

*In dubio pro capacitate y favorabilia amplianda, odiosa restringenda: «viejos» principios para interpretar «nuevas» reglas sobre capacidad y prohibiciones**

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

Frente al «topos» de interpretar siempre de forma restrictiva cualquier limitación a la capacidad de las personas menores de edad o con discapacidad, así como de las prohibiciones legales impuestas a sus cargos tutelares o asistenciales, en este trabajo su autor propone su revisión desde una interpretación internacionalista y jurisprudencial de nuestras normas en combinación con «viejos» principios, actualizados a nuevas realidades, como son el favorabilia amplianda, odiosa restringenda y el in dubio pro capacitate, que no siempre conducen necesariamente a aquella –pretendida– interpretación restrictiva.

PALABRAS CLAVE

Menores de edad. Personas con discapacidad. Capacidad. Prohibiciones legales. Interpretación. Interpretación restrictiva y extensiva. Analogía. Favorabilia amplianda, odiosa restringenda. In dubio pro capacitate.

In dubio pro capacitate and broad favorable, hate restricting: «old» principles to interpret «new» rules on capacity and prohibitions

ABSTRACT

Faced with the «moles» of always interpreting in a restrictive way any limitation to the capacity of minors or people with disabilities, as well as the

* El presente trabajo, aunque publicado en el fascículo III del Anuario de Derecho Civil correspondiente al trimestre de julio-septiembre de 2021, fue redactado en noviembre de 2020 y aceptado para su publicación en diciembre de ese año.

legal prohibitions imposed on their guardianship or assistance positions, in this work its author proposes its review from a Internationalist interpretation of our norms in combination with «old» principles, updated to new realities, such as the favorabilia amplianda, odiosa restringenda and the in dubio pro capacitate, which do not always necessarily lead to that –intended– restrictive interpretation.

KEY WORDS

Minors. People with disabilities. Capacity. Legal prohibitions. Interpretation. Restrictive and extensive interpretation. Analogy. Favorabilia extended, odious restricted. In dubio pro capacitate

SUMARIO: I. *La necesaria interpretación restrictiva de las normas limitadoras de la capacidad en personas menores o con discapacidad: la revisión de un tópico desde una visión –interpretativa– internacionalista.*–II. *Criterios de interpretación de las normas sobre capacidad de las personas menores de edad: ¿favorabilia amplianda, odiosa restringenda?, favor libertatis, favor minoris, y, subsidiariamente, in dubio pro capacitate.*–III. *Criterios de interpretación de las normas sobre capacidad de las personas con discapacidad: favorabilia amplianda, odiosa restringenda, la plena igualdad en el favor libertatis, y, subsidiariamente, in dubio pro capacitate.*–IV. *Y la posible interpretación extensiva de las prohibiciones legales impuestas a los cargos de apoyo a personas menores o con discapacidad: a mayor alcance de la prohibición mayor autonomía para menores y personas con discapacidad (conforme al favorabilia amplianda, y, una vez más, in dubio pro capacitate).*–V. *A modo de conclusión, y de epílogo (abierto).*–Bibliografía. Índice cronológico de jurisprudencia

I. LA NECESARIA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS NORMAS LIMITADORAS DE LA CAPACIDAD EN PERSONAS MENORES O CON DISCAPACIDAD: LA REVISIÓN DE UN TÓPICO DESDE UNA VISIÓN –INTERPRETATIVA– INTERNACIONALISTA

«Escribir hoy desde el Derecho sobre temas vinculados al ejercicio de la capacidad jurídica de personas con discapacidad es un verdadero reto. Hay una hemorragia doctrinal, pues el tema ha tomado mucho brío tras la aprobación en Nueva York, en diciembre de 2006, de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. De ella se ha dicho tanto..., tan variado y con efusi-

vo ímpetu, con tantos matices o sin matices en algunos casos, que hay que ser selectivo para resultar original en estos predios».

Lo decía recientemente un caro colega, experto en la materia, notario y profesor universitario en La Habana, Leonardo Pérez Gallardo¹, en una recensión hecha a una monografía, también reciente, habida sobre el tema².

Mutatis mutandis, lo mismo cabe decir sobre la capacidad de los menores de edad, no solo por la temática, tan cercana a la de las personas con discapacidad, y por la abundancia doctrinal que sobre ambos temas reina³, sino por la influencia en comunión que el Derecho internacional tiene en ambos; una incidencia que en algunos países, sobre todo de Hispanoamérica, se ha hecho realidad a través de diversas reformas legislativas, pero que en todos, aun donde no haya habido reformas legislativas al respecto⁴ y sea el Derecho vigente más o menos conforme con aquel Derecho internacional, tiene este ya una presencia, *de lege lata*, por la propia fuerza interpretativa que tal Derecho supranacional ejerce sobre el interno de todos los Estados que, cuando menos, lo hayan suscrito.

En el caso español, así lo proclama, por ejemplo, en materia de menores, el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LO 1/1996), recientemente reformada (por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia); una interpretación desde los Tratados internacionales, que, por cuanto integrados dentro del ordenamiento de cada país (*cf.*, arts. 96.1 CE y art. 1.5 CC), no solo alcanza al Derecho –de rango– legal interno, nacional, sino también a los textos constitucionales de cada país, al menos en el caso, como en otros tantos, de España, según proclama el artículo 10 de nuestra Constitución; lo que, sin duda, afecta a las normas contenidas en la propia Constitución referidas a menores y a personas con discapacidad (*cf.*, sus arts. 39 y 49).

¹ Algo parecido decía también en la presentación a una obra colectiva que él mismo coordinó hace unos años (2014, pp. XIII y ss.).

² LÓPEZ BARBA, 2020.

³ Basta con una ojeada en Dialnet para darse cuenta de la elephantiasis doctrinal habida en ambas materias relacionadas con la capacidad de la persona.

⁴ En el caso español, es reciente la reforma legislativa sobre personas con discapacidad, con la Ley 8/2021, de dos de junio, BOE de tres de junio, y en vigor desde el tres de de septiembre de 2021, el presente trabajo no aspira a la interpretación de normas particulares (aunque variados ejemplos se expongan de algunas de ellas), sino, con mayor ambición y pretensión (tal vez, con pretenciosidad), a sentar unas reglas generales y orientativas de interpretación cualesquiera que sean las normas habidas en materia de capacidad de menores y de personas con discapacidad.

Dicho todo lo cual, puede resultar, cuando menos, pretencioso por mi parte contribuir a aquella elephantiasis doctrinal, abordando, además, simultáneamente dos temas que, aunque relacionados, merecen estudios monográficos separados (no solo generales sobre la capacidad de los menores o de las personas con discapacidad, sino también sobre temas aún más particulares sobre uno y otro). Pero hay, nos parece, una justificación para tal estudio: la de abordar un tema generalista, que afecta por igual a las normas que regulan la capacidad del menor y la de las personas con discapacidad, y que, a nuestro modo de ver, no ha sido del todo estudiado rectamente⁵, y que cuando lo ha sido, se ha hecho con resultados unas veces vacilantes y otras concluyentes, pero que en ninguno de los casos comparto del todo.

Me refiero al tema de cómo interpretar, en general, aquellas normas que regulan la capacidad de menores y de personas con discapacidad, especialmente cuando aquellas normas limitan o condicionan de uno u otro modo aquella capacidad.

Puede que el asunto, así enunciado, sorprenda. Consabido es que tradicionalmente en materia de capacidad rige la regla de que sus limitaciones han de ser interpretadas restrictivamente. Es una enseñanza, según creo, ya tomada desde el magisterio de D. Federico de Castro, quien, en su *Derecho Civil de España*⁶, tomaba como referencia la regla «*favorabilia amplianda, odiosa restringenda*», para desde ella «señalar directrices para la interpretación. Así, las disposiciones de carácter penal o sancionador se interpretarán de modo restrictivo, para excluir su «odiosa extensión»; las leyes especiales, excepcionales, concesión de privilegios, reglas ocasionales y transitorias serán de aplicación preferente, pero de interpretación restrictiva; las normas procesales se consideran de orden público y de interpretación rígidamente ajustada al texto legal; los preceptos limitativos de la capacidad –decía– son de interpretación restrictiva, y del mismo modo los que restringen el ejercicio o ámbito de la propiedad; las disposiciones de carácter social, dictadas para proteger a los económicamente más débiles, se entiende que son de carácter imperativo, irrenunciable y de interpretación extensiva».

Como se ve, «los preceptos limitativos de la capacidad son de interpretación restrictiva», decía, afirmación que hacía con funda-

⁵ Casi siempre «tocado» de pasada, como argumento *ad abundantiam*. Aunque excepciones hay, como el estudio de SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2011, pp. 851-862, aunque con un título más sugerente de lo que en él finalmente se contiene.

⁶ Cuya reedición que aquí tomo es la de 1984.

mento en una jurisprudencia que así lo decía (refiriéndose a la STS de 6 mayo 1944⁷; aunque bien pudieran añadirse otras, anteriores incluso⁸, como la STS de 7 febrero 1927, cuando, sobre incapacidades laborales, decía, apoyándose en una jurisprudencia ya formada en la cuestión, que su régimen «*es de carácter limitativo y, por lo tanto, de interpretación rigurosa y restringida, sin que sea lícito, por lo tanto, aplicarlo a otros casos que a los en él previstos expresamente*»).

Puede, incluso, observarse que tal regla interpretativa, de origen jurisprudencial y doctrinal, es hoy también legal (a modo de interpretación auténtica)⁹. En el caso español, así lo proclama para la capacidad de los menores el artículo 2.1.II de la LO 1/1996, cuando dice: «*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor*»; así también, aunque sin ese inciso final, el artículo 7.2 del Código de Derecho Civil Foral de Aragón: «*Las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva*»; o, en general para la capacidad de obrar de toda persona, el CC Catalán¹⁰ cuando en el ap. 3 de su artículo 211-3 dispone que «*Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva, atendiendo a la capacidad natural*».

