

La capacidad matrimonial del menor de edad, ¿una reforma necesaria?

Children's legal capacity to contract marriage: A necessary reform?

por

JUAN LUIS SEVILLA BUJALANCE
Profesor Contratado Doctor de Derecho civil
Universidad de Córdoba

RESUMEN: Con el presente trabajo pretendemos indagar la situación en que quedan los menores en cuanto a su capacidad matrimonial, tras la reforma operada en el Código Civil en de julio de 2015, como consecuencia de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria.

ABSTRACT: *This paper is an investigation into the situation of minors as regards their legal capacity to contract marriage after the July 2015 Civil Code reform as a consequence of the new Voluntary Jurisdiction Act.*

PALABRAS CLAVE: Matrimonio de menores. Capacidad matrimonial. Emancipación y matrimonio. Habilitación de edad.

KEY WORDS: *Child marriage. Legal capacity to contract marriage. Emancipation and marriage. Emancipation.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LEGISLACIÓN ANTERIOR —Y PARCIALMENTE VIGENTE— SOBRE LA MATERIA.—III. LAS

INTERPRETACIONES DOCTRINALES.—IV. CONCLUSIÓN SOBRE LA CAPACIDAD MATRIMONIAL DE ESTOS MENORES.—V. LA REFORMA OPERADA POR LA NUEVA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y SUS CONSECUENCIAS: 1. SUPRESIÓN DE LA CAPACIDAD DEL MENOR, MAYOR DE CATORCE AÑOS, PARA CONTRAER MATRIMONIO MEDIANTE DISPENSA JUDICIAL. 2. LA DESAPARICIÓN DE LA VÍA DEL MATRIMONIO PARA ALCANZAR LA EMANCIPACIÓN.—VI. PROBLEMÁTICA PLANTEADA: CUESTIONES DE TÉCNICA JURÍDICA.—VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma insertada en el ordenamiento jurídico español por medio de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria¹, ha supuesto una profunda modificación de nuestra legislación, junto a otras, en materia de Derecho civil. Muchas y variadas son las normas y disposiciones que se han visto afectadas por dicha reforma, y algunas de las modificaciones, aun cuando han pasado un tanto inadvertidas, consideramos que poseen relevancia y de ellas nos ocupamos.

Con la vista puesta en el terreno del Derecho de la persona y el Derecho de familia, ambos indisolublemente enlazados en lo que nos interesa, nuestra atención se centra en la figura del menor de edad y su capacidad para contraer matrimonio. Sobre ello, estudiaremos las consecuencias jurídicas que supone la reforma que se ha operado, y su encaje en el Derecho vigente.

Es una reforma esta de 2015 que, respecto de la materia que nos ocupa, gira esencialmente sobre dos modificaciones sustanciales que se han realizado en el Código Civil:

De una parte, ya no tienen acceso al matrimonio quienes no se encuentran emancipados previamente.

De otra —y suponemos que correlativamente y en lógica con lo anterior— se ha suprimido el precepto en virtud del cual, el matrimonio produce la emancipación automáticamente.

Estas trascendentales modificaciones, han afectado a dos situaciones distintas que se configuraban dentro de la minoría de edad:

Por una parte, se ha suprimido la excepcional posibilidad que tenían reconocida los menores de edad a partir de los catorce años y que no se encontraban emancipados, para acceder al matrimonio previa autorización judicial.

Por otra, inciden, como también veremos, sobre una peculiar figura contemplada en nuestro Derecho, cuál es la del menor, y mayor de dieciséis años, que, viviendo con independencia de sus padres, previo consentimiento de los mismos, se le asimila al emancipado, sin que por ello tenga reconocido este estado civil.

De ambas situaciones, y de la repercusión que sobre ellas tiene la reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria operada en 2015 en referencia a su capacidad matrimonial, nos ocupamos a continuación.

II. LEGISLACIÓN ANTERIOR —Y PARCIALMENTE VIGENTE— SOBRE LA MATERIA

La regulación anterior a la reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, respecto de estos menores y, en relación a su capacidad, se recogía en diversos preceptos. Uno de ellos, el primero que citaremos es el que los definía, y se trata del artículo 319 del Código Civil, el cual no se ha visto afectado por la reforma y mantiene así su redacción intacta:

«Se reputará para todos los efectos como emancipado, al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres vi-viere independientemente de estos. Los padres podrán revocar este consentimiento».

Hay así, una clara equiparación entre el emancipado y quienes obtienen el beneficio de la mayor edad por vivir con independencia de sus padres con autorización de ellos.

Comenzaremos aquí el análisis del contenido del precepto, que será el punto de partida de nuestro estudio.

La principal cuestión radica en si, a través del artículo expuesto, se concedía al que obtuvo el beneficio de la mayor edad, la posibilidad de contraer matrimonio civil.

La letra, que persiste en el Código intacta, parece clara en favor de la plena equiparación, pero algunas características de esta particular situación, llevaría a algunos miembros de la Doctrina a cuestionarse tal posibilidad. Así, encontramos los diversos pareceres sobre la materia, expuestos con sus fundamentos.

III. LAS INTERPRETACIONES DOCTRINALES

Al poco de la promulgación de la Ley, afirmaba ALBALADEJO, no sin dejar de entrever ciertas dudas que se suscitaban, que la capacidad del menor que vive con independencia de sus padres, autorizado por ellos, es la misma que la del emancipado menor de edad, en toda su extensión, lo que abarca, lógicamente la capacidad matrimonial:

«Aunque se estime no es seguro que se trate de verdadera emancipación, lo que sí es que alcanza la capacidad un emancipado menor»².

