

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

El deber de vigilancia de los padres y el control de las conversaciones de menores a través de WhatsApp. El derecho a la intimidad de los menores

*Duty of parental supervision and control of conversations of minors through WhatsApp. The right to privacy of minors**

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Los padres pueden revisar las conversaciones de sus hijos menores de edad a través del WhatsApp. La jurisprudencia recuerda que el desarrollo de las redes sociales —como también lo es el WhatsApp— requiere atención y vigilancia de los progenitores para preservar la indemnidad de los menores.

ABSTRACT: Parents can review conversations of their minor children through WhatsApp. The jurisprudence recalls that the development of social networks —as WhatsApp is also— requires attention and vigilance of the parents to preserve the indemnity of the minors.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional I+D «El Tribunal de Justicia de la Unión europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (Ref. DER 2016-75567-R), de la Red Temática «Justicia Civil: Análisis y Prospectiva» (DER 2016-81752-REDT), ambos financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad y en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyos equipos de investigación formo parte.

PALABRAS CLAVE: Deber de vigilancia de los padres. Menores. WhatsApp. Derecho a la intimidad.

KEY WORDS: *Duty of parental supervision. Minors. WhatsApp. Right to privacy.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES DEL PELIGRO DE INTERNET Y DE LAS REDES SOCIALES.—II. MENORES «NATIVOS DIGITALES». LA «GENERACIÓN Z».—III. LA PATRIA POTESTAD Y EL DEBER DE VIGILANCIA.—IV. RELACIÓN ENTRE EL DEBER DE VIGILANCIA Y EL DEBER DE EDUCACIÓN DE LOS MENORES.—V. LA INTIMIDAD DE LOS MENORES Y EL DEBER DE VIGILANCIA DE LOS PADRES.—VI. DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL MENOR.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES DEL PELIGRO DE INTERNET Y DE LAS REDES SOCIALES

En este siglo XXI, era digital y tecnológica, los menores acceden a Internet y al uso de aplicaciones, teléfonos, móviles, tablets y demás dispositivos electrónicos y telemáticos a edades cada vez más tempranas. De ahí que precisamente una de las preocupaciones de los padres en relación con este tema se centre en el acceso por los menores al contenido de todo sin supervisión, y por ello el mercado ha comercializado una serie de apps para llevar a cabo el control del menor de manera efectiva¹.

En relación con ello se puede plantear, desde el punto de vista de derecho civil, la concreción del límite, y determinar si el control hacia los menores por los padres se centra en su seguridad, o, en un espionaje excesivo de estos, pues exceder y extralimitarse de ese deber de velar por el menor conlleva irremediablemente que se están inmiscuyendo en su vida privada. Deben ser los padres quienes bajo su responsabilidad ponderen el *límite de la privacidad del menor, teniendo en cuenta su edad y madurez*.

Así pues, cuando nuestra principal preocupación debería residir en cómo proteger a los menores de los peligros de terceras personas a través de Internet y de las redes sociales, tal y como hemos indicado precisamente por el nacimiento de los nuevos desafíos y retos jurídicos que se plantean en el sector legal (tales como la necesidad de articular mecanismos para proteger al menor de los ataques de ciberdelitos y los peligros de la Red, o establecer mecanismos para controlar los límites de edad impuestos por el legislador, o la búsqueda de filtros y controles seguros para la supervisión de la edad y el contenido adecuado para el menor, o, la tipificación de conductas especialmente reprochables que ataquen a la imagen del menor, a su especial vulnerabilidad y desprotección, y en consonancia con ello cómo sancionar conductas delictivas, y cómo proteger la imagen y la privacidad del menor...) la jurisprudencia nos sorprende, cuando tiene que resolver un problema que surge de las relaciones entre padre, madre e hijos tras la ruptura de la pareja. Esto es, la protección de los menores no nace de una posible intromisión del exterior sino que nace de dentro de la propia familia, cuando hay una ruptura de pareja y los menores son «utilizados» como «arma» por uno de los progenitores frente al otro.

El examen de este problema ha sido objeto del Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 25 de octubre de 2017, que a su vez confirma un auto de un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción y que declara que *un padre no cometió un delito contra la intimidad por revisar con su hija menor de edad conversaciones de WhatsApp que mantuvo con su madre*². Y ello porque su exmujer le denunció por un presunto delito contra la intimidad de la menor, por que supuestamente se apoderó de las conversaciones que mantuvo con su hija, de 9 años de edad.

Previamente, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción acordó el sobreseimiento de las actuaciones por «no revestir caracteres de infracción penal» la conducta paterna, por lo que la mujer presentó un recurso ante la Audiencia de Pontevedra, que ha coincidido con el juez *a quo* en que los hechos no constituyen un delito³.

En el informe del Ministerio Fiscal se indicó que los hechos no constituyan el delito de revelación de secretos⁴ tipificado en el artículo 197.1. del Código Penal y ello porque el denunciado comparte con la denunciante la patria potestad de sus hijos menores —Petra de 9 años de edad y Marino— y, por tanto, tiene la obligación conforme al artículo 154 del Código civil, de velar por ellos, educarles y procurarles una formación integral. El desarrollo de las redes sociales como también lo es el Whatsapp requiere atención y vigilancia de los progenitores para preservar la indemnidad de los menores. En el presente caso, el padre habría revisado con la propia menor, en su presencia, determinadas conversaciones de Whatsapp, por lo que no se habría extralimitado en su control paterno ni había transgredido su derecho a la intimidad. Y es desde esta perspectiva civil desde donde vamos a centrar nuestro comentario jurisprudencial.

II. MENORES «NATIVOS DIGITALES». LA «GENERACIÓN Z»

Es una realidad que las redes sociales, Internet, los móviles y los smartphones son manejados y controlados mejor por los hijos que por los padres. La generación actual de menores se les ha denominado «nativos digitales», o «Generación Z». Son los menores que han nacido a finales de los años 90 hasta la actualidad, con Internet ya presente, y se caracterizan por ser una generación esencialmente «tecnológica» que se sienten cómodos en el mundo virtual.

No obstante, como hemos indicado, tanta tecnología para los menores tiene asociados serios problemas de desarrollo de la personalidad y en muchas ocasiones provoca distorsiones que antes de la era digital ni siquiera alcanzábamos a intuir. Problemas que surgen por el libre y fácil acceso a páginas de Internet o redes sociales o incluso también por el anonimato, que en la navegación y en la comunicación, posibilita que los menores no sepan controlar adecuadamente las consecuencias de acceder a contenidos no deseables para su edad.

Tanto padres como menores (por la educación y los problemas reales que están surgiendo) como los propios proveedores de contenidos y redes sociales trabajan en mecanismos para limitar el acceso a los contenidos nocivos o no aptos en función de la edad del menor usuario. El actual Reglamento Europeo de Protección de Datos ha venido a rebajar hasta los 13 años la edad para prestar por sí mismos el consentimiento para registrarse en redes, sin necesidad de contar con autorización paterna, lo que está provocando un importante movimiento de grupos de expertos en su contra⁵.

No obstante, las estadísticas estiman que el 88,4% de los niños de 10 años utiliza ordenadores y el 88,8% usa Internet, unos datos que sugieren que su uso

es ya mayoritario antes de esa edad, si bien en el caso del móvil no es hasta los 13 años cuando su uso se extiende. La proporción del uso de tecnologías de la información y la comunicación por los niños de 10 a 15 años es, en general, muy elevada y los usuarios de ordenadores de esas edades son un 92,4%; los de Internet, un 95,1% y los de teléfonos móviles, un 69,1%, según una encuesta del Instituto Nacional de Estadística (INE). El uso del ordenador e Internet se incrementa entre los 10 y los 15 años hasta alcanzar a esta última edad el 92,5% y el 99,2%, respectivamente⁶.

En cuanto al teléfono móvil, a los diez años solo un 25% de los niños de esa edad lo usa, aunque a los 11 años pasan a tenerlo un 45,2%; a los doce, un 75%; a los trece, un 83,2%; a los catorce, un 92,8%, y a los quince, un 94 %, de forma que desde los catorce años nueve de cada diez niños disponen de móvil⁷.

Debemos tener en cuenta que para los menores, como indica GARMENDIA «estas herramientas tecnológicas se han convertido en algo fundamental para su bienestar social porque «desarrollan su vida a través de las tecnologías». Para los menores su smartphone es algo que les permite estar más conectado, tanto con sus amigos (55%) como con su familia (25%), uno de cada cuatro se siente que está más seguro cuando lleva su smartphone, y, además, les permite, a un 19%, organizar su vida más fácilmente⁸.

Como veremos más adelante, el legislador es consciente de todos estos problemas y así en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que modificó el artículo 5 1.^º de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señaló que «Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, *identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos*».

Y, además, dentro del ámbito de los deberes de los menores en el ámbito escolar se introdujo por esta Ley 26/2015, en el artículo 9 quáter apartado 3.^º, que «a través del sistema educativo se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las Tecnologías de la Información y Comunicación».

III. LA PATRIA POTESTAD Y EL DEBER DE VIGILANCIA

Los progenitores aunque estén divorciados continúan teniendo la patria potestad de sus hijos menores salvo que expresamente haya sido suspendida por decisión judicial. En caso contrario y conforme al artículo 154 del Código civil, tienen la obligación «de velar por ellos, educarles y procurarles una formación integral» y consecuentemente de vigilar a sus hijos. Por otro lado, el desarrollo de las redes sociales como también lo es el Whatsapp (mensajería instantánea a través de dispositivos móviles) requiere de la atención y vigilancia de los progenitores para preservar la indemnidad de los menores, como indica el propio Auto judicial.

La patria potestad compartida en los casos en los que los cónyuges están separados puede resultar conflictiva. En este caso, la madre denunció al padre

de los dos menores tras conocer que los metió en una habitación y repasó las conversaciones del móvil de la niña. De los hechos probados se deduce que el padre tras solicitar a la menor la clave de acceso al dispositivo, leyó estos contenidos en presencia de ambos hijos, no pudiendo hacer lo mismo con el móvil del hermano pues este se negó a darle la contraseña a su padre. Debemos destacar que la ponente del Auto indica expresamente que el padre habría revisado con la propia menor presente las conversaciones de WhatsApp, por cuestiones que luego desarrollaremos.

En la actualidad está superada la visión decimonónica de la patria potestad, tras la utilización de la expresión *responsabilidad parental*⁹ que significa, por un lado, que independientemente que los padres se encuentren unidos o separados o divorciados, tienen un deber mutuo en igualdad de colaborar en la crianza, educación... de los menores, y, por otro lado, que *estos menores asumen progresivamente una autonomía en el ejercicio de sus derechos de acuerdo con su madurez y edad, adquiriendo progresivamente autonomía para la organización de su propia vida*. Lo que implica que a su vez los padres ven *modificado si no el contenido sí la forma de gestionar sus responsabilidades y deberes de cuidado, de educación de los menores* respetando sus aptitudes físicas e intelectuales en cada momento.

No olvidemos que el cambio de terminología de patria potestad a responsabilidad parental es meramente formal, pues no modifica en absoluto el contenido de los deberes de los padres hacia sus hijos. Por otro lado, no olvidemos que el ordenamiento jurídico reconoce a los menores como titulares de derechos fundamentales, dejando de ser meramente considerados como sujetos de protección.

Estas cuestiones —que están asentadas en nuestra sociedad actual— sirven para plantear problemas que están comenzando a aflorar, como en el caso objeto de este comentario. Por ejemplo, partimos de la progresiva autonomía de los menores dejándoles utilizar móviles a temprana edad porque así podemos conocer donde están en cada momento y estar en contacto con ellos (lo que a su vez implica un mecanismo de control hacia el menor en el deber de vigilancia de los padres) y, la utilización de la tecnología les otorga a su vez una mayor autonomía y madurez tanto en su desarrollo como en sus relaciones con amigos... pero por otro lado, no podemos pensar que las conversaciones no pueden ser vigiladas por los padres...

Recordemos en este punto que el menor debe ser el centro de interés de los deberes de los padres, como titulares de su responsabilidad parental: deben ser sus intereses los que conducen el comportamiento de los padres. Si el interés superior del menor no puede llevarnos al individualismo extremo de aquel, los padres obviamente se encuentran (ya estén o no juntos) en la posición de orientar y educar a los menores. Y desde luego la utilización del móvil por el menor no puede ser utilizado como un arma de un parente en contra del otro.

Tras la ruptura de pareja las nociones de responsabilidad parental y solidaridad son fundamentales para que los menores continúen su crecimiento como la existente hasta el momento del cambio, —relaciones entre padres e hijos—, y no en una relación triangular de parente, madre y menores.

Los menores se hallan en una situación de vulnerabilidad y fragilidad pues se produce una dependencia existencial y educacional de los hijos hacia los padres. El deber de vigilancia debe ir amoldándose a la edad, caracteres de los menores y a su necesidad de protección. Recordemos que el deber de vigilancia supone el deber de proteger la integridad física y moral del hijo. Hasta ahora este deber de vigilancia se activaba y dependía de la presencia física del menor en el mismo

espacio que los padres. Ahora con los recursos tecnológicos el menor puede no estar en el mismo espacio que los padres.

Por otro lado el deber de vigilancia de los padres comprende la protección del hijo de los peligros externos, pero también *protegerle de sí mismo*. Y aquí es donde entra en juego la tecnología (uso del ordenador, de dispositivos móviles...).

IV. RELACIÓN ENTRE EL DEBER DE VIGILANCIA Y EL DEBER DE EDUCACIÓN DE LOS MENORES

El deber de educación de los padres es tan importante que en cierta medida arrastra al deber de vigilancia. Por ejemplo, si partimos que el deber de educar comporta promover el desarrollo intelectual y moral de los menores... al darles un dispositivo electrónico o móvil estamos potenciando sus habilidades tecnológicas, pero también el poder de relacionarse con terceros (que pueden estar fuera de nuestro ámbito de conocimiento) por lo que debemos educarlos moralmente en el uso de los mismos. Resulta importante recordar como el deber de educar y de procurar una formación integral a los hijos se inscribe dentro del derecho a la educación reconocido por el artículo 27 CE.

En este contexto educar conlleva preparar a los menores para su autonomía e independencia en esta sociedad tecnológica: deber de orientar y guiar a los hijos menores. Como hemos indicado, los padres deben proteger a los menores de las amenazas externas, sobre todo en el caso de los menores de edad en la primera fase de su vida pero que con el desarrollo progresivo y gradual del menor va disminuyendo hasta que se extingue por completo. Los padres deben protegerles de terceros que pongan en riesgo sus derechos de la personalidad (derecho a la vida, a la integridad física, derechos sobre el propio cuerpo, a la libertad personal, a la imagen, a la actividad física, al honor, a intimidad o vida privada...).

Deber de vigilancia que puede extralimitarse y utilizarse como en el supuesto de hecho del auto de la AP de Pontevedra para victimizar al menor y utilizarle en el enfrentamiento de parejas.

V. LA INTIMIDAD DE LOS MENORES Y EL DEBER DE VIGILANCIA DE LOS PADRES

La Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor, en su artículo 4.1 señala que «los menores tienen derecho al honor, la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia así como del secreto de las comunicaciones». Seguidamente su apartado 5.^º dispone que «los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros».

Previamente, el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen estableció que «el consentimiento, deberá prestarse por ellos mismos, si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil, para en los restantes casos, otorgarse mediante escrito de su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado».

Los padres pueden dudar si es posible controlar los dispositivos que utilizan nuestros hijos para acceder a páginas de Internet o redes sociales o la tan deseable aspiración de limitar su uso. Según recientes estudios el 44% de los padres con hijos entre 8 y 17 años maneja las claves de sus hijos en redes sociales. La pregunta en cuestión radica en la legalidad del acceso de los padres a los dispositivos de los menores y en determinar su límite por el derecho de privacidad de los menores.

Y ello es importante precisamente porque de acuerdo con la LO de 1996, los menores tienen al igual que los adultos el derecho a la intimidad y la privacidad. Y, además, con base en el principio del interés superior del menor, en cierta medida estos derechos están reforzados por el interés de protección a la infancia. Por regla general, los contenidos a los que acceden los menores están comprometidos por este derecho de privacidad y nadie, incluido los padres, y a salvo las autoridades judiciales, pueden conculcar este derecho. En consecuencia *los padres, sin más no pueden cotillear en los móviles de los menores sin su consentimiento*.

Teniendo en cuenta la ponderación y el equilibrio entre estos derechos y el deber de vigilancia de los padres derivados de la patria potestad, la regla general, cede cuando la integridad del menor (física o moral) está en peligro. Y así ya lo han puesto de manifiesto distintas resoluciones judiciales cuando estaba en juego decidir entre el derecho a la privacidad del menor, encauizada por el secreto de las comunicaciones y su consiguiente delito de revelación de secretos que castiga el Código Penal, y el derecho y obligación de los padres de «velar por ellos, educarles y procurarles una formación integral».