Aunque tal doctrina interpretativa –ya hoy legal– haya sido desde entonces consabida y aceptada por todos, las dudas que suscita son, al menos en mi opinión, muchas; entre otras: ¿cuál es el fundamento de tal doctrina ya autenticada: el ser toda restricción de la capacidad materia odiosa, como decía De Castro?; pero ¿acaso tales limitaciones en los menores y en las

⁷ Donde se afirma que «*el tema de incapacidad es de interpretación restrictiva*».

⁸ Siendo probablemente la primera en afirmarlo la STS de 22 diciembre 1863, aunque en *obiter dicta*, al hablar de «*el principio general de que debe ampliarse lo favorable y restringirse lo odioso*».

⁹ Lo que, para algunos, resulta manido, consabido e innecesario. Así, por ejemplo, refiriéndose al artículo 2.1. II LO 1/1996, que a continuación reproducimos, ALONSO PÉREZ, *Actualidad Civil*, 1997, p. 24, cuando afirma que se trata de un «principio nada novedoso, pues desde la promulgación del CC la mejor doctrina lo defendió sin ambages». O como RIVERA FERNÁNDEZ, *Revista General de Derecho*, 1996, pp. 6501-6532, quien tras decir que es «uno de los puntos de mayor trascendencia introducidos por la nueva normativa», dice, sin embargo, luego que «el legislador reitera algo que no era necesario repetir». O incluso como RIVERO HERNÁNDEZ, 2007, p. 303, nota 138, al estimar «perfectamente inútil reproducir en una ley a estas alturas lo que es un principio conocido de aplicación de las normas, y consagrado por la jurisprudencia: que las normas restrictivas de derechos y capacidades son de interpretación restrictiva». Curiosa nos resulta tal reacción, más propia de quien se antoja crítico con todo: nada de extrañar que de no haberse reconocido legalmente tal dogma la reacción de buena parte de la doctrina hubiera sido la de denunciar la pérdida de una buena ocasión para tal consagración. En fin, que nunca llueve a gusto de todos...

¹⁰ También inmerso en estos momentos en su reforma en materia de personas con discapacidad.

personas con discapacidad no han servido tradicionalmente para protegerlos de posibles engaños y abusos? El propio De Castro, al estudiar, en particular, algunas normas en materia de menores de edad (como el art. 323 CC)¹¹, justificaba la interpretación restrictiva de sus limitaciones, no en ser odiosa la restricción, que está impuesta en beneficio propio del menor, sino por ser excepcional frente a la regla de la capacidad general. ¿Cuál es, entonces, el fundamento de la regla: que la restricción es materia odiosa o que resulta singular, excepcional frente a una –supuesta– regla general que sería la capacidad general de obrar, o tal vez lo sea por ambas razones? Y, siendo una u otra, ¿obliga tal razón a que en todo caso la interpretación de aquellas normas que limitan o condicionan la capacidad deba siempre ser restrictiva cuando su justificación es la protección de la propia persona cuya capacidad se limita o condiciona?; ¿estamos ante una simple regla hermenéutica, la de la necesaria interpretación restrictiva, que funciona a modo de apotegma o aforismo, que sirve de auxilio interpretativo lógico, o más bien ante un auténtico principio general del Derecho que, como tal, puede actuar como principio interpretativo rector, e incluso con una función integradora (*ex art. 1.4 CC*)? O dicho de otro modo, ¿funciona *a priori* tal regla en todo caso a la hora de interpretar cualquier norma que limite o condicione la capacidad de obrar o solo *a posteriori*, subsidiariamente, para los casos de duda en que no quepa interpretar claramente cada limitación, cada norma, atendida su particular razón?; en definitiva: ¿es aquella máxima interpretativa de aplicación absoluta para toda norma que limite o condicione la capacidad de obrar, como cree parte de la doctrina más reciente¹², o es moldeable caso por caso, en conjunción con la *ratio legis* particular de cada norma y las condiciones particulares de cada persona menor o con discapacidad?

La respuesta a tales preguntas dependerá mucho de cuál sea el fundamento de aquella máxima interpretativa restrictiva: de ser, por ejemplo, la regla de que lo odioso debe interpretarse restrictivamente, no se olvide, como hace más de un siglo nos explicaba Joaquín Escriche¹³, que «las leyes penales y todas las demás que sean odiosas, han de interpretarse *en caso de duda*, y no deben

¹¹ Que trataremos con más detenimiento en el siguiente epígrafe, al abordar la interpretación de las normas referidas a la capacidad de los menores de edad en general.

¹² Con fundamento en la opinión de GÓMEZ LAPLAZA y de PÉREZ DE CASTRO, reiteradamente así lo dice ÁLVAREZ MORENO, «Artículo 323», 2013, pp. 2614, 2621, 2627 y 2628.

¹³ En la voz «Interpretación» de su conocido *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1858, al explicar la regla 10.^a de interpretación lógica doctrinal.

extenderse fuera de los casos y las personas para que se han dado... Se ha dicho *en caso de duda*; pues si las palabras y la intención de la ley odiosa o penal son tan claras que no admiten interpretación, habrá de observarse la ley con toda exactitud, por mas *–sic–* dura y rigurosa que parezca». Si, en cambio, el fundamento de aquella regla interpretativa restrictiva de toda limitación en la capacidad de las personas fuese la excepcionalidad de tal limitación, ello, a lo más, podría impedir su aplicación analógica, pero ¿necesariamente impediría también su interpretación extensiva, especialmente cuando aquella limitación viene establecida para la protección de la propia persona? Obsérvese que, según el artículo 4.2 CC, las normas excepcionales quedan fuera del ámbito de la analogía, pero no necesariamente del de la interpretación extensiva.

Obsérvese, además, que en algunas de las normas antes transcritas, tras afirmarse que «*Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva*», se añade un matiz: «*atendiendo a la capacidad natural*», dice el artículo 211-3.3 del CC Catalán; «*y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor*», dice el artículo 2.1.II LO 1/1996; un matiz, este último, que intencionadamente fue añadido a la redacción originaria de tal norma por obra de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. ¿Querrán, tal vez, añadir tales matices un elemento de ponderación o modulación en aquella máxima, permitiendo que, en algún caso, tal vez la interpretación de una restricción a la capacidad de obrar no sea necesariamente y siempre restrictiva? Piénsese, asimismo, no solo en las restricciones que afectan directamente a la capacidad de los menores o a la de las personas con discapacidad, sino en las de quienes los representan, apoyan o asisten, y que la ley fija, precisamente, para evitar el abuso, el engaño a los intereses del representado o asistido en provecho propio de quien debería apoyarle y protegerle. Son las comúnmente llamadas prohibiciones legales, también de honda tradición (como las que impiden que el tutor o el curador tomen para sí bienes del pupilo, o a la inversa, ...); y ¿acaso en tales supuestos no estaría justificada una interpretación extensiva de tales prohibiciones en coherencia con su razón de ser, a fin de proteger así mejor a los menores y a las personas con discapacidad, concediéndoles a estos, así mismo, mayor autonomía de actuación?

Son, como se ve, muchas las cuestiones que se plantean, y en las que, como habrá ocasión de ver, el actual Derecho internacional juega un importante papel; veámoslo:

II. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD: ¿FAVORABILIA AMPLIANDA, ODIOSA RESTRINGENDA?, FAVOR LIBERTATIS, FAVOR MINORIS, Y, SUBSIDIARIAMENTE, IN DUBIO PRO CAPACITATE

Decía en su redacción originaria el artículo 2.1.II LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor: «*Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva*», comentándose al respecto en su Preámbulo: «*Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquéllos que sean más adecuados a la edad del sujeto*».

Tan lacónica redacción provocó una importante duda en sus primeros comentarios, siendo Gullón Ballesteros¹⁴ el primero en suscitarse¹⁵: «En efecto, no queda claro si lo que el legislador ha pretendido es establecer el principio de la capacidad de obrar del menor, en todo caso, excepto para los actos y negocios en los que la norma legal la limite, o simplemente que tal norma limitativa de la capacidad de obrar, cuando exista, debe ser sometida a una interpretación restrictiva», o una tercera opción interpretativa cabría, inversa a la primera¹⁶: que la incapacidad del menor es la regla y que solo como excepción tiene capacidad, aunque limitada, siendo tal limitación, a una capacidad que es excepcional, la que como tal debe de ser interpretada restrictivamente. Parecía avalar esta tercera interpretación de aquella norma el hecho de que en la reforma que del CC español se hizo con aquella LO 1/1996, hubo un precepto (el art. 1263 CC), estimado como crucial por su ubicación en materia de contratos en

¹⁴ En *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1996, p. 1.690.

¹⁵ Cuyo planteamiento aquí tomo de su transcripción hecha por RIVERA FERNÁNDEZ, *Revista General de Derecho*, 1996, pp. 6.501 ss. Siguiéndole también en el planteamiento de la cuestión –que no en su solución–, LINACERO DE LA FUENTE, *Actualidad Civil*, 1999, p. 1.588.

¹⁶ Defendida por el propio RIVERA FERNÁNDEZ, *Revista General de Derecho*, 1996, pp. 6.501 ss., quien concluye diciendo: «No es lógico admitir, al hilo del artículo 2, párrafo segundo, de la Ley 1/1996, la plena capacidad de obrar del menor. No creemos que sea esta la intención del legislador, tesis que, por otro lado, podría llevarnos a la incongruencia de considerar al menor edad de mayor grado de capacidad de obrar que el menor emancipado, para el que sí hay limitaciones específicas en el artículo 323» (a que luego nos referiremos); así también, SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2011, p. 852.

general, que no fue reformado en esta materia, para seguir diciendo: «No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados» (y ser tan solo reformado en su n.º 2.º, para mencionar a «los incapacitados», en lugar de a «los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir», a que la norma se refería anteriormente). Abundaría en ello la falta de reforma en el artículo 1903 CC, sobre responsabilidad extracontractual –de los padres y tutores– por hecho ajeno –por daño causado por sus hijos, o pupilos–.