Posteriormente, y en estudios de Derecho de familia el mismo ALBALADEJO ha mantenido este criterio que desde el principio expuso y lo explicitaba posteriormente:

«Como emancipado, al menos tiene efectos de emancipación la vida independiente del hijo mayor de dieciséis años con consentimiento de sus padres, desde que el hijo la haga y el consentimiento conste, tampoco será necesaria la dispensa del mayor de dieciséis»³.

En poco tiempo respecto de la promulgación de la Ley, ALONSO PÉREZ, en un Congreso celebrado en Córdoba, exponía, tras una brillante explicación de los precedentes, el sentido de la norma que se había aprobado hacía poco tiempo. Y tal sentido no era otro que la equiparación entre los menores que alcanzan el beneficio de la mayor edad y los emancipados:

«Quedarían claramente configurados como formas de emancipación:

1. La del matrimonio del menor.
2. La concedida por quienes ejerzan la patria potestad (arts. 317 y 318 del Código Civil)
3. La otorgada por el juez (art. 320 y 321 del Código Civil)
4. La del menor con vida independiente (art. 319 del Código Civil)

Con este último supuesto, se acaban las discusiones que tantos mantuvieron —DE CASTRO, BERCOVITZ, ALBALADEJO, etc.— y yo mismo, sobre si se trataba de una especie de emancipación. Ahora queda claro que sí lo es, a todos los efectos. Según el nuevo artículo 319 del Código Civil, frente a las antiguas dudas del viejo artículo 160 párrafo 2. En su momento yo defendí que se trataba de un supuesto de emancipación de Derecho, pues lo permite la ley, más económica que jurídica, pues no supone una libración del poder paterno, aunque sí autonomía patrimonial plena; (...). Como puede verse, el legislador me ha enmendado la plana, aunque me queda el consuelo de que también lo hizo con civilistas de la categoría de don Federico DE CASTRO. Solo la revocabilidad del consentimiento paterno y la mayor dificultad probatoria de la emancipación fáctica, diferencia actualmente esta forma emancipatoria de la otorgada o concedida por los progenitores o por la autoridad judicial»⁴.

Y más adelante, en referencia expresa, y en correlación con lo anterior, afirmaba:

«El menor con vida independiente que haya cumplido dieciséis se reputa para todos los efectos como emancipado (art. 319 del Código Civil). Podrá en consecuencia, contraer matrimonio (art. 46.1 del Código Civil). Mientras conste que lleva una existencia autónoma (por ejemplo, que así está considerado: fama, tractatus, los padres

lo afirman, etc.) y el matrimonio se celebre antes de que los progenitores revoquen el consentimiento —la revocación no tiene eficacia retroactiva— su situación al frente al ius connubis es idéntica a la de cualquier otro emancipado»⁵.

En el marco del mismo Congreso, al referirse específicamente a la edad necesaria para contraer matrimonio, BAENA RUIZ, afirmaba que *«la emancipación tiene lugar, según dispone el artículo 314 del Código Civil, aparte de por la mayoría de edad, por el matrimonio del menor, por concesión de los que ejerzan la patria potestad y por concesión judicial (...)»*

El menor o emancipado no tiene sin embargo su acceso cerrado a la institución del matrimonio necesariamente, pues el párrafo 2 del artículo 48 del Código Civil permite la dispensa del impedimento de edad por el juez de primera instancia a partir de los catorce años.

En mérito a lo anteriormente expuesto se puede concluir que tienen capacidad para contraer matrimonio: 1.º) los mayores de edad; 2.º) los mayores de 16 años emancipados por los que ejerzan la patria potestad o por concesión judicial; 3.º) los mayores de 14 años emancipados por anterior matrimonio válido; 4.º) los mayores de 14 años que hayan obtenido dispensa judicial»⁶.

No hay una referencia expresa en sus líneas a la figura del beneficio de la mayor edad, e incluso se ignora no solo en las argumentaciones previas, sino también al concluir con la exposición de quienes pueden contraer matrimonio. Bien puede ser por considerarse que su opción es la de los menores que pueden acudir a la dispensa judicial desde los 14 años, y en tal caso no tienen reconocida la opción de contraer matrimonio por el simple hecho de vida independiente; bien, *a sensu contrario*, porque el autor sobreentiende que su capacidad es idéntica a la del emancipado.

También al poco de la promulgación de la ley, argumentaba SALVADOR CODERCH en favor del reconocimiento de la capacidad matrimonial del menor que alcanza la habilitación de edad, añadiendo a la base que sirviese a ALONSO PÉREZ, esto es, el tenor literal del artículo 319, un argumento de interpretación:

«Además la situación de vida independiente es ahora a partir de los 16 años, edad legal para la emancipación (salvo el supuesto del art. 316 en relación con el 48 del Código Civil) y como dice el 46 número 3, también para el matrimonio»⁷.

En suma, el autor ha visto en el legislador la intención de unificar en una misma edad la capacidad para alcanzar la emancipación, para la posibilidad de independizarse, y en su caso para el matrimonio.

Por su parte, PUIG FERROL, se sirve de un análisis comparativo del vigente artículo 319 del Código Civil con el anterior 160 —su precedente en la regu-

lación de la materia— para explicar que claramente la intención del legislador ha sido ampliar la capacidad hasta equipararlo al emancipado:

«(...) Por ello el precepto equiparaba, en cuanto a la capacidad de obrar, el menor con vida independiente al emancipado, pero solo de una forma parcial, por cuanto aquel se reputaba emancipado en cuanto a una esfera de una actividad patrimonial, pero no con respecto a las demás esferas de su actividad jurídica.

