sup>17</sup>.

En resumen, el sujeto de Derecho es la misma persona real contemplada en el ordenamiento civil, y esa persona real (bautizada o no) en el ordenamiento canónico, acomodándose toda la normativa en uno y otro caso a la dignidad inherente al ser personal. Establecida la relación entre realidad y Derecho aplicada al concepto jurídico de persona, descendemos a examinar la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

## **1.2. Teoría general de la capacidad**

La capacidad jurídica y la capacidad de obrar están unidas formando una realidad jurídica que se distingue en Derecho según su consideración estática o dinámica respectivamente<sup>18</sup>. Castán Tobeñas lo expresa del siguiente modo:

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 173-174.

<sup>17</sup> Interesa dejar apuntados los principios teológicos incontrovertidos en los que se basa esta postura: 1) la gracia no destruye la naturaleza sino que la perfecciona; 2) el hombre tiene un único fin que es el sobrenatural; 3) no existe una naturaleza humana pura. Este tema ha sido estudiado por De Lubac, y en España por Juan Luis Lorda.

<sup>18</sup> Precisa Castán Tobeñas: «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



*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*<sup>19</sup>.

### 1.2.1. Capacidad jurídica

Toda persona tiene capacidad jurídica, es decir, tiene la «aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones»<sup>20</sup>, 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 *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico (de los derechos) debe asegurar’ (STC 57/1994, de 28 de febrero)»<sup>21</sup>. En parecidos términos el art. 6 de la DUDH de 1948: «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica». La medida de la capacidad jurídica es la de ser persona<sup>22</sup>, y no cabe en esta sede gradación alguna<sup>23</sup>, tal y como lo han expresado los ordenamientos civiles modernos con el reconocimiento de la igualdad de todos ante la ley<sup>24</sup>.

---

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. Tomo I. Introducción y parte general*, Vol. II, 15ta. ed., Ed. Reus S. A., Madrid, 2007, p. 150.

<sup>19</sup> *Ibidem*, 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 Puig i Ferrol, Luis, *Manual de Derecho Civil. I. Introducción y derecho de la persona*, 3ra. ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, p.110.

<sup>20</sup> Lacruz Berdejo J. L., *Elementos de Derecho Civil. I. Parte general Vol. II, Personas*, 6ta. ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 2.

Martínez de Aguirre Aldaz, a la hora 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 Aldaz, Carlos, “La persona y el Derecho de la persona”, en De Pablo Contreras, Pablo, *Curso de Derecho civil. Volumen I, Derecho privado. Derecho de la persona*, 4ta. ed., Colex, Madrid, 2011, p. 324.

<sup>21</sup> Torres del Moral, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional español. I. Sistema de fuentes. Sistema de los derechos*, 5ta. ed., Universidad Complutense, Madrid, 2004, p. 291.

<sup>22</sup> Cfr. Lacruz Berdejo, J. L., *ob. cit.*, p. 1.

<sup>23</sup> «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



Hasta el momento se ha tratado de la capacidad jurídica en sentido estricto. En un sentido amplio, incluiría, además de la *aptitud genérica*, la tenencia efectiva de los derechos y obligaciones. Es lo que Martínez de Aguirre denomina *titularidad*<sup>25</sup>, como un estadio previo en el razonamiento jurídico encaminado al ejercicio de los derechos y obligaciones mediante la capacidad de obrar. Otros autores incluyen esta especificación en un concepto amplio de la capacidad jurídica. Si bien habíamos dicho que la capacidad jurídica es una exigencia de la dignidad humana, lo que llevaba a afirmar que la capacidad jurídica no es una concesión del derecho, sino el modo como la persona entra en el orden jurídico, lo mismo habría que decir de la titularidad o tenencia efectiva de los derechos y obligaciones: no es una concesión del Derecho, sino una exigencia de la persona humana al entrar en la órbita del Derecho. Así pues, toda persona, por el mero hecho de serlo, tiene capacidad jurídica en sentido estricto y titularidad de los derechos y obligaciones. El siguiente paso es la capacidad de obrar, que ya no se vincula directamente a la dignidad de la persona, sino a la capacidad natural de ésta para ejercerlos. La dignidad humana es igual en las personas, no así la capacidad natural. Por ello, el reconocimiento de la capacidad jurídica y de la titularidad es absoluto (a toda persona), y la atribución de la capacidad de obrar es relativa (es decir, que viene referida a la capacidad psicofísica adecuada al negocio jurídico).

### 1.2.2. Capacidad de obrar

La capacidad de obrar es el poder «gobernar esos derechos y obligaciones de que se es titular»<sup>26</sup> por exigencias de la dignidad humana. Del mismo modo que la capacidad jurídica es un reconocimiento formal de un aspecto real de la dignidad humana, la capacidad de obrar es una

---

qualità astratta ed a priori», Falzea, Angelo, “Capacità. Teoria generale”, en *Enciclopedia del diritto*. VI, Giufrè editore, Varese, 1960, p. 15.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>25</sup> «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», Martínez de Aguirre, CANON, ob.cit., p. 324. En la misma idea insiste Falzea: «Si distingue (la capacidad jurídica) perciò dalla titolarità, 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, ob.cit., p. 15.

<sup>26</sup> Lacruz Berdejo, J. L., ob. cit., p. 3.

construcción jurídica que se apoya en la capacidad natural<sup>27</sup> –aptitud real y apropiada que requiere el ejercicio de cada derecho–. La conexión que la capacidad de obrar tiene con la capacidad natural hace que no sea igual en todas las personas humanas<sup>28</sup>, sino variable y contingente<sup>29</sup>. Insiste en la misma idea Lacruz al decir que «la capacidad de obrar real constituye la suma de la capacidad de obrar abstracta y la disposición psíquica concreta»<sup>30</sup>.

Que sea variable la capacidad de obrar no significa que sea arbitraria, sino relativa. Es decir, la capacidad de obrar está en función de la capacidad natural, que ha de ser medida objetivamente, utilizando por lo tanto un criterio igual para todos, de tal forma que dos personas, con la misma capacidad natural y en iguales circunstancias, tengan la misma capacidad de obrar<sup>31</sup>.

Es precisamente en este ámbito donde encuentra aplicación práctica la relación entre persona y Derecho, toda vez que la capacidad de obrar incorpora jurídicamente lo real e histórico en la persona. Así se expresa Ramos Chaparro en este importante texto:

*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*

<sup>27</sup> «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, Carlos, ob. cit., p. 326.

<sup>28</sup> Castán fundamenta la igual 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, J., ob. cit., p. 151.

<sup>29</sup> 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, ob. cit., p. 112).

<sup>30</sup> Lacruz Berdejo, J. L., ob. cit., p. 4.

<sup>31</sup> «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», Ibídem, p. 112.

y el funcionamiento de las facultades propiamente humanas, lo que se llama, algo críticamente, 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<sup>32</sup>.

El concepto jurídico clave entonces para tratar la cuestión de la capacidad de obrar es el *poder gobernarse por sí mismo*. Es un clásico en los textos legislativos modernos, recibiendo diversos nombres como hace notar Gordillo<sup>33</sup>: el Código civil italiano habla de «cuidar por sí mismo sus propios intereses»<sup>34</sup>, el Código civil portugués de «gobernar su persona y bienes»<sup>35</sup>, y el Código civil español en el art. 200 (sobre la redacción originaria del art. 199) habla de «gobernarse por sí mismos», 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 de entender y de querer* que ha utilizado la doctrina mayoritaria. Esto hace, en palabras de Gordillo, que «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»<sup>36</sup>.

Además, en el ámbito civil se ha desarrollado la figura jurídica de la *incapacitación* que también afecta a la capacidad de obrar, muestra de su conexión con la capacidad natural<sup>37</sup>, tomada en consideración en este caso por una resolución judicial, y que el ordenamiento protege con la

<sup>32</sup> Ramos Chaparro, E., ob. cit., p. 121.

<sup>33</sup> Gordillo Cañas, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 38.

<sup>34</sup> «Art. 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».

<sup>35</sup> «Art. 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».

<sup>36</sup> Gordillo Cañas, A., ob. cit., p. 39.

<sup>37</sup> «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, ob. cit., p. 43.