Frente a tales normas, y frente a esta última interpretación del artículo 2.1.II LO 1/1996, hubo otro sector de la doctrina española que defendió la primera interpretación (favorable a la consideración de la capacidad del menor como regla y a la de su restricción o limitación como excepción)¹⁷: frente a aquel artículo 1263.1.º CC –supuestamente olvidado de reformar– había otras normas, también en materia de contratos y –además– para otras cuestiones, que sí habían sido reformadas con aquella LO 1/1996, en favor de una ampliación en la capacidad del menor de edad atendida, sobre todo, su edad y madurez (como, entre otros, el art. 166.II CC, que suprimió la necesidad de autorización judicial para las donaciones, o el 211 CC al suprimir la expresión «presunto incapaz» referida al menor enfermo mental potencialmente incapacitable,...).

La cuestión no es baladí, pues su incidencia en el modo en que interpretar las normas sobre capacidad de menores es indudable. Nos lo advierte así Linacero de la Fuente¹⁸: «El elenco de capacidades especiales del menor exige plantear si éste podrá realizar o no un determinado acto a falta de previsión legal expresa. Y así, en función de la tesis que adoptemos (la capacidad o incapacidad de obrar general del menor), la respuesta variaría, admitiendo o negando respectivamente, la posibilidad de realizar dicho acto. Así por ejemplo si seguimos la tesis de la capacidad, sería capaz para todo acto para el que no se le niega explícitamente capacidad», pero incapaz –habría que añadir– si se sigue la tesis de la incapacidad como regla.

Entre ambas opciones, e interpretaciones, nos parece más acertada la que defiende la capacidad como regla y su limitación como excepción. Ya desde hace mucho que lo defendía Don Federico de Castro¹⁹, cuando aún tales normas que hoy nos ocupan no existían y sí un Código aún más restrictivo en su regulación sobre la capacidad de menores. Fue entonces, con la vigencia de nuestro Código, y de otros anteriores, a finales del siglo XIX, según nos explica De Castro, cuando de forma espontánea

¹⁷ ALONSO PÉREZ, *Actualidad Civil*, 1997, pp. 29 a 31; LINACERO DE LA FUENTE, *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1588 a 1590; RAMOS CHAPARRO, *Derecho Privado y Constitución*, 1995, pp. 167-230).

¹⁸ En *Actualidad Civil*, 1999, p. 1.589.

¹⁹ Para cuyos detalles nos remitimos a sus pp. 169 a 175.

se produce una desviación de la doctrina moderna, patria y extranjera, afirmando, e imponiéndose finalmente como tópico, la incapacidad del menor como regla general, y su capacidad como su excepción, a interpretar esta restrictivamente por ser –precisamente– excepcional²⁰, cuando, históricamente, nunca había sido así, ni tan siquiera una vez aprobado el Código, donde, sin atisbo ni advertencia de ningún cambio de rumbo frente a la tradición, se regulaban importantes restricciones en la capacidad del menor, no como prueba o manifestación de su innata o natural incapacidad, sino, precisamente al contrario, como muestra de su natural capacidad que solo por razones excepcionales para su propia protección convenía en ocasiones restringir. No se trataría, por tanto, de que con cierta edad o madurez el menor pudiera realizar determinados actos o negocios jurídicos, sino de que por falta de edad o de madurez no podía hacer determinados actos o negocios jurídicos, pudiendo, en cambio, realizar todos los demás no excluidos, ni limitados.

Si así lo avala la historia pasada, también lo hace la más reciente: así, desde los Tratados y diversos textos constitucionales que reconocen una mayor y progresiva capacidad en los menores de edad, hasta las últimas reformas habidas en nuestro ordenamiento en cumplimiento, precisamente, de aquellos textos internacionales: ahí está, por ejemplo, la nueva redacción dada al artículo 1263.1.º CC tras su reforma hecha por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, para decir ahora: «*No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales*», y que tantísimos son²¹...²² O ahí está la justificación que el

²⁰ Así lo dice DE CASTRO, 1984, pp. 173 y 174: «El interés que hay en poner en claro del extravío de esta generalizada teoría no es solo una aclaración terminológica, sino que se centra en la interpretación de los textos legales, pues la inversión que defiende, al tratar de excepciones los casos en que las leyes reconocen capacidad de obrar al menor, impone negarle capacidad del todo, menos en los casos evidentemente taxativos, del texto legal y el interpretar estos mismos de modo restrictivo; mientras que la doctrina clásica lleva a las conclusiones contrarias».

²¹ Numerosos ejemplos hay contenidos en el CC en la esfera personal del menor: en los artículos 14 y 20 (para elegir la vecindad civil y la nacionalidad), en el 92 (en materia de separación y divorcio), en el 121 (sobre reconocimiento de hijos), en el 162.1 (y en el art. 3.1 LO 1/1996, para ejercer sus derechos de la personalidad), en el 177 (sobre el derecho a ser oído, y a consentir si se tiene 12 años, para su adopción), en el 273 (en materia de tutela), o en el 320 (para instar su propia emancipación). También abundan ejemplos en la esfera patrimonial: en el artículo 162 (sobre contratos laborales y otros –muchos– supuestos), en el 164 (para administrar sus bienes), en el 443 (para poseerlos), en los artículos 625 y 626 (para aceptar donaciones), en el 663 (para testar), o en los artículos 1329 y 1338 (para hacer capitulaciones matrimoniales).

²² Y, como ya dijera mucho antes, DE CASTRO, 1984, p. 175: «¿Cómo hablar de una incapacidad absoluta y admitir una serie numerosa de casos en que es capaz el menor y

Código de Derecho Civil Foral de Aragón da de su artículo 7.2 (que, recuérdese, dice: «*Las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva*»), cuando en su Preámbulo, tras decir que «*La minoría de edad no es una situación de incapacidad, sino un estado de las personas en los primeros años de su vida, cuando su personalidad se está desarrollando y requieren una formación adecuada a este desarrollo*», añade unos párrafos después: «*De ahí también la trascendencia del principio enunciado en el artículo 7, según el cual las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva: la capacidad es la regla y sus limitaciones, la excepción*», termina diciendo de forma categórica.

Hay, en cierto modo, en todo ello un retorno, aunque actualizado, a nuestro pasado, porque, de raíz, más allá de posibles vaivenes (legislativos o doctrinales), subyace en todo ese devenir una razón de fondo, siempre constante a lo largo de la historia –podría, incluso, hablarse de una permanente razón de Derecho natural, fundada en la justicia-: que la capacidad es expresión de la personalidad, de la dignidad de toda persona, sea mayor o menor, tenga o no discapacidad, ... Es manifestación, sea esta mayor o menor, «principal», de la dignidad y del pleno desarrollo de la personalidad, que, como tal, en principio –o por principio, mejor dicho– ha de ser igual y libre para toda persona (*cf.*, arts. 10 y 14 de nuestra Constitución al reconocer tales principios de dignidad, libre desarrollo de la personalidad e igualdad). Por eso, por principio –insisto–, la capacidad ha de ser igualmente plena para toda persona, incluidos los menores de edad, quienes, antes que menores, son personas.

Ahora bien, el hecho de ser menores, además de personas, no permite, sin más ni siempre, su plena igualdad con el resto de las personas. En ocasiones, por razones de su edad o de su madurez, resulta necesaria su protección, una protección mayor que para las demás personas, fundada en la propia minoría. Es el *favor minoris* –latínajo este de nuevo cuño– que consagra ya nuestra Constitución en su artículo 39, por exigencias de justicia, entendida esta como igualdad proporcional: si justo es tratar de igual modo a los iguales, injusto sería un trato igual entre desiguales, exigiendo la justicia ante tal desigualdad proteger al más débil (al más vulnerable, según suele decirse ahora). Esto, precisamente, es lo que justifica la necesidad de proteger el consabido «*interés superior del*

respecto de actos de tanta trascendencia como hacer testamentos, adquirir la posesión y celebrar contratos?... Si no se explica o si no se puede explicar el hecho de que el ámbito de las llamadas excepciones sea tan amplio (o más amplio) que el de la regla, ni el porqué de esa continuada quiebra de la llamada regla general, tal teoría se revela dogmáticamente inútil y falsa».

menor» proclamado hoy en tantísimas normas, internacionales y nacionales, y tan harto estudiado en la doctrina²³.

He ahí, pues, sintéticamente expuesto el difícil equilibrio a alcanzar en materia de capacidad de menores: entre su libre y pleno desarrollo personal (*ex arts. 10 y 14 CE*), y su protección (*ex art. 39 CE*)²⁴; entre ambos, siempre el primero como regla, y el segundo como elemento ponderador de justicia, o equidad. Lo ha dicho así, en cierto modo, nuestro Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia 174/2002, de 9 de octubre (seguida por otras), cuando afirma que «*toda restricción o limitación de su capacidad de obrar –refiriéndose a la de los menores– afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de su personalidad*».

Todo ello trae como consecuencia –limitada para el tema que nos ocupa– que, en principio y por principio, la capacidad del menor, como la de cualquier otra persona, se presuma plena, libre e igual a la de cualquier otra persona, salvo que –y ahí entraría aquel elemento modulador de su protección– se demuestre lo contrario (es el *favor libertatis* de que hablaba De Castro). Lo que, *a contrario sensu*, significaría que cualquier restricción o limitación en aquella presunta capacidad –que lo es *iuris tantum*– no se podría presumir, debiendo fijarse (en la norma, o en la sentencia en su caso, *ex art. 760 LEC*) de forma expresa y clara. De tal modo que si no es expresa o clara, habría que seguir presumiendo la capacidad del menor²⁵ (y no su incapacidad como, en cambio, creen quienes estiman esta como regla o principio).