Esta conclusión era conforme con la ubicación del anterior artículo 160 del Código Civil en un capítulo que trataba de los efectos patrimoniales de la patria potestad. Y al prescindir el legislador de esta sistemática, ha podido dar a dicha situación de vida independiente una mayor amplitud, pues según el artículo 319 del Código Civil se reputa ahora al menor que hace vida independiente una mayor amplitud, como emancipado para todos los efectos, es decir que se le equipara, en cuanto a la capacidad de obrar y a la independencia jurídica, al menor emancipado, tanto en la esfera patrimonial como en la personal y familiar»⁸.

En esta misma línea interpretativa, recurriendo igualmente a un estudio comparativo, y al tiempo acerca de la procedencia y conexión entre el artículo 319 actual y el anterior 160, la profesora PÉREZ DE CASTRO, concluye igualmente que *«el hijo que se le ha consentido que viva independientemente se supone que ha llegado a esta situación de mayor capacidad porque los padres han estimado que es capaz de gobernarse por sí mismo. Una vez que los progenitores han reconocido que así es y por ello consintieron, tendrán que ser conscientes de que a partir de ese momento el menor goza de una autonomía en su actuación idéntica a la del emancipado y que no pueden interferir en una situación que ellos mismos reconocieron, a no ser que haya causa justificada que requiera o exija una revocación»⁹.*

Una opinión en contra es propuesta por DÍEZ DEL CORRAL, quien señala *«que la emancipación por vida independiente del artículo 319 no debe bastar para contraer matrimonio, no ya por su mero carácter fáctico, sino porque es revocable en cualquier momento por los padres»¹⁰.*

Profundizando en este argumento, pero añadiendo alguno más como la inexistencia real de un estado civil de emancipado en estos sujetos, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, sostendrá también esta misma postura:

«¿Puede contraer matrimonio el hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de sus padres viviere independientemente de estos (cf. art. 319)? Creemos que esta situación no cambia el estado civil del menor, que sigue sujeto a la patria potestad y esta, a voluntad de los padres en cualquier momento, recobrará su sentido normal.

Tal menor puede realizar los actos que pueda realizar el emancipado, con el límite de aquellos que irían contra la facultad de revocar la situación que imperativamente persiste en los padres»¹¹.

Por su parte, la profesora GETE ALONSO Y CALERA, denominaba a esta situación como emancipación de hecho, y en base a la sistemática anterior —artículo 160 del Código— y la nueva del precepto que lo regula, junto al tenor literal de la norma, considera que «el 319, reconoce por primera vez de una manera expresa, una situación análoga a la de la emancipación formal que afecta a toda la esfera de actuación del menor no solo a la patrimonial»¹².

A cierta distancia temporal ya, y teniendo en cuenta las distintas aportaciones doctrinales previas, CARRIÓN se inclinaba por la equiparación del menor que vive con independencia de sus padres y autorizado por ellos con el menor emancipado, en materia de capacidad matrimonial:

«Las razones que militan a favor de que el menor de vida independiente (ex art. 319) puede contraer matrimonio sin necesidad de conseguir previamente la emancipación expresa o la dispensa de edad, son, efectivamente, muy fuertes y en consecuencia, determinan a inclinarse por esta solución sin ningún género de dudas»¹³.

IV. CONCLUSIÓN SOBRE LA CAPACIDAD MATRIMONIAL DE ESTOS MENORES

Para inclinarse por una u otra solución, tomando otra perspectiva distinta de las anteriores, proponemos aportar una nueva perspectiva: pensamos que puede acudir a otra norma, en buena parte relativa en su caso a la capacidad de contraer matrimonio, cuál es el artículo 1329 del Código Civil y que regula específicamente la capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales:

«El menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor salvo que se limite a pactar el régimen de separación o el de participación»¹⁴.

Hay por tanto abierta una posibilidad para el matrimonio del menor de edad no emancipado, según el tenor literal de la norma.

En este punto, es necesario recordar, como hiciera la profesora PÉREZ DE CASTRO, que cuando se produce la reforma de las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico del matrimonio, aún no se había aprobado la reforma matrimonial, es decir, de la edad y capacidad para poder contraer matrimonio. Se estaba regulando con independencia de lo que posteriormente surge.

Por ello, teniendo en cuenta el régimen anterior, quedaba claro que, si se tenía que solicitar autorización para casarse, las mismas personas debían participar en las capitulaciones matrimoniales. Ese era, como recuerda la citada Profesora, el espíritu del derogado 1318¹⁵.

Partiendo de lo anterior, la profesora continúa afirmando que hay una valoración entre ambas capacidades para el legislador, de manera que las capitulaciones son algo accesorio y lo principal es el matrimonio, siguiendo para llegar a tal conclusión el criterio de GARCÍA GOYENA¹⁶.

La cuestión clave para la interpretación y la finalidad que nos interesa, la apunta PÉREZ DE CASTRO cuando dice que el Código Civil lo que hace es reconocer algo necesario por su excepcionalidad. Así, afirma textualmente que *«si se admite que se case mediante dispensa (art. 48 del Código Civil) removiendo el impedimento de no estar emancipado, será necesario coordinar este precepto con las capitulaciones matrimoniales»*¹⁷.

Se trata por tanto de una regla dirigida a los menores de 14 años, que con dispensa judicial podían contraer matrimonio. He ahí la clave: esta norma tiene carácter excepcional. Y si la regla es excepcional es porque hay una regla general.

Podemos concluir a estos efectos que la regla general es que pueden otorgar capitulaciones matrimoniales quienes pueden casarse —como ya se dijo— y como excepción, se sitúan estos menores.