Claramente aparece esta conexión en la descriptiva definición que da Navarro: «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, ob. cit., p. 15.

patria potestad (art. 171 Cc), la tutela (art. 222 Cc) y la curatela (artículos 288 y 289 Cc). La incapacidad tiene en el régimen general de la capacidad una aplicación marginal, y no ocupa el lugar central en el estudio de la capacidad.

En el ámbito canónico se comparte básicamente esta teoría general de la capacidad de obrar, que Ferrer Ortiz explica del siguiente modo:

*En primer lugar, como la capacidad de obrar está naturalmente vinculada a la 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*<sup>38</sup>.

Y debido a este fundamento de madurez, llega a decir De Castro, que la «capacidad de obrar es una condición natural de la persona»<sup>39</sup>, en la que el Derecho admite una serie de *presunciones de capacidad*, 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 probar.

Es preciso, ayudados por los avances de las ciencias que en parte estudian esta parte de la realidad, delimitar lo más posible qué se entiende por la capacidad de entender o querer o de gobernarse por sí mismo. En concreto, son la psicología cognitiva y la psicología evolutiva las que pueden arrojar luz al respecto, para saber qué parte de la realidad es la presumida por la edad legal. En todo caso, las aportaciones de la psicología, que son valiosas para nuestro tema, han de ser reconducidas al término jurídico capacidad de gobernarse por sí mismo<sup>40</sup>, evitando así imprecisiones debido a la inclusión de términos que no han encajado en la teoría jurídica de la capacidad de obrar.

### 1.2.3. Edad

Una vez expuesta la conexión de la capacidad de obrar con la capacidad natural, ahora hay que mostrar cómo se incorpora ésta al ámbito jurídico. Ya hemos visto que ha de ser un criterio objetivo para no tratar de forma distinta a dos personas que se encuentren en las mismas circunstancias y con la misma capacidad natural. Para ello, el baremo fundamental utilizado por el

<sup>38</sup> Ferrer Ortiz, Javier, “Los sujetos del Ordenamiento canónico” en *Manual de Derecho canónico*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1988, p. 153.

<sup>39</sup> De Castro y Bravo, Federico, ob. cit., p. 57.

<sup>40</sup> «Es el que se presenta como criterio jurídico por excelencia en al caracterización civil de la enfermedad mental y el que aparece como centro de gravedad del sistema», Ramos Chaparro, Enrique, ob. cit., p. 347.

Derecho para determinar qué capacidad de obrar se tiene es la edad adecuada a cada acto jurídico<sup>41</sup>. A la edad legal, subyace, integrándola, la idoneidad o aptitud natural<sup>42</sup> de las personas para ejercer cada uno de los derechos concretos.

La capacidad de obrar viene modalizada por la capacidad natural concretada en una edad; pero una vez que ha entrado la edad en el ámbito del Derecho, y es por lo tanto *edad legal*, no significa que carezca de total importancia la capacidad natural<sup>43</sup>, que en todo caso habrá que demostrar siempre que se sostenga otra distinta de la que se presume en la edad fijada por la ley<sup>44</sup>. Por ello, la clasificación más básica de la capacidad de obrar es trimembre: plena en el mayor de edad –

---

<sup>41</sup> «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, ob. cit., p. 112.

En el ámbito canónico, el Coetus explica lo siguiente: «Legislator ea omnia definit in genere in cann. 88-98. Pendet quidem status personarum canonicus a variis personae conditionibus: 1) a personarum aetate, sexu et statu mentis, ab earum relatione ad locum originis et domicilii aut quasi-domicilii (en el núm. 2 menciona la consanguinidad y afinidad)», *Communicationes* 21, 1989, 36.

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. 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, ob. cit., p. 38.

<sup>42</sup> «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, ob. cit., p. 4.

<sup>43</sup> «Il raggiugimento 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 istitutim, quali la interdizione e la inabilitazione, da una parte, e la figura generale della cosiddetta incapacità naturale, dall'altra», Falzea, Angelo, ob. cit., p. 38.

<sup>44</sup> Así explica Gete Alonso la interdependencia de la edad legal con la capacidad natural: «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, María del Carmen, «La edad», en Puig i Ferrol, Luis, *Manual de Derecho Civil. I. Introducción y derecho de la persona*, 3ra. ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 162.

para todos los derechos que no exijan una capacidad especial<sup>45</sup>, limitada en el emancipado, y nula en el recién nacido<sup>46</sup>.

### 1.3. Régimen jurídico-general de capacidad

El desarrollo doctrinal expuesto sobre la teoría general de la capacidad se recoge tanto en el Código civil como en el Código de Derecho Canónico.

En el Código civil, después del título preliminar, sigue el Libro I *De las personas*, donde se recogen los artículos *Del nacimiento y la extinción de la personalidad civil* (Título II). En este título se plasma el reconocimiento del sujeto de Derecho y su correspondiente capacidad jurídica. La capacidad de obrar general aparece en el Título XI *De la mayor edad y de la emancipación*. En medio quedan los títulos referentes a los estados civiles y a las circunstancias que modalizan el ejercicio de los derechos y deberes.

El Código de Derecho canónico no tiene título preliminar, y comienza directamente con el Libro I, dentro del cual se recoge el Título VI *De las personas físicas y jurídicas* donde se formaliza el reconocimiento del sujeto de Derecho, su capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Los títulos anteriores se dedican en buena parte a las materias que el Código civil atiende en el Título preliminar. Uno de los objetivos del legislador en el Libro I es constituir la parte general, donde se plasman las normas de aplicación a las restantes materias del Código con lo que ello tiene de mejora desde un punto de vista técnico-jurídico.

La *sistemática* en ambos casos es similar: se regula con carácter general en el Libro I de forma conjunta la capacidad jurídica y la capacidad de obrar de las personas, con la diferencia de la cuña que el Código civil introduce sobre los estados civiles, que por ser un anacronismo jurídico supone una deficiencia sistemática por la complejidad innecesaria que provoca sobre la capacidad de las personas. Así pues, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar aparecen articuladas formando esa capacidad unitaria que la doctrina había elaborado entorno al sujeto de Derecho y de aplicación general a todo el Código que tienen dichas normas.

<sup>45</sup> Por ejemplo, los 25 años para la adopción que prevé el art. 175 Ccanon

<sup>46</sup> «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 Blasco Gascó, Francisco, (coord.), *Derecho Civil. Parte general. Derecho de la persona*, 4ta. ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 213.

Los textos legislativos sobre el sujeto de derecho y la capacidad jurídica se basan en la existencia misma de la persona:

**Cc**

Art. 29: "El nacimiento determina la personalidad ...".

Art. 30: "La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno".

Art. 32: "La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas".

**CIC**

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 la comunión eclesiástica y no lo impida una sanción legítimamente impuesta".

Sin embargo, los textos sobre la capacidad de obrar se centran en la capacidad natural expresada por una edad:

**Constitución española**

Art. 12: "Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años".

**Cc (red. Ley 11/1981)**

Art. 315: "§ 1. La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos".

Art. 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".

Art. 323: "La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor...".

**CIC 1917**

El canon 88: "§ 1. La persona que ha cumplido los veintiún años es mayor; antes de esta edad es menor. § 2. El menor, si es varón, se considera púber después de cumplidos los catorce años; si mujer, una vez cumplidos los doce. § 3. El impúber, antes de cumplir los siete años, se llama infante, o niño, o párvulo, y se considera sin uso de razón; mas cumplidos los siete años, se presume que lo tiene".

El canon 89: "Las personas mayores tienen el pleno ejercicio de sus derechos. Las menores están sujetas 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".

**CIC**

El canon 97: "§ 1. La persona que ha cumplido dieciocho años es mayor; antes de esa edad es menor".

El canon 98 CIC: "§ 1. La persona mayor tiene el pleno ejercicio de sus derechos".