Todo ello justifica, a su vez, que la necesaria interpretación restrictiva de toda limitación en la capacidad del menor tradicional y ahora legalmente proclamada se fundamente en la excepcionalidad de tal restricción que, a su vez, fundada justamente en la protección del propio menor (en su interés superior, a fin de evitarle perjuicios y engaños), no puede aisladamente justificarse por ser materia odiosa cuando aquella justa protección es el fundamento de tal restricción. Es, no en vano, lo que hace mucho nos enseñaba también el propio De Castro: aunque, en una parte de su obra (al inicio de

²³ De nuevo, basta hacer un rastreo por Dialnet para darse cuenta de ello, al margen, por supuesto, de brillantes obras habidas sobre el tema, cuya cita silencio, sobre todo, por no ofender a los omitidos.

²⁴ Ya advertido hace tiempo por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *ADC*, 1992, p. 1.396: «Ambos principios se complementan y, a la vez, se limitan mutuamente, delimitando el equilibrio que debe encontrar dicha regulación civil, de forma que no caiga en una protección tan exacerbada que ahogue las posibilidades de desarrollo de la personalidad... ni dé a este tanta amplitud que acabe por establecer un régimen de protección marcadamente insuficiente». Siguiéndole, SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2011, pp. 847 y 853.

²⁵ Pues, como dice VARELA GARCÍA, *Actualidad Civil*, 1997, p. 265, «allí donde la ley no restringe, no puede el intérprete restringir».

este trabajo transcrita), con fundamento en la regla «*favorabilia amplianda, odiosa restringenda*», decía que «los preceptos limitativos de la capacidad son de interpretación restrictiva», como supuesto diverso de «las leyes especiales, excepcionales» que, con idéntico fundamento, también consideraba debían de ser interpretadas restrictivamente, luego, refiriéndose en particular a los menores, en aquel caso emblemático del menor –eso sí– emancipado previsto en el artículo 317 del CC originario (correspondiente al posterior art. 323 CC, hoy art. 247 CC), dirá respecto a los casos en que tal menor no puede actuar por sí solo, sino necesitado de apoyo: «Los autores antiguos, como prohibición –*sic*–, la consideraban *odiosa et exstricta materia*; Derecho singular, pues, que había que entender de modo restrictivo. En el Código –sin embargo– no puede considerarse excepción odiosa, porque tiene una clara finalidad protectora, pero como limitadora de la capacidad no debe extenderse fuera de su ámbito propio».

Justificada así tal doctrina legal, como ya quedó adelantado en las dudas mencionadas en la introducción del presente trabajo, restaría por resolver, aunque ya en parte cabe intuir su respuesta, si tal doctrina sobre la interpretación restrictiva de las limitaciones en la capacidad de los menores ha de aplicarse de modo preferente, excluyente y en todo caso, como así cree cierta doctrina reciente²⁶, o, en cambio, ha de aplicarse en conjunción con otras reglas y ella sola aisladamente como recurso de último grado para los casos de duda, en que agotada toda posible interpretación, solo quede aquella doctrina de la interpretación restrictiva como única salida viable. *Quid iuris?*

Desgajada la razón de la interpretación restrictiva de las limitaciones en la capacidad del menor de la regla *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*, no es menester entrar aquí y ahora en dilucidar si tal regla es mero apotegma o auténtico principio general del Derecho. Pero aunque ese fuera su fundamento, lo innegable es que aquella máxima interpretativa, consagrada hoy legalmente, puede ya estimarse como un principio que, aunque positivado, no se ha convertido en simple norma, o regla jurídica, perdiendo su previa naturaleza «principlal». Junto a su función informadora, que ha cumplido al inspirar aquella su consagración legal, también puede seguir cumpliendo su función interpretativa, e incluso la integradora que, como tal, el artículo 1.4 del CC español concede a todo principio general del Derecho. Ello, sin embargo, no lo convierte en principio absoluto que haya de aplicarse siempre y de modo preferente, o excluyente, sobre todo, cuando, como aquí sucede, no es un principio aislado, ni único para

²⁶ Que luego indicaremos al tratar algunos ejemplos.

interpretar las normas sobre capacidad de los menores. Es aquí donde entra en juego otro principio, también interpretativo, y a la postre preferente sobre aquel otro: el principio del «*interés superior del menor*» (o el del *favor minoris*, si se prefiere). Sin duda, ya fue protagonista en la redacción originaria de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del menor, en cuyo artículo 2, que venimos analizando, se daba muestra detallada de su alcance. No parecía tener, sin embargo, presencia dicho principio cuando, en particular, el párrafo segundo de su ap. 1 abordaba la cuestión interpretativa, para solo decir aquello de que «*las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*». Fue en su reforma hecha por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuando se añadió –un matiz importante, antes ya advertido– «y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor». La razón de tal añadido puede resultar reveladora (según permite, como es sabido, el art. 3.1 CC para interpretar las normas, cuando se refiere a «*los antecedentes históricos y legislativos*»):

En su propuesta o borrador inicial, en aquella –que sería la– LO 8/2015, se pretendía un cambio de redacción en el artículo 2.1.II, que dijera «*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán siempre en interés superior del menor*» (en lugar de decir «*de forma restrictiva*»). Se hacía tal propuesta, según advertía en su Exposición de Motivos, «*para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral*».

En efecto, aquella Observación general n.º 14 (2013), del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, consagraba en su ap. I.A.6, esa triple dimensión del interés superior del menor, diciendo sobre su valor interpretativo (el que aquí más nos interesa): «*El Comité subraya que el interés superior del niño es un ... Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo*».

El interés superior del menor quedaba, así, claramente consagrado como «*un principio jurídico interpretativo fundamental*» (según afirmaba en su letra b), y a ello obedecía el cambio de redacción propuesto para el artículo 2.1.II LO 1/1996.

Sin embargo, durante la gestación de tal reforma legislativa se vino a hacer una propuesta –aparentemente– conciliadora entre ambas opciones de redacción que, a la postre, sería finalmente aceptada desde un comienzo en su tramitación. Tal sugerencia fue hecha en el Informe del Consejo Fiscal a aquel Anteproyecto, que en esta cuestión proponía lo siguiente:

«En el Anteproyecto se altera sustancialmente una cláusula que ya había arraigado: *las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*. En su lugar se dispone ahora que *las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán siempre en interés superior del menor*. La modificación sitúa en su verdadera dimensión a las limitaciones de capacidad de obrar del menor en tanto sólo tienen sentido en propio interés de los menores y es así como deben interpretarse. (...) Quizás no obstante, pudiera alcanzarse una fórmula mixta que también subraye la necesidad de fomentar la progresiva autonomía del menor, que es una de las bases filosóficas de la LOPJM. (...) Se propone en este sentido la siguiente redacción: *las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y en todo caso siempre en interés superior del menor*».

De nuevo, como se ve, se pretendía el equilibrio entre la protección del menor y el libre y pleno desarrollo de su personalidad, de su capacidad. Mas en ese difícil equilibrio no habrá finalmente, según creo, paridad de criterios, de principios interpretativos, entre la necesidad de interpretar restrictivamente las restricciones a su capacidad y la de proteger su interés, siempre superior, sino que, en principio, este ha de prevalecer sobre aquel otro: «y, *en todo caso, –y– siempre en el interés superior del menor*», dice el actual artículo 2.1.II LO 1/1996, que la Observación n.º 14 referida calificaba

como principio jurídico «*fundamental*», añadiendo luego, para su explicación: «*si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño*». Conforme a tal principio interpretativo rector nada, por tanto, debería impedir que una norma limitadora de su capacidad pudiera interpretarse extensivamente si ello, que no es por sí materia odiosa, es lo más conforme al interés superior del menor cuando esta haya sido la razón legal de aquella limitación en su capacidad (que, por lo demás, es lo habitual, y legítima tal restricción). Así lo exige, en particular, aquel artículo 2.1.II LO 1/1996 *in fine*, porque así lo exige, en general, para toda interpretación jurídica, el artículo 3.1 CC –también– *in fine*, cuando condiciona y subordina toda interpretación «*al espíritu y finalidad*» de la norma interpretada.

Que la norma limitadora de la capacidad del menor, en mi tesis, tenga un fundamento excepcional (frente a la regla general de la capacidad), más que odioso, no impide su posible interpretación extensiva, sino tan solo su aplicación por analogía (según impide el art. 4.2 CC).

Aun siendo consciente de la dificultad, y peligrosidad, de distinguir entre analogía e interpretación extensiva²⁷, creo que no resultará difícil su precisión para el objeto particular presente. En síntesis, siguiendo la opinión originaria de Federico De Castro²⁸ y la posterior de su discípulo, Díez-Picazo, este sin mutar de opinión en posteriores reediciones de su obra²⁹, creo que la analogía sirve como mecanismo para integrar lagunas legales institucionales, es decir, para materias o instituciones que carecen de un reconocimiento o amparo legal completo y cuyos problemas pueden ser resueltos por otras normas que resuelvan parecidos problemas para materias o instituciones que presenten una identidad de razón con aquellas otras instituciones o materias. En tal caso, mediante la analogía se extendería la *ratio* de unas normas, previstas para una determinada materia o institución, para ser aplicadas *ad extra*, fuera de su ámbito institucional, a otra materia o institución diver-

²⁷ Personalmente ya me enfrenté a ello en un trabajo mío publicado en el Anuario de Derecho Civil (de 2012), con el título «*Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines*».

²⁸ Parecida a la evolución de Bobbio, aunque tal vez más moderada, fue, entre nosotros, la de don Federico de Castro: de un inicial escepticismo (en la 1.ª edición, de 1942, según data su prólogo, de su *Derecho civil de España*, p. 402), pasó a defender la diferencia (en la 3.ª edición de su *Derecho civil de España*, de 1955, p. 539), para terminar de nuevo concluyendo, con Castán –¡eclectico por excelencia!–, que entre ambas sólo hay una diferencia de grado, de cantidad, e incluso más teórica que práctica (en la reedición de 1984).