Por tanto, a los mayores, los emancipados y a los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad al vivir independientemente de sus padres, sobre los que guarda silencio la norma, como no se encuentran entre las excepciones, hay que situarlos en una misma categoría en cuanto a la capacidad, que no es otra que la regla general de admisibilidad para contraer matrimonio y por ende para otorgar capitulaciones matrimoniales.

Con ello se refrenda lo establecido en los artículos 319, 322 y 323 que ya expusimos: los tres tienen reconocida la misma capacidad matrimonial.

Por otra parte, como argumento, cabe recordar que a la hora de interpretar las normas que restringen derechos —como es el caso— la pauta a seguir claramente es la de que se aplique sobre los que exclusivamente se recogen en la misma, y siempre interpretada con carácter restrictivo a tales efectos.

V. LA REFORMA OPERADA POR LA NUEVA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y SUS CONSECUENCIAS

Hasta aquí queda todo más o menos claro: el legislador no ha variado el contenido de los artículos sobre los que hemos venido trabajando, y la interpretación, en principio también, debe ser la misma. Sin embargo, hay dos novedades que son de gran relevancia para nosotros y de las que pasamos a ocuparnos.

1. SUPRESIÓN DE LA CAPACIDAD DEL MENOR, MAYOR DE CATORCE AÑOS, PARA CONTRAER MATRIMONIO MEDIANTE DISPENSA JUDICIAL

La reforma de la Ley operada en julio de 2015, ha supuesto la supresión de la posibilidad de contraer matrimonio por parte del menor de edad y mayor de catorce, obteniendo la dispensa judicial preceptiva que antes se establecía en el artículo 48 del Código Civil.

Se trata de una aspiración del legislador —que sería bien recibida por prácticamente todo el Parlamento—, en que se trasluce el interés por elevar la edad para acceder al matrimonio. Así quedaba expresado en el trámite de enmiendas parlamentarias presentadas al proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015¹⁸.

En consonancia con ello y manteniendo la anterior redacción como estaba hasta entonces, el artículo 46 del Código Civil señala que no pueden contraer matrimonio los no emancipados. Con ello, claramente se cierra la puerta a los menores que siendo mayores de catorce años, podían acceder por la vía de la mencionada dispensa judicial.

Es aquí cuando surge la pregunta: ¿porqué sigue entonces vigente el artículo 1329 estableciendo que los menores no emancipados pueden otorgar capitulaciones con consentimiento matrimonial, con el concurso y consentimiento de sus padres o tutor?

Si esta disposición se halla establecida para esos menores que por medio de la nueva normativa ya no pueden casarse, ¿a qué efectos se ha mantenido por el legislador vigente este artículo?

Podría deducirse que es la vía por la que ahora pueden otorgar válidamente capitulaciones los menores que alcanzan el beneficio de la mayor edad. Pero a estos efectos hay que tener en cuenta dos aspectos relevantes:

En primer lugar, que sería una cuestión que no impediría que pudieran casarse. Tan solo a los efectos económicos derivados del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, se les podría aplicar la norma. Pero no a su capacidad. Y, junto a ello, no podemos olvidar la regla ya esgrimida por PÉREZ DE CASTRO, citando para ello a GARCÍA GOYENA: «*Quien puede lo más puede lo menos*».

En segundo lugar, y esto es más clarificador, nótese que se hace referencia a los *padres o tutor*, cuando los que alcanzan el beneficio de la mayor edad, no están nunca sometidos a tutela. Al igual que en el caso del emancipado, a los efectos pertinentes de protección —los que recoge el 323— se servirán de la curatela.

En este contexto es importante destacar cómo el Legislador fue bien preciso en ello, ya que, en el artículo siguiente, el 1330, señala:

«El incapacitado judicialmente solo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de sus padres, tutor o curador».

Aquí sí que aparecen el tutor y el curador. Porque son las dos, figuras propias de protección de los incapacitados, que se pudiesen requerir atendiendo a su grado de incapacidad. De determinar una u otra se encargará la correspondiente sentencia.

En el caso del artículo anterior, relativo al menor, mayor de catorce años hasta los dieciséis, como no está prevista para él la curatela, se señala directamente al tutor para protegerle, prescindiendo del curador.

El legislador es así preciso al distinguir las distintas situaciones y con ello, está claro que, al hablar exclusivamente del tutor, no debe entenderse aplicable al menor que ha alcanzado el beneficio de la mayor edad, y que vive con independencia de sus padres con su permiso. Esta situación, se encuentra claramente en el radio de acción del curador.

No tiene, por tanto, aplicación hoy día este precepto, ni en referencia al menor de catorce años que quisiera contraer matrimonio con dispensa judicial, porque ya ha perdido la capacidad para ello, ni en referencia al menor de dieciséis años o más que viviera con independencia de sus padres, con su autorización, porque la protección que le corresponde es la de la curatela.

2. LA DESAPARICIÓN DE LA VÍA DEL MATRIMONIO PARA ALCANZAR LA EMANCIPACIÓN

La segunda cuestión de interés ha sido la supresión de la automática emancipación por matrimonio. En principio, parece coherente el nuevo articulado del Código Civil, ya que si para contraer matrimonio es preciso estar emancipado —artículo 46—, el matrimonio ya no debe producir la emancipación automáticamente, como recogía el anterior artículo 314.

En el mismo sentido, además, ya parece que no es necesaria esta vía, puesto que se ha suprimido la opción a quienes no estaban emancipados, pero accedían al matrimonio mediante dispensa judicial. Eran estos, a primera vista los que requerían de dicha emancipación por matrimonio, ya que al no tenerla antes de casarse, la precisaban para el desarrollo de su nuevo estado matrimonial.