Ya hay jurisprudencia de nuestros Tribunales que establecen que *los padres pueden acceder al contenido de los mensajes de los dispositivos de los hijos* (correo, cuentas en redes sociales y páginas de Internet) si con ello buscan proteger la integridad del menor. Nos referimos a la STS de lo Penal, de 10 de diciembre de 2015¹⁰ que admitió la validez de la prueba en juicio de datos recabados por una madre derivados de una cuenta privada en una conocida red social (Facebook) de su hija menor pero que lo hizo por unas circunstancias muy razonadas y motivadas, puesto que, como explica la propia sentencia, había un peligro manifiesto de agresión sexual sobre la menor.

En esta sentencia el ponente reitera que «Los padres no pueden acceder a las cuentas privadas de sus hijos en redes sociales ni en Internet, ni pueden vulnerar sus derechos fundamentales puesto que se estaría conculcando su intimidad. Y aunque el propio Tribunal reconoce que es muy difícil conjugar, por un lado, el cumplimiento de los deberes paternofiliales que la Ley exige a los padres y la seguridad del menor, lo cierto es que al menor le ampara este derecho a la intimidad y podría considerarse ilegal y abusivo el espionaje o control masivo del menor a través de ciertas aplicaciones antes citadas».

El interesantísimo fundamento jurídico 5.^º concreta, además, que «...estamos hablando de la madre —y no cualquier otro particular. Es titular de la patria potestad concebida no como poder sino como función tuitiva respecto de la menor. Es ella quien accede a esa cuenta ante signos claros de que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija. No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección. La inhibición de la madre ante hechos de esa naturaleza, contrariaría los deberes que le asigna por la legislación

civil. Se trataba además de *actividad delictiva no agotada, sino viva: es objetivo prioritario hacerla cesar*. Tienen componentes muy distintos las valoraciones y ponderación a efectuar cuando se trata de investigar una actividad delictiva ya sucedida, que cuando se trata además de impedir que se perpetúe, más en una materia tan sensible como esta en que las víctimas son menores....».

Se insiste además, en que «no podemos tampoco ignorar que *la menor titular de la cuenta no solo no ha protestado por esa intromisión en su intimidad* (lo que permite presumir un consentimiento o anuencia ex post), sino que además *ha reprendido con sus declaraciones el contenido de esas comunicaciones* ya producidas en lo que constituiría una prueba independiente de la anterior y no enlazada por vínculos de antijuricidación, lo que autoriza su valoración plena y autónoma aún en el supuesto —que no es el caso como hemos argumentado— de que aquella se reputase inutilizable. Sería prueba independiente, al haberse roto toda conexión de antijuricidación».

Supuesto parecido es el analizado en la sentencia del Juzgado de lo Penal número 1 de Almería, de 20 de marzo de 2017¹¹, que absuelve a una madre de un delito de malos tratos, por la denuncia de su hijo menor al que le retiró el móvil para que se centrara en los estudios, y durante el cual se produjo un forcejeo leve para retirarle el teléfono ante la negativa violenta del menor. El Juzgado consideró que se había aplicado correctamente el ejercicio de los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, sin extralimitación ni rigor innecesario para ello¹².

Y en esa línea, se halla el auto que hoy comentamos de la Audiencia Provincial de Pontevedra que absuelve al padre frente a la denuncia de la madre de la que estaba separado por ver los mensajes de WhatsApp de uno de sus hijos. Y en donde el tribunal incluso señala que «no puede decirse por el relato de la denuncia que el padre se apoderare sin consentimiento de la hija menor de sus conversaciones de WhatsApp, por el hecho de repasar con ella determinadas conversaciones; tampoco que las mismas merecieran la calificación de dato «reservado» como datos atinentes a la intimidad desconocida u oculta de la menor y que esta no quisiera que el padre conociera y menos aún que el denunciado buscara descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de la menor. Por lo expuesto, el recurso debe ser desestimado, imponiendo a la apelante cuyas pretensiones son totalmente rechazadas las costas de la apelación».

En resumen de la jurisprudencia expuesta cabe concretar que solo en los casos en los que la *finalidad es proteger el interés de menor y peligra su integridad, física o moral, es cuando se permite que los padres accedan a los contenidos de los dispositivos sin necesidad de contar con el consentimiento del menor. Fuera de estos supuestos, la intimidad y privacidad del menor debe respetarse*.

VI. DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL MENOR

En el supuesto de hecho del auto objeto de nuestro comentario si existió un consentimiento por parte de la menor para que el padre leyera los mensajes en su presencia, sin embargo la jurisprudencia sigue la línea de condenar al sujeto cuando el acceso a la información se realiza sin permiso, manipulando la seguridad del dispositivo o robando las contraseñas de los servicios de correo¹³.

No obstante en el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 25 de octubre de 2017, que estamos comentando, se sobreseen las actuaciones por no revestir caracteres de infracción penal ya que la revisión por el padre de las con-

versaciones de WhatsApp de su hija con la presencia de la propia menor se ejercita conforme al artículo 154 del Código civil que contiene, en relación con la patria potestad, la obligación de velar por los menores, educarlos y procurarles una formación integral. Pero sobre todo porque se concreta que hay una ausencia de los requisitos típicos del artículo 197 del Código Penal y consiguientemente *ni puede hablarse de falta de consentimiento, ni puede calificarse los mensajes como datos «reservados» atinentes a la intimidad desconocida u oculta de la menor que esta no quisiera que el padre conociera*. Tampoco se da el elemento subjetivo de voluntad del denunciado en descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de la menor¹⁴.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

SENTENCIAS

- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, sentencia 864/2015 de 10 de diciembre de 2015, Rec. 912, 2015. Ponente: Antonio DEL MORAL GARCÍA, (La Ley 218893, 2015)
- Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 2.^a, auto 893/2017 de 25 de octubre de 2017, Rec. 914, 2017. Ponente: María del Rosario CIMADEVILA CEA. La Ley 179329, 2017. ECLI: ES:APPO:2017:2639.^a
- Juzgado de lo Penal núm. 1 de Almería, sentencia 141/2017 de 20 de marzo de 2017, Proc. 113, 2017. Ponente: Luis Miguel COLUMNA HERRERA, (La Ley 15139, 2017). ECLI: ES:JP:2017:21.

LEGISLACIÓN

- Reglamento (UE) 2016, 679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46, CE (Reglamento general de protección de datos).
- Recomendación núm. R (84) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre las responsabilidades parentales.
- CE (art. 27).
- Código civil (art. 154).
- Código Penal (art. 197.1).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

CASADO, M. Á., GARMENDIA, M., JIMÉNEZ, E., *Entre selfies y whatsapps*. Gedisa, 2018 Barcelona.

GUARDIOLA, M., Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España, en *La Ley Derecho de familia*, núm. 14, Segundo trimestre de 2017. La Ley 5019, 2017.

NOTAS

¹ Quostodio, Talk kids, Kiddie, Yahoo Kids, Kids mode, Hometub, Kids place, Teen Safe, Life 360 Localizador Familiar, Footprints, My mobile watchdog. *Vid. GUARDIOLA, Miriam: «Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España», en La Ley Derecho de familia, núm. 14, Segundo trimestre de 2017. La Ley 5019, 2017.*

² Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 2.^a, Auto 893, 2017 de 25 de octubre de 2017, Rec. 914, 2017. Ponente: María del Rosario Cimadevila Cea. La Ley 179329, 2017. ECLI: ES:APPO:2017:2639.^a

³ La acusación particular recurre el auto de fecha 29 de junio de 2017 que acuerda el sobreseimiento de las actuaciones por no revestir caracteres de infracción penal. Alega la apelante que los hechos referidos en su denuncia revisten caracteres de delito del artículo 197 CP porque el padre denunciado se habría apoderado de las conversaciones que mantuvo su hija Petra a través de su teléfono móvil con su progenitora y denunciante. Dice en la denuncia que «ambos niños me dicen que Doroteo (el denunciado) los metió en una habitación y estuvo repasando con ellos las conversaciones del móvil de Petra, que le pidió a Marino que le diera la contraseña del móvil a lo que el niño le dijo que no, entonces Doroteo le amenazó con llevarlo a la policía».

⁴ El artículo 197.1 dispone: «El que, para *descubrir los secretos* o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquier otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses».

⁵ Los menores de 16 años, en el caso de los «servicios de la sociedad de la información» (en Internet, por ejemplo), no pueden consentir sobre el tratamiento de sus datos personales: deben hacerlo sus padres o tutores. En todo caso, los países pueden rebajar la edad, si quieren, hasta los 13 años. En España está en 14. Reglamento (UE) 2016, 679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46, CE (Reglamento general de protección de datos)

⁶ http://www.rtve.es/noticias/20171005/mas-del-88-ninos-10-anos-usa-ordenadores-accede-internet_1626076.shtml (Pagina visualizada el 11 de septiembre de 2018).

⁷ El 95,1% de los menores de edad que residen en España navega por Internet y el 92,4% hace uso del ordenador. La investigación señala también que, de los que utilizan el ordenador, un 93,9% son chicas, frente al 91,1% que son chicos. También las menores utilizan más Internet (95,2%) que los chicos (94,9%). Por edades, los resultados sugieren que el uso de ordenador e Internet es una práctica mayoritaria en edades anteriores a 10 años. (INE)

⁸ CASADO, Miguel Ángel; GARMENDIA, Maialen; JIMÉNEZ, Estefanía; *Entre selfies y whatsapp*. Gedisa, 2018 Barcelona.

Indica que según las estadísticas que han manejado en su estudio relativo al tema del sexting entre los 11 y 16 años, casi uno de cada 3 menores reconoce que ha recibido mensajes sexuales. Ellos reciben más mensajes de este tipo. Pero mientras que ellas mandan imágenes sugerentes y sexies, ellos comparten imágenes más explícitas.

⁹ Recomendación núm. R (84) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre las responsabilidades parentales que dispone que «son un conjunto de poderes y deberes destinados a asegurar el bienestar moral y material del hijo...».

¹⁰ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, sentencia 864/2015 de 10 de diciembre de 2015, Rec. 912, 2015. Ponente: Antonio del Moral García, (La Ley 218893, 2015).

¹¹ Juzgado de lo Penal n.^o 1 de Almería, sentencia 141/2017 de 20 de marzo de 2017, Proc. 113, 2017. Ponente: Luis Miguel Columna Herrera, (La Ley 15139, 2017). ECLI: ES:JP:2017:21.

¹² En concreto la sentencia afirma que «En el caso enjuiciado, es evidente que la acusada se encontraba en el pleno y correcto ejercicio de los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, sin que en momento alguno se extralimitase en ello. Es más, sería

responsabilidad de la madre el haber dejado a su hijo jugando con el móvil y no hacerlo estudiar, pues *entre esas obligaciones que se establecen en el Código civil derivadas de la patria potestad está la de preocuparse por la educación de los hijos, que es precisamente lo que hizo la acusada en la acción hoy enjuiciada, sin utilizar rigor innecesario alguno para ello*.

¹³ Ya hay sentencias, como la de 28 de junio de 2015 del Juzgado de lo penal número 4 de Girona, Ponente: Antonio MIRALLES AMORÓS, que condenó a dos años y medio de cárcel y multa de seis euros diarios durante 19 meses al esposo como «autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos con el agravante de parentesco». Se castiga el espionaje del móvil de una mujer por parte de su marido para recopilar pruebas de una relación extramatrimonial y aportarlas al pleito civil que dirimía el divorcio entre ambos. Se insiste en que «no se trató de un mero furgoneo o una visión fugaz o momentánea del contenido privado, sino que se ha hecho el acusado con el adecuado soporte material de captación del contenido» para aportarlo a otro juicio de divorcio.

¹⁴ La AP Pontevedra insiste en que «Hay que distinguir entre la irrelevancia “objetiva” del contenido e importancia de la información para que la protección penal opere en el caso de datos de carácter personal o familiar, a que se refiere el artículo 197.2, que desde el punto de vista sustancial y aisladamente considerados, son generalmente inocuos; y la necesaria equiparación que debe establecerse entre “secreto” y “reservados” a efectos de la intimidad personal y familiar. Una interpretación teleológica y sistemática se debe concluir que el término “reservados” que utiliza el Código hay que entenderlo como “secretos” o “no públicos”, parificándose de este modo el concepto con el artículo 197.1 CP Secreto será lo desconocido u oculto, refiriéndose a todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca o no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no deseá que se conozca».

1.2. Familia

Protección jurídica de la persona con la capacidad modificada judicialmente. El matrimonio

*Juridical protection of the person with
the capacity modified judicially.
The marriage*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil. UCM

RESUMEN: El presente estudio se va a centrar en el análisis de la protección jurídica de la persona con la capacidad modificada judicialmente, en especial con relación a la institución matrimonial y la capacidad para prestar el consentimiento relativo al mismo por parte de los contrayentes.

ABSTRACT: *The present study is going to analysis of the juridical protection of the person with the capacity modified judicially, especially with relation to the matrimonial institution and the aptitude to give the assent relative to the same for the spouses*

PALABRAS CLAVES: Matrimonio. Capacidad. Consentimiento. Persona con la capacidad modificada judicialmente. Nulidad. Discapacidad. Sistema de guarda y sistema de apoyos.

KEY WORDS: *Marriage. Capacity. Assent. Person with the capacity modified judicially. Nullity. Disability. Guardianship system and supports.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. INCAPACITACIÓN: CAUSAS Y PROCEDIMIENTO.—III. EL MATRIMONIO: CAPACIDAD, CONSENTIMIENTO Y NULIDAD: 1. PRESUPUESTOS O REQUISITOS DEL MATRIMONIO CIVIL. 2. EL ACTA O EXPEDIENTE CIVIL PREVIO MATRIMONIAL. 3. LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO. 4. LA INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO. 5. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO Y SUS CAUSAS.—IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Toda persona, por el mero hecho de serlo, es considerada por el ordenamiento jurídico como sujeto titular de derechos y obligaciones, cualquiera que sea su

estado de salud, y sus condiciones de inteligencia y de voluntad. Esta capacidad jurídica que implica la posibilidad general de ser titular de relaciones jurídicas, es sinónimo de personalidad. De ahí que, del principio de esta personalidad, de hecho y de derecho arranquen las normas que ya vienen desde antiguo y que recoge el artículo 29 del Código civil consagrando que «*el nacimiento determina la personalidad*». Se constituye, así como un atributo indisolublemente unido a la condición de la persona. Pero esta posibilidad general de ser titular de derechos y obligaciones no resulta suficiente para poder realizar eficazmente actuaciones relacionadas con los mismos; para ello se hace necesario tener capacidad de obrar, esto es, la posibilidad de desplegar una actuación eficaz y válida jurídicamente o, lo que es igual, la aptitud necesaria para ejercitar actos jurídicos concretos y determinados. La capacidad de obrar, así se manifiesta en la aptitud o idoneidad para realizar por uno mismo actos con eficacia jurídica requiriendo a su vez una capacidad volitiva o un mínimo de madurez en el sujeto para cuidar de su persona y bienes. Sobre tales bases, se parte de una presunción de capacidad¹; de forma que, solo por sentencia judicial (art. 199 CC) y cuando se den los requisitos establecidos por el artículo 200 del citado cuerpo legal que: 1. Exista una enfermedad o una deficiencia de carácter físico o psíquico; 2. Que sea persistente; 3. Que impida a la persona gobernarse por sí misma, podrá incapacitarse a una persona.

Quedan, por tanto, excluidos del ámbito de la incapacidad judicial aquellos individuos que sufran alguna alteración transitoria u ocasional, o cuya enfermedad o deficiencia no afecte a sus facultades de autogobierno, es decir, a su capacidad cognoscitiva y volitiva².

En consecuencia, para declarar a una persona incapacitada, no solo resulta necesaria la existencia de una causa que la determine, sino también una decisión judicial tras la sustanciación del correspondiente proceso. Por lo que sobre la base de lo dispuesto en los artículos 199 y 200 se está disponiendo de forma categórica no solo la jurisdiccionalidad de la incapacidad, sino también el principio de legalidad o tipicidad en relación con las causas determinantes de la decisión judicial.

Con la reforma por la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma de la tutela el citado artículo 200 del Código civil regula las causas de incapacidad atendiendo no al mero diagnóstico de una determinada enfermedad o deficiencias físicas o psíquicas sino a los efectos que, la persistencia de la enfermedad o deficiencia provoca en el autogobierno de la persona que la padece y sus consecuencias en el desarrollo de su vida ordinaria.