²⁹ En *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.ª ed. (la que he manejado), Barcelona, 1993, pp. 280 y 281.

sa, pero semejante a la regulada. En cambio, en la interpretación extensiva, no hay una laguna institucional que integrar, sino solo una laguna casuística, es decir, la imprevisión de un caso concreto dentro de una materia, o institución, que sí tiene respaldo normativo. En tal hipótesis, si aquel caso puede resolverse ampliando una de las normas que ya regulan dicha materia, o institución, aunque refiriéndose a otro caso, estaríamos ante un claro supuesto de interpretación extensiva: sin salirse de su ámbito normativo, la norma se extiende en su aplicación directa, no analógica, a un caso similar, pero en ella no expresamente contemplado. Como se ve, el salto en la integración por analogía es mayor que en la interpretación extensiva, por ser de mayor entidad, o calado, la propia laguna a colmar: la norma, o el conjunto normativo, a aplicar por analogía sale de su ámbito normativo propio, o natural, para regular otra materia, otra institución, o el caso particular de una materia, o institución, no contemplada directamente por aquella norma, o por aquel conjunto normativo. Es, por tanto, un salto lógico *ad extra*, frente al interno o *ad intra* que supone la interpretación puramente extensiva.

Piénsese, como ejemplo emblemático para esta distinción, en el artículo 752 CC³⁰, que prohíbe testar en favor del «sacerdote» que confiesa al testador en su lecho de muerte: si se pretendiera aplicar a otras instituciones o materias (en este caso, a otro tipo de negocios jurídicos, vgr., a una donación hecha en favor del sacerdote), estaríamos en el terreno de la analogía; en cambio, si se intentara aplicar a otros actos diversos de la confesión (vgr., como la extremaunción) o a cualquier otra autoridad de culto que en la última enfermedad del testador le hubiese confesado o asistido de cualquier otro modo, estaríamos en el terreno de la interpretación extensiva (del mismo modo, aunque *a contrario sensu*, si se pretendiera su sola aplicación al sacerdote católico –y solo– confesor, estaríamos ante una interpretación restrictiva o, cuando menor, estricta); y, así, piénsese en otros posibles casos.

Admitida, así, la distinción entre analogía e interpretación extensiva, ¿qué importa que una norma sea excepcional o singular para ser interpretada extensivamente? Los hay que, aun a veces sin abordar si quiera la categórica distinción entre analogía e interpretación extensiva, consideran que esta no debe operar en las normas excepcionales, al ser estas de necesaria interpretación restrictiva (o, cuando menos, estricta), conforme al viejo brocardo *quod contra rationem iuris receptum est, non est procedendum consequenc-*

³⁰ Al que, precisamente, volveremos luego, con cita de doctrina y de otros argumentos, por estar muy relacionado con el caso del artículo 753 CC, que nos afecta directamente a nuestra materia, al prohibir que el pupilo teste en favor de su tutor o de su curador.

*tias*³¹. A nuestro juicio, en cambio, sí parece posible, al modo en que parece preverlo el CC portugués, cuyo artículo 11 dispone: «*As normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva*». No hay, desde luego, norma equivalente en el Derecho español, pero así lo impone la lógica, que matiza aquel viejo adagio pauliano³²: mientras que las normas excepcionales no son aplicables por analogía, pues esta consiste en la traslación de la *ratio legis* de una institución a otra institución o materia similar, y en aquellas normas no hay principio o razón general que trasladar (por mucho que la excepción a tal regla esté justificada en aquel tipo de normas), en cambio, por principio no debe haber inconveniente en interpretar extensivamente una norma excepcional, pues esta, a diferencia de la analogía, sólo implica una dilatación lógica de la norma *ad intra*, una expansión o traslado de la razón –aunque singular– dentro de su mismo ámbito institucional o material propio, natural, o específico.

Y como prueba de todo lo dicho baste con un ejemplo, ya indicado en otras ocasiones, emblemático en materia de capacidad de menores (como bien es sabido: *verba movent, exempla trahunt*): el del art. 323 CC, hoy art. 247 CC, sobre el menor –eso sí– emancipado. Entre otras diferencias, que ahora no vienen al caso, en su redacción originaria, hecha en 1889, tal norma hablaba de «*gravar o vender*» (no de «*enajenar*», como dice ahora, o como ya se decía en algunas de las normas del Proyecto de CC de 1851, donde «la sola palabra *enajenar* –según entendía García Goyena³³– significa en derecho constituir, trasladar o remitir un derecho real»³⁴).

Entendiendo que la expresión «vender» (entendida como transmitir a cambio de precio) es expresión más estrecha que la de «enajenar» (que comprende cualquier transmisión *in alieno* hecha bajo cualquier título)³⁵, y que gravar solo es constituir o establecer derechos o cargas reales sobre el dominio, desde un principio la jurisprudencia registral y del Tribunal Supremo³⁶ interpretó tales térmi-

³¹ Según el propio DE CASTRO Y BRAVO, 1984, p. 470, «las leyes especiales, excepcionales, concesión de privilegios... serán de aplicación preferente, pero de interpretación restrictiva». Y así también, con cierta vehemencia, se puede ver en ROCA TRÍAS (tomado aquí de *vlex*), quien concluye que admitir la interpretación extensiva de una norma excepcional sería arbitrario, contrario al principio constitucional de igualdad.

³² Recientemente, una aguda revisión crítica de aquel aforismo latino puede verse en LÓPEZ Y LÓPEZ, en *Coronavirus y Derecho en estado de alarma*, 2020, pp. 21-40.

³³ En sus *Concordancias, Motivos y Comentario del Código civil español, Tomo I*, Madrid, 1852, p. 232.

³⁴ Y en «*gravar*», decía (1852, p. 230), hasta una servidumbre.

³⁵ Como dice MANRESA Y NAVARRO, «Artículo 317», 1907, p. 686, «en sentido estricto, la enajenación es el género, y la venta es la especie; pero en el lenguaje vulgar como en el jurídico, se emplean como sinónimas esas dos palabras».

³⁶ Según tomamos de MANRESA Y NAVARRO, «Artículo 317», 1907, pp. 701 a 703, de DE CASTRO Y BRAVO, 1984, p. 227, quienes las critican severamente; de ALBÁCAR

nos en su sentido más estrecho por entender que al tratarse de limitaciones a la capacidad –o incluso de prohibiciones, dirán algunas resoluciones (lo que no es baladí, según se verá)–, tal norma debía interpretarse, bajo el lema *odiosa restringenda*, de forma restrictiva, permitiendo, así, que el menor emancipado, sin necesidad de ningún apoyo, cancelara o pospusiera hipotecas³⁷, realizara particiones hereditarias o interpusiera acciones de división de la cosa común³⁸,... Como decía, en general, la RDGRyN de 31 enero 1935: «*Si la emancipación concedida por el padre o madre a los hijos sometidos a su potestad ha de entenderse con la amplitud por la Ley y para todos los actos relativos al régimen de la persona y bienes del menor, salvo los expresamente prohibidos, es evidente la imposibilidad de extender tales prohibiciones a supuestos distintos de los legales*».

Frente a tal interpretación jurisprudencial, buena parte de la doctrina, con miembros destacados (como Manresa³⁹, o como el propio De Castro⁴⁰), se opondría, proponiendo, conforme al espíritu de la norma, que es la evitación de engaños –los «más peligrosos», según De Castro (1984, p. 224)– en perjuicio –o «lesión», según Manresa (1907, p. 691)– del menor, que bajo la expresión de «*vender*» se incluyera, por presentar igual finalidad, cualquier tipo de transmisión, actual o latente, como pudieran ser, no solo compraventas, sino también permutas, daciones en pago, donaciones, transacciones⁴¹, cesión de acciones sobre inmuebles, ... O como que bajo la expresión de «*tomar dinero a préstamo*» se incluyeran,

LÓPEZ, Y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, «Artículos 221 y 323», Tomo I, 1991, pp. 1.361 y ss.; y, con tono también crítico, de PASQUAU LIAÑO, 1997, pp. 162 ss.

³⁷ Así, según la RDGRyN de 15 marzo 1902, entre otras, que dice: «*Determinadas en dichos preceptos las únicas limitaciones impuestas a los menores que gozan del beneficio de la mayoría de edad, no cabe comprender en ellos la cancelación de hipotecas, tanto más si se atiende a que, dado el carácter restrictivo de aquellas disposiciones, no caben interpretarse extensivamente*»

³⁸ Así, vgr., la RDGRyN de 1 julio 1916, cuando, basándose en la anterior de 4 noviembre 1896 que cita, dice: «*No estando incluidas entre estas excepciones la referente a operaciones particionales en que estén interesados dichos menores emancipados, tienen éstos capacidad para intervenir en ellas y consentir y aprobarlas por sí sin necesidad de que otras personas suplan aquella, ni tampoco aprobación judicial*». O la de 21 diciembre 1929: «*Sin necesidad de entrar en el debate tradicional sobre el carácter declarativo o traslativo de las operaciones particionales... no es posible ampliar el concepto de la palabra «vender» hasta abarcar no sólo todos los actos de enajenación a título oneroso, sino también los actos dispositivos que levantan los límites impuestos a un copartícipe en favor de sus comuneros o dividen entre los mismos la cosa común. (...) A tan desmesurada extensión de la palabra «vender» se opone, igualmente, el principio jurídico que favorece la libertad personal y circunscribe las prohibiciones de disponer a sus rigurosos límites*».

³⁹ «Artículo 317», 1907, pp. 686 y ss.

⁴⁰ 1984, pp. 224 a 229.