Sin embargo, la supresión afecta y de modo central a la figura en estudio: ahora un menor no emancipado de más de dieciséis años, que vive con independencia de sus padres, si contrae matrimonio, sigue siendo emancipado de hecho. Hasta aquí no hay problema: posee el *status* del emancipado que se puede casar y el Código regula para el caso.

El problema se puede plantear porque si no se emancipa —el matrimonio ya no produce la emancipación— continúa latente la posibilidad de revocar, mediante aplicación del artículo 319, el permiso paterno para que viva independiente de sus padres. Esto sí que sería un conflicto de intereses y derechos grave, que se nos antoja irresoluble.

Desde luego que la revocación debe ser por un motivo grave y suficiente. Pero puede existir. Y hasta el mismo hecho de haber contraído matrimonio contra la voluntad de sus padres, o sin su conocimiento, podría servir como causa. Y ahí entran en juego las contradicciones más importantes.

Así, una de las interrogantes que salta a la vista es la de quién administra los bienes en ese caso. Porque una vez retornado a la patria potestad, ya no es emancipado y, a todos los efectos, actuarán los padres como titulares de dicha *potestas*.

Es cierto que el artículo 324 establece un régimen en que los menores de edad casados deben obtener el consentimiento del otro cónyuge si fuera mayor, y el suyo propio. Pero esto se basa en que el casado menor está bajo curatela. Para el caso presente ya hemos advertido que no sería así: estarían bajo patria potestad y por tanto plenamente representados por sus padres.

En consecuencia, este régimen relativo a la enajenación de bienes comunes del matrimonio, y en general la administración de los bienes, sería una tortuosa senda de consentimientos a dilucidar por la inusual situación creada.

Por otro lado, los deberes más relevantes del matrimonio —no olvidemos que la Economía es siempre inferior en esta institución— difícilmente podrían llevarse a cabo: así, por citar uno de los más relevantes, si los padres tienen el deber de tener al menor en su compañía, y así lo quieren hacer efectivo, se nos antoja contradictorio con que pueda cumplir con el deber de convivir con su cónyuge, establecido entre las obligaciones que se recogen en el artículo 68.

Otra cuestión en el terreno personal y familiar sería, cómo este menor de edad, al estar bajo patria potestad, podría ejercer la propia patria potestad sobre sus hijos. Porque el Código Civil, para la situación de los hijos menores no emancipados establece:

«El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del juez».

El precepto habla de asistencia, que es la función propia del emancipado. Y aquí se requiere representación, cuál es la del hijo sometido a la patria potestad. Lo que tendría la dificultad añadida del acuerdo de aquellos padres con el otro progenitor, ya que sería una decisión a tomar, además, en consenso con él.

VI. PROBLEMÁTICA PLANTEADA: CUESTIONES DE TÉCNICA JURÍDICA

Tras esta exposición acerca de los problemas que suscita la reforma introducida en la figura del menor, entendemos que se trata, en definitiva, a nuestro

criterio, de una modificación de diversos artículos, tomada por el legislador sin haber tenido en cuenta la persistencia en nuestro ordenamiento jurídico de la figura del menor no emancipado que vive con independencia de sus padres, autorizado por ellos.

Los resultados de la reforma operada llevan a insalvables antinomias legales:

— En primer lugar, se mantiene que el menor emancipado posee la misma capacidad legal que el mayor de edad, salvo para lo prescrito en el artículo 323, a efectos de lo cual, requerirá la asistencia del curador. Pero en lo que se refiere nuestro estudio, la capacidad matrimonial, no ha variado. Por su parte, el menor no emancipado que vive con independencia de sus padres, autorizado por ellos, según el artículo 319 tiene idéntica capacidad, si bien la puede perder, por cuanto la situación puede ser revocada por sus progenitores y regresar a la patria potestad. Y ahora, con la reforma de 2015, mientras permanece en vigor esta situación, se produce la inserción de una nueva regla: solo pueden contraer matrimonio los mayores y los emancipados. Con ello el menor que no lo está, pero vive con independencia de sus padres, parece que ya pierde esa capacidad.

— En segundo lugar, interpretando la norma y recabando opiniones doctrinales autorizadas, hemos encontrado elementos suficientes, que creemos que sustentan que pueda mantener esa capacidad para contraer matrimonio. Pero nos encontramos con otra contradicción nacida de esta reforma de 2015: el matrimonio ya no da lugar a la emancipación. La causa es, en conexión con lo anterior, que el que va a acudir al matrimonio debe estar emancipado previamente. Pero con ello, que parece lógico, de nuevo es ignorado el menor que vive con independencia de sus padres autorizado por ellos. Porque este aún no está emancipado plenamente, pero la capacidad matrimonial la tiene intacta mientras persista en esa independencia. Pero la situación puede ser revocada y pasaría de nuevo a la patria potestad, y estaría al tiempo casado. Una contradicción aún mayor por las complicaciones legales que causaría.

— En tercer lugar, se ha suprimido la posibilidad de acceder al matrimonio a los menores, mayores de catorce años, que solicitaran al efecto, y obtuvieran, la pertinente dispensa judicial. Y sin embargo se mantiene en vigor un precepto, que es el 1329, establecido precisamente para que aquellos puedan otorgar capitulaciones matrimoniales, cuando, al perder la capacidad para casarse, la pierden para las citadas capitulaciones.