En otras épocas y culturas, la capacidad natural se determinaba no por la edad legal, sino por el recurso a diferentes criterios que tenían en cuenta el temperamento de los pueblos<sup>47</sup>. La mayor presencia del Derecho en la sociedad será lo que traiga consigo acudir a la edad para calificar

<sup>47</sup> De Castro remarca que el recurso a la edad fue una solución jurídica que sustituyó a otras más precarias: «Las concepciones jurídicas más realistas y en las que su estadio cultural permitía la calificación individual, para nada atienden a la edad y darán valor a condiciones con intrínseco significado, como la pubertad, la aptitud para la vida independiente o el desarrollo de la inteligencia. En todos los sistemas jurídicos se han tenido en cuenta todas estas circunstancias; en cada uno, sin embargo, ha podido señalarse una de ellas como dominante. En el Derecho romano la pubertad, aunque también se atiende a la inteligencia y a la posibilidad de vida independiente. En el Derecho germánico parece tenerse en cuenta la posibilidad de defenderse por sí mismo, manejar las armas, luchar con los enemigos, el vivir o poder vivir con independencia. Ya en la Edad Media se habla de anni discretionis o anni intelligibilis, concorde con la importancia que el Derecho canónico da al desarrollo de la inteligencia; luego fue extendida y convertida en principal criterio», De Castro y Bravo, Federico, ob. cit., p. 149-150.



jurídicamente la capacidad natural de una persona<sup>48</sup>. Surgió como un avance en el Derecho<sup>49</sup> y así lo asumió la Iglesia<sup>50</sup>.

Así pues, la edad tiene una gran transcendencia jurídica y es el elemento básico para graduar<sup>51</sup> la capacidad de obrar en todos los actos jurídicos, con algunas reglas especiales para algunos. No se establece la edad como un criterio negativo de determinación de capacidad, es decir, no tiene como función señalar quiénes no la tienen; muy al contrario, la edad es un mecanismo del que se sirve el ordenamiento para facilitar el ejercicio de los derechos que conforman la capacidad jurídica de la persona:

*Para conceder o negar dimensión jurídica a los actos humanos atiende el legislador al grado de madurez del entendimiento y la voluntad del actuante, y ese grado, que en una organización humana desarrollada no podría medirse caso por caso, ha de presumirse en ella a partir de la edad. La edad, pues, determina hoy la capacidad de obrar de la persona<sup>52</sup>.*

Como la edad es establecida por el legislador, cabría pensar en un primer momento, que éste debe reconocer la capacidad jurídica por ser general, pero no la capacidad de obrar que es

<sup>48</sup> «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 físicopsíquicas, 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», *Ibidem*, p. 150.

<sup>49</sup> «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 Aldaz, Carlos, “La edad”, en De Pablo Contreras, Pablo, (coord.), *Curso de derecho civil. Volumen I, Derecho privado. Derecho de la persona*, 4ta., ed., Colex, Madrid, 2011, p. 399.

<sup>50</sup> De los trabajos de preparación del CIC de 1983: «Codex I. CANON 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 vigeabant. Unde iuris canonici antiqui monumenta pauca tantum de iisdem habuerunt praescripta, sed universa doctrina ante Codicem applicavit quae ius romanum de hac materia praescripta edixit», *Communicationes* 21, 1989, 36.

<sup>51</sup> De Castro apunta la consideración que el Derecho hace en orden a la capacidad de los momentos más representativos en el 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, *ob. cit.*, p.151.

<sup>52</sup> Lacruz Berdejo, José Luis, *ob. cit.*, p. 117.

contingente y variable entre las distintas personas y dentro de la misma persona a lo largo de su vida; podría pensarse en una cierta arbitrariedad del legislador en este punto; pero es necesario recordar, que la edad se vincula a la capacidad de obrar, y que ésta es una dimensión dinámica de la personalidad (del sujeto de Derecho), lo que trae como consecuencia, que el legislador, a la hora de determinar la edad legal, no la crea sino que la reconoce<sup>53</sup>.

Hasta aquí hemos visto el realismo jurídico que está en la base del régimen general de la capacidad. Hay una conexión entre el sujeto de Derecho y la persona, entre la capacidad jurídica y la dignidad humana (que es la misma en todos), y entre la capacidad de obrar y la capacidad natural (psicofísica). Esa conexión subsiste en los textos legales que estructuran el régimen general de la capacidad, y se convierte en criterio normativo al estudiar la capacidad requerida por cada negocio jurídico, incluido el matrimonio.

## CAPÍTULO 2: APLICACIÓN AL MATRIMONIO DEL RÉGIMEN GENERAL DE LA CAPACIDAD

En este segundo capítulo comenzaré exponiendo cuál es el reconocimiento legal de la capacidad matrimonial (2.1) en la Constitución española (2.1.1), en el Código civil español y en el Código de Derecho canónico (2.1.2), y poder ver así los desajustes con respecto al régimen general de la capacidad. A continuación propondré una vía para el estudio de la capacidad matrimonial mediante la recuperación sistemática de la edad legal matrimonial de un lado y jurídico-técnica de otro (2.2), en consonancia con la teoría general de la capacidad.

### 2.1. Régimen jurídico-matrimonial de capacidad

El *ius connubii* es un aspecto de la capacidad jurídica cuyo reconocimiento se basa en la dignidad humana con sus derechos de alcance universal<sup>54</sup>, fundamento de todo el ordenamiento constitucional español (art. 10 CE)<sup>55</sup>. El *ius connubii*, término acuñado por el Derecho Romano, se

<sup>53</sup> «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, ob. cit., p. 42.

<sup>54</sup> En palabras similares se expresa en la STC 21/1981 de 15 de junio: «Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión consuetudinaria básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico» (Citado en Antonio Torres del Moral, Principios de derecho constitucional. I. Sistema de fuentes. Sistema de los derechos, Universidad Complutense, Madrid 2004, 5ª ed., 293).

<sup>55</sup> «1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la

reconoce en el art. 32.1 de la Constitución Española como derecho de todo ciudadano: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». Lo mismo hace el art. 44 Cc: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con arreglo a las disposiciones de este Código» –introducido con la reforma Ley 30/1981 de 7 de julio–; y el CIC en el canon 1058 CIC: «Pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe» –que reproduce el canon 1035 del CIC 1917–. Por su parte, la DUDH, en el art. 16.1 establece lo que sigue: «Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio, y en caso de disolución del matrimonio».

Este reconocimiento legal del *ius connubii* alcanza a la triple configuración que distingue Hervada: a la situación jurídica –es la capacidad jurídica–, al derecho fundamental –procede del ser personal– y a una libertad de la persona humana –es un ámbito de autonomía que puede ejercer o no–<sup>56</sup>.

Todos los derechos humanos tienen un sentido de justicia por exigencias de la dignidad de la persona: reclaman la realización de unos fines que perfeccionan al individuo, que en el caso del *ius connubii* son los bienes de los cónyuges y de la familia; consecuentemente, se exigirá la capacidad correspondiente para llevarlos a cabo y llegar así a un desarrollo real de la personalidad humana (art. 10.2 CE). La relación entre capacidad de obrar, capacidad natural y fines es evidente en todos los contratos, y no lo debemos de perder de vista en el matrimonio, que no ha dejado de ser estudiado con la *técnica contractual*<sup>57</sup> tanto en el Derecho civil<sup>58</sup> como en el Derecho canónico<sup>59</sup>. Así lo señala Lacruz en el ámbito civil:

---

paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

<sup>56</sup> Cfr. Hervada, Javier, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico. III Derecho matrimonial (1)*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, p. 316.

<sup>57</sup> «Desde la premisa inequívoca de que el consentimiento de los contrayentes es la causa eficiente del matrimonio, la doctrina canónica medieval calificó ese acto consensual como un contrato, destacando con ello que la relación jurídica subsiguiente no tenía su origen en la ley, sino en el intercambio de dos voluntades privadas, pero sin que ello supusiera olvidar su carácter normado y la consiguiente imposibilidad de modificar por pacto su contenido legal. La doctrina más moderna hace notar la insuficiencia de la noción de contrato para explicar el acto jurídico matrimonial, tanto por la progresiva patrimonialización de aquel concepto, cuanto porque lo característico del mismo es conciliar intereses que pueden ser divergentes y crear preceptos de autonomía privada, y por eso ha hecho fortuna su calificación de cómo negocio jurídico, que, por más amplia, permite acoger con mayor facilidad su condición de acto consensual que da acceso a una relación o estado que delimita por completo el Derecho positivo», De Pablo Contreras, Pablo, “El

*Dentro del Derecho privado, el matrimonio es, por su propia naturaleza, una institución especialísima. El acto constitutivo del vínculo es un acuerdo de voluntades entre los contrayentes: la circunstancia de ser un acuerdo cuyas consecuencias vienen establecidas de modo no disponible por el ordenamiento jurídico no le priva de naturaleza y estructura contractual, porque la limitación de la autonomía de la voluntad no es incompatible con la noción de contrato, y por cuanto la indisponibilidad de los efectos no le viene al matrimonio de la ausencia de un consentimiento plenamente libre y autónomo, sino de la especialidad del objeto*<sup>60</sup>.