⁴¹ Que ya en el Proyecto de CC de 1851 se incluía en varias ocasiones expresamente como vetada o condicionada a su autorización (arts. 247 y 250), frente al silencio del Derecho histórico, según advierte GARCÍA GOYENA, 1852, p. 244, porque «la transacción, como que recae sobre cosa dudosa... es de suyo espuesta –sic– á errores, y puede serlo a frau-

por su idéntica finalidad, la apertura de cuentas de crédito, aceptaciones de letras de cambio para obtener un préstamo, ... Pues, recuérdese, que como advertía De Castro, no se trataba de una norma odiosa, aunque restrictiva de la capacidad, sino protectora del menor –aunque– emancipado. Lo que no impedía, sin embargo, que cuando no se diera tal finalidad, que era su *ratio legis*, pudiera hacerse una interpretación estricta, cuando no restrictiva del precepto: permitiendo, por ejemplo, dar dinero en préstamo (al hablar la norma solo de «tomar»), comprar⁴² (al hablar la norma de «vender»), hoy de «enajenar»), o constituir derechos y cargas reales por actos *mortis causa* (dado que el art. 663 CC permite ya, desde su redacción originaria, que el menor de edad pueda testar desde los 14 años).

Esta última, no en vano, fue la interpretación finalmente triunfante: primero, en parte de la propia jurisprudencia de mediados del siglo xx, que comenzó a negar, por ejemplo, que el menor emancipado prestase avales o fianzas, por entender tales garantías, que afectan potencialmente a un entero patrimonio, incluidas en «gravar», entendida esta expresión latamente⁴³; luego, por obra de la propia ley, que haría las veces de interpretación auténtica en la modificación hecha en 1981 del entonces artículo 323 CC, hoy art. 247 CC, sustituyendo, finalmente, «vender» por «enajenar»; y esta ha sido la opinión común de la doctrina tras dicha reforma (dejando al margen la posibilidad de arrendar, siempre debatida, atendidas la duración o el anticipo de rentas⁴⁴), secundando, más o

des», y porque (p. 245), «es especie de enagenación –sic–, pues se hace dando, reteniendo, o prometiendo alguna cosa».

⁴² Así, MANRESA Y NAVARRO, «Artículo 317», 1907, pp. 690 a 693).

⁴³ Así, por ejemplo, en la STS de 27 junio 1941: «Resulta indudable que aun cuando el contrato de fianza, y como una de sus modalidades, siquiera lo sea con rasgos muy peculiares la operación de aval, no estén literalmente comprendidos entre los actos que se prohíbe realizar, sin la autorización pertinente, al menor emancipado, están incluidos, cuando menos implícitamente, y por modo lógico, en la fórmula legal, en primer lugar, porque si bien el fiador no impone un gravamen directo sobre sus bienes inmuebles, compromete o puede indirectamente comprometer dichos inmuebles, y en segundo término, porque el afianzamiento, comprendiendo en esta expresión tanto la fianza en sentido estricto como el aval, constituye, a la vez que un negocio de carácter abstracto, en la relación entre acreedor y fiador, un negocio accesorio que puede ir unido a un negocio principal y causal de préstamo mutuo, y de no extender al primero, o sea para el préstamo mutuo, las limitaciones que establece el artículo 323 del Código, vendría fácilmente a eludirse el mismo, contrayéndose la obligación principal a nombre de persona distinta con la fianza del menor, que así quedaría sujeto a ella, subrogándose en las obligaciones del principal deudor, a pesar de la prohibición de la Ley». En la misma línea, la STS de 28 septiembre 1968.

⁴⁴ Así, MANRESA Y NAVARRO, «Artículo 317», 1907, pp. 688 y 689, en contra por estimar los arriendos de inmuebles de larga duración o con anticipos de rentas como cargas reales; también los excluye de la limitación, DE CASTRO Y BRAVO, 1984, p. 225. PUIG FERRIOL, «Artículo 323», 1991, p. 886, limita la restricción a los arrendamientos rústicos, para los que el artículo 21.1 LAR exigía para tales arriendos la misma capacidad que para

menos confesadamente, aquella opinión doctrinal anterior a la reforma (sobre todo, la del maestro De Castro)⁴⁵. Y si tal interpretación amplia ha sido defendida para el menor emancipado, que según el propio artículo 323 CC ha de entenderse, como regla, equiparado al mayor de edad, con mayor razón cabría aquel tipo de interpretación tratándose de un menor sin emancipar.

En contra, sin embargo, de tal modo de interpretación resurge hoy entre algunos la necesaria interpretación restrictiva de tal norma, el artículo 323 CC, actual art. 247 CC, ahora bajo el amparo del artículo 2.1.II LO 1/1996 y de una necesaria revisión sociológica (que permite el art. 3.1 CC) de aquella norma⁴⁶, aunque sin probar tal cambio de realidad (que, desde luego, no se ha reflejado en aquel art. 323, modificado también por la LO 1/1996 –pero– para tan solo suplir lo de «*tutor*» por «*curador*», y que no fue modificado por la LO de 2015 sobre la infancia y la adolescencia y que en la reciente reforma habida en España, sólo sustituye al «*curador*» por el «*defensor judicial*»); y, al final, aceptando algunas de aquellas interpretaciones más amplias propuestas por nuestra anterior doctrina⁴⁷. Todo por mor de defender a capa y espada la aplicación rígida y sin matices de aquel artículo 2.1.II LO 1/1996, relegando, por ello, la posible protección del interés superior del menor, que a veces puede ver justificada la necesidad de restringir su capacidad o de requerir algún apoyo en su actuación (aun estando emancipado, como sucede en el art. 323 CC, hoy art. 247 CC), o como pudiera ser con el efecto opuesto: extensivo o incluso corrector de la norma. Porque también desde una interpretación sociológica de la norma y apoyados en el artículo 2.1.II LO 1/1996 cabe alcanzar tales resultados, siempre que se respete el espíritu y finalidad de la norma así interpretada (según exige el art. 3.1 CC), como, por ejemplo, sucedió –y el caso no es insignificante– con los menores transexuales, que yo mismo defendí, frente a cierta doctrina

enajenar. En contra, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Artículo 323», *Código Civil comentado*, vol. I.

⁴⁵ Así, entre los comentaristas, PUIG FERRIOL, «Artículo 323», 1991, pp. 885 y 886; LETE DEL RÍO, «Artículo 323», pp. 529 a 531; ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, «Artículo 323», *Tomo I*, 1991, pp. 1359 y 1360; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Artículo 323», *Código Civil comentado*, vol. I.

⁴⁶ Así, con fundamento en la opinión de GÓMEZ LAPLAZA y de PÉREZ DE CASTRO, reiteradamente lo dice ÁLVAREZ MORENO, «Artículo 323», 2013, pp. 2.614, 2.621, 2.627 y 2.628, llegando a decir (en p. 2.627): «Disentimos del sentir general de la doctrina, por entender que en tanto que limitaciones, deben interpretarse restrictivamente, y no extenderlas a otros negocios, pese a que persigan la misma finalidad», añadiendo (en p. 2.628), «que las limitaciones han de interpretarse restrictivamente y que las normas han de interpretarse conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 CC)».

⁴⁷ Cuando, por ejemplo, ÁLVAREZ MORENO, «Artículo 323», 2013, pp. 2.631 y 2.632, afirma que «la enajenación incluye cualquier tipo de transmisión *inter vivos*, ya se haga a título oneroso o lucrativo, pero no quedan comprendidas, en cambio, las transmisiones *mortis causa*».

aferrada, precisamente, a la interpretación restrictiva, o como poco estricta, de la ley: al haber dejado de ser oficialmente hoy la transexualidad un trastorno, para convertirse en una condición sexual (según la OMS), consideraba yo⁴⁸ que en la Instrucción de la DGRyN de 23 octubre 2018 se realizaba una acertada interpretación sociológica o evolutiva con efecto corrector de la Ley de 15 marzo 2007, sobre el transexual, corrigiendo su sentido literal e histórico (el de su art. 4, limitado a mayores de edad sometidos a cierto tratamiento médico), para admitir la solicitud del cambio de nombre a menores y sin necesidad de ningún tratamiento médico; todo ello con absoluto respeto al espíritu de aquella ley: a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, y a la seguridad jurídica. Lo que, en cierto modo, fue luego avalado por el mismísimo Tribunal Constitucional en su sentencia 99/2019, de 18 julio, referida a los menores transexuales. Pero, precisamente por ser esa la razón de la ley consideraba yo que la Instrucción también debiera haber permitido la rectificación del sexo, y no solo el cambio de nombre del transexual.

En definitiva, y al margen de tal caso y de cualquier otro que pueda en la misma línea traerse, como ha concluido recientemente Martínez de Aguirre⁴⁹ (sobre tal art. 323 CC, pero extensible a cualquier otra norma): «Para dar una respuesta adecuada al problema, habrá que tener en consideración la norma concreta que exige la mayoría, su génesis y finalidad; es, pues, una cuestión de interpretación, que debe resolverse caso por caso». O como decía, en general, Albaladejo⁵⁰, al estimar que tal cuestión no se puede resolver «mecánicamente (como si dijese –el legislador–: es capaz para todo acto para el que no se le niega explícitamente capacidad), sino viendo si, a tenor de los principios en los que se inspiran los actos regulados, el no regulado cae dentro o fuera del sector de capacidad reconocido (bien como normal, bien como excepcional) al menor».

Tal vez en favor de aquella otra posición, siempre proclive a la restricción de toda limitación en la capacidad del menor, está que aquellas ampliaciones dadas a algunas de las expresiones empleadas por el artículo 323 CC no sean de auténtica interpretación modificativa extensiva, sino de simples interpretaciones declarativas latas (el propio Manresa decía –1907, p. 689–, que aquella extensión «está dentro del espíritu y –también decía– de la letra del artículo 317 de

⁴⁸ En un trabajo mío al que, permítaseme, me remito: «La transexualidad, hoy: un ejemplo de interpretación sociológica o evolutiva (Comentario a la Instrucción de la DGRyN de 23 octubre 2018 y a su posible legitimación constitucional desde la STC 99/2019, de 18 julio)», en *Revista de Derecho Privado*, 2020, pp. 69-117.