El artículo queda en vigor, además, creando cierta confusión, por cuanto se podría pensar que permanece para ser aplicable para el menor no emancipado que vive con independencia de sus padres. Pero ya hemos constatado que no es así, por cuanto la capacidad legal para el matrimonio y para las capitulaciones de este menor es la misma que la del emancipado que no requiere asistencia alguna. Y en todo caso, si se quisiera establecer una distinción, el precepto que

se ha mantenido lo somete al régimen de tutela, cuando a este tipo de menores le corresponde el de la curatela.

Finalmente, una última reflexión en cuanto a la supresión de la capacidad del menor de edad, mayor de catorce años para contraer matrimonio. El actual Código de Derecho canónico establece:

«No puede contraer matrimonio válido el varón antes de los dieciséis años cumplidos, ni la mujer antes de los catorce, también cumplidos.

Puede la Conferencia Episcopal establecer una edad superior para la celebración lícita del matrimonio»¹⁹.

Esta exigencia se justifica claramente en el axioma según el cual «nadie puede consentir en aquellas cuestiones en las que la misma naturaleza aún no consiente».

Es por tanto necesario haber alcanzado la pubertad, pues es preciso para la validez del matrimonio que los contrayentes aporten todos los elementos esenciales de la unión conyugal. Solo así, en edad púber, es posible cumplir con uno de los fines esenciales de la misma, cual es la posibilidad de la generación.

Se trata, sin embargo, a criterio de autorizadas voces de la Doctrina canónica, de una pubertad *legal* reconocida y asentada sobre una presunción *iuris tantum*, es decir que se puede destruir mediante prueba en contrario.

De esta forma, es posible un matrimonio de un menor de esa edad que hubiera alcanzado la pubertad fisiológicamente, y en cambio era inválido si teniendo esos años establecidos en la norma, aún no tuviese la mencionada pubertad fisiológica. Así, dos jóvenes que hubieran otorgado su consentimiento y hubiesen podido consumar el acto conyugal de manera natural, habrían establecido una verdadera y válida unión matrimonial²⁰.

Por otra parte, el párrafo 2 del mismo canon, como ya hemos visto, autoriza a la Conferencia Episcopal para elevar la edad para la lícita celebración. El decreto sobre normas complementarias del Código de Derecho canónico de 5 de julio de 1984 la establece en 18 años como mínimo.

No obstante, es importante destacar que esta elevación de edad no hace nulo el matrimonio contraído anteriormente. Se trata de una ilicitud, pero que en Derecho canónico no supone la invalidez. En este sentido hay que recordar que el matrimonio para el Derecho canónico es un derecho natural, y por tanto la edad mínima que lo hace inválido plenamente es la de la pubertad biológica²¹. Así, un matrimonio de menores de los dieciocho años, si son púberes, sería válido.

En consecuencia, podemos afirmar que con la supresión de la capacidad del menor mayor de catorce años para el matrimonio civil se produce un efecto que lleva a reconsiderar lo establecido en el artículo contrario a lo prescrito en el artículo 60 del Código Civil:

«El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico (...) produce efectos civiles»

Pero, ¿cómo puede tener efectos civiles un matrimonio si quienes lo contraen son completamente incapaces para ello a los ojos de la norma civil, aunque sea válido a la luz de la Legislación canónica?

Consideramos, que pretender denegar la validez a un matrimonio de un menor de catorce años cumplidos, y púber, que es válido para la Iglesia, sería materia harto espinosa: téngase en cuenta, que la validez automática del matrimonio canónico en la esfera civil, se produce como consecuencia de los Acuerdos Iglesia-Estado, y en consecuencia modificar o derogar esta cuestión es una opción que entendemos difícilmente se pueda tomar con validez unilateralmente.

VII. CONCLUSIONES

Finalizamos nuestro análisis con unas Conclusiones, que bien pueden considerarse como sugerencias realizadas desde la más absoluta modestia, pero que entendemos pueden ser de utilidad para el posterior desenvolvimiento y desarrollo de esta materia.

I. Tras analizar, siquiera haya sido sucintamente, las distintas problemáticas que se derivan de la modificación insertada por la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria en la capacidad para contraer matrimonio del menor de edad, llegamos a una posible disyuntiva que planteamos aquí:

O bien se mantiene la reforma la mencionada figura, y a efectos de ello deben realizarse una serie de modificaciones en el texto legal, o bien se suprime la figura. En las siguientes conclusiones, exponemos nuestras consideraciones:

II. Una primera modificación, de mantenerse la figura, debe dirigirse a dejar bien explícita cuál es la capacidad del menor que vive con independencia de sus padres, equiparándola o distinguiéndola de la del menor emancipado y, dentro de ello, especificar claramente cuál es su capacidad a los efectos de poder contraer matrimonio.

III. En la misma línea, y siguiendo una enmienda presentada al texto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que fue desestimada en el Congreso de los Diputados²², consideramos que el matrimonio debe suponer automáticamente la emancipación, de manera que si a este menor que vive con independencia de sus padres se le concede capacidad matrimonial, debe alcanzar la emancipación, y ello por dos razones:

Por una parte, resulta lógico, por cuanto con ello se garantiza que la vida del matrimonio se sustenta sobre unos integrantes que han alcanzado la capacidad necesaria para desenvolverse.

Por otra, serviría para evitar los problemas y trastornos que lo contrario, que es lo que está vigente, puede suponer para los menores que, aún casados, podrían regresar a una patria potestad si sus padres revocaran el consentimiento que les permite vivir con independencia de ellos.

IV. Entendemos también aconsejable suprimir o redactar correctamente determinados artículos, como el 1329, que, según hemos visto quedan ya sin sentido, pero al permanecer en el texto del Código, pueden conducir a cierta confusión.