Lo cierto es que, las causas de incapacitación, como dice la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, de 29 de abril de 2009³ que cita la de 11 de octubre de 2012⁴ están concebidas en nuestro derecho a partir de la mencionada reforma de 1983 como abiertas, de modo que, a diferencia de lo que ocurre en la antigua redacción del Código civil, no existe una lista, sino que el artículo 200 dispone que son «causas de incapacidad las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí mismo». Es evidente que, el artículo 322 del Código civil establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad o deficiencia física o psíquica de carácter persistente que, permite concluir que, aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencias de 19 de mayo de 1998⁵, de 26 de julio de 1999⁶, de 20 de noviembre de 2002⁷ y de 14 de julio de 2004⁸ que señalan como afirma la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 28 de julio

de 1998⁹ «(...) para que se incapacite a una persona no es solo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (...). Lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impide gobernarse a la afectada por sí misma».

Lo relevante es la limitación parcial o total de la capacidad de autogobierno que, constituye algo más que, un requisito, pues, se trata en realidad del presupuesto de la incapacitación. La fórmula legal es suficientemente amplia y flexible para que cualquier enfermedad o deficiencia que, determina en la práctica una discapacidad y la necesidad de apoyos y protección de la persona que la produce, puede ser apreciada como causa de incapacitación y al mismo tiempo suministrar al juez los parámetros necesarios para valorar dicha discapacidad natural y el alcance de la necesidad de constituir una guarda legal en interés de la persona que padezca discapacidad¹⁰.

El régimen de incapacitación o modificación de la capacidad se complementa con el artículo 760 de la LEC (sucesor del artículo 210 CC) que, expresamente prevé la necesidad que, la sentencia que declare la incapacitación determine la extensión y límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda al que debe estar sometida la persona incapacitada y también con el artículo 761 de la LEC que, prevé la posibilidad de reintegración de la capacidad y la modificación del alcance de la incapacitación. En consecuencia, de darse los presupuestos descritos en el artículo 200 del Código civil se ha de proceder a la incapacitación de la persona, correspondiendo al juez determinar el régimen de tutela o guarda al que ha de quedar sometido.

En todo caso, la excepcionalidad de la incapacitación, limitada a lo declarado por sentencia y, por las causas previstas por la Ley, hay que ponerla en relación con el principio de dignidad de la persona (art. 10 de la CE) y con la exigencia del artículo 49 a los poderes públicos de ordenar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos otorgados a todos los ciudadanos.

Ahora bien, de forma novedosa, en cuanto a la capacidad de la persona el Código civil catalán pone el acento en la capacidad natural como criterio que fundamenta la atribución de la capacidad de obrar de acuerdo con lo dispuesto en el Código civil, de modo que, combinada con la edad, permite hacer una valoración gradual, no estrictamente seccionada en etapas a lo largo de la vida de la persona (art. 211-3)¹¹.

Por su parte, el Código de Derecho Foral de Aragón, al igual que el Código civil español, establece que, nadie puede ser incapacitado sino en virtud de las causas establecidas en la ley y por sentencia judicial, que determinará la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de protección a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 38.1). Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (art. 38.2). Y, en cuanto a la prodigalidad no tiene otro efecto que el de ser una causa de incapacitación cuando reúna los requisitos del apartado anterior (art. 38.3).

En este contexto, si bien el legislador de 1983 se inclina por un sistema de protección de las personas de índole judicial —el estado civil de incapacitado debe guardar necesariamente constituida por sentencia judicial— con la Ley 4/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil permite la existencia de un sistema

de protección de personas no judicializada, flexibilizando con ello la protección de las personas con discapacidad frente al sistema institucional rígido de la incapacitación y el consiguiente sometimiento del incapacitado a un sistema de guarda y adquiriendo plena operatividad la autonomía del individuo que, decida, cuando tiene plena capacidad de obrar, a través de los instrumentos jurídicos que ofrece la ley, quien y como se deben gestionar sus asuntos personales y patrimoniales para cuando no pueda hacerlo. Así cumplen con dicho cometido, la autotutela que representa la facultad que reconoce a una persona para que, en previsión de una futura incapacidad designe en documento público notarial el tutor que ha de guardar su persona y bienes o de una manera más amplia, la facultad de configurar un régimen tutela como lo consideren oportuno para el caso de ser incapacitado (art. 223.2 CC)¹²; o los apoderamientos preventivos o mandato de protección que, representan aquellos poderes que, no se extinguieren con la incapacitación sobrevenida del poderdante o se otorgan para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por este. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor (art. 1732.2 CC); o, en fin, mediante la constitución de patrimonio protegido de la persona con discapacidad cuya creación puede ser realizada por el propio interesado, sus padres, tutores o curadores o cualquier persona con interés legítimo y que se acompaña de importantes incentivos fiscales. Con posterioridad y en esta línea de posibilitar sistemas alternativos de protección a la incapacidad, la Ley 26/2105, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia permite sin incapacitar a la persona, si bien acordando tal medida judicialmente, que se otorgue al guardador de hecho facultades tutelares (art. 303.1 CC).

Por otra parte, resulta esencial mencionar la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 ratificado por España mediante Instrumento de 23 de noviembre de 2007. De tal forma que, conforme a lo previsto en el artículo 96 de la CE esta Convención forma parte de nuestro ordenamiento interno. En su artículo 1 fija como propósito de la misma «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente», entendiendo por personas con discapacidad «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás (art. 1.2), protección que solamente tiene justificación con relación a la persona afectada «como trasunto del principio de la dignidad de la persona»¹³. Asimismo, se fija como principio de la Convención «el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas», y en su artículo 12.3 pretende asegurar el pleno respeto de la personalidad jurídica de las personas afectadas por una discapacidad y que cuando sea necesario se proporcione a estas personas el apoyo que, pudiera necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Finalmente, el artículo 23.1.a) dispone que «los Estados partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de

contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges».

Es por ello que, desde tales postulados la Convención parece inclinarse favorablemente por la necesidad de flexibilizar el sistema actual de cargos tutelares, si tenemos presente la tendencia que, está adquiriendo fuerza de sustituir el sistema basado en la incapacitación y tutela o curatela por un «sistema de apoyos», más acorde con el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad y por ende, con las dos vertientes del principio de autonomía del individuo como son el respeto a la voluntad de la persona protegida; y, la preservación máxima de la capacidad, de forma que, aunque se haya establecido un sistema de representación, se posibilite un cierto ámbito de decisión a la persona en todo lo relativo a los actos de naturaleza personal; lo que supone el reconocimiento de una capacidad natural a la persona protegida. Asimismo, parece mostrarse favorable a un sistema de curatela reforzada como el que existe en el Derecho francés, y con un alcance limitado al ámbito patrimonial en relación con la curatela de las personas incapacitadas que, se contiene en el artículo 223-6 del Código civil catalán, donde el curador además de completar la capacidad, pueda en actos concretos representar al incapaz¹⁴.

Ahora bien, se ha previsto un sistema de control del cumplimiento de la Convención a través de un Protocolo Facultativo (Instrumento de ratificación por España —BOE, número 97, de 22 de abril de 2008, 20750 a 20752—) en cuyo artículo 1 se reconoce la competencia del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en la labor de intérprete de la Convención, destacando a tal efecto la Observancia General sobre los derechos de las personas con discapacidad número 1/2014 adoptado en el 11.^º periodo de sesiones de 30 de marzo de a 11 de abril de 2014) relativo al contenido del artículo 12 de la Convención —igual reconocimiento como persona ante la ley— que en la explicación de dicho precepto destaca en su punto 15 que «(...) “Apoyo” es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica para determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como la ayuda mutua, la promoción (incluido el apoyo a la autopromoción) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales (por ejemplo, una medida que exija a entidades privadas y públicas como los bancos y las instituciones financieras que ofrezcan información comprensible), a fin que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. (El apoyo también puede constituirse en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias)»; y su punto 16 pone de manifiesto que «el tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad. Esto es acorde con lo dispuesto en el artículo 3 d)».

Sobre tales bases, en cuanto a la actual regulación de la incapacitación y las medidas de protección y su adaptación a lo establecido en la Convención, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 29 de abril de 2009¹⁵, atendiendo a la propia doctrina de la Sala Primera, y a la sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre¹⁶, ha establecido las reglas

interpretativas que permiten compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York de 2006 y lo dispuesto en el Código civil a partir de la reforma de 1983 disponiendo en su *Fundamento de Derecho séptimo* que: «El sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del Código civil, y del artículo 760.1 de la LEC; 2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

De forma que, lo que ha de tenerse en cuenta como principio fundamental es la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar que, le permiten hacer una vida independiente, poder cuidar de su salud, de su economía y ser consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que, tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier índole reconocidos en la Convención¹⁷.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 29 de septiembre de 2009 que, reitera las sentencias de este mismo Alto Tribunal, de 11 de septiembre de 2012, de 14 de octubre de 2015¹⁸, de 20 de octubre de 2015¹⁹ y 4 de noviembre de 2015²⁰ establece que, la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambian para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determinan su forma de ejercicio. De aquí que, deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado (...). Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona».

Efectivamente, la incapacitación no es algo rígido sino flexible y debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como diversas son en realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida que requiere de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, en qué medida puede cuidarse por sí mismo o necesita de alguna ayuda; si puede actuar por sí mismo, o si precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones. Para lograr este traje a medida es necesario que, el tribunal de instancia que, debe decidir, adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales y en qué medida precisa de una protección y ayuda²¹.

Sin duda como señala la sentencia de 24 de junio de 2013²² «una situación como la incapacitación no permite mantener el mismo *status* del que se disfrutaba en régimen de absoluta normalidad, pero tampoco lo anula. Lo que procede es instaurar apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada

en la toma de decisiones, a los que con reiteración se refiere la Convención, para en palabras de la misma, proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás, permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre en el plazo más corto posible que se realicen, como precisa el artículo 12». Apoyos que, la Convención, como dice la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de noviembre de 2014 citada por la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 3 de junio de 2016²³ «no enumera ni acota, pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales para, en definitiva, procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en apoyos para tomarlos, que sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida y en igualdad de condiciones con los demás, como se ha dicho en el Informe del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (11.^º periodo de sesiones, 31 de marzo de a 11 de abril de 2014) sobre el contenido normativo del artículo 12 de la Convención y se reitera en el Informe final de la Unión Europea de 4 de septiembre de 2015».

Se trata, como hemos puesto de manifiesto en líneas precedentes, de realizar un traje o trajes a medida que requiere de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, lo que exige sin duda la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, lo que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que sean necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que, le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que, sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio o interés del discapaz, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que, presenta en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones²⁴.

Lo cierto es que la Convención de Nueva York de 2006 trata de preservar al máximo que, la persona afectada por una discapacidad pueda ejercitar por sí sus derechos que, pueda desarrollar al máximo sus posibilidades de autogobierno. De ahí que, el juez al resolver sobre el grado de capacidad y autogobierno de esa persona y constituir los apoyos necesarios mediante un apropiado régimen de guarda legal, debe afinar y ajustar a aquellos ámbitos en que estrictamente se requiere los apoyos²⁵.

En este contexto, el sistema de apoyos a los que alude la Convención, esté integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras como la guarda de hecho y el defensor judicial que, también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en los últimos tiempos tras descartar que «el «procedimiento de modificación de capacidad» y la constitución de la tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención²⁶. La tutela es la forma de apoyos más intensa que, puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no puede tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el artículo 267 del Código civil que, el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente,

salvo que aquellos actos que pueden realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayuda a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y, 289 CC)²⁷. Ciertamente, la tutela está reservada para la incapacidad total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales²⁸; si bien, la jurisprudencia, salvo en supuesto de patente incapacidad total, se viene inclinando a la luz de la interpretación recogida en la Convención por la curatela en el entendimiento que en el Código civil no se circunscribe expresamente aquella a la asistencia en la esfera patrimonial, sino que al amparo de lo previsto en el artículo 289 del Código civil podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de su enfermedad²⁹. La curatela «es una institución flexible que, se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamado a prestar. Por tanto, la curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona. Por lo que se refiere al ámbito patrimonial, la intervención del curador no se circunscribe necesariamente a los actos a que se refiere el artículo 290 del Código civil, sino que puede extenderse a todos aquellos en los que sea precisa la asistencia; cuestión distinta es que, cuando la sentencia no los especifique, el legislador se refiere subsidiariamente a los actos que genéricamente considera mayor complejidad o trascendencia para el patrimonio de la persona con discapacidad que, son aquellas para las que el tutor necesita autorización judicial»³⁰.

El presente estudio lo vamos a centrar en un acto personalísimo como es el matrimonio y su posible realización por la persona esté o no incapacitada; si bien nos parece oportuno analizar de forma sucinta con carácter previo las causas y el procedimiento de incapacidad, para luego proceder a analizar el consentimiento matrimonial y la capacidad para prestarlo, atendiendo especialmente a la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018³¹ relativa a la nulidad de un matrimonio por falta de capacidad para emitir el consentimiento por enfermedad mental.

De todas formas, resulta procedente señalar que, el 21 de septiembre de 2018 se ha presentado el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad en el que se redacta de nuevo el Título XI del Libro Primero del Código Civil que pasa a llevar por rúbrica “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, no constituyendo el elemento sobre el que se va a sustentar la nueva regulación de la guarda y protección del discapacitado ya la incapacidad, sino que se diseña un sistema de apoyos en el que la principal medida de origen judicial va a ser la curatela de naturaleza asistencial; si bien, en los casos en que sea preciso, se le puede atribuir al curador funciones representativas que solo de manera excepcional y en casos especialmente graves de discapacidad, podrá tener un alcance general. En consecuencia, se elimina del ámbito de la discapacidad la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada y cuando no puede darse el apoyo de otro modo o se trate de situaciones de imposibilidad, es cuando se puede concretar la representación o sustitución en la toma de decisiones.

Por otra parte, se refuerza la figura de la guarda de hecho que, deja de ser una institución provisional. Y, en fin, se otorga preferencia a las medidas preventivas que pueda tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo como los poderes y mandatos preventivos y la autocuratela.

El 29 de noviembre de 2018 los 21 vocales que integran el Pleno del Consejo General del Poder Judicial ha emitido informe favorable del citado Anteproyecto al considera que el texto recoge de forma adecuada las exigencias de la Convención de Nueva York y el respeto a los principios y valores contenido en la Constitución española.

II. INCAPACITACIÓN: CAUSAS Y PROCEDIMIENTO

Tiene declarado con reiteración nuestro Tribunal Supremo en doctrina consolidada que la capacidad jurídica es la aptitud innata de toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, vinculando dicha aptitud el Código civil a la condición misma de la persona en cuanto el artículo 29 dice que «el nacimiento determina la personalidad»; si bien con la precisión que la posibilidad de la titularidad de derechos y obligaciones solo se reconoce a quienes se estima que reúnen las cualidades necesarias para «gobernarse por sí mismos». Por contra, la incapacidad supone una privación de la capacidad de obrar aunque no absoluta de acuerdo con el artículo 760 de la LEC en cuanto implica una limitación de la misma que solo se explica como una excepcional medida de protección del propio incapaz, ya que la capacidad mental se presume siempre, mientras no se destruya la presunción por una prueba concluyente en contrario³². Por consiguiente, únicamente cuando concurre alguna de las causas previstas en la ley y como resultado de un proceso se puede llegar a constituir una persona en el estado civil de incapacitado.

En nuestro Derecho positivo, las causas de incapacidad vienen establecidas en el artículo 200 del Código civil y definidas «como aquellas enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma». Son pues a tenor de también reiterada jurisprudencia³³ requisitos esenciales para la declaración de incapacidad los siguientes:

1. Que la persona respecto de la cual se solicita, padezca una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, que debe referirse en términos generales a aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanente y a veces progresivo que merma la personalidad, la deteriora o amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes³⁴. No son, en consecuencia, como precisa PARRA LUCÁN causa de incapacitación «las enfermedades que no afecten al autogobierno de la persona, sin perjuicio que, en ocasiones, la ley las toma en consideración como causa que excluye la habilidad requerida para un acto concreto (no pueden hacer testamento cerrado los ciegos, artículo 708 del Código civil; los ciegos y los sordos son inhábiles como testigos en las cosas cuyo conocimiento depende de la vista y el oído)»³⁵.