⁴⁹ «Artículo 323», en *Código Civil comentado*, vol. I.

⁵⁰ Según destacan, y así tomo, LINACERO DE LA FUENTE, *Actualidad Civil*, 1999, p. 1.589; y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2011, pp. 861 y 862.

nuestro Código»); pero, aun así, demuestran que no siempre rige *a priori* su necesaria interpretación modificativa restrictiva (ni siquiera la declarativa estricta), lo que, a la postre y en conclusión, demuestra que solo cuando tras aplicar todas las reglas hermenéuticas de que dispone el intérprete (según indica el art. 3.1 CC), y no quede aclarado si conforme a la razón de la norma (si conforme al interés superior del menor), su interpretación debe ser estricta, amplia o estrecha, tendrá entonces, por fin, su aplicación el artículo 2.1.II LO 1/1996 cuando, en su primera parte, exige la interpretación restrictiva; en definitiva, solo *in dubio pro capacitate*.

III. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: FAVORABILIA AMPLIANDA, ODIOSA RESTRINGENDA, LA PLENA IGUALDAD EN EL FAVOR LIBERTATIS, Y, SUBSIDIARIAMENTE, IN DUBIO PRO CAPACITATE

La doctrina de la interpretación restrictiva de normas que restrinjan la capacidad de las personas, referida sobre todo a los menores de edad, se hace hoy aún más acuciante para las personas con discapacidad, cuya capacidad, si bien tradicionalmente podía equipararse a la de los menores de edad⁵¹, por estar necesitados ambos de protección dada su común debilidad física o mental, hoy, en cambio, poco, o nada, tiene que ver con la de estos.

Tal distanciamiento en el trato a la capacidad de menores y de personas con discapacidad obedece a un cambio radical, revolucionario sin duda, que se produjo recientemente con la Convención de la ONU celebrado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad (ratificado por España en 2007 y publicada en el BOE de 21 abril 2008⁵²). En ella se vendrá a imponer la plena igualación en capacidad –entendida esta *in sensu lato*⁵³– de todas las personas con discapacidad, cualquiera que ésta sea (mental o física, *Cfr.*, sus arts. 1.II y 5)⁵⁴, con el resto

⁵¹ *Vid.*, con el maestro De Castro, GORDILLO CAÑAS, Madrid, 1986, así como a su discípulo, RAMOS CHAPARRO, Madrid, 1995.

⁵² A ello responde la reciente reforma legislativa contenida en la Ley 8/2021, de 2 de junio, que nuestro trabajo, elaborado en noviembre de 2020, no pudo tener en cuenta como se ha señalado anteriormente, pero que no afecta a la esencia de nuestra tesis.

⁵³ Aunando las tradicionales capacidad jurídica y capacidad de obrar, como es consabido. Véanse, al respecto, el artículo 12.2 de la Convención y su aclaración contenida luego en los apartados 12 a 14 de la Observación n.º 1 (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

⁵⁴ Así mismo, de la Observación n.º 1 (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, véase el punto 9 de su Introducción.

de las personas, fundando tal equiparación, prohibitiva de cualquier discriminación, en la propia dignidad y en el desarrollo libre, pleno e igual de la personalidad de tales personas como expresión de su autonomía. Quedan, así, proscritas cualesquiera formas discriminatorias, establecidas por la sola razón de la discapacidad, entre las que se incluye cualquier medida representativa sustitutiva en la toma de decisión por la persona con discapacidad (como la tradicional tutela), si no se trata de simples medidas de apoyo asistencial (no sustitutivo, ni representativo), que no reemplacen la libre y plena voluntad de la persona con discapacidad, decidiendo por ella, sino que la ayuden a tomar una decisión por sí sola (que se trate, en fin, como dice Vivas Tesón⁵⁵, de «un compañero de camino, un «ángel de la guarda», que no tome decisiones «por» la persona –con discapacidad– sino «con» ella»). Consagra, así, la Convención lo que la doctrina ha venido a denominar el principio de «mínima intervención»⁵⁶.

Todo ello es reiteradamente dicho, hasta el hartazgo, en aquella Convención⁵⁷, sobresaliendo a tal respecto lo dispuesto en su artículo 12 (la norma que, sin duda, ha dado más de que hablar). Y si alguna duda tal cambio suscitó, como en efecto sucedió, fue tajantemente resuelta en la Observación n.º 1 (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad⁵⁸, en la dirección y sentido antes expuestos en síntesis⁵⁹.

Con todo, se finge la igualación de lo desigual, la consideración de la persona con discapacidad como persona plena e igual en su capacidad, al margen de cualquiera que sea la naturaleza y alcance de su discapacidad, sin que, por tanto, exista ya hoy justificación para una especial protección o tutela –*stricto sensu*– de su persona y bienes. Como ya se advirtiera en la propia Convención de Nueva York de 2006 y luego se aclarará en aquella Observación n.º 1 (de 2014), no hay para la persona con discapacidad ningún interés superior que proteger, equiparable al que, en cambio, sí hay para los menores (salvo, naturalmente, que se trate de menores con discapa-

⁵⁵ VIVAS TESÓN, entre otros de sus muchos y reiterados trabajos sobre la materia, en *Derecho Civil Constitucional*, Méjico, 2014, p. 182.

⁵⁶ Por todos, reiteradamente, VIVAS TESÓN, 2014, pp. 175, 183, y también en otros de sus trabajos, como en *Más allá de la capacidad de entender y querer...*, Olivenza, 2012, p. 30, o en *Comunitaria: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, 2011, p. 126.

⁵⁷ Desde su mismo Preámbulo, hasta su articulado (*cf.*, de su art. 3 las letras a y b, el art. 4.1, así como los apartados 1 y 4 de su art. 5).

⁵⁸ De la que conviene observar el punto 7 de su misma Introducción, así como sus apartados 8, 9, 13 a 15, 17 y 18, 26 a 28, 32 y 50, a cuya lectura nos remitimos.

⁵⁹ Y que nuestras recientes reformas legislativas acogen en los nuevos art. 249 y 250 CC, y en la nueva redacción del art 1263 del cc, por el que las personas con discapacidad no ven proscrita su capacidad para negociar.

cidad, cuyo interés superior a proteger, que reitera la Convención en sus artículos 7.2 y 23.2, les vendría exigido, sin embargo, por su minoridad, no por su discapacidad). Lo dice, en efecto, la Observación n.º 1 (2014), cuando en un pasaje (contenido en su ap. 27), donde critica los tradicionales modelos de sustitución en la adopción de decisiones (como la tutela), afirma: «toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el «interés superior» objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias»; añadiendo luego (en la letra b] de su ap. 29): «Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo».

Ningún rastro, pues, debe ya haber actualmente del tradicional paternalismo para con las personas con discapacidad, que aquella Convención observa –con cierto anacronismo, según creo– como reflejo histórico de un trato discriminatorio.

De esta forma, en el tradicional –y difícil– equilibrio entre la protección de la discapacidad como persona más débil –o más vulnerable, según suele decirse ahora– (cfr., art. 49 CE), y su dignidad y libre desarrollo de la personalidad (arts. 10 y 14 CE), debe hoy, sin duda, prevalecer este último principio, por cuanto aquel artículo 49 de nuestra Constitución, dirigido a la protección e integración de las personas con discapacidad, debe ser hoy reinterpretado, actualizado, como permite –o exige, mejor dicho– el artículo 10.2 CE, desde aquella Convención de Nueva York y desde su Observación n.º 1 (2014), que la interpreta (auténticamente, además).

Equiparada, así, plenamente toda persona, con o sin discapacidad, en su capacidad jurídica y legitimación, en el tema que aquí y ahora nos ocupa (el de la interpretación de las normas reguladoras de la capacidad de las personas con discapacidad), no habrá más remedio que valorar cualquier restricción o limitación sustitutiva de la voluntad de la persona con discapacidad como un disfavor injustificado, contrario al natural y común *favor libertatis*, que como materia no solo excepcional, sino, sin duda, también odiosa (al menos en esta ocasión), debe interpretarse siempre restrictivamente, conforme al adagio *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*, que bien puede estimarse como auténtico principio general del Derecho, imbuido en aquella Convención de 2006 (cfr., sobre todo, su art. 3, precisamente, dedicado a sus «*principios generales*»⁶⁰, incluido ya en nuestro

⁶⁰ Entre los que se reconocen «*El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas*» y el de «*la no discriminación*» (letras a y b, respectivamente).

Derecho vigente, tanto por vía directa, *ex arts.* 96.1 CE y 1.5 CC, como por vía interpretativa, *ex art.* 10.2 CE). Tal es la fuerza de tan necesaria interpretación restrictiva en dicho ámbito sustitutivo de la libre voluntad de la persona con discapacidad, que su resultado interpretativo final bien pudiera ser la estimación de la derogación tácita de la norma que establezca aquel tipo de limitación indiscriminada en su capacidad, según permite, en materia de derogación, el artículo 2.2 CC⁶¹. Refiriéndose a la derogación tácita de las normas, el maestro De Castro⁶² señalaba «como indicación orientadora, que para admitir la *voluntas abrogandi* de la nueva disposición respecto a otra anterior, se precisan los siguientes requisitos: 1º Igualdad de materia en ambas leyes; 2º Identidad de destinatarios de sus mandatos; y 3º Contradicción e incompatibilidad entre los fines de los preceptos». Así lo recogerá nuestra jurisprudencia⁶³, y, en cierto modo, el artículo 2.2 CC, tras su reforma en 1974. En mi opinión, todos los requisitos, de forma y fondo, que se exigen para la derogación, en general, de cualquier norma, y para que, en particular, dicha derogación sea tácita, confluyen en el presente caso, referido a las normas nacionales que prevean un sistema sustitutivo en la capacidad y autonomía de las personas con discapacidad atendida su sola discapacidad.