V. Dentro de opción también de mantener la figura, consideramos que de hacerlo sería necesario precisar más la norma en lo referente a establecer una forma expresa para el consentimiento y para la revocación del mismo: se trata así de ofrecer una mayor seguridad jurídica, frente a lo que actualmente se recoge que nada explícita.

VI. Como hemos señalado en la primera de las Conclusiones, la otra opción a tomar sería la supresión de nuestro ordenamiento jurídico de la figura controvertida del beneficio de la mayor edad de los menores que vivieran autorizados para ello con independencia de sus padres.

La misma, consideramos que su permanencia puede ser innecesaria. Ya el profesor ALONSO PÉREZ se atrevía en 1982, tras una minuciosa y real exposición de la realidad social de entonces, a opinar que podría plantearse la supresión de la emancipación en todas sus modalidades, si bien reconocía utilidad en los casos de la que es concedida por el juez²³.

Por nuestra parte, sin llegar ahora al análisis profundo de todas las clases de emancipación, sí que se nos antoja que puede ser innecesaria aquella en la nos estamos centrando.

Téngase en cuenta que su perdurabilidad es escasa —apenas dos años— frente a lo que ocurriría cuando la mayoría de edad se alcanzaba a los veinticinco, o a los veintitrés años. Por otra parte, sus elementos característicos —la autorización y la revocación— están indefinidos en la forma y las causas, como anteriormente hemos señalado, y por ello adolecen de una elevada dosis de inseguridad.

Asimismo, se puede considerar como una situación provisional de estado civil sin llegar a serlo. Es cierto que ahora, con la reforma operada por la Ley de 21 de julio de 2011, del Registro civil de 2011, esta situación tiene acceso al citado Registro²⁴. Pero no por ello constituye un estado civil, ya que por una parte la ley no establece que solo accedan los estados civiles, sino cuantos hechos y circunstancias de la persona sean relevantes para el Derecho, y por otra, es una situación revocable en cualquier momento, careciendo además del reconocimiento como tal plenamente.

Con ella, además, estamos manteniendo al menor en una permanente situación provisional que en cualquier momento puede revocarse, con todos los problemas que dicha provisionalidad podría acarrear en el tráfico jurídico.

Quizá mantener una figura así, con las confusiones que conlleva y para un plazo de dos años máximo, existiendo la posibilidad de emancipar plenamente al menor por otras vías, sea algo innecesario y superfluo.

Ya, para terminar, es preciso recordar, en referencia no solo a estos menores, sino a toda la materia que venimos tratando, que el estado civil de la persona posee una gran relevancia, que queda nítidamente descrita por el profesor DE CASTRO:

«La condición civil de la persona interesa a la misma estructura de la comunidad, en cuanto señala su puesto y significado jurídico en ella». De ahí el interés que todo lo referente al estado civil y de las cuestiones que le afectan directa o indirectamente, sean consideradas de orden público»²⁵.

VII. Finalmente, y en otro orden de cosas, consideramos a la luz de nuestro estudio que resulta imprescindible una armonización de la capacidad requerida para el matrimonio civil español con el matrimonio canónico. Recordemos que España acoge un sistema matrimonial en el que hallan validez jurídico-civil dos matrimonios distintos, el meramente civil y el canónico, con las siguientes peculiaridades:

- Al matrimonio canónico se le reconoce eficacia jurídica en el orden civil automáticamente desde su celebración.
- El matrimonio civil puede celebrarse en forma puramente civil o en forma religiosa, para los supuestos en que se profese una religión distinta de la católica.

LEGISLACIÓN

GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. LACRUZ BERDEJO y una tabla de concordancias con el Código Civil vigente. Zaragoza, 1973.

Código Civil español. Varias ediciones.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. *BOE* 3 de julio de 2015.

Ley de 21 de julio de 2011, del Registro civil de 2011. *BOE* 22 de julio de 2011.

Boletín Oficial de las Cortes Generales (Diario de Sesiones) «Congreso de los Diputados». Serie A Núm. 112-2.

Código de Derecho canónico. Editorial BAC, Madrid, 1983.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho civil I,1*. Novena edición. Editorial Bosch. Barcelona 1983.
- *Curso de Derecho civil IV*. Décima edición. Editorial Edisofer SL. Madrid, 2005.
- ALONSO PÉREZ, M., Estatuto jurídico del menor emancipado tras las recientes reformas del Derecho de familia, en *La tutela de los derechos del menor*. Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho civil. Edición preparada y dirigida por José Manuel González Porras. Edición de la Junta de Andalucía. Córdoba, 1984.
- BAENA RUIZ, E., La edad como requisito de capacidad para contraer matrimonio, en *La tutela de los derechos del menor*. Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho civil. Edición preparada y dirigida por José Manuel González Porras. Edición de la Junta de Andalucía. Córdoba, 1984.
- CARRIÓN, S., Comentario al artículo 46, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Primer Libro del Código Civil*, coordinados por Jose Luis Lacruz Berdejo, Segunda edición. Editorial Civitas. Madrid, 1994.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho civil de España*, Tomo II, Derecho de la persona. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1952.
- DÍEZ CORRAL, C. Conferencia, La nueva regulación del matrimonio en el Código Civil, pronunciada en el Curso de Reforma del Derecho de Familia, del Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1983. En CASTÁN TOBEÑAS J. *Derecho civil español común y foral V-1*. Editorial Reus, novena edición, puesta al día por CASTÁN TOBEÑAS, J. M. y GARCÍA CANTERO, G. Madrid, 1983.
- GETE ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. Editorial Tecnos. Madrid, 1985.
- HERVADA, J. y LOMBARDÍA, P. *El derecho del pueblo de Dios, vol III*, Editado por la Universidad de Navarra. Pamplona, 1973.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derecho de familia*. Editado por la Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1989.
- PÉREZ DE CASTRO, N. *El menor emancipado*. Editorial Tecnos. Madrid, 1988.
- PUIG FERROL, L., Comentario a los artículos 314 a 324 del Código Civil, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, Vol. II*. VVAA. Editorial Tecnos, Madrid, 1984.
- SALAZAR, J. *Nuevo Derecho canónico*, de VVAA. Editorial BAC 1983.
- SALVADOR CODERCH, P., Comentario al artículo 46 del Código Civil. En *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, vol. I*. VVAA. Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