2. Que la enfermedad o la deficiencia sean persistentes, condición esta que no aparecía en el derogado artículo 213 del Código civil y que constituye la consagración de una idea mantenida por la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, de que solo las enfermedades que producen alteraciones de carácter habitual o permanente, y no las transitorias, podían provocar la incapacidad ya que, en definitiva, no se trata de atender a la protección ocasional del enfermo,

lo que es posible obtener por otras vías —así su internamiento (art. 211 CC) o la anulabilidad de sus actos (art. 1.301 CC)—, sino de atender de manera estable, mediante el correspondiente órgano de guarda, su incapacidad para gobernarse por sí mismo. La persistencia de la anomalía es cuestión de derecho, ya que su apreciación supone dotarla de valor jurídico, encajando la situación en la tipología del artículo 200 del Código civil, debiéndose destacar en este punto la importancia de la valoración que el juez realice de los informes o dictámenes periciales, pues se puede padecer una enfermedad o deficiencia inhabilitante y, sin embargo, si su sintomatología externa puede ser excluida mediante el oportuno tratamiento o remedio, de modo que el sujeto sí pueda comportarse con normalidad, no existirá causa de incapacitación pues los avances de la medicina en el campo psiquiátrico permiten hoy un comportamiento prácticamente normal en enfermos con patologías psíquicas que hace unos años hubieran sido internados en establecimientos psiquiátricos durante un importante periodo de tiempo, por lo que se infiere que el carácter persistente de la enfermedad por sí solo no es suficiente para la incapacitación sino que se requiere también, como consecuencia de la misma, que el sujeto sea incapaz de gobernarse a sí mismo, haciendo coincidir la incapacidad natural con la incapacidad jurídica. Aunque el carácter cíclico de la enfermedad puede ser determinante de incapacitación basada en la existencia de esta, el régimen de guarda puede y debe quedar adaptado a lo que las circunstancias concretas requieran de forma que los intervalos lúcidos no impiden la incapacitación pero sí condicionan el régimen tutivo y la posibilidad de realizar determinados actos —matrimonio y testamento—³⁶. Con ello «se exige que se trate de una situación que tienda a prolongarse en el tiempo durante un periodo con entidad suficiente para justificar la adopción de medidas tan graves como la incapacitación de una persona y su sometimiento a institución de guarda». A la vez que, se indica que «se pretende excluir del ámbito del artículo 200 del Código civil, como causas de incapacitación, las situaciones transitorias de trastorno mental, o de pérdida de la capacidad de autogobierno (pérdida de conciencia transitorias, situaciones postoperatorias)»³⁷.

3. Que la referida enfermedad o deficiencia determine la imposibilidad de autogobierno de la persona que la padece³⁸. Este es el presupuesto *sine qua non* de la incapacitación de dicha persona, referido a la capacidad general del sujeto ante la vida social y jurídica y no a su ineptitud ante una determinada relación o situación jurídica en que se encuentre. El autogobierno implica una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en la esfera patrimonial que permite al sujeto actuar. La valoración judicial de las repercusiones de una enfermedad o deficiencia persistente sobre esa capacidad de reflexión, entendida en el sentido de conciencia suficiente de la propia actuación general, constituye la esencia del sistema de incapacitación de la persona en nuestro Derecho, debiendo centrarse entonces la actuación del juez en precisar dos extremos:

- a) Que la enfermedad o deficiencia efectivamente incide en la conducta o comportamiento del presunto incapaz en el sentido señalado.
- b) Que esa incidencia es de entidad suficiente para impedirle un comportamiento normal respecto de su persona y bienes o alguno de ambos extremos, debiendo tener en cuenta el contenido del artículo 760 de la LEC que «la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado», pues de dicho contenido se deduce que el Código civil distingue entre la incapacidad total o absoluta some-

tida al régimen tutelar y la incapacidad parcial o relativa que da lugar a la curatela —que antes afectaba solamente a los declarados pródigos y ahora, en cambio, a todos los mayores de edad declarados incapaces— y que puede operar tanto en la esfera personal como la patrimonial. De esta distinción se hace eco la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991³⁹ al señalar que la incapacidad puede ser total o de tipo medio o atenuada «que impone la necesidad de que la defectuosa personalidad y consiguiente graduación del discernimiento se complemente, integre y asista sin necesidad de recurrir a la tutela mediante la institución intermedia de la curatela que la reforma del Código civil llevada a cabo por la Ley 13/83 vino en cierto sentido a resucitar y rescatar», en cuya doctrina viene a abundar la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 26 de julio de 1999⁴⁰.

El artículo 322 del Código civil, como bien sabemos, establece una presunción de capacidad, aplicable a toda persona mayor de edad; esta presunción solo cede con las excepciones establecidas en casos especiales por el propio Código, esto es, cuando se acredite la concurrencia de una enfermedad o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Al respecto, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo precisamente ha puesto el énfasis en el segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse por sí misma a la persona afectada. Si existe enfermedad psíquica de carácter persistente pero no la situación de imposibilidad de autogobierno que, exige el artículo 200 del Código civil como presupuesto para declarar la incapacidad teniendo en cuenta el estado actual de la enfermedad, el control médico y la evolución que puede experimentar el paciente, puede mantener íntegra la aptitud para adoptar decisiones y, en consecuencia realizar actos concernientes a la esfera jurídica, tanto en el plano estricto personal como en el plano económico o patrimonial. Y si carece una persona de aptitud para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección al presunto incapaz, como trasunto de la dignidad de la persona, lo que ha de fundamentar la decisión judicial de incapacitación; y, además, esta se deberá apoyarse siempre en la realidad fáctica de la persona del presunto incapaz, que ha sido comprobada previamente mediante las pruebas precisas y siguiendo siempre un criterio restrictivo en la determinación de su alcance —sistema de apoyos—. De ahí que, la situación de inidoneidad natural para regir la persona y administrar y disponer de sus bienes, debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada y adoptarse con criterios de proporcionalidad⁴¹.

En cuanto al procedimiento de incapacitación, la LEC dedica el capítulo II del Título IV «a los procesos sobre la capacidad de las personas» (arts. 756 a 763 de la LEC). Conforme al artículo 753 los procesos sobre capacidad se sustancian por los trámites del juicio verbal. Al ser un proceso relacionado con la capacidad de la persona y dado el carácter indisponible de la materia no surten efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción y el desistimiento requiere la conformidad del Ministerio Fiscal (art. 751 de la LEC). La conformidad de las partes sobre los hechos tampoco vincula al tribunal ni podrá este decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad (art. 752.2 de la LEC). La competencia de estos procesos es exclusivamente la jurisdicción civil.

Respecto a la legitimación activa para promover la declaración de incapacidad, el artículo 757.1 de la LEC establece que «la declaración de incapacidad pueden promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentra en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz». Las demás personas que crean conocer hechos determinantes de la incapacitación podrán ponerlos en conocimiento del Ministerio Fiscal, que también está legitimado para promover la declaración de incapacidad (art. 757.2 de la LEC). El juez, en cambio, no puede incoar de oficio el procedimiento en ningún caso, pues, conforme los artículos 757.3 y 762.1 de la LEC deben poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal. Ahora bien, el presunto incapaz puede promover su incapacitación. En los demás casos, la demanda se dirige contra el presunto incapaz que puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación (art. 758.1 de la LEC). Si no lo hace será defendido «por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido este el promotor del procedimiento. En otros casos, se designará un defensor judicial a no ser que ya estuviera ya nombrado (art. 758.2 LEC). Si el promotor del expediente es el Ministerio Fiscal, el nombramiento de un defensor judicial no debe excluir la comparecencia del presunto incapaz con su propio abogado cuando esa sea su voluntad, pues en otro caso se vulneraría su derecho de defensa y de asistencia de letrado (art. 24.2 de la CE).

En todo caso, para dotar al procedimiento de las máximas garantías y de protección del presunto incapaz, el artículo 759.1 de la LEC impone al juez la práctica de una serie de medios de pruebas como son: oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinar a este por sí mismo y acordar los dictámenes necesarios en relación con las pretensiones de las demanda y demás medidas previstas por las leyes. Asimismo, se establece que «nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal». En todo caso, si la sentencia que decide sobre la incapacitación fuera apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas (art. 759.3 de la LEC). De todas formas, el juez puede decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes (art. 752 de la LEC). En este contexto con la finalidad de proteger al presunto incapaz o de su patrimonio y hasta que se dicte sentencia de incapacitación, el artículo 762 de la LEC permite que el juez adopte medidas provisionales de protección —nombramiento de un defensor judicial, de un administrador—⁴².

Sobre tales bases, si se constata la existencia de las causas a las que se refiere el artículo 200 del Código civil la sentencia incapacitará a la persona, dando lugar al estado civil de incapacitado y su capacidad de obrar queda limitada a la extensión y en los términos que se fijen en la propia sentencia. Como complemento necesario a la incapacitación en la sentencia se determinará el sistema de guarda a que debe quedar sometido el incapacitado (art. 760 LEC). Atendiendo a la exigencia de graduación de la incapacitación esta podrá ser total, en caso de mínimo discernimiento de la persona y, adoptada en supuestos excepcionales⁴³, o parcial⁴⁴; y, en consecuencia, someter al incapacitado a tutela —más probable cuando se dé el primer supuesto descrito—⁴⁵, o a curatela —un modelo de apoyo y asistencia más cercano a la Convención—⁴⁶. En cualquier caso, se ha de flexibilizar la medida adaptándola a la concreta necesidad de la persona afectada por la incapacitación y de operar sobre la exigencia de un sistema de apoyos que se adapte a las concretas situaciones de la persona⁴⁷. Ahora bien, si en la sentencia de incapacitación no se solicita la constitución de la tutela o la curatela, para su nombramiento se incoará el correspondiente expediente de jurisdicción previsto

en los artículos 43 a 52 de la Ley 15/2015, de 3 de julio, de jurisdicción voluntaria siendo competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.

III. EL MATRIMONIO: CAPACIDAD, CONSENTIMIENTO Y NULIDAD

El artículo 32.1 de la CE contempla el *ius connubi*, en consonancia con las declaraciones y tratados internacionales y establece que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» a lo que añade su apartado segundo que «la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». Se trata de un derecho constitucional que, vincula a todos los poderes públicos y «solo por ley, que en todo caso deberá respetar sus contenido esencial, puede regularse su ejercicio (art. 53.1 de la CE). Si bien, al no tratarse de un derecho fundamental no le alcanza la protección cualificada del recurso de amparo⁴⁸».

Con la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio se posibilita la celebración del matrimonio entre dos personas del mismo sexo, a tal fin el artículo 44 del Código civil añade un segundo párrafo que establece que «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando los contrayentes sea de un mismo o diferente sexo». La sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) número 198, de 6 de noviembre de 2012, considera la reforma operada por la Ley 13/2005 conforme con la constitución atendiendo a una interpretación evolutiva del artículo 32 de la CE en consonancia con la concepción actual que tiene la sociedad española en relación al matrimonio y lo define como «comunidad de afecto que genere un vínculo o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que posean idéntica posición en el seno de esta institución y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento». A lo que añade que «la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio presente ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005 y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador (Fundamento Jurídico noveno).

Por su parte, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, posibilita el matrimonio en forma civil ante notario (art. 51.2.2.^º CC). El derecho a contraer matrimonio se desarrolla por las normas de cada estado que establece o configura su sistema matrimonial. De ahí que, la configuración del sistema matrimonial español como un sistema facultativo o de libre elección determina que, los futuros contrayentes puedan elegir contraer matrimonio en forma civil o en forma religiosa⁴⁹. La primera de las formas señaladas presenta dos variantes: la ordinaria que, es la celebrada ante la autoridad competente y dos testigos como resulta de los artículos 51, 57 y 58 del Código civil; y la extraordinaria como el matrimonio en peligro de muerte, ante funcionario incompetente, matrimonio secreto y el contraído por poder (arts. 52, 53, 54, 55 y 1280.5 CC que, exige este último que el poder conste en documento público).

En este contexto, el artículo 49 del Código civil en su redacción dada por citada la Ley 15/2015 establece que «cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España. 1. En la forma regulada en este Código; 2. En la

forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración».

La disposición final 21.3 de la mencionada Ley 15/2015 establece que tal modificación entrará en vigor el 30 de junio de 2017, que no ha sido así, pues por Ley 4/2017, de 28 de junio en su artículo único.⁵ se modifica tal disposición final 21.3 y se pospone la entrada en vigor a la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil que, precisamente, conforme establece la disposición final primera de la Ley 5/2018, de 11 de junio que, modifica la disposición final 10.^a de la citada Ley 20/2011, tendrá lugar el 30 de junio de 2020. Durante la *vacatio legis* hasta la fecha indicada, el artículo 49 en su redacción anterior a la Ley 15/2015 establece que «cuálquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1. Ante el juez, alcalde o funcionario señalado por este Código; 2.^o. En la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración». En base a lo expuesto, el matrimonio celebrado en España entre españoles o entre un español y un extranjero se podrá contraer bien en forma civil —hasta que entre en vigor el 30 de junio de 2020 la redacción dada por la Ley 15/2015 a los artículos 51.2 y 52 del Código civil— ante las autoridades o funcionarios competentes a los que se refiere la disposición transitoria cuarta.² de la Ley 15/2015; o bien, en cualquiera de las formas de la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 15 de diciembre de 1979 y artículo 60 del Código civil—; y conforme a las confesiones evangélica, judía e islámica —atendiendo a los Acuerdos firmados con las mismas por las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre de sobre los efectos civiles de los matrimonios celebrados tanto ante ministros de culto de Iglesias Evangélicas, pertenecientes a FEREDE, así como ante ministros de culto de las Comunidades Israelitas de España y los celebrados según la forma establecida en la Ley Islámica (art. 7.1)⁵⁰; y en fin, tras la reforma operada por Ley 15/2015 el artículo 60.2 del Código civil dispone que «en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el registro de Entidades Religiosas hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España».

Por su parte, el artículo 50 del Código civil regula la forma que, puede revestir el matrimonio extranjero en España disponiendo que «si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo lo establecido por la ley personal de cualquiera de ellos». Ahora bien, si el matrimonio se celebra en el extranjero entre españoles o entre un español y un extranjero pueden los contrayentes optar entre la forma civil española —ante el funcionario diplomático consular encargado del Registro Civil que sea competente—, en forma canónica y en cualquiera de las que reconozca la ley del lugar de celebración.

Si bien, por razones de espacio, solo nos vamos a referirnos a la forma de contraer matrimonio civil.

1. PRESUPUESTOS O REQUISITOS DEL MATRIMONIO CIVIL

Para SERRANO GÓMEZ el matrimonio es «un negocio jurídico de Derecho de Familia basado en el acuerdo de voluntades, fruto del consentimiento manifestado expresamente por los contrayentes»⁵¹. Para DE PABLO CONTRERAS se trata de «un negocio jurídico bilateral ya que sus efectos los produce la voluntad

concorde o consentimiento de los esposos en cuanto va dirigido precisamente a que nazca entre ellos el vínculo»⁵².

El matrimonio es, además de un negocio de carácter consensual en el que el acuerdo de voluntades entre los contrayentes constituye elemento esencial, así lo destaca el artículo 45.1 del Código civil «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial»; es formal, pues, dicho consentimiento debe ser expresado con las solemnidades exigidas por la Ley⁵³.

Sobre tales bases, los requisitos para contraer matrimonio y para que sea considerado válido son, por un lado, personales o subjetivos referidos a la capacidad para contraerlo y los impedimentos; por otro, los materiales centrados en el consentimiento; y, en fin, formales, pues, la celebración del mismo exige el cumplimiento de una serie de formalidades⁵⁴.

En cuanto a los primeros, el artículo 46 del Código civil establece que «no pueden contraer matrimonio: 1. Los menores de edad no emancipados; 2. Los que estén ligados con vínculo matrimonial»; y, el artículo 47 del citado cuerpo legal se refiere a los impedimentos cuando señala que «no pueden contraer matrimonio entre sí determinados parientes —en línea recta por consanguinidad o adopción; y los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado— y los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal».

Con la reforma del Código civil por la Ley 15/2015 el artículo 48 del Código civil establece que «el juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado terceros entre colaterales». Por lo que, la dispensa solo afecta hoy a los impedimentos que enumera el artículo 47 del Código civil.

Además de la edad y aunque el Código civil no alude expresamente a ello, también a un requisito personal la aptitud mental de los contrayentes, esto es, la exigencia de una madurez psíquica suficiente para prestar el consentimiento específicamente matrimonial (art. 45 CC)⁵⁵. Los contrayentes han de tener la capacidad suficiente para entender y querer la unión.

El matrimonio ha de celebrarse de forma voluntaria y conociendo los efectos y las consecuencias que del mismo se deriven⁵⁶. De forma que, es posible que contraigan matrimonio un incapacitado (art. 171.4 CC) o una persona incapaz de hecho —que adolezca de alguna deficiencia psíquica—⁵⁷.