Y d'Avack en el ámbito canónico:

*Il matrimonio canonico si presenta quale un vero e proprio contractus, esplicitamente designato come tale dal Codex stesso (can. 1012, §1, § 2) conformemente del resto alla terminologia tradizionale già in uso nella legislazione, nella dottrina e nella giurisprudenza della Chiesa fin dai tempi più antichi, retto dai principi generali comuni alla formazione di tutti gli altri contratti ed avente soprattutto quale presupposto ed elemento essenziale e insostituibile il consenso delle parti diretto ad instaurare la società coniugale*<sup>61</sup>.

El uso de la técnica contractual en el matrimonio canónico se ha hecho con matices para preservar la indisolubilidad del pacto conyugal; en todo caso, el matrimonio como contrato *sui generis* ha servido para reforzar el principio consensual en el matrimonio:

*La teoría del contrato fue el vehículo técnico-jurídico con el que se logró imponer el principio consensual.(...). Mediante el contrato matrimonial se lograba zanjar la diferencia esencial entre los esposales de futuro y el*

---

matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio”, en Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos, (coord.), *Curso de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia*, 3ra. ed., Colex, Madrid, 2011, p. 104.

<sup>58</sup> Albadalejo precisa su naturaleza jurídica: «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; pero no en su acepción rigurosa, que se reduce a los acuerdos de voluntades en materia patrimonial. De todas formas, hecha tal salvedad, no hay inconveniente en decir que el matrimonio es un contrato», Albadalejo, Manuel, *Curso de derecho civil. IV. Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 31-32.

Para Castán Tobeñas: «Se trata de una convención o negocio jurídico bilateral, pero que no excluye la idea de institución, pues dicha convención es la condición del nacimiento de una situación legal objetiva», Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral. Tomo V. Derecho de familia*, 12ma. ed. rev., Ed. Reus S. A., Madrid, 1994, p. 129.

También Díez Picazo y Gullón: «El matrimonio es un negocio jurídico de Derecho de Familia, que está formado por la concorde voluntad de los contrayentes y por las declaraciones de voluntad que los mismos emiten. (...) para que exista negocio jurídico lo decisivo es que el efecto jurídico derive de la autonomía privada aunque el contenido de la situación creada se imponga imperativamente», Díez Picazo, Luis, *Sistema de derecho civil. Vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 2da. Ed., Tecnos, Madrid, 1982, p. 71.

<sup>59</sup> «Il matrimonio canonico nella struttura giuridica positiva viene a presentare una natura spiccatamente contrattuale, nel senso che si presenta come un tipico negozio giuridico, il quale trae origine appunto e soltanto dalla volontà privata delle parti contraenti e sorge e si perfeziona esclusivamente in virtù del loro accordo reciproco, diretto ad instaurare la società coniugale», D'Avack, Pietro Agostino, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, Volume primo, ed. innovata, Casa editrice del Dott. Carlo Cya, Firenze, 1952, p.19.

<sup>60</sup> Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos de Derecho Civil. Vol. IV. Familia*, 4ta. ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 41.

<sup>61</sup> D'Avack, Pietro Agostino, ob. cit., p. 20.

*consentimiento matrimonial con palabras de presente. Este último no sólo era indisoluble, sino que además no podía ser contraído por nadie más que por los cónyuges*<sup>62</sup>.

El ejercicio del *ius connubii* tendrá lugar en el momento del establecimiento del pacto conyugal, acto jurídico formado por las voluntades de los cónyuges manifestando su consentimiento. Dicho pacto requiere de los contrayentes una capacidad natural adecuada que el ordenamiento civil y el ordenamiento canónico deberían de presumir en la edad fijada por la ley (según el régimen general de la capacidad). El establecimiento de una edad legal se basaría en una presunción<sup>63</sup> que facilita el tráfico en las culturas jurídicas avanzadas<sup>64</sup>. Ese sigue siendo el criterio del Código civil y del CIC: la edad es el *cardo* sobre el que sigue girando el reconocimiento de la capacidad de obrar de los sujetos de derechos y obligaciones<sup>65</sup>, y con más razón debería aplicarse para la capacidad matrimonial debido a la entidad que la capacidad psicofísica tiene en el matrimonio.

<sup>62</sup> Carreras, Joan, *Las bodas. Sexo, fiesta y derecho*, Rialp, Madrid, 1998, p. 70.

<sup>63</sup> Señala Martinell, los criterios para dicho establecimiento de la edad por el legislador: «a) presunción de capacidad fisiológica (pubertad biológica) como sustrato mínimo y suficiente, en relación con la función encauzadora de la sexualidad asignada al matrimonio; b) presunción de madurez psicológica necesaria para prestar el consentimiento y para llevar a cabo las obligaciones inherentes al matrimonio», Martinell, Josep María, “Los impedimentos matrimoniales en el Derecho Civil español”, en *Estudios de derecho canónico y derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1983, p. 379.

En la misma idea insiste Falzea: «Nei campi in cui sussistono tali norme, riguardo a coloro che non hanno raggiunta l’età prescritta dalla legge non si pone in generale il problema dell’accertamento della eventuale esistenza della capacità di intendere e di volere, perché il diritto presume il difetto di tale capacità e tale presunzione reputa superabile unicamente attraverso provvedimenti di natura formale, quali, nell’ambito dei rapporti di diritto privato, l’emancipazione e l’autorizzazione giudiziale all’esercizio di un’impresa», Falzea, Angelo, ob. cit., p. 38.

También Navarro: «Nel diritto si presume, finché non si dimostri il contrario, che la persona fisica, raggiunta l’età in cui le persone normali sono capaci di intendere, di volere e di agire responsabilmente, è capace di agire. Questa presunzione in favore della capacità di agire, ammette logicamente prova contraria» (Navarro, L., *Personae e soggetti nel diritto della Chiesa. Temi di diritto della persona*, Subsidia Canonica, Roma 2000, 18).

<sup>64</sup> «Il ius civile (romano) fissa un limite d’età entro il quale si presume manchi l’idoneità a curare i propri interessi: il soggetto che vi rientri è, automaticamente, incapace o non completamente capace di agire. In linea di principio, il limite è rappresentato dalla pubertà, ed ha, in sé, un ristretto margine di variabilità. (...). L’incapacità di codeste persone e gli istituti diretti a proteggerle sono presenti in tutti gli ordinamenti delle società che abbiano raggiunto un certo livello di sviluppo» (Talamanca, M., *Instituzioni di diritto romano*, Milano: Giuffrè, 1990, 156).

<sup>65</sup> El tráfico jurídico se simplifica por la sencilla atribución de capacidad de obrar, tal y como señala Martínez de Aguirre Aldaz: «Los hechos o datos a los que se vincula la capacidad de obrar general, son fijados en atención a que 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 general, se parte de una presunción legal de capacidad natural, que actúa 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 solo), y la ausencia de incapacitación (es decir, la falta de una declaración judicial constatando la ausencia de capacidad natural)» (Martínez de Aguirre Aldaz, *CANON, La persona y el Derecho*

La capacidad de obrar matrimonial sería el tratamiento jurídico de la capacidad natural – *discretio iudicii* y *capacitas corporis*– que la doctrina ha designado con el nombre de *madurez*. Identificado ese momento mediante la *edad núbil* –o natural–, se debería acudir finalmente al establecimiento por el Derecho de una *edad legal* como presunción, que sirve para incorporar de un modo técnico aquella capacidad natural mínima exigida a todos los contrayentes por los fines del matrimonio<sup>66</sup>, y para designar el momento a partir del cual se puede contraer.