NOTAS

¹ BOE de 3 de julio de 2015

² ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho civil I,1*. Novena edición. Editorial Bosch. Barcelona 1983, 248.

³ ALBALADEJO GARCÍA, M. *Curso de Derecho civil IV*. Décima edición Editorial Edisofer SL. Madrid, 2005, 50.

⁴ ALONSO PÉREZ, M. Estatuto jurídico del menor emancipado tras las recientes reformas del Derecho de familia, en *La tutela de los derechos del menor*. Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho civil. Edición preparada y dirigida por José Manuel González porras. Edición de la Junta de Andalucía. Córdoba, 1984, 15.

⁵ ALONSO PÉREZ, M. *Estatuto jurídico del menor... cit.*, 36.

⁶ BAENA RUIZ, E. La edad como requisito de capacidad para contraer matrimonio, en *La tutela de los derechos del menor... cit.*, 64.

⁷ SALVADOR CODERCH, P. Comentario al artículo 46 del Código Civil. En *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, Vol I*. VVAA. Editorial Tecnos, Madrid, 1984, 165.

⁸ PUIG FERROL, L. Comentario a los artículos 314 a 324 del Código Civil. En *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, Vol. II*. VVAA. Editorial Tecnos, Madrid, 1984, 1238.

⁹ PÉREZ DE CASTRO, N. *El menor emancipado*. Editorial Tecnos. Madrid, 1988, 59.

¹⁰ DIEZ CORRAL, C. Conferencia La nueva regulación del matrimonio en el Código Civil, pronunciada en el Curso de Reforma del Derecho de Familia, del Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1983. En CASTAN TOBEÑAS J., *Derecho civil español común y foral V-I*. Editorial Reus, novena edición, puesta al día por CASTAN TOBEÑAS, J. M. y GARCÍA CANTERO, G. Madrid, 1983, 208.

¹¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derecho de familia*. Editado por la Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1989, 52, not. P. 43.

¹² GETE ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. Editorial Tecnos. Madrid, 1985, 140, y not. 72.

¹³ CARRIÓN, S. Comentario al artículo 46, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Primer Libro del Código Civil*, coordinados por José Luis Lacruz Berdejo, segunda edición. Editorial Civitas. Madrid, 1994, 163.

¹⁴ Artículo 1329 del Código Civil español.

¹⁵ PÉREZ DE CASTRO, N. *El menor emancipado... cit.*, 117 y sigs.

¹⁶ «(...) En efecto, el matrimonio es lo principal, puesto que en él se dispone de la persona, las capitulaciones matrimoniales, como referentes acosas, vienen a ser lo accesorio y subalterno».

GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código Civil vigente. Zaragoza, 1973, 669.

¹⁷ PÉREZ DE CASTRO, N. *El menor emancipado... cit.*, 120.

¹⁸ «El Gobierno sostiene que una de las bondades del proyecto de ley es elevar la edad para contraer matrimonio a los dieciséis años.

(...) Dicho esto, si lo que se pretende es eliminar la posibilidad de que pueda contraerse matrimonio de manera válida por menores de dieciséis años, creemos que la forma adecuada es la resultante de la enmienda presentada (...)

Enmienda número 321 Grupo Parlamentario Socialista. *BOCG*. Congreso de los Diputados. Serie A, número 112-2, 22 de abril de 2015, 169.

¹⁹ *Código de Derecho canónico de 1983, can. 1082*.

²⁰ HERVADA, J. y LOMBARDÍA, P. en *El derecho del pueblo de Dios, vol III*, Editado por la Universidad de Navarra. Pamplona, 1973, 338.

²¹ SALAZAR, J. Cfr. en *Nuevo Derecho canónico* de VVAA. Editorial BAC 1983, 201.

²² *BOCG CONGRESO DE LOS DIPUTADOS* Serie A, núm. 112-2 22 de abril de 2015, 177 Enmienda 332. Grupo Parlamentario Socialista:

«A la disposición final primera, apartado cincuenta y dos De supresión. Se propone la supresión del apartado cincuenta y dos de la disposición final primera, por la que se modifica el artículo 314 del Código Civil.

MOTIVACIÓN En coherencia con el mantenimiento del sistema de acceso a la emancipación mediante el matrimonio y el mantenimiento de la dispensa del impedimento de edad para contraer matrimonio, si bien actualizada a los dieciséis años».

²³ ALONSO PÉREZ en *Estatuto jurídico del menor emancipado tras las recientes reformas del Derecho de familia...* cit., 17 y sigs.

²⁴ Artículo 4. *Hechos y actos inscribibles:*

Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles: (...) 6.º La emancipación y el beneficio de la mayor edad.

BOE 22 de julio de 2011.

²⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho civil de España* Tomo II Derecho de la persona. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1952, 72.

*(Trabajo recibido el 23-10-2017 y aceptado
para su publicación el 8-11-2017)*