En todo caso, para acreditar la capacidad de los contrayentes para contraer matrimonio, se prevé la posibilidad que, en la tramitación del acta o expediente matrimonial, el artículo 56 del Código civil en su párrafo 2 dispone en la redacción dada por la Ley 15/2015 «si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el secretario judicial, notario, encargado del Registro Civil o funcionario que, tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». Si bien, tal apartado se ha reformado por la Ley 4/2017 estableciendo que: «El letrado de la Administración de Justicia, notario, encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente cuando sea necesario podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que, faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que algunos de los contrayentes presentare una condición de salud que, de

modo evidente, categórico y sustancial pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial, pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

En ambas redacciones, se pone de manifiesto la posibilidad de reclamar dictámenes médicos u otras pruebas forenses de similar naturaleza, si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales que, pudieran hacer dudar de su aptitud para prestar el consentimiento. Si bien, conforme a la última redacción del precepto, se opta por la excepcionalidad en la adopción de tales medidas y, además, solo se acudirá al dictamen médico cuando resultan insuficientes las medidas de apoyo. Más en la línea de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

De todas formas, aunque el dictamen médico puede entenderse que vincula al instructor del acta o expediente —en términos similares al exigido por el notario en los supuestos del artículo 665 del Código civil—, lo cierto es que, en cada caso, debe guiarse por el criterio de *favor matrimonii*, el interés de los contrayentes y del presunto incapaz.

En la misma línea del artículo 56 del Código civil, el artículo 245 del RRC dispone que «si el instructor estima que alguno de los contrayentes está afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, recabará del médico del Registro Civil o de su sustituto el dictamen facultativo oportuno». En cualquier caso, conviene señalar que, esta falta de aptitud mental o psíquica puede tener lugar principalmente en la fase de tramitación del acta o expediente matrimonial, y, también una vez aprobados estos, en el momento de emitir el consentimiento matrimonial. De apreciarse tal falta de aptitud mental tendrá como consecuencia la nulidad del matrimonio, como analizaremos.

Ahora bien, como hemos señalado, para apreciar la falta de aptitud en cualquiera de los contrayentes no implica que estos deben estar incapacitados judicialmente o incurso en alguna causa de incapacitación. Ni tampoco debe conectarse necesariamente y en todo caso con una determinada edad, dándose por supuesto en situaciones de edad avanzada que, el sujeto tenga plena capacidad de entender y querer el acto concreto del matrimonio. De todas formas, conviene precisar que, aun habiendo sido incapacitado, el contrayente puede prestar el consentimiento matrimonial válidamente sin que exista ninguna restricción y sin que pueda invalidarse por ello el matrimonio, como así constataremos en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 indicada en líneas precedentes.

En todo caso, tal como hemos reiterado, la capacidad se presume a todo mayor de edad, por lo que corresponderá a quien no sostenga la validez del matrimonio —como igualmente ocurre a quien ponga en duda la capacidad de testar del sujeto— probar la falta de capacidad, alegando para ella la existencia de deficiencias o anomalías psíquicas en uno de los contrayentes o los dos que impidan expresar el consentimiento matrimonial. Ahora bien, si una enfermedad o deficiencia psíquica se diagnostica con posterioridad a la celebración del matrimonio, o si, igualmente, se le incapacita judicialmente posteriormente a tal celebración o durante la tramitación del acta o expediente, el matrimonio es válido siempre que se acredite que cuando se prestó el consentimiento al celebrarse el matrimonio, tenía capacidad para ello o aptitud para entender y querer el acto matrimonial⁵⁸.

Presupuesta en los contrayentes la aptitud natural de entender y querer lo que representa el matrimonio y el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la ausencia de impedimento para que tenga lugar el vínculo, hay que señalar que, el consentimiento matrimonial ha de ser prestado además de consciente, de forma libre, pues, nadie puede ser obligado a contraer matrimonio. Por lo que no

es consciente y libre el consentimiento cuando falta la completa voluntad en los casos de *vis absoluta*, esto es, que para arrancar el consentimiento de uno o ambos contrayentes, se emplease una fuerza irresistible; o cuando la declaración es *iocandi causa*⁵⁹; o hay error obstativo; o, en fin, se contrae por error o coacción o miedo grave. Así se considera nulo el matrimonio «celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento» (art. 73.4), y el matrimonio contraído por coacción o miedo grave (art. 73.5). Ahora bien, en la medida que el matrimonio constituye un negocio jurídico puro, no puede estar limitado ni condicionado, es decir, no cabe someterlo a condición, término o modo en cualquiera de sus modalidades. Por otra parte, el consentimiento ha de ser expresado al exterior en cualquier forma y puede utilizarse para ello la expresión, escrita, oral o mediante gestos. A dicha expresión exteriorizada del consentimiento se refiere el artículo 58 del Código civil. Precisamente la exigencia de tal exteriorización del consentimiento puede plantear entre otras cuestiones, qué efectos debe asignarse a la discordancia consciente y querida entre la declaración de voluntad de querer contraer matrimonio que se emite y la voluntad real o interna que se mantiene oculta y que se plasma en el deseo de contraerlo. Esta discordancia puede obedecer a dos modalidades distintas: la simulación y la reserva mental.

En la simulación, los dos contrayentes pese a expresar formalmente su consentimiento, aparentan querer celebrar un matrimonio entre sí, no desean realmente que tenga lugar el vínculo matrimonial⁶⁰. SERRANO GÓMEZ señala como requisito esencial para poder hablar de matrimonio simulado «el que los contrayentes pretendan celebrarlo con la mera intención de obtener una apariencia de matrimonio. Quedan así fuera, por ejemplo, los matrimonios *iocandi causa*, en los que claramente no hay verdadera intención de contraer matrimonio ni tampoco una real voluntad de conseguir una apariencia del mismo»⁶¹. Por otra parte, como señala DE PABLO CONTRERAS en el derecho matrimonial «se distingue entre la simulación total, que se da cuando los contrayentes no quieren realmente el matrimonio mismo y la simulación parcial, que tiene lugar cuando los contrayentes excluyen al consentir alguno de los elementos o caracteres esenciales del matrimonio predispuestos por el Derecho objetivo»⁶². Otorgándose relevancia en nuestro sistema matrimonial para la mayoría de la doctrina a la simulación total⁶³. En todo caso, dentro de la categoría de los matrimonios simulados están los llamados matrimonios de complacencia o matrimonios blancos. Se trata de matrimonios celebrados entre un ciudadano/a, a español y un extranjero —ajeno a la Unión Europea— a veces mediante precio o contraprestación, con el propósito de obtener alguno de los beneficios que el ordenamiento jurídico concede como permiso de residencia en España o la nacionalidad española⁶⁴.

En cuanto a la reserva mental, como precisa SERRANO GÓMEZ representa «la discordancia entre lo expresado y lo querido, se da en uno solo de los contrayentes que no desea la normal producción de los efectos del matrimonio. El otro realmente quiere celebrarlo e ignora cuál es la verdadera voluntad del sujeto con el que se casa. La nota característica de la reserva mental es, por tanto, su carácter unilateral, ya que si afecta a ambos cónyuges, hablaríamos de simulación»⁶⁵.

2. EL ACTA O EXPEDIENTE CIVIL PREVIO MATRIMONIAL

El artículo 56.1 en la redacción dada por la Ley 4/2017 —reformado previamente por la Ley 15/2015— señala que «quienes deseen contraer matrimonio

acreditarán precisamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en el Código». Lo cierto es que, hasta la reforma efectuada por la Ley 15/2015 se aludía simplemente al expediente tramitado por el encargado del Registro Civil. Con la nueva redacción se refiere al acta o expediente como consecuencia de haber atribuido la instrucción del mismo también a los letrados de la Administración de Justicia y a los notarios. La tramitación del expediente corresponde, pues, al día de hoy al juez o funcionario encargado del Registro Civil. Si bien, cuando finalice la *vacatio legis* de la Ley 20/2011 el 30 de junio de 2020 «la competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al secretario judicial, notario o encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero» (art. 51.1 CC).

En todo caso, lo que cada uno de estos funcionarios —tanto en la situación actual como en la futura— han de valorar es la aptitud de los solicitantes para contraer el matrimonio pretendido. Así, además de acreditar la capacidad para contraer matrimonio —que es el fin que se persigue en el acta o expediente— se ha de constatar la voluntad de los contrayentes de casarse que, se exteriorizará —consentimiento matrimonial— en el momento de celebrar el matrimonio; y la inexistencia de impedimentos.

El expediente que tiene naturaleza administrativa, tiene una función de control de cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley y, su competencia corresponde hoy al juez de primera instancia o al funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil correspondiente al domicilio del cualquiera de los contrayentes, si bien el primero puede delegar esta función en el juez de paz (arts. 238 y 239 RRC). Sin embargo, el artículo 58.2 de la LRC —que entrará en vigor el 30 de junio de 2020— atribuye la instrucción del expediente al secretario judicial o encargado del Registro Civil del domicilio de uno de los contrayentes; y, la tramitación del acta al notario del lugar del domicilio de cualquiera de los cónyuges; y añade el apartado 3 del citado artículo 58 que «el expediente finalizará con una resolución del secretario del Ayuntamiento en la que se autorice o deniegue la celebración del matrimonio. La denegación deberá ser motivada y expresar, en su caso, con claridad la falta de capacidad o el impedimento en el que funda la denegación».

Si uno o los dos contrayentes residieran en el extranjero, la tramitación del expediente previo podrá corresponder al funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil competente en la demarcación consular donde residan (art. 58.9 LRC). En todo caso, la tramitación detallada del acta o expediente se encuentra en el artículo 58 de la LRC modificado por la Ley 15/2015 y Ley 4/2017 que entrará en vigor el 30 de junio de 2020, entretanto se aplicarán las reglas del artículo 58 en su versión original. Por lo que, una vez que llegue el plazo marcado, será competente para la instrucción del acta o expediente matrimonial el secretario judicial, el notario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes y el funcionario diplomático que tenga a su cargo el Registro civil consular, cuando se trata de matrimonios civiles por españoles fuera de España.

En la actualidad, el acta o expediente se inicia con un escrito de los interesados en el que se hace constar las circunstancias del artículo 240 RRC entre las que se encuentran «ante quien pretende celebrarlo: juez de paz, secretario judicial, notario, alcalde o funcionario en que se delegue. El artículo 57 del Código civil en su

redacción dada por la Ley 15/2015 dispone que «el matrimonio tramitado por el secretario judicial o por funcionario consular o diplomático podrá celebrarse ante el mismo u otro distinto, o ante el juez de paz, alcalde o concejal en quien este delegue, a elección de los contrayentes. Si se hubiera tramitado por el encargado del Registro Civil, el matrimonio deberá celebrarse ante el juez de paz, alcalde o concejal en quien este delegue, que designen los contrayentes. Finalmente, si fuera el notario quien hubiera extendido el acta matrimonial, los contrayentes podrán otorgar el consentimiento, a su elección, ante el mismo notario u otro distinto del que hubiera tramitado el acta previa, el juez de paz, alcalde o concejal en quien este delegue». También han de aportar, en su caso, la prueba de la disolución de los anteriores vínculos, la emancipación o la dispensa de impedimentos (art. 241 del RRC). Una vez que, el instructor del acta o expediente examina esta documentación, aquél, asistido del secretario, oirá a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de la inexistencia de impedimentos de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración, la audiencia del contrayentes no domiciliado en la demarcación del instructor podrá practicarse ante el Registro Civil del domicilio de aquel (art. 246 del RRC)⁶⁶. En esta línea, establece el artículo 58.5 de la LRC reformado por la Ley 4/2017 «el letrado de la Administración de Justicia, notario o encargado del Registro Civil oirá a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de su capacidad y de la inexistencia de cualquier impedimento». El apartado segundo del citado 58.5 de la LRC relacionado con el artículo 56.2 del Código civil, ambos preceptos en línea con la Convención de la ONU, señala que «el letrado de la Administración de Justicia, notario, encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o Entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que algunos de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará el dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. De la realización de todas estas actuaciones se dejará constancia en el acta o expediente, archivándose junto con los documentos previos a la inscripción del matrimonio»⁶⁷. Asimismo, el instructor del acta o expediente dará audiencia a ambos contrayentes para que se ratifiquen en su solicitud (art. 242 del RRC). El instructor podrá advertir de los defectos de alegación y prueba que observe para su subsanación; y, podrá solicitar los informes y practicar las diligencias pertinentes, sean o no propuestas por los requirentes, para acreditar el estado, capacidad o domicilio de los contrayentes o cualesquiera otros extremos necesarios para apreciar la validez de su consentimiento y la veracidad del matrimonio (art. 58.5 párrafo segundo de la LRC). Se trata de practicar las pruebas propuestas o acordada de oficio encaminadas a acreditar el estado, capacidad o domicilio de los contrayentes o cualesquiera otros extremos necesarios, mientras se tramitan los edictos o diligencia sustitutorias (art. 245 del RRC)⁶⁸.

A continuación, se procede a la publicación de los edictos o proclamas mencionadas anunciando el casamiento durante quince días en las poblaciones de menos de 25.000 habitantes en que hayan residido los contrayentes en los dos últimos años, en el que aparecen todas las circunstancias o datos contenidos en el artículo 240 del RRC, requiriendo a los que conozcan algún impedimento a que lo denuncien (art. 243 del RRC). En el caso que se trate de localidades de más de

25.000 habitantes, la publicación de edictos podrán sustituirse «por la audiencia, al menos, de un pariente, amigo o allegado de uno u otro contrayente, elegido por el instructor y que deberá manifestar so pena de falsedad, su convencimiento que el matrimonio proyectado no incurre en prohibición legal alguna». En todo caso, aun resultando procedente la publicación de edictos puede dispensarse por causa grave —justa causa suficientemente comprobada— por el juez encargado bajo cuya autoridad se instruya el expediente (arts. 261 y 261 del RRC).

Los edictos anuncian la próxima celebración del matrimonio, incluyendo todos los datos que se han hecho constar en el escrito de iniciación del acta o expediente y sirven oportunamente para despejar cualquier duda sobre quienes deseen contraer matrimonio⁶⁹. Su objetivo es dar publicidad a la celebración del matrimonio por si alguno conoce algún impedimento para su celebración y lo comunique. Tanto el Ministerio Fiscal como cualquier particular que conozca la existencia de algún impedimento u obstáculo para la celebración del matrimonio están obligados a denunciarlo (art. 247 del RRC). Una vez transcurrido el plazo de quince días, los edictos se devolverán al instructor, acompañándose una certificación de la existencia o no de alguna denuncia de impedimentos matrimoniales. Ahora bien, la publicación de los edictos tiene la validez de un año, trascurrido el cual no podrá celebrarse el matrimonio sin nueva publicación (art. 248 del RRC).

Como el acta o expediente tiene como finalidad comprobar que, los futuros contrayentes tienen los requisitos para contraer matrimonio —capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa— o de cualquier otro obstáculo de acuerdo con lo previsto, mientras se tramitan los edictos o diligencias sustitutorias, se practicarán por el instructor del acta o expediente las pruebas propuestas por los interesados, tercero o por el Ministerio Fiscal o las acordadas de oficio con el fin de acreditar el estado de capacidad de los contrayentes —atendiendo, asimismo, a lo dispuesto en el artículo 56.2 del Código Civil—; o el domicilio de los contrayentes o cualesquiera otros extremos que resulten necesarios a juicio del instructor.

El expediente concluye por auto, con la aprobación o denegación de la celebración del matrimonio contra el que cabe recurso en vía gubernativa, según las reglas establecidas para los expedientes en general (art. 247 párrafo 2 del RRC). El artículo 58.6 de la LRC —que entrará en vigor el 30 de junio de 2020— señala que «el secretario judicial, notario o encargado del Registro Civil que haya intervenido finalizará el acta o dictará resolución haciendo constar la concurrencia o no en los contrayentes de los requisitos necesarios para contraer matrimonio».

Por otra parte, recordemos que, cuando entre en vigor la LRC de 2011, el expediente finaliza con una resolución del secretario del Ayuntamiento en la que se autorice o deniegue la celebración del matrimonio. La denegación deberá ser motivada y expresar en su caso, con claridad la falta de capacidad o el impedimento en el que se funde la denegación (art. 58.3). Y, si el juicio del secretario judicial, notario o encargado del Registro Civil fuera desfavorable se procederá al cierre del acta o expediente y los interesados podrán recurrir ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, sometiéndose al régimen de recursos previsto por esta Ley (art. 58.7).

3. LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

Resultando favorable el acta o expediente civil previo, atendiendo a lo dispuesto en la disposición transitoria cuarta número 2 de la Ley 15/2015 el matrimonio podrá celebrarse a elección de los contrayentes:

1. Ante el encargado del Registro Civil y los jueces de paz por delegación de aquél.

2. Ante el alcalde del municipio donde se celebra el matrimonio o el concejal en quien este delegue, debiendo ser esta delegación expresa y estar documentada previamente. El artículo 51.2.1.^º del Código civil, cuya entrada en vigor tendrá lugar el 30 de junio de 2020, dispone que, será competente para celebrar el matrimonio: 1. El juez de paz o alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien este delegue.