Veamos ahora cómo se lleva a cabo el reconocimiento del *ius connubii* y el establecimiento de la edad legal matrimonial: por un lado, aparecen unidos en los textos internacionales de los que España es parte, y en el Proyecto de Constitución Española hasta el último momento; por otro lado, están separados en el Código civil y en el CÍCANON. Prestaré especial atención al proceso de elaboración constitucional porque es paradigmático de las dudas sobre la posición sistemática de la edad legal matrimonial.

### 2.1.1. Especial referencia a la Constitución Española

El Anteproyecto con el que se iniciaron los trabajos en Cortes, establecía en el original art. 27:

*1. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener en igualdad de derechos, relaciones estables de familia. 2. El derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución, y sus efectos*<sup>67</sup>.

Después de las enmiendas y votos particulares presentados, el informe de la ponencia aclara la nueva redacción del art. 27 a la que se ha llegado:

*1. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia. 2. El derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución, y sus efectos*<sup>68</sup>.

En el anexo al informe de la ponencia, pasa a ser el art. 31<sup>69</sup>. La Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas presenta a la Mesa del Congreso un dictamen, donde el ahora art. 30 quedaría redactado así:

---

de la persona, en De Pablo Contreras, (coord.), Curso de Derecho civil. Volumen I, Derecho privado. Derecho de la persona, Madrid: Colex, 2011, 4ª ed., 327).

<sup>66</sup> «La exigencia de edad núbil es connatural a los fines del matrimonio, tanto en cuanto respecta a su consumación como en lo relativo a la exteriorización de la edad o madurez para criar y educar a la prole. La nubilidad es factor dependiente de la constitución personal y del ambiente», Entrena Klett, Carlos María, *Matrimonio, separación y divorcio*, 2da. Ed., Aranzadi, Pamplona, 1984, p. 262.

<sup>67</sup> Sesión Nº. 44, de 5 de enero de 1978, p. 674.

<sup>68</sup> Informe de la Ponencia, en Sesión Nº. 82, de 17 de abril de 1978, p. 1520.

<sup>69</sup> Anexo al Informe de la Ponencia, en Sesión Nº. 82, de 17 de abril de 1978, p. 1622.

*1. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio. 2. El derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución, y sus efectos*<sup>70</sup>.

Se ha suprimido la parte final; el apdo. 2 queda igual. Este es el texto aprobado por el Congreso como Proyecto de Constitución Española, y así pasa al Senado. Los debates en el Congreso se centraron sobre todo en el término «disolución» del matrimonio del apdo. 2.

Ya en el Senado, muchas de las enmiendas se centran en la expresión «edad núbil», destacando su falta de precisión, y proponiendo su sustitución por expresiones como «por 'x' años»<sup>71</sup>, «la edad fijada por la Legislación Civil»<sup>72</sup>, «la edad-pubertad»<sup>73</sup>. Otras enmiendas la suprimen sin justificar el cambio.

Los debates en el Senado sí tratarán el tema de la «edad núbil». Con sentido del humor, el Sr. Cela y Trulock, comenta sobre este apartado: «Entiendo que no se puede decir, hablando en castellano y en este contexto, “a partir de la edad núbil”, puesto que núbil, según el diccionario, dicese de la persona que ha llegado a la edad en que es apta para el matrimonio, y el concepto, por una simple suma algebraica de “a+b+c”, etcanon, quedaría expresado, en forma paradójica, así: “A partir de la edad en que la persona ha llegado a la edad en que es apta para el matrimonio, el hombre y la mujer podrán contraer matrimonio”. Me permito presentar una enmienda “in voce”, que diría simplemente: “A partir de la edad fijada por la ley, el hombre y la mujer podrán contraer matrimonio”»<sup>74</sup>. Tuvo buena acogida.

Sobre esta modificación se ha pronunciado Martín de Agar, que la considera equivocada:

*A mi juicio, esta modificación fue un error doble, gramatical y jurídico, porque entiendo que el calificativo núbil estaba referido a la edad, no a las personas, y es correcto hablar de edad núbil como lo es hablar de la edad viril, edad madura o edad adulta. El texto enmendado, como los textos de Derecho internacional que los inspiraron (art. 16.1 DUDH y el art. 12 CPDHyLP) era correcto y la referencia a la edad núbil era jurídicamente precisa, pues se trata de señalar el momento en que nace el derecho al matrimonio, momento que constituye un derecho natural y no legal*<sup>75</sup>.

El debate posterior se centró sobre la oportunidad de mantener el reenvío a la ley de la cuestión de la edad en el inicial apdo. 1, o enviarla al apdo. 2 con el resto de materias objeto de reenvío. Al final hubo consenso de todos los grupos sobre el entonces art. 30.1: «El hombre y la mujer, a

<sup>70</sup> Sesión Nº. 121, de 1 de julio de 1978, p. 2396.

<sup>71</sup> Enmienda Nº. 155 al art. 30.1.

<sup>72</sup> Enmienda Nº. 713, que propone una nueva redacción del art. 30.1.

<sup>73</sup> Enmienda Nº. 855 al art. 30.1

<sup>74</sup> Sesión Nº. 45, de 29 de agosto de 1978 ante el Senado, p. 3407.

<sup>75</sup> Martín de Agar, José. T., *El matrimonio canónico en el Derecho civil español*, Eunsa, Pamplona, 1985, p. 102.



partir de la edad fijada por la ley, tienen derecho a contraer matrimonio basado en la igualdad jurídica de los cónyuges»<sup>76</sup>. La capacidad jurídica en sede matrimonial –*ius connubii*– y la capacidad de obrar –*edad fijada por la ley*–, seguían juntas tres meses antes de ser aprobado el texto definitivo de la CE, siguiendo la mejor sistemática del par capacidad jurídica-capacidad de obrar.

La Comisión de Constitución del Senado, recoge en su dictamen el ya art. 32 redactado en los siguientes términos:

*1. El hombre y la mujer, a partir de la edad fijada por la ley, tienen derecho a contraer matrimonio, basado en la igualdad jurídica de los cónyuges. 2. La ley regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*<sup>77</sup>.

Fue aprobado con 160 votos a favor y 1 en contra, con 9 abstenciones<sup>78</sup>.

En los debates sobre la «edad fijada por la ley», que giraron en torno a la cuestión sistemática y a una mejora de la redacción –más sintética–, late como idea de fondo su conexión con la capacidad para ejercer el derecho a contraer matrimonio<sup>79</sup>. Esa es la razón de que la edad se recoja en el mismo apartado en que se reconoce el derecho a contraer matrimonio, tanto en el Anteproyecto inicial, como en el Proyecto aprobado por el Congreso y por el Senado. La única modificación introducida por el Pleno del Senado al texto aprobado por el Congreso es la sustitución de la expresión «edad núbil», por la de «edad fijada por la ley».

El texto pasa a la Comisión Mixta Congreso-Senado, que en su dictamen modifica<sup>80</sup> la redacción del art. 32:

*1. El hombre y la mujer, tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas del matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*<sup>81</sup>.

Esta es la redacción del texto de la CE aprobado por el Congreso de los Diputados<sup>82</sup>, hoy vigente. La edad aparece más claramente vinculada a la capacidad de obrar matrimonial, y está más

<sup>76</sup> Sesión Nº. 45, de 29 de agosto de 1978 ante el Senado, p. 3414.

<sup>77</sup> Sesión Nº. 157, de 6 de octubre de 1978, p. 4201.

<sup>78</sup> Había sido aprobado en Sesión Nº. 61, de 28 de septiembre de 1978, p. 4504.

<sup>79</sup> Villar Arregui en el debate en la sesión Nº. 45, de 29 de agosto de 1978 ante el Senado, 3409; Xirinacs Damians en el mismo debate, 3417.

<sup>80</sup> La Comisión Mixta Congreso-Senado carecía de autorización para ello, según advierte López Alarcón con respecto a la capacidad, aunque entiendo que es aplicable también a la edad por el cambio de aptdo. y sus consecuencias; la Comisión Mixta, «al no existir contradicción entre los textos de ambas Cámaras, no estaba autorizada por la Ley para la reforma política de 4 de enero de 1977 para introducir innovaciones o modificaciones», López Alarcón, Mariano, “El matrimonio canónico en el Proyecto de la reforma del Título IV del Libro I del Código Civil”, en *RDP*, 1980, p. 890.