3. Ante el secretario judicial o notario libremente elegido por ambos contrayentes que sean competente en el lugar de celebración. Coincide con lo dispuesto en el artículo 51.2.2.^º del Código civil que entrará en vigor el 30 de junio de 2020; si bien, se adelanta a la regulación dada por la Ley de Jurisdicción voluntaria a tal precepto.

4. Si el matrimonio se celebra fuera de España, ante el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero. Coincide con lo dispuesto en el artículo 51.2.3.^º del Código civil por lo que como expusimos en el supuesto anterior, se adelanta al momento de entrada en vigor de lo dispuesto en este artículo.

El artículo 58.8 de la LRC dispone en esta línea que «resuelto favorablemente el expediente por el secretario judicial, el matrimonio se podrá celebrar ante el mismo u otro secretario judicial, juez de paz, alcalde o concejal en quien este delegue, que designen los contrayentes. Finalmente, si fuera el notario quien hubiera extendido el acta matrimonial, los contrayentes podrán otorgar el consentimiento, a su elección, ante el mismo notario u otro distinto del que hubiera tramitado el acta previa, el juez de paz, alcalde o concejal en quien este delegue. La prestación del consentimiento deberá realizarse en la forma prevista en el Código civil». Con la nueva regulación del Registro Civil fruto de la Ley 15/2015 —cuando entre en vigor el 30 de junio de 2020— se suprime la competencia del juez encargado del Registro Civil y se introduce la posibilidad de celebrar el matrimonio ante el juez de paz, el alcalde o concejal en quien este delegue y notario que, elijan los contrayentes.

Por su parte, el artículo 57 del Código civil —en la redacción que entrará en vigor el 30 de junio de 2020— se distingue entre la competencia para instruir el expediente previo y la facultad que tiene el que sea competente para instruirlo de delegar su celebración ante una autoridad o funcionario distinto. Asimismo, hay que señalar que, en este precepto no se hace mención en el acto de prestación del consentimiento a la presencia de dos testigos que, sí se contiene en el artículo 58.8 apartado 2 de la LRC que manifiesta después de indicar que, el matrimonio celebrado ante el juez de paz, alcalde o concejal en quien este delegue o ante el secretario judicial se hará constar en acta, y el que se celebre ante notario constará en escritura pública, dispone que, en ambos casos deberá ser firmadas además de por aquel ante el que se celebra, por los contrayentes y dos testigos. También en el artículo 62.1 del Código civil señala que, el acta o escritura pública dispone que, ha de estar firmada por dos testigos, además de por los contrayentes y por aquel ante quien se celebre. Y el artículo 73 del citado cuerpo legal —que no ha sido reformado en su redacción por la Ley 15/2015— dispone que es nulo el matrimonio que se contraiga sin la intervención de la autoridad o funcionario ante quien deba celebrarse o «sin la de los testigos». Por lo que no cabe duda que, se debe cumplir con tal formalidad en la celebración del acta, pese a la omisión indicada —y, en consecuencia la presencia de testigos—.

En cuanto al desarrollo del concreto acto ceremonial o ritual del matrimonio, señalar que el artículo 58 del Código civil en su redacción por Ley 15/2015 —que no se diferencia de la actual regulación— dispone que «El juez de paz, el alcalde, concejal, secretario judicial, notario o funcionario, después de leídos los artículos 66, 67 y 68 del Código civil, preguntará a cada uno de los contrayentes si consiente en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente los contrae en dicho acto y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio extenderá el acta o autorizará la escritura correspondiente».

Por su parte, el artículo 58.8 apartado 3 de la LRC establece que «extendida el acta o autorizada la escritura pública de la celebración del matrimonio, se entregará a cada uno de los contrayentes copia acreditativa de la celebración del matrimonio, y se remitirá por el autorizante, en el mismo día y por medios telemáticos, testimonio o copia autorizada electrónica del documento al Registro Civil para su inscripción, previa calificación del encargado del Registro Civil».

4. LA INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO

El matrimonio cuyos requisitos se hayan constatado y celebrado según el procedimiento previsto en el artículo 58 de la LRC se inscribirá en los registros públicos individuales de los contrayentes. La inscripción hace fe del matrimonio y de la fecha y lugar en que se contrae y produce el pleno reconocimiento de los efectos civiles del mismo frente a terceros de buena fe (art. 59.5 de la LRC). Es el medio de prueba que el matrimonio se ha realizado, siendo este el título que legitima el estado civil de casado (art. 2 de la LRC). El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración y para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil (art. 61 CC); lo que hace referencia a la oponibilidad *erga omnes* de dichos efectos frente a terceros una vez se haya inscrito el matrimonio⁷⁰. Si bien tales efectos se producen y reconocen desde la celebración del matrimonio, aunque no perjudicará a los terceros de buena fe hasta que no se practique la inscripción del matrimonio. En cuanto al plazo para practicar la inscripción comienza el mismo día de celebración del matrimonio, pues, como indica el mencionado artículo 58.8 de la LRC se entregará a cada uno de los contrayentes copia acreditativa de la celebración del matrimonio y se remitirá por el autorizante en el mismo día y por medios telemáticos, testimonio o copia autorizada electrónica del documento al Registro Civil para su inscripción.

En el caso de matrimonio celebrado en forma religiosa, el oficiante deberá remitir la certificación expresiva de la celebración de matrimonio junto a la certificación acreditativa de su condición de ministro de culto, dentro del plazo de cinco días al encargado del Registro Civil competente para proceder a su inscripción (art. 63.1 CC). En tal caso, el encargado del Registro Civil calificará el acta o certificación eclesiástica remitida o presentada y «denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en el Código civil» (art. 60.2 CC). Por lo que la realización de la inscripción varía en función de la forma de celebración del matrimonio y en particular, según quien lo haya autorizado. Si bien, como establece el artículo 258 apartado 1 del RRC «en la inscripción del matrimonio constará la hora, fecha y sitio en que se celebre, las menciones de identidad de los contrayentes, nombre y apellidos

y cualidad del autorizante y, en su caso, la certificación religiosa o el acta civil de celebración».

Finalmente, en cuanto a los casos en que el matrimonio se hubiera celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente o acta previa⁷¹, el artículo 65 —en la redacción dada por la Ley 4/2017 que entrará en vigor el 30 de junio de 2020— establece que «si fuera necesario el secretario judicial, el notario o el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil que lo haya celebrado, antes de realizar las actuaciones que procedan para su inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su validez, mediante la tramitación del acta o expediente al que se refiere este artículo». Y añade que «si la celebración del matrimonio hubiera sido realizada ante autoridad o persona competente distinta de las indicadas en el párrafo anterior, el acto de aquella se remitirá al encargado del Registro Civil del lugar de celebración para que proceda a la comprobación de los requisitos de validez, mediante el expediente correspondiente. Efectuada esa comprobación, el encargado del Registro Civil procederá a su inscripción». En la redacción vigente en los supuestos que el matrimonio se hubiera celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente, el juez o funcionario encargado del Registro, antes de practicar la inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales de fondo exigidos para su celebración, esto es, tanto la capacidad matrimonial como la expresión de consentimiento matrimonial y el resto de los requisitos legales. Esta comprobación puede llevarse a cabo mediante la calificación de la «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» (art. 256.3 del RRC), o en ausencia del título documental suficiente a través del artículo 257 del RRC que según dispone «en cualquier otro supuesto el matrimonio solo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos». Por lo que, se inscribirán tales matrimonios siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la española⁷². Como precisa DURÁN RIVACOBA se establece «un sistema de control *a posteriori* bien distinto al ordinario acceso al Registro Civil de los matrimonios celebrados tras el debido expediente previo»⁷³.

5. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO Y SUS CAUSAS

El artículo 73 del Código civil concreta las causas por las que se puede declarar nulo un matrimonio y son las siguientes:

1. El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial: ausencia de consentimiento en uno o en los dos contrayentes por falta de aptitud para entender y querer en el momento de prestarlo y la existencia de algún vicio⁷⁴.
2. El matrimonio celebrado entre personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48.
3. El que se contraiga sin la intervención del juez de paz, alcalde o concejal, secretario judicial, notario o funcionario ante quien deba celebrarse o sin la de los testigos —con efectos desde el 30 de junio de 2020—. Ahora se hace referencia «al que se contraiga sin la intervención del juez, alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse o sin la de los testigos».
4. El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento.
5. El contraído por coacción o miedo grave.

Este artículo 73 se refiere a que tales causas de nulidad «operan cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio»; si bien como excepción no puede la jurisdicción civil declarar la nulidad de un matrimonio canónico por defecto de forma, al ser competencia de los tribunales eclesiásticos, aunque su decisión tenga eficacia en el orden civil (art. 80 CC).

Están legitimados activamente para ejercer la acción de nulidad «los cónyuges, el Ministerio Fiscal y cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella» (art. 74 CC)⁷⁵. La legitimación pasiva corresponde al otro cónyuge, si se ejerce la acción por uno de ellos o a los dos, si se ejerce por un tercero que no es cónyuge. El objeto del proceso es indisponible «ni surtirá efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción» (art. 751.1 de la LEC) y el desistimiento requiere la conformidad del Ministerio Fiscal (art. 751.2 de la LEC)⁷⁶.

La regla general de legitimación activa indicada tiene una serie de especialidades. Así si la causa de nulidad fuera la falta de edad, solo pueden ejercitarse la acción de nulidad cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y en todo caso, el Ministerio Fiscal (art. 75.1 CC)⁷⁷; si bien al llegar aquél contrayente menor a la mayoría de edad, solo podrá ejercitarse la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de alcanzada aquella (art. 75.2). En este caso, la legitimación corresponde únicamente al contrayente en quien no concurriera ese requisito de capacidad al tiempo de celebración del matrimonio; y, en los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitarse la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio (art. 76.1). En este caso, como en el supuesto anterior, el ejercicio de la acción de nulidad tiene un plazo de caducidad breve, de un año, tras la mayoría de edad o el cese del vicio del consentimiento. En cambio, en los demás casos, la acción de nulidad ha de considerarse imprescriptible, al carecer de plazo alguno. Por su parte, el artículo 749 de la LEC, tras la reforma operada por la Ley 15/2015, determina que, en los procesos de nulidad matrimonial siempre será parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido el promotor de los mismos, ni debe, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes.

La sentencia firme que, declara la nulidad del matrimonio se comunicará de oficio al Registro Civil para la práctica de la correspondiente inscripción (755 de la LEC) en la que se expresará la cancelación de la de matrimonio (art. 263 apartado 2 del RRC). La sentencia tendrá efectos frente a todos desde que dicha inscripción se practique (art. 222.3 de la LEC).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, el artículo 107 del Código civil dispone que «la nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración», y añade en su apartado segundo —conforme a la redacción dada por la que la Ley 15/2015— que «la separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de derecho internacional privado».

Sobre tales bases, cuando un matrimonio es nulo, no produce efecto alguno, como si no hubiera existido; no obstante, valen los efectos que con anterioridad se hubieran producido en cuanto a los hijos y al cónyuge o cónyuges de buena fe (matrimonio putativo). Al respecto, establece el artículo 79 del Código civil que «la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume».

Respecto de los hijos, la declaración de nulidad matrimonial no modifica su situación, una vez determinada respecto de los cónyuges que, será en todo caso matrimonial. En cuanto al cónyuge de buena fe (o en su caso, ambos) se

mantienen los «efectos ya producidos», atendiendo a la ineficacia *ex nunc* de la declaración de nulidad —existencia de bienes gananciales, nacionalidad— no así otros como derecho de alimentos o derechos sucesorios, pues a partir de la declaración de nulidad dejan de ser cónyuges. Por buena fe entiende DE PABLO CONTRERAS «la ignorancia al contraer matrimonio de que existía causa por la cual el matrimonio ha sido declarado nulo»; si bien añade que «un sector de la doctrina defiende que, además, también cabe apreciarla en un sentido objetivo, cuando el cónyuge haya guardado un comportamiento jurídicamente correcto de tal modo que, ni se le pueda imputar el no haberse abstenido de celebrar el negocio inválido»⁷⁸.

Ahora bien, en el régimen del Código civil, si el otro cónyuge fuera de mala fe, tendrá el cónyuge de buena fe derecho a la indemnización del artículo 98 del Código civil⁷⁹, y, asimismo, podrá optar porque su régimen económico matrimonial se liquide como de participación, sin que el contrayente de mala fe pueda participar en las ganancias obtenidas por su consorte (art. 1395 CC).

En este contexto, la cuestión jurídica que se plantea en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018 es, precisamente, la de la nulidad de un matrimonio por falta de capacidad para emitir el consentimiento por discapacidad intelectual de un cónyuge. Frente a las alegaciones que las demandantes recurridas vierten en su escrito de oposición, esta Sala entiende que sí existe interés casacional. La sentencia de la Audiencia Provincial, a la vista de los hechos probados, al declarar la nulidad matrimonial por falta de capacidad, puede oponerse a la doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en las dos sentencias que se citan en el recurso, acerca de la titularidad de los derechos fundamentales de la persona con discapacidad así como de la función y alcance de las limitaciones de la capacidad y de las medidas de protección que prevé nuestro ordenamiento. Por otra parte, el que la sentencia de esta Sala núm. 235/2015, de 29 de abril, citada por la Audiencia Provincial, resolviera un recurso sobre la nulidad de un matrimonio celebrado por una persona con discapacidad (admitiendo, por cierto, su validez) con apoyo en las sentencias aportadas por la recurrente establece que, ello no solo no excluye, sino que por el contrario evidencia la oportunidad de que esta Sala revise los criterios jurídicos aplicados por la sentencia recurrida para decretar la nulidad de un matrimonio frente al criterio de quien lo autorizó y de quien lo inscribió en el Registro Civil, en un caso en el que consta probado que el cónyuge que padecía la discapacidad y que, ciertamente, fue incapacitado, fue simultáneamente considerado por un juez capaz para interponer una demanda de divorcio. Sobre tales bases, la citada resolución parte de una serie de consideraciones sobre el consentimiento matrimonial y capacidad del contrayente que, reitera mucho de lo expuesto en líneas precedentes. Así después de señalar que, el derecho a contraer matrimonio es un derecho derivado de la dignidad del ser humano que está reconocido en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 32 de la Constitución española, explica que la Convención siente como principio general el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas (art. 3.a)) y que las medidas de apoyo que puedan adoptarse para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona (art. 12.4), indica que, en 1981 se derogó la norma que impedía ce-

lebrar válido matrimonio a «los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio» (redacción originaria del artículo 83.2 del Código civil). En la actualidad, la aptitud natural para contraer matrimonio se recoge, de manera más adecuada al *ius connubii*, referida de manera precisa al consentimiento matrimonial (arts. 45 y 73.1 CC), y el artículo 56 del Código civil pone de relieve que las deficiencias o anomalías psíquicas por sí mismas no impiden celebrar un matrimonio válido. De ahí que, la causa del nacimiento del vínculo matrimonial sea el consentimiento de los cónyuges y, por consiguiente, la falta de capacidad natural de querer y entender la unión representa un requisito de validez del matrimonio.

Por otra parte, dispone que, la falta de consentimiento matrimonial es causa de nulidad y que, además de la acción de nulidad, nuestro ordenamiento establece controles que permiten examinar la concurrencia de los requisitos de capacidad y ausencia de impedimentos: de manera previa, en el expediente que precede a la celebración del matrimonio, a efectos de autorizar o no su celebración (art. 56 CC); y, cuando el matrimonio se hubiera celebrado sin expediente matrimonial previo, en el momento de la inscripción (art. 65 CC).

En la redacción del artículo 56 del Código civil dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, a la que hemos hecho oportuna referencia, se profundiza en esta tendencia al prever que, al tramitar el expediente matrimonial, «solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

Si el matrimonio se celebra sin previo expediente matrimonial, el control de la validez del matrimonio se lleva a cabo en el momento de la inscripción en el Registro Civil (art. 65 CC), sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio de una acción de nulidad posterior.

En cuanto, al matrimonio en el extranjero entre un español y un extranjero puede celebrarse válidamente con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración (art. 49 CC), como ocurre en el presente caso, importa destacar, para esta Sala, que aunque la forma establecida por la ley del lugar de celebración sea válida, conforme al artículo 65 del Código civil es necesario (y seguirá siéndolo tras la reforma), para poder practicar la inscripción, comprobar que han concurrido los requisitos legales de fondo exigidos para la validez del matrimonio, lo que comprende tanto la capacidad matrimonial como la expresión del consentimiento matrimonial y el resto de los requisitos legales. Esta comprobación puede llevarse a cabo mediante la calificación de la «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración», siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española (art. 256.3.º del RRC) o, en ausencia de título documental suficiente, a través del expediente previsto en el artículo 257 del RRC, según el cual «el matrimonio solo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditarán debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos». En el expediente se comprende la audiencia reservada a los contrayentes (art. 246 del RRC). Se trata, en definitiva, de dar cumplimiento al principio de legalidad del Registro Civil, dirigido a evitar el acceso al mismo de un matrimonio nulo.