<sup>81</sup> Sesión Nº. 170, de 28 de octubre de 1978, p. 4875.

distanciada de la capacidad jurídica –*ius connubii*–. No se recoge el motivo de este cambio<sup>83</sup>, pues fue introducido por la Comisión Mixta indebidamente<sup>84</sup>. Como tendrían en cuenta los trabajos parlamentarios, sólo un voto particular fundamentaba este desplazamiento al apdo. 2: el de Xirinacs Damians<sup>85</sup>, que no considera la necesaria conexión entre *ius connubii* y su capacidad de obrar, sino la posibilidad de introducir la licencia de los padres para limitar el ejercicio del *ius connubii*. Dicha licencia es una cuestión típica del Derecho civil, que proviene del Derecho romano, pero que no toca el núcleo de la capacidad de obrar matrimonial.

Hay que tener en cuenta la protección que el *ius connubii* recibe de la misma CE en su art. 53.1.2º: «Sólo por ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades», comprendidos en las secciones 1ª y 2ª del capítulo II; el contenido esencial<sup>86</sup> se recoge en el art. 32.1 CE, que no puede ser cambiado por la ley, sino protegido y

---

<sup>82</sup> Sesión Plenaria Nº. 52, de 31 de octubre de 1978.

<sup>83</sup> «En cuanto a la edad y capacidad, al principio no entraban dentro de la remisión de la ley. Su inclusión fue debida a un doble error –gramatical y jurídico– y a una extralimitación de la Comisión mixta Congreso-Senado, que enturbian el sentido del precepto, alejándole de sus textos inspiradores y facilitando un recorte, al menos potencial, del *ius connubii* –en contradicción con su reconocimiento incondicional en el primer párrafo del mismo artículo–», Ferrer Ortiz, Javier, “El sistema matrimonial”, en Otaduy, Jorge, (coord.), *Tratado de Derecho Eclesiástico, Pamplona*, Eunsa, Pamplona, 1994, p. 909.

<sup>84</sup> La Comisión Mixta Congreso-Senado carecía de autorización para ello, según advierte López Alarcón con respecto a la capacidad, aunque entiendo que es aplicable también a la edad por el cambio de aptdo. y sus consecuencias; la Comisión Mixta, «al no existir contradicción entre los textos de ambas Cámaras, no estaba autorizada por la Ley para la reforma política de 4 de enero de 1977 para introducir innovaciones o modificaciones», López Alarcón, Mariano, ob. cit., p. 890.

<sup>85</sup> «Donde se dice que la ‘ley regulará las formas de matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges...’, yo pido que se añada ‘las limitaciones para los menores de edad’, etc. Hemos recibido todas muchas cartas de los padres que nos preguntan si renunciarán a toda responsabilidad respecto a sus hijos que quieran casarse antes de los dieciocho años y después de la edad fijada por la ley. El problema es saber si los menores, por este apartado 2 del artículo 32, tienen derecho a casarse sin permiso de sus padres. La ley actual obliga a que haya responsabilidad por parte de los padres; en cambio, parece que el texto de la Constitución elimina esta responsabilidad, o sea que pueden contraer matrimonio sin permiso de nadie porque es un derecho que tienen. Esta ley que existe, en tal caso, tendrá un carácter anticonstitucional si en el texto no se limita explícitamente. Mi enmienda propone una mejora de tipo jurídico que parece imprescindible. De todas maneras, juristas tiene el Senado mejores que yo», Sesión Nº. 61, de 28 de septiembre de 1978, p. 4499.

<sup>86</sup> «Debe reconocerse la existencia en la Constitución de una garantía institucional del matrimonio: este es, como ha dicho el Tribunal Constitucional, ‘una institución social garantizada por la Constitución’ (STC 184/1990, de 15 de noviembre), lo que comprende su previsión y reconocimiento por el Derecho positivo de modo tal que quede jurídicamente preservada la misma en términos reconocibles para la imagen que de ella tiene la conciencia social. (...). Pero cuando, como ocurre con el matrimonio, el instituto en cuestión constituye a la vez el objeto de un derecho constitucional, la regulación de aquél por el legislador no puede suponer detrimento alguno del contenido esencial del derecho en cuanto poder jurídico concreto que la Constitución reconoce a los sujetos», De Pablo Contreras, Pablo, ob. cit., pp. 69-70.

garantizado. Se ve la trascendencia de establecer la expresión «edad núbil»<sup>87</sup> o «edad fijada por la ley» en el art. 32.1 junto al reconocimiento del *ius connubii*, pues se hubiera conseguido proteger constitucionalmente no sólo el *ius connubii* –capacidad jurídica– sino su *ejercicio de acuerdo con la capacidad natural* –capacidad de obrar–; además, se hubiera mostrado mejor cuál es la función jurídica de la edad: presumir legalmente la capacidad natural mínima para contraer matrimonio–.

En el art. 32. 1, la reserva de ley comprende la «edad y la capacidad para contraerlo», que forman un binomio en medio de las materias objeto de la reserva de ley. Que el texto constitucional relacione la edad y la capacidad para contraer significa, en cuanto a la reserva de ley, que la capacidad para contraer matrimonio ha de ser señalada mediante el establecimiento de una edad legal; y en relación al respeto del *contenido esencial*, que no se debe restringir su ejercicio más de lo imprescindible, por lo que la edad puesta por el legislador se debe referir a la capacidad mínima para contraer matrimonio.

La inicial apuesta del Anteproyecto de Constitución de incluir la mención de la «edad núbil» al lado del *ius connubii* no es original, sino que era una transposición de dos textos internacionales ratificados por España. Ese fue el punto de partida, y ya vimos, cómo el empeño de obtener una redacción un poco más corta, hizo que no se afinara desde un punto de vista técnico en el tema de la edad, ni se vieran las razones que motivaron situarlo junto al reconocimiento del *ius connubii*.

A pesar de la separación sistemática, es reconocible la función de la edad legal, si se tiene en cuenta, por un lado, el ejercicio del *ius connubii* como derecho humano que no se puede limitar más de lo necesario, donde lo necesario es la capacidad natural mínima, y por otro lado, la función de la edad para determinar la capacidad de obrar. A dicha separación ha contribuido la codificación, identificando *incapacidad para contraer matrimonio con impedimentos*, e incluyendo allí a la edad legal. Esto hace que no se vean tan claros los límites que el legislador debe respetar a la hora de regular la edad matrimonial.

Como ya mencionamos, un ejemplo claro de tratamiento jurídico correcto (capacidad jurídica y capacidad de obrar unidas) se encuentra en los siguientes textos internacionales:

A) Art. 16.1 DUDH de 1948:

---

<sup>87</sup> «Interpretado el art. 32.1 conforme a lo establecido por el 10.2, ambos de la Constitución, pertenecen al contenido esencial del *ius connubii*, cuando menos, (...) la vinculación del derecho a que hombre y mujer hayan alcanzado la edad núbil, cuyo momento puede ser fijado por cada legislador atendiendo a las condiciones de madurez objetivamente precisas para prestar el pleno y libre consentimiento requerido», *Ibidem*, p.70.

«Los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio».

B) Art. 12 CEDHyLF de 1950:

«A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y fundar una familia, según las leyes nacionales que regulan el ejercicio de este derecho».

C) Art. 23.2 PIDCyP de 1966:

«Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello».

### 2.1.2. En el Código civil español y en el Código de Derecho Canónico

A la vista de los textos internacionales, sorprende la opción del Código civil y del CIC de considerar la *edad legal matrimonial* como un impedimento más.

El Código civil, precedido por la Ley provisional de Matrimonio Civil de 1870, precedente legislativo inmediato, regulaba el matrimonio en el Libro I, tít. IV, estructurado en tres capítulos: el capítulo I recogía unas disposiciones generales a ambas formas de matrimonio; y los capítulos II y III estaban dedicados respectivamente al matrimonio canónico y matrimonio civil. Dentro del capítulo III, en la seccanon 1ª *De la capacidad de los contrayentes*, los artículos 83 y 84 recogían lo que la doctrina precodicial ha denominado *impedimentos propiamente dichos –ex parte persona–*, aunque el Código civil no titulaba directamente como tales a esas circunstancias; el primero de ellos, como sigue ocurriendo hoy en todas las legislaciones, es la edad legal matrimonial. La seccanon 2ª *De la celebración del matrimonio*, establecía lo correspondiente a la forma. Para las circunstancias que afectan al consentimiento no hay ningún capítulo específico. En la seccanon 3ª *De la nulidad del matrimonio*, se declara ésta a causa de algún impedimento, defecto de forma o vicio del consentimiento. Esta sistemática se mantiene en el Código civil después de la Ley de 24 de abril de 1958.

En el Proyecto de Ley<sup>88</sup> de reforma del Código civil en materia matrimonial, el *ius connubii* aparece en el texto del artículo 44: «El derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio no tendrá otras excepciones que las expresamente establecidas en este Capítulo»; el artículo 45 pone el consentimiento como elemento esencial para el matrimonio –«no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial»–, y los artículos 46 y 47 recogen los impedimentos, denominación que sólo indirectamente reciben las circunstancias allí contenidas. La edad aparece designada

<sup>88</sup> Trabajos parlamentarios, de 13 de marzo de 1980, p. 1173.

como impedimento en el artículo 48. El proyecto del Código civil asume la sistemática decidida por vía constitucional *in extremis*, de no poner la edad legal matrimonial junto al *ius connubii*. Así, en el artículo 47.1 establece que «No pueden contraer matrimonio: 1º. Los menores de edad no emancipados». La definición de la edad se completa con la posibilidad de dispensa (art. 48) y de revalidación (art. 75).

El informe de la Ponencia, propone una modificación del artículo 44, sustituyendo la segunda parte –«no tendrá otras excepciones que las expresamente establecidas en este Capítulo»–, por «conforme a las disposiciones de este Código». Es una mejora notable, pues en sede de capacidad jurídica –derecho a contraer matrimonio– no hay excepciones; en todo caso las habrá a la capacidad de obrar –los impedimentos matrimoniales–. El artículo 44 propuesto queda así: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código»<sup>89</sup>. El Dictamen de la Comisión de Justicia mantiene inalterados los artículos 44 y 46. Todos los debates se centraron sobre otra cuestión: la admisibilidad o no del divorcio, y/o la admisión de un matrimonio civil indisoluble en el ejercicio de la libertad que informa todo el texto constitucional. Salvo algunas enmiendas que quieren unir en el texto legal la capacidad jurídica –*ius connubii*– con la capacidad de obrar –edad legal–, el debate sobre la edad en el matrimonio civil había sido agotado ya en la elaboración de la Constitución Española.

Con la Ley 30/1981 se prescinde en el Código civil de la regulación del matrimonio canónico y del matrimonio civil en capítulos distintos, y se sustituye por una serie de capítulos que se refieren a todos los matrimonios. La estructura en el tít. IV *Del Matrimonio* queda así: el capítulo II *De los requisitos del matrimonio*, que recoge los impedimentos propiamente dichos –*ex parte personae*– y la irrelevancia de la condición, término y modo puestos al consentimiento; el capítulo III *De la forma de celebración del matrimonio*; y el capítulo VI *De la nulidad del matrimonio*, que establece el efecto sancionador común –nulidad– por contraer bajo los impedimentos del capítulo II, o contra la prescripción de la forma del capítulo III, a la vez que aparecen, como en la redacción originaria, algunos vicios del consentimiento (error, coacción y miedo grave).

En el CIC 1917, dentro del Libro III, Parte 1ª, se recoge el tít. VII *Del matrimonio*, donde se trata de los impedimentos en el capítulo II *De los impedimentos en general*, en el capítulo III *De los impedimentos impedientes* y en el capítulo IV *De los impedimentos dirimentes*. Todo lo que se refiere al consentimiento y a la forma de la celebración, recibe un tratamiento aparte en capítulos separados, y dejan de ser catalogados como *impedimentos*. El reconocimiento del *ius connubii* en

---

<sup>89</sup> Trabajos parlamentarios, de 6 de diciembre de 1980, p. 1394.

el canon 1035, abre el capítulo II *De los impedimentos en general*. En el Código de Derecho canónico, el canon 1058 reproduce el canon 1035, pero está colocado en los cánones introductorios del tít. VII *Del matrimonio*, que mejora la sistemática por preceder al capítulo II *De los impedimentos dirimentes en general* y al capítulo III *De los impedimentos dirimentes en particular*; estos últimos han desaparecido en el Código de Derecho canónico. Es decir, se reconoce la capacidad jurídica matrimonial (*ius connubii*), y no aparece la correspondiente capacidad de obrar que debería estar señalada por la edad, que desafortunadamente, en mi opinión, aparece situada entre los impedimentos, rompiendo así con la trayectoria marcada por el régimen general de la capacidad.

## 2.2. Recuperación de la centralidad de la edad legal matrimonial

### 2.2.1. Recuperación sistemática

La capacidad de obrar matrimonial, señalada por medio de la edad legal, debería estar unida en su formulación al reconocimiento de la capacidad jurídica –*ius connubii*–, principio informador de todo el Derecho matrimonial, y sobre todo cuando se trata de determinar su ejercicio. Así comenzó en el Derecho romano, donde el núcleo del Derecho matrimonial consistía en declarar quiénes tienen el *ius connubii* y cuándo se puede ejercer. Con la codificación, el orden y claridad dentro de la ley, han adquirido gran relevancia, hasta el punto de llegar a reflejar, por medio de la posición sistemática, un modo de entender los principios de una institución. Por ello, una adecuada colocación de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar matrimoniales sería situarlas juntas (siguiendo así el criterio del régimen general de la capacidad), de tal modo, que la primera manifestación en el ámbito jurídico del *ius connubii* fuera la determinación normativa de la capacidad de obrar, y esto de un modo positivo: diciendo quiénes pueden contraer matrimonio. Así, se garantizaría más el respeto al *ius connubii*, derecho que reside en la capacidad jurídica de la persona humana, y toda la capacidad de obrar se construiría básicamente sobre la edad legal, que integra la capacidad natural del individuo. Capacidad jurídica y capacidad de obrar se reclaman mutuamente.

Concretamente, en el ordenamiento canónico, son 32 cánones en el CIC 1917 y 23 cánones en el CIC los que separan el reconocimiento del *ius connubii* de la edad legal matrimonial (c. 1083), primero de los impedimentos. A pesar de que el *ius connubii* es la piedra de toque de todo el Derecho matrimonial, la perspectiva negativa está presente en ambos códigos canónicos dedicándose sobre todo a la incapacidad y prohibiciones.

El CIC 1917 recogía una determinación de la capacidad de obrar muy clara para el Derecho matrimonial: los *púberes-impúberes*, criterio presente en la tradición jurídico-matrimonial. El problema se presentó cuando la edad mínima fue aumentada en dos años –16 para varones y 14 para mujeres– y no coincidía con la edad de la pubertad legal –14 años para el varón, 12 para la mujer–; un problema que es más aparente que real, dado que el cambio de edad se debe no a un cambio de criterio, sino a la distinta edad en que la mínima capacidad se alcanza y que dicho criterio señala. Además, en la elaboración del CIC, hubo muchas propuestas de elevación de la edad mínima matrimonial, que fueron denegadas por constituir límites injustificados al *ius connubii*: «no se ve el modo como pueda ser limitado un derecho natural a quien tiene la capacidad mínima para contraerlo»<sup>90</sup>. En dicha respuesta se ve la conexión de la edad legal con la capacidad mínima –capacidad natural– y con el *ius connubii*, aunque no tenga un reflejo en la sistemática codicial por introducir la edad legal como impedimento.

Al igual que en el Código civil, hay un salto sistemático en el vacío: se pasa del reconocimiento de la capacidad jurídica a las limitaciones de la capacidad de obrar sin haber señalado legalmente por medio de la edad cuál es la capacidad de obrar en sí.

Así pues, se construye la capacidad de obrar matrimonial en el Código civil y en el CIC con la categoría de los impedimentos, remarcando ese carácter negativo que a lo largo de los siglos ha tenido la regulación de la capacidad. La edad será vista como un impedimento más, camuflándose así su función jurídica en el matrimonio, y sin que haya una determinación explícita de la capacidad de obrar, siendo necesario deducirla parcialmente de algunos impedimentos tanto del Código civil como del CÍCANON. Esta laguna sistemática ha provocado que los estudios doctrinales hayan prestado poca atención al estudio de la edad como quicio de la capacidad de obrar matrimonial.