De forma que, por todo lo dicho, continúa la citada resolución manifestando que, a pesar que con la incapacitación desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad (arts. 199 y 322 CC y 756 a 762 de la LEC), siempre

que puedan prestar consentimiento matrimonial pueden celebrar un matrimonio válido tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas. Es decir, la discapacidad intelectual, *per se*, no determinan la falta de consentimiento matrimonial ni, por ello, la nulidad del matrimonio. Asimismo, manifiesto que, puesto que lo decisivo es la capacidad para expresar un consentimiento matrimonial referido a la persona del otro contrayente, la ausencia de informe médico tampoco determina *per se* la nulidad del matrimonio.

No obstante, precisa que, con dictamen médico o sin él, en ningún caso se excluye el ejercicio de una posterior acción judicial de nulidad en la que con todo medio de pruebas se valore la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio».

A la vista de los hechos y de la doctrina expuesta, esta Sala considera que, no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio *favor matrimonii*. Por otra parte, la inscripción del matrimonio en el Registro Consular, de acuerdo con la legislación vigente aplicable a la que antes se ha hecho referencia, requería que previamente el cónsul comprobara la capacidad matrimonial. De forma que, por todo lo dicho, considera que, en aras del principio del *favor matrimonii*, debe concluirse afirmando la aptitud de D. Álvaro para contraer matrimonio, puesto que, conociendo que se estaba tramitando un procedimiento de modificación judicial de la capacidad, el juez le reconoció capacidad para presentar la demanda de divorcio frente a su anterior esposa y el cónsul no advirtió en la tramitación del expediente la falta de capacidad para otorgar consentimiento matrimonial. Frente a ello no puede prevalecer el informe elaborado durante el procedimiento de modificación de la capacidad y del que resulta que la enfermedad padecida por D. Álvaro desde fechas anteriores a la celebración del matrimonio le impedía, a otros efectos, gobernarse por sí mismo. Puesto que, por lo dicho, ni el estar incapacitado ni el padecer discapacidad intelectual son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud para celebrar el matrimonio, la sentencia recurrida restringe injustificadamente el derecho a contraer matrimonio, derecho reconocido a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁸⁰.

Ciertamente, el Código civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (art. 322 CC), de manera que solo por la sentencia judicial que contenga la declaración de incapacidad se entenderá constituido en este estado (arts. 199 y 200 CC y, 756 a 762 de la LEC). Esta presunción general de capacidad admite excepciones por las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado, y así sucede con el matrimonio porque el artículo 56.2 del Código civil, al igual que el artículo 58.5 párrafo segundo de la LRC y en la línea ambos de los postulados de la Convención, disponen que «(...) Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presente una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». La función del dictamen es constatar por el encargado del Registro Civil en la entrevista reservada o por la documental obrante en el expediente, la existencia de alguna

deficiencia o anomalía psíquica, siendo exigible solo en el caso excepcional de un mínimo discernimiento en la persona del contrayente. La solución acogida por nuestro Derecho vigente, en línea con los antecedentes históricos, es excluir que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyan por sí mismas impedimento para que la persona afectada por las mismas pueda contraer matrimonio. Prueba de ello es la previsión contenida en el artículo 171 párrafo segundo, número cuatro del Código civil, conforme al cual la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieren sido incapacitados se extingue «por haber contraído matrimonio el incapacitado», de lo que se colige que la incapacitación judicial del contrayente no es incompatible con la capacidad natural para contraer matrimonio. En todo caso, tal solución opera con catalogar el derecho del matrimonio entre los derechos humanos, su protección constitucional (arts. 32 y 53 de la CE) y los planteamientos de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad que, siente como principio general el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas [art. 3.a]) y que las medidas de apoyo que puedan adoptarse para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona (art. 12.4).

De ahí, la importancia del dictamen médico solo cuando se constate que, existen unas deficiencias o anomalías físicas o psíquicas que impiden totalmente gobernarse a la persona, pese a las medidas de apoyo adoptadas dice el artículo 56.2 del Código civil y, por ende, dotándole a aquel de excepcionalidad en su adopción. Con ello, se dota de máximo valor al juicio de capacidad que lleva a cabo el instructor del expediente o del acta —de acuerdo con el principio *pro capacitate* y proporcionalidad en la adopción de medidas de apoyo que exige la Convención—. En esta línea opera la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018 frente a la posición del voto particular. Precisamente, en el supuesto resuelto por la misma, aunque el matrimonio se contrae iniciado y tramitándose el procedimiento de modificación de la capacidad, el cónsul —al ser un matrimonio celebrado en el extranjero, en concreto en China entre D. Álvaro y D.^a Dulce— no advirtió previamente a la inscripción en el Registro Consular de dicho matrimonio, la falta de capacidad de D. Álvaro para otorgar el consentimiento matrimonial. Además, mientras se estaba tramitando el procedimiento de modificación judicial de la capacidad, el juez que estaba tramitando, a su vez, el divorcio de su primer matrimonio, le reconoció capacidad para presentar demanda de divorcio. A ello habría que añadir que, es relevante que, durante la tramitación del procedimiento de modificación judicial de la capacidad se tuviera conocimiento de la celebración del matrimonio, una vez dictada la sentencia de modificación judicial de la capacidad nada se dijera sobre la capacidad para contraer matrimonio y, además, no se procedió a ejercer la acción de nulidad matrimonial ni por el Ministerio Fiscal ni por la tutora y se esperó al fallecimiento de D. Álvaro, cinco años después.

Ciertamente, ni estar incapacitado ni padecer una discapacidad intelectual o enfermedad neurodegenerativa —tipo alzheimer— como padecía D. Álvaro ni la edad avanzada determinan por sí mismas la falta de aptitud para contraer matrimonio, si a juicio del instructor del expediente o del acta en la audiencia reservada a los contrayentes, o el Cónsul previamente a la inscripción entienden que, tienen ambos contrayentes en el momento de celebración del matrimonio la capacidad para contraerlo, para prestar el consentimiento. Y, si lo considera pertinente y, en todo caso excepcionalmente —como último recurso cuando no

pueden operar las demás medidas de apoyo— recabar dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. Todo ello en aras del máximo respeto a la dignidad de la persona, al interés de la persona incapacitada, al principio *pro capacitate* y en este supuesto, al principio *favor matrimonii*⁸¹.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CARRIÓN OLMOS, S. (1981). En torno a la simulación del matrimonio civil, *Revista de Derecho Privado*, número 1, año LXV.
- DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a (2000). Comentario a los artículos 286 a 293 del Código civil. En: J. Rams Albesa y R. M.^a Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código civil*, T. II, vol. 2.^o, Barcelona: Bosch.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio y el derecho civil. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV. Derecho de Familia, 5.^a edición, Madrid: Edisofer.
- (2016). El sistema matrimonial, En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV. Derecho de Familia, 5.^a edición, Madrid: Edisofer.
- (2016). Comentario a los artículos 74 y 75 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- DURÁN RIVACOVA, R. (2016). Comentario al artículo 65 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- GETE-ALONSO Y CALERA M.^a DEL C. (1986). Comentario al artículo 286 del Código civil. En: M. Amorós Guardiola y R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coords.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid: Tecnos.
- LASARTE ÁLVAREZ C. (2010). *Principios de Derecho Civil*, T. I. Parte General y Derecho de la persona, 16.^a edición, Madrid: Marcial Pons.
- (2017). *Principios de Derecho Civil*, T. I. Parte General y Derecho de la persona, 23.^a ed., Madrid: Marcial Pons.
- (2017). *Principios de Derecho Civil*, T. VI. Derecho de Familia, 16.^a ed., Madrid: Marcial Pons.
- PARRA LUCÁN, M.Á. (2016). Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar. En: Pedro De Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil*, T. I, vol. II. Derecho de la persona, reimpresión de la 5.^a edición de 2015, Madrid: Edisofer.
- PEREÑA VICENTE, M. (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?, *La Ley, 9 de septiembre*.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (2008). La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV. Derecho de Familia, 2.^a ed., Madrid: Colex.
- SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio. En: Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. I, 2.^a edición, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- VENTURA VENTURA, J.M. Comentario del artículo 56 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS, Sala de lo Civil, 10 de febrero de 1986
- STS, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1991
- STS, Sala de lo Civil, 31 de octubre de 1994
- STS, Sala de lo Civil, 28 de julio de 1998
- STS, Sala de lo Civil, 20 de noviembre de 2002
- STS, Sala de lo Civil, 29 de abril de 2009
- STS, Sala de lo Civil, 11 de octubre de 2012
- STS, Sala de lo Civil, 24 de junio de 2013
- STS, Sala de lo Civil, 29 de abril de 2015
- STS, Sala de lo Civil, 14 de octubre de 2015
- STS, Sala de lo Civil, 4 de noviembre de 2015
- STS, Sala de lo Civil, 17 de diciembre de 2015
- STS, Sala de lo Civil, 4 de abril de 2017
- STS, Sala de lo Civil, 11 de octubre de 2017
- STS, Sala de lo Civil, 8 de noviembre de 2017
- STS, Sala de lo Civil, 6 de marzo de 2018
- STS, Sala de lo Civil, 15 de marzo de 2018
- STS, Sala de lo Civil, 15 de junio de 2018
- STS, Sala de lo Civil, 18 de julio de 2018
- SAP Cáceres, secc. 1.^a, 27 de enero de 2000
- SAP Jaén, secc. 1.^a, 26 de marzo de 2002
- SAP Cádiz, secc. 2.^a, 14 de noviembre de 2006
- SAP Asturias, secc. 5.^a, 29 de noviembre de 2010
- SAP Guipúzcoa, secc. 3.^a, 18 de septiembre de 2012
- SAP Madrid, secc. 25.^a, 6 de junio de 2013
- SAP Barcelona, secc. 18.^a, 21 de octubre de 2014
- SAP Tarragona, secc. 1.^a, 12 de febrero de 2015
- SAP Málaga, secc. 5.^a, 17 de diciembre de 2015
- SAP Palencia, secc. 1.^a, 5 de octubre de 2016
- SAP Islas Baleares, secc. 4.^a, 28 de abril de 2017

NOTAS

¹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999, 6938); y, de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5204); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, de 22 de febrero de 1995 (AC 1995, 333); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.^a, de 19 de noviembre de 1998 (AC 1998, 2073); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, de 8 de noviembre de 2001 (AC 2002, 284); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.^a, de 2 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 701); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 15.^a, de 8 de julio de 2004 (AC 2004, 1244).

² La sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 11 de enero de 1994 (AC 1994, 19) señala que «(...) la imposibilidad para el autogobierno debe referirse a la capacidad general del sujeto ante la vida social, y no a su ineptitud ante una determinada relación o situación en que se encuentre, implicando pues, el autogobierno, una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en la esfera patrimonial; y la valoración judicial de las repercusiones de una enfermedad o deficiencia persistente sobre esa capacidad de reflexión, entendida en el sentido de conciencia suficiente de la propia actuación general, constituye la médula del sistema de incapacitación de la persona en nuestro derecho, debiendo centrarse la actuación del juez en precisar dos extremos: 1. Que la enfermedad o deficiencia efectivamente incide, es la conducta del presunto incapaz. 2. Que esa incidencia es de entidad

suficiente para impedir un comportamiento normal respecto de su persona y bienes o algunos de ambos extremos, debiendo tenerse en cuenta el contenido del artículo 210 del Código civil». Asimismo, *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 1986 (*RJ* 1986, 408); y, de 26 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 7845); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.^a, de 4 de septiembre de 1997 (*AC* 1997, 1773); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.^a, de 15 de septiembre de 2005 (*JUR* 2006, 30510).

³ *RJ* 2009, 2901.

⁴ *RJ* 2012, 9713.

⁵ *RJ* 1998, 3378.

⁶ *RJ* 1999, 7845.

⁷ *RJ* 2002, 10266.

⁸ *RJ* 2004, 4297.

⁹ *RJ* 1998, 6134. Asimismo, *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 3948); de 14 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4755); y, de 4 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5138).

¹⁰ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4290).

¹¹ Artículo 211-3 dispone que: «*1. La capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural, de acuerdo con lo establecido por el presente Código. 2. La plena capacidad de obrar se alcanza con la mayoría de edad. 3. Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva atendiendo a la capacidad natural.*»

¹² *Vid.*, PARRA LUCÁN, M.Á. (2016) Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar. En: Pedro de Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil*, T. I, vol. II Derecho de la persona, reimpresión de la 5.^a edición de 2015, Madrid: Edisofer, 134.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2957) señala que «la voluntad expresada en escritura pública dirigida a designar una persona contenida en el artículo 223 del Código civil que, también se aplica para la designación de curador, debe ser respetada por el juez que, solo motivadamente puede apartarse de las preferencias expresadas por el interesado cuando su propio beneficio así lo exija. Sobre la exigencia de motivar adecuadamente un nombramiento que se aparte del orden legal se ha pronunciado esta Sala en las sentencias de 1 de julio de 2014 y de 19 de noviembre de 2015. De forma específica, sobre la motivación necesaria para apartarse de la designación hecha por el interesado en escritura pública, se han pronunciado también las sentencias de 17 de julio de 2012 y 3 de junio de 2016». Y añade que «el juez no está vinculado por ella cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección que, está por encima de la autonomía de la voluntad».

¹³ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 5726).

¹⁴ PEREÑA VICENTE, M. (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?, *La Ley*, 9 de septiembre, 10.

¹⁵ *RJ* 2009, 2901.

¹⁶ RTC 2002, 174.

¹⁷ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4755).

¹⁸ *RJ* 2015, 4755.

¹⁹ *RJ* 2015, 4900.

²⁰ *RJ* 2015, 5138.

²¹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4518); y, de 20 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4900).

²² *RJ* 2013, 3948.

²³ *RJ* 2016, 311.

²⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 2023); de 3 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2311); de 4 de abril de 2017 (*RJ* 2017, 1505); y 6 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1062).

²⁵ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4290).

²⁶ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 3020).

²⁷ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2207); de 27 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 5913); y, de 15 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2449).

²⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4518).

²⁹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4900).

³⁰ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2207); de 27 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 5913); y, 6 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1062).

³¹ *RJ* 2018, 1478.

³² *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1986 (*RJ* 1986, 520); y, de 19 de febrero de 1996 (*RJ* 1996, 1413).

³³ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1986 (*RJ* 1986, 520); de 31 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991, 9483); de 26 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 7845); de 17 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5703); de 11 de octubre de 2012 (*RJ* 2012, 9713); y, de 16 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2207) entre otras.

³⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991, 9483); de 11 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 4428) demencia senil; y, de 3 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2311) padecimiento de una pseudo demencia depresiva en relación con un trastorno adaptativo con un deterioro cognitivo que requiere apoyo y supervisión; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, 3 de noviembre de 1998 (*AC* 1998, 2471) diagnóstico de esquizofrenia con síntomas activos crónico delirantes; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 3.^a, 14 de mayo de 1999 (*AC* 1999, 1171) enfermedad psíquica consistente en un trastorno depresivo recurrente y un trastorno dissociativo; de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.^a, 27 de enero de 2000 (*AC* 2000, 406) esquizofrenia residual de carácter irreversible; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, de 26 de marzo de 2002 (*AC* 2002, 590) demencia vascular mixta cortical y subcortical con pronóstico totalmente progresivo; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.^a, de 29 de julio de 2002 (*JUR* 2003, 27791); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 2.^a, de 14 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007, 165050) en un supuesto de demencia senil tipo alzheimer que supone una considerable limitación de sus facultades intelectivas y volitivas; de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.^a, 13 de marzo de 2007 (*AC* 2007, 1068) trastorno esquizoafectivo de tipo bipolar de la personalidad; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, 25 de enero de 2008 (*AC* 2008, 518) trastorno bipolar grave con síntomas psicóticos y trastorno mixto de la personalidad; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.^a, de 29 de noviembre de 2010 (*AC* 2010, 2378) trastornos adaptables y trastornos mentales debidos a enfermedad médica y deterioro cognitivo por ictus cerebral hemorrágico; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 15 de marzo de 2011 (*AC* 2011, 1026) demencia neurodegenerativa primaria en estado moderado avanzado; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.^a, de 26 de octubre de 2011 (*AC* 2011, 1594) enfermedad intelectiva crónica, irreversible y grave que le merma la capacidad de gobierno y administrar sus bienes; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, de 27 de septiembre de 2012 (*AC* 2013, 324) esquizofrenia paranoide de carácter crónico; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 12 de noviembre de 2013 (*AC* 2013, 2047) retraso mental ligero con esquizofrenia; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.^a, de 26 de septiembre de 2015 (*JUR* 2006, 30144) en un caso de demencia senil; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.^a, de 17 de diciembre de 2015 (*AC* 2016, 144) deterioro cognitivo compatible con una demencia de alzheimer en grado avanzado; y, de la Audiencia Provincial de Palencia, secc. 1.^a, de 5 de octubre de 2016 (*AC* 2016, 1873) padecimiento de un ictus cerebro-vascular recurrente afecto de incapacidad tanto en el ámbito personal como patrimonial.