El estudio de la capacidad de obrar matrimonial se ha centrado en las patologías de la capacidad consensual. Por ello, el canon 1095 focaliza todos los estudios sobre la capacidad matrimonial, con el inconveniente del carácter negativo propio del canon. Es sobre el canon 1083 que recoge la edad, sobre el que debería pivotar, en mi opinión, toda la teoría general de la capacidad de obrar con la entidad que se refleja en la parte general del Cc y del CÍCANON. Sería una vía que permitiría recuperar en el estudio de la capacidad matrimonial el carácter positivo que Ferrer Ortiz echa en falta en el siguiente texto:

---

<sup>90</sup> *Communicationes* 9, 1977, p. 360.



Resulta cuando menos sorprendente que, desde antiguo, el Derecho matrimonial canónico esté 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 las regulan(...). De manera específica, debemos destacar el sentido altamente positivo del consentimiento de los contrayentes, que produce el matrimonio y funda la familia. (...). Este es, a nuestro juicio, uno de los retos que la Ciencia canónica tiene planteados ante el III Mileni. (...). No obstante, esto no significa que debamos prescindir del enfoque tradicional. Como es bien sabido, el propio Código de 1983 comienza el título dedicado al matrimonio con unos preceptos generales, siendo los más destacados aquellos en los que describe el matrimonio (c. 1055), afirma sus propiedades esenciales (c. 1056) y declara categóricamente que lo “produce el consentimiento legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles” (c. 1057 § 1). Pero, más adelante, en el capítulo que dedica específicamente al consentimiento, ya lo hace en clave de nulidad; y lo mismo sucede con los capítulos relativos al *ius connubii*. Firme lo anterior, no es de extrañar que la mayor parte de las monografías y de los manuales de la disciplina centren su atención en las crisis matrimoniales y dentro de ellas, en la nulidad<sup>91</sup>.

### 2.2.2. Recuperación técnico-jurídica

La edad en el matrimonio fue concebida como la primera y más básica determinación del ejercicio del *ius connubii*. La edad surgió en la época de Justiniano. Como los derechos no están aislados unos de otros, el derecho a la intimidad fue pronto aducido por la escuela de los proculyanos para evitar la *inspectio corporis*<sup>92</sup>, a la vez que se proponía un mecanismo jurídico: la presunción de capacidad para contraer matrimonio a los que habían llegado a una edad determinada, sustituyendo así la *comprobación de hecho* de la mínima capacidad física y psicológica necesaria para ejercer el *ius connubii* por una *comprobación jurídica*: la presunción de la capacidad intelectual-volitiva –*debita mentis discretio*– y de la capacidad sexual –*potentia coeundi*– llegada a la edad de 14 años para el varón y 12 para la mujer. Esta presunción será *iuris et de iure* en el Derecho Romano, *iuris tantum* en el Derecho Canónico, con una mayor seguridad jurídica en el primer caso, y un mayor respeto del *ius connubii* en el segundo:

<sup>91</sup> 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.

<sup>92</sup> «Alle origini la pubertà veniva accertata di volta in volta, eventualmente con un’inspectio corporis: durante il principato questa teoria continuò ad esser seguita dai Sabiniani, sicuramente per i ragazzi, mentre i proculieiani fissavano l’inizio della pubertà al compimento dei quattordici anni per i ragazzi e dei dodici anni per le fanciulle. E’ dubbio fin quando, per queste ultime, abbia avuto vigore il sistema dell’accertamento effettivo: in epoca classica per esse era prevalsa indubbiamente l’opinione dei proculieiani, mentre per i ragazzi questa soluzione fu definitivamente imposta da Giustiniano. Comunque si consideri accertato il raggiungimento della pubertà, sia i ragazzi che le fanciulle escono dalla condizione di impuberes, ma mentre i primi divengono, per il *ius civile*, totalmente capaci, per le seconde cambia il tipo d’incapacit’a e di tutela», M. Talamanca, *Instituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 156.

*Attamen Ecclesia determinationem aetatis 12 pro feminis et 14 annorum pro maribus factam seu firmatam a Iustiniano accepit no ut 'praesumptionem iuris' et de iure sed ut 'praesumptionem iuris' simpliciter, attendendo, introductione clausulae: 'dummodo malitia non suppleat aetatem'*<sup>93</sup>.

Así entra la edad como presunción en la regulación matrimonial del *Corpus Iuris Civilis*, presente en la legislación actual, si bien con las diversas posiciones del CIC y del Código civil, sobre todo después de las reformas de este último. En mi opinión, la edad no es técnicamente un impedimento, sino una presunción jurídica; así surgió en el Derecho con Justiniano, y así sigue perviviendo porque esa es su naturaleza jurídica, aunque con deficiencias debido a su catalogación como impedimento codificado. No es posible en el presente trabajo argumentar esta teoría.

El estudio de las dimensiones de la capacidad natural mínima ha de tener en cuenta que se van manifestando en unos contrayentes concretos que maduran en una sociedad determinada, lo que incide en su progresiva evolución. Esto obliga a la edad legal matrimonial a considerar las nuevas circunstancias sociales para reflejar verdaderamente la capacidad natural mínima y no quedarse obsoleta, incorporando los cambios que vayan introduciendo en ella los factores sociales; es decir, la edad legal es la presunción de la edad núbil 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 matrimonial, que siempre ha de ser la capacidad natural mínima si se quiere respetar el *ius connubii*.

Así pues, el estudio de la teoría general de la capacidad nos hace ver dos problemas en el régimen jurídico actual de capacidad matrimonial: por un lado que la edad no consigue aglutinar la capacidad de obrar para contraer matrimonio, y por otro lado que la edad no es un impedimento. La solución también sería doble: extraer la edad de los impedimentos codificados para situarla junto al reconocimiento del *ius connubii*, y profundizar en el estudio de la edad no ya como impedimento sino como presunción jurídica, que esa es su naturaleza jurídica.

## CONCLUSIONES

**Primera:** El Derecho civil y el Derecho canónico comparten la misma teoría general de la capacidad, articulada sobre los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, desarrollados con más precisión desde la codificación. El régimen general de la capacidad es de aplicación a todos los negocios jurídicos especiales que se recogen en el Código civil español y en el Código de Derecho canónico, también el matrimonio. La teoría general de la capacidad no es

---

<sup>93</sup> Conte a Coronata, M., *Institutiones iuris canonici. De sacramentis. Tractatus canonicus*, Vol. III, 3ra. ed., Marietti, Casali, 1957, p. 360.

puramente abstracta, sino el modo jurídico de incorporar la dignidad humana y la capacidad natural de las personas.

**Segunda:** La capacidad de obrar propia del régimen general se articula entorno a la edad entendida como presunción legal. La presunción legal es una técnica jurídica que incorpora adecuadamente la edad natural y sus circunstancias en el Derecho, aglutinando toda la normativa sobre la capacidad de obrar.

**Tercera:** La aplicación del régimen general de la capacidad es efectiva en los distintos negocios jurídicos de la parte especial menos en el matrimonio, donde dicha teoría no ha encontrado un desenvolvimiento correcto debido a la consideración de la edad como impedimento, lo que ha oscurecido el discutido tema de la capacidad consensual matrimonial, a la vez que le ha dado un carácter negativo a su estudio.

**Cuarta:** La sistemática en la codificación refleja el modo de entender e interpretar un negocio jurídico; para que la edad legal matrimonial pueda aportar su contribución al controvertido tema de la capacidad, a la vez que le dará una perspectiva positiva que ahora no tiene por ser estudiada desde la óptica de los impedimentos, se propone resituar los artículos y cánones de la capacidad matrimonial según la sistemática seguida en el régimen general de la capacidad. Se trata de colocar la edad como núcleo de la capacidad de obrar matrimonial junto al reconocimiento del *ius connubii*.

**Quinta:** La edad en el matrimonio tiene dos finalidades: señalar el momento a partir del cual se puede contraer matrimonio, y señalar los requisitos mínimos de capacidad que se exigirán en todo matrimonio, con independencia de la edad de los contrayentes.