³⁵ *Vid.*, PARRA LUCAN, M.A. (2016). Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar, *op. cit.*, 137.

³⁶ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1986 (*RJ* 1986, 520) persistencia «equivale a permanencia firme con independencia de su mayor o menor intensidad periódica, por lo que tal concepto de persistencia es perfectamente compatible con enfermedades o deficiencias que se manifiestan en fases cíclicas»; de 31 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991, 9438); de 31 de octubre de 1994 (*RJ* 1994, 8004); y de 11 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4428); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 1.^a, de 11 de junio de 2002 (AC 2002, 1401) el concepto de persistencia es perfectamente compatible con enfermedades o deficiencias que se manifiestan en fases cíclicas.

³⁷ *Vid.*, PARRA LUCÁN, M.Á. (2016). Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar, *op. cit.*, 137.

³⁸ Como precisa PARRA LUCÁN, M.Á. (2016). Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar, *op. cit.*, 138, se considera indiferente que la causa sea congénita o adquirida, por enfermedad, traumatismo, vejez (demencia senil) o producida por un acto voluntario o involuntario del sujeto (alcoholismo, estrupecuentes). *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de julio de 1998 (*RJ* 1998, 76134) para que se incapacite a una persona señala que «no solo es suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico, lo cual puede perfectamente interpretarse en una patología permanente y con una intensidad deficitaria prolongada en el tiempo y mantenida en intensidad, o bien incluso con independencia de que pudieran aparecer oscilaciones o ciclos en que se agudiza mucho más la dolencia o patología, porque lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea que el trastorno tanto sea permanente como oscile en intensidad, impida a la persona gobernarse por sí misma»; de 11 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4428), demencia senil, enfermedad de carácter permanente e irreversible, lo que determina su incapacidad para autogobernarse; y, de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5204) donde se señala que autogobierno significa «la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no solo los materiales, sino también los morales, y, por ende, la guarda de la propia persona» o, como dice un autor, «el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad, como en el plano económico o patrimonial». Desde el punto de vista médico, se dice que el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades, la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa e interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural) y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado). En el informe emitido por el médico forense contiene las siguientes consideraciones médico-forenses: «Don Mauricio presenta una tretalgia y una imposibilidad para la comunicación verbal; precisando de cuidados de forma continua, con imposibilidad de autogobierno para su persona»; las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 5.^a, de 14 de febrero de 2000 (AC 2000, 374); de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. única, de 21 de marzo de 2000 (AC 2000, 1152); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.^a, 26 de marzo de 2001 (*JUR* 2001, 178887) que precisa al respecto en un tratamiento en conjunto de los requisitos esencial para que tenga lugar la incapacitación que «las enfermedades se supone que son trastornos con una evolución y un final. Se trata, pues, de un proceso en el tiempo. Por el contrario, las deficiencias son características estables en la persona que restringen sus posibilidades de conducta o vivencias, conscientes o inconscientes. Las deficiencias pueden ser consecuencia de una enfermedad, bien puede tener un origen genético o congénito. También pueden ser inherentes a la estructura, personalidad o circunstancia de educación o vida del sujeto. Las deficiencias son un deterioro o impedimento, psíquico o físico, de carácter previsiblemente estable. Más no todas las enfermedades ni deficiencias son causa de incapacitación, que alguna de ellas actúan solo como concretas limitaciones, desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, el legislador de 1983 no ha puesto la nota definitoria de las causas de incapacitación en la naturaleza de la enfermedad o deficiencia, física o psíquica, sino en el carácter persistente o duradero de la misma, pues no se trata de atender a la protección ocasional del enfermo, lo que es posible atender por otras vías, sino

de atender de manera estable, mediante el correspondiente órgano de guarda, su incapacidad para gobernarse a sí mismo. Por otro lado, el carácter persistente de la enfermedad por sí solo no es suficiente para la incapacitación sino que se requiere también, como consecuencia de la misma, que el sujeto sea incapaz de gobernarse por sí mismo, significando tal expresión: guiarse o dirigirse en el ejercicio de sus derechos civiles y viene a constituir el presupuesto *sine qua non* para la incapacitación de la persona. El autogobierno implica, pues, una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en la esfera patrimonial y la valoración judicial de las repercusiones de una enfermedad o deficiencia persistente sobre esa capacidad de reflexión, entendida en el sentido de consecuencia suficiente de la propia actuación general y constituye la médula del sistema de incapacitación de la persona en nuestro derecho»; de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.^a, de 7 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 566); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, de 18 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 1201); de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc. 1.^a, de 22 de noviembre de 2006 (*AC* 2006, 2317); y, de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.^a, de 13 de marzo de 2007 (*AC* 2007, 1068).

³⁹ *RJ* 1991, 9483.

⁴⁰ *RJ* 1999, 7845.

⁴¹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de julio de 1998 (*RJ* 1998, 6134); de 20 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002, 10266); de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5204); y, de 29 de abril de 2009 (*RJ* 2009, 2901).

⁴² La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 2023) señala que «el juicio de capacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes que es lo que, generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica»; y, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 18 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2957) dispone que «el juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto debe adaptarse a la concreta necesidad de proyección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Estamos, en definitiva, ante lo que esta Sala ha calificado como traje a medida (sentencias de 1 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4518); de 11 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4290); de 7 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 934); de 6 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1062)) que es lo que debe conducir el resultado del juicio de la capacidad de una persona».

⁴³ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.^a, 13 de abril de 2000 (*AC* 2000, 3801); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.^a, 6 de mayo de 2002 (*AC* 2002, 1066); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.^a, 14 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 42625); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, 18 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 1201).

⁴⁴ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4760) incapacitación parcial a la esfera personal, asistencia a citas médicas y control de la medicación; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.^a, 2 de junio de 2003 (*AC* 2003, 2224); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.^a, 28 de enero de 2008 (*AC* 2008, 525) incapacitación parcial que abarca el ámbito personal; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 16 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 268655) grado de discernimiento suficiente para los actos cotidianos; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.^a, de 13 de noviembre de 2015 (*AC* 2015, 1700); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.^a, de 14 de junio de 2016 (*AC* 2016, 1508); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.^a, de 11 de julio de 2016 (*AC* 2016, 1639); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, de 17 de octubre de 2017 (*AC* 2017, 1426).

⁴⁵ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 5.^a, 7 de mayo de 2004 (*AC* 2004, 865); de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.^a, 7 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 566); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, 16 de diciembre de 2005 (*AC* 2005, 2297); y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.^a, de 19 de julio de 2016 (*AC* 2016, 1532).

⁴⁶ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 2012 (*RJ* 201270713); de 20 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4900); de 4 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5138); de 3 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2311); de 27 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 5913); y, de 15 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2449). Asimismo, *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.^a, 30 de marzo de 2004 (*AC* 2004, 1478); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.^a, de 26 de mayo de 2016 (*AC* 2016, 1624); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 11 de noviembre de 2016 (*AC* 2016, 1824).

⁴⁷ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4518); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 21 de octubre de 2014 (*JUR* 2014, 295077); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.^a, de 12 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 118114); y, de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, secc. 4.^a, de 28 de abril de 2017 (*JUR* 2017, 147471).

⁴⁸ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio y el derecho civil. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 5.^a edición, Madrid: Edisofer, 70.

⁴⁹ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El sistema matrimonial, *op. cit.*, 85.

⁵⁰ *Vid.*, la Orden JUS, 577, 2016, de 19 de abril de sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa y aprobación del modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso.

⁵¹ SERRANO GÓMEZ E. (2017). La celebración del matrimonio. En: Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. I, 2.^a edición, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 556.

⁵² DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 115.

⁵³ La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 7.^a, 26 de diciembre de 2003 (*JUR* 2004, 60416) define consentimiento matrimonial como «la declaración de voluntad dirigida a la unión entre hombre y mujer caracterizado por respetarse y ayudarse mutuamente, actuar en interés de la familia, vivir juntos y guardarse fidelidad».

⁵⁴ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 565-566.

⁵⁵ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 125.

⁵⁶ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 571.

⁵⁷ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4760); y, 7 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 934).

⁵⁸ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, 2 de octubre de 2000 (*JUR* 2001, 163688).

⁵⁹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 30 de septiembre de 1997 (*AC* 1997, 2022).

⁶⁰ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 585; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 134. *Vid.* asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.^a, de 1 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 81347); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 25.^a, de 6 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 211268).

⁶¹ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 585.

⁶² DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 134-135.

⁶³ CARRIÓN OLMO, S. (1981). En torno a la simulación del matrimonio civil, *Revista de Derecho Privado*, número 1, año LXV, 57; SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 585.

⁶⁴ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.^a, de 27 de marzo de 2000 (*AC* 2000, 531); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, de 31 de marzo de 2010 (*JUR* 2010, 183580); de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. 1.^a, de 14 de abril de 2011 (*AC* 2011, 1192); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.^a, de 20 de octubre de 2012 (*AC* 2013, 992); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.^a, de 12 de septiembre de 2013 (*AC* 2013, 2390); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.^a, de 17 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 70958).

⁶⁵ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 586. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, de 19 de abril de 2002 (*JUR* 2002, 155630); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.^a, de 18 de septiembre de 2012 (*JUR* 2014, 152305); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2.^a, de 30 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 98543); y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.^a, de 30 de marzo de 2016 (*AC* 2016, 1041).

⁶⁶ En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2208) en relación con la acción de nulidad de un matrimonio ejercida por los hermanos del esposo, tras su fallecimiento, alegando que padecía discapacidad intelectual pero que no se exigió un dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento, la Sala rechazó que la sentencia que desestimó la demanda de nulidad infringiera el artículo 56 del Código civil al «no constar acreditado que el encargado del Registro Civil en su entrevista reservada percibiese esas deficiencias o anomalías psíquicas en el contrayente, como tampoco las percibió el notario autorizando el poder mencionado en el resumen de antecedentes o de la participación de las herencias de sus padres».

Por su parte, VENTURA VENTURA, J.M. Comentario del artículo 56 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2016, 397 señala al respecto que, el instructor puede advertir las deficiencias o anomalías psíquicas del contrayente incluso antes del trámite de audiencia reservada, aunque precisa a continuación que, es seguramente este momento el más propicio para que aquel se cerciore sobre el particular.

⁶⁷ *Vid.*, la resolución de la DGRN de 10 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999, 10139) establece al respecto que la exigencia de dictamen médico «está limitada al caso en que “alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas”»; de forma que «si el autorizante del matrimonio juzga por sí que un enfermo físico tiene la conciencia suficiente para contraer matrimonio, no hay razón para exigir un certificado médico».

⁶⁸ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.^a, 5 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002, 18905) falta de acreditación por el actor-apelante de que tuviese uno de los contrayentes sus facultades intelectuales y volitivas anuladas o sensiblemente disminuidas al momento de contraer matrimonio. Padecimiento ese mismo año de un infarto extenso temporal-parietal derecho, generador de limitaciones orgánicas, sin que ello sea revelador se una ausencia de consentimiento matrimonial; y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 3.^a, 28 de enero de 2002 (*AC* 2002, 87) ausencia de pruebas que determinasen una perturbación de sus facultades mentales que anulase o disminuyesen sus facultades intelectivas y volitivas en el momento de celebrar el matrimonio.

⁶⁹ SERRANO GÓMEZ, E. (2017). La celebración del matrimonio, *op. cit.*, 563.

⁷⁰ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.^a, de 13 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 154208).

⁷¹ DURÁN RIVACOVA, R. (2016). Comentario al artículo 65 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 440-441 señala que son tras las hipótesis fundamentales: «La primera es el matrimonio canónico (...). 2. En que se haya podido contraer matrimonio sin expediente civil previo preceptivo aglutina las diversas fórmulas de sus tipos especiales: el matrimonio en peligro de muerte (...). 3. Por último, el matrimonio celebrado en el extranjero con arreglo a la *lex loci* y el contraído por los extranjeros en España según la forma permitida por su ley personal también deben someterse a este sistema de inscripción, cuando sea oportuno (art. 256.3 y 4 RRC)».

⁷² *Vid.*, la resolución de la DGRN de 11 de diciembre de 1996 (*RJ* 1997, 7377).

⁷³ DURÁN RIVACOVA, R. Comentario al artículo 65 del Código civil, *op. cit.*, 441.

⁷⁴ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 4297) consentimiento otorgado por contrayente con trastorno depresivo en fase aguda y de extrema gravedad que, reduce su capacidad cognoscitiva y volitiva, teniendo pensamientos negativos e ideas autodestructivas que, le impiden tomar decisiones.

⁷⁵ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 5 de abril de 2001 (*RJ* 2002, 1400) legitimación activa del tutor de la hermana ya fallecida.

⁷⁶ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Comentario al artículo 74 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, 2.^a ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 459.

⁷⁷ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Comentario al artículo 75 del Código civil, *op. cit.*, 460, manifiesta que «la legitimación de los padres o tutores es extraordinaria y de origen legal: por eso es técnicamente razonable que el precepto la extienda a los guardadores y hayan de entenderse legitimados los padres aunque hubieran sido privados de la patria potestad». Y añade que «a pesar del tenor del artículo 222.4 del Código civil, la Entidad Pública y los acogedores carecen de la legitimación que se ocupa el artículo 75, debiendo limitarse, si consideran que lo requiere el interés de aquél, a solicitar su ejercicio al Ministerio Fiscal (art. 174 CC)».

⁷⁸ DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio, *op. cit.*, 148-149.

⁷⁹ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1992 (*RJ* 1992, 2014) establece como requisitos del artículo 98 del Código civil: 1. Que el matrimonio haya sido declarado nulo, ya sea por sentencia civil, o en su caso, canónica, pero en esta última eventualidad, se exigirá que haya cumplido la condición necesaria e ineludible para producir efectos civiles, cual es que haya sido previamente declarado ajustado al Derecho del Estado, o lo que es igual a nuestro ordenamiento jurídico, por los tribunales civiles correspondientes, según establece el artículo 80 del Código civil en relación con los acuerdos jurídicos con la Santa Sede de 3 de enero de 1979; 2. Que el reclamante tenga la condición de cónyuge de buena fe; de ahí que, el derecho a la indemnización no exista cuando concurre en ambos, la producirse una compensación de las respectivas pretensiones, conforme al artículo 1195 del Código civil ni tampoco cuando en uno y otro se dé mala fe, al carecer en estos casos, la indemnización de toda razón de ser y consistencia, al faltar uno de los presupuestos a los que se supedita si reconocimiento; y 3. La existencia de una convivencia anterior durante su vigencia, creadora de una apariencia de matrimonio, pero sin que se exija un tiempo mínimo al respecto. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.^a, de 4 de abril de 1996 (AC 1996, 806); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.^a, de 2 de junio de 1997 (AC 199771284); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.^a, de 13 de diciembre de 2011 (*JUR* 2012, 22967).

⁸⁰ Se formula voto particular por el Magistrado Excmo. Sr. D. Javier Arroyo Fiestas en base a los considerando que, de acuerdo con los artículos 45, 56 y 73 del Código civil, D. Álvaro no tenía capacidad para otorgar el consentimiento matrimonial. El problema de D. Álvaro no era solo el padecimiento de una enfermedad, ni la discapacidad *in genere* sino una notoria incapacidad para comprender y querer, en relación con el consentimiento matrimonial. La protección del discapaz no se alcanza exclusivamente con la ampliación de su autonomía, dado que una eficaz ayuda del discapaz también conlleva la restricción de aquellas facultades para cuyo ejercicio no está preparado, garantizando que pueda desarrollarse, personal, social y económicamente sin interferencias injustificadas de terceros.

En conclusión, el magistrado que formula el presente voto particular entiende que, el recurso de casación interpuesto debió ser desestimado.

⁸¹ En línea también con los postulados de la Convención de las Naciones Unidas y en relación con la capacidad de testar de un incapacitado judicialmente conforme al artículo 665 del Código civil, aplicando el principio *favor testamenti* y la presunción general de capacidad de todo mayor de edad se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 15 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1090) siendo la misma ponente de esta sentencia que, la analizada en este estudio relativa al matrimonio —Excmo. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán—.