En cambio, cuando la medida de ayuda prevista en la norma sea de apoyo, no sustitutiva, esta habrá de ser expresa y clara: a falta de explicitud habrá que interpretar que no hay medida alguna asistencial, y a falta de claridad, aun siendo expresa, en principio, habrá que interpretarla *super casum* conforme a la particular *ratio legis*, de la norma que en concreto la contemple, y –solo– en caso de duda en su resultado interpretativo, el intérprete deberá inclinarse por el menor alcance de tal medida asistencial, incluso por su falta de necesidad, y por el mayor alcance en la capacidad y autonomía propia de la persona con discapacidad⁶⁴. De nuevo, y en definitiva, el otro gran principio que según la común opinión se contiene en aquella Convención de Nueva York, de 2006, junto al citado de «intervención mínima»: *in dubio pro capacitas*, suele decirse⁶⁵ (correctamente, *in dubio pro capacitate*).

⁶¹ Al margen de lo dispuesto en la disposición derogatoria única de la Ley 8/2021, de dos de junio, posterior a nuestro trabajo, que no afecta a nuestra tesis central.

⁶² 1984, p. 360, con apoyo en la STS de 30 agosto 1924.

⁶³ Siendo destacables, entre otras, las SSTs de 14 enero 1958, 31 octubre 1996 o, más recientemente, la de 21 marzo 2000.

⁶⁴ Como ejemplo de interpretación restrictiva, puede verse como destacado el que sobre el artículo 56 CC y el derecho a contraer matrimonio, reconocido en plena igualdad y libertad en el artículo 23.1.a) de la Convención de 2006, hace recientemente GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Derecho privado y Constitución*, 2018, pp. 55-94.

⁶⁵ Por todos, y reiteradamente, VIVAS TESÓN, 2014, pp. 175, 183, y también en otros de sus trabajos, como en *Más allá de la capacidad de entender y querer...*, Olivenza, 2012, p. 30, o en *Comunitaria: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, 2011,

IV. Y LA POSIBLE INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LAS PROHIBICIONES LEGALES IMPUESTAS A LOS CARGOS DE APOYO A PERSONAS MENORES O CON DISCAPACIDAD: A MAYOR ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN MAYOR AUTONOMÍA PARA MENORES Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CONFORME AL FAVORABILIA AMPLIANDA, Y, UNA VEZ MÁS, IN DUBIO PRO CAPACITATE)

Bien conocidos son los obstáculos o impedimentos que a veces la ley impone a determinadas personas para la realización de determinados actos y negocios jurídicos a fin de evitar el abuso o el fraude, establecidos todos ellos bien por razones de moralidad bien por la contraposición de intereses⁶⁶. Son las comúnmente llamadas prohibiciones legales, que, a nuestro propósito, cabe entender en sentido amplio, comprendiendo tanto aquellos casos en que la ley, sin más, impide que una determinada persona realice un determinado negocio jurídico, como aquellos en los que la ley condiciona la validez del mismo a su autorización judicial, o a la de cualquier otra autoridad que haga de garante y control del interés superior del menor o de la no discriminación de la persona con discapacidad (como sucede, por ejemplo, con la figura del defensor judicial), a fin de impedir que quien representa al menor o asiste a la persona con discapacidad abuse de su poder en perjuicio del interés de estos. Entre todas ellas cabría aquí incluir, a nuestro propósito también, cualquier otra restricción que pudiera fijarse judicialmente en el nombramiento del representante del menor o, en su caso, asistente de la persona con discapacidad (*cfr.*, art. 760 LEC).

Por lo que afecta a nuestra materia, relativa a menores y a personas con discapacidad, de entre todas las diversas prohibiciones establecidas en el propio Código Civil español interesan, por ejemplo, la de los artículos 162 y 166 (en materia de patria potestad), la contenida en sus artículos 221 y 271 (sobre tutela), en el artículo 753 (en materia de testamento, que prohíbe testar al pupilo en favor

p. 126. Resulta curioso que en tiempos tan denostados como los actuales para las lenguas clásicas, estimadas como lenguas –supuestamente– «muertas», sigan empleándose latinajos en el mundo científico (y no solo en el jurídico), aunque no tengan antecedentes históricos, ni medievales, ni romanos (piénsese, por ejemplo, en el *bonum fillii*), lo que, a veces, provoca estas imprecisiones: correctamente, el prefijo latino *pro* va seguido de ablativo, y tratándose del sustantivo *capacitas capacitatis* (de la 3.ª declinación), su forma ablativa singular es *capacitate*.

⁶⁶ Que, como decía comentando el artículo 236 del Proyecto de CC-1851 (similar al vigente art. 1459.1.º CC), GARCÍA GOYENA, 1852, p. 236, «alejan toda posibilidad de confabulación».

de su tutor o de su curador, entre otros), o la del artículo 1459.1.º (en materia de compraventa)⁶⁷.

Tan extenso elenco de prohibiciones lo son, precisamente, por estar tasados, por contener listas exhaustivas, cerradas de actos y negocios que representantes y asistentes de menores y de personas con discapacidad, respectivamente, no pueden hacer, sin más o sin autorización previa. Conforman, pues, todos aquellos supuestos un sistema de *numerus clausus* (según nos place decir a los juristas, aunque no sepamos latín). Ello impide que por interpretación extensiva, mucho menos analógica, ni siquiera mediante pacto, se puedan incluir otros supuestos, otras prohibiciones diversas de las previstas taxativamente en la ley o en la decisión judicial que designe un representante para el menor o apoyo para la persona con discapacidad. Pero ¿acaso no cabría interpretar amplia, extensivamente cada caso ya previsto conforme a su *ratio*, e incluso aplicar por analogía los casos ya previstos a otras medidas de apoyo o de representación? Piénsese, entre otros posibles ejemplos, atendidas las normas antes mencionadas, en el alcance de «enajenar» (a que se refiere, vgr., el art. 271.2.º CC, hoy 287.2.º, de modo similar a cuanto ocurre con el art. 323 CC, hoy art. 247, arriba interpretado extensivamente), o en si «adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título», a que se refiere el artículo 221.3.º CC, hoy 251. 3º, comprende solo y estrictamente la compraventa o también cualquier otro acto de enajenación a título oneroso (como la permuta, la dación en pago, ...). O, más allá de la interpretación extensiva, y entrando más en el terreno de la analogía, si cabe que tales normas, referidas literalmente, al menos, al tutor, sean también aplicadas al curador o a cualquier otra figura de apoyo (como, en cambio, sí lo hace expresamente el art. 753 CC, limitando la capacidad de testar). *Quid iuris?*

La respuesta tradicional a tal cuestión por parte de nuestra jurisprudencia⁶⁸, y de un sector de nuestra doctrina⁶⁹, ha sido siempre

⁶⁷ Algunos de los referidos artículos han sido modificados por la Ley 8/2021, lo que no afecta a la esencia de nuestra tesis.

⁶⁸ Referida en su mayoría a los artículos 753 y 1459 CC, según tomamos de GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, *Revista de Derecho Privado*, 1960, pp. 449-462; de ALBÁCAR LÓPEZ, «Artículo 1459», *Tomo V*, 1991, pp. 134 y ss.; con tono también crítico, de PASQUAU LIAÑO, 1997, pp. 162 ss.; y de GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «Artículo 1459», 2013, pp. 10.287 y 10.288, como son, entre otras muchas, algunas de las cuales luego reproduciremos, las SSTs de 22 diciembre 1863, 12 noviembre 1907, 16 noviembre 1918, 2 junio 1932, 3 junio 1949, 27 mayo 1959, 14 octubre 1966, 2 febrero 1973, 7 diciembre 1983, 3 septiembre 1996, 19 mayo 1998, 28 febrero 2006, 16 marzo 2010 (referidas estas más recientes al n.º 5.º de art. 1459 CC).

⁶⁹ Como MANRESA Y NAVARRO, y también QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, sobre el artículo 275 CC en su redacción originaria, equivalente a los actuales 221 y 271 CC (1907, p. 365), preguntándose acerca de si el tutor podía dar o tomar dinero a préstamo

negativa: siempre se ha entendido que tales prohibiciones no se presumen y que han de establecerse expresa y claramente; de lo contrario, ha de imperar una interpretación restrictiva de las mismas, proclive a su menor alcance o, incluso, a su misma inexistencia, por tratarse de normas prohibitivas, de limitaciones excepcionales *contra naturam*, contrarias a la natural capacidad de la que goza toda persona, lo que, además, las convierte en normas odiosas, haciendo, una vez más, aplicable el conocido adagio: *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*⁷⁰. Estimadas, así, aquellas nor-

de su pupilo (por entonces, en aquel art. 275 CC, no expresamente prohibido), «el Código –decía– no lo prohíbe, y por tanto hay que considerarlo posible, pues que en materia de prohibiciones la interpretación ha de ser restrictiva». Y refiriéndose al artículo 1459 CC (Tomo X, 1905, p. 87), dirá que «no hay más incapacidades que las que la ley expresamente determina, las cuales no pueden ser ampliadas a otros casos o supuestos en virtud de una interpretación extensiva que pugnaría con la naturaleza del precepto». También son proclives, en la doctrina actual, a una interpretación –en principio– restrictiva, admitiendo tan solo una interpretación actualizadora de los arcaísmos contenidos en algunas de aquellas normas. LÓPEZ Y LÓPEZ, «Artículo 1459», 1991, pp. 904 y 905; y, siguiéndole, GARCÍA CANTERO, «Artículo 1459», Tomo XIX, p. 135; y el discípulo de aquel primero, aunque a veces sin citarle, INFANTE RUIZ, «Artículo 1459», vol. II, p. 71; aunque, como se verá, en algunas ocasiones llegarán a admitir algún caso de interpretación extensiva. Decía, en efecto, el primero de los autores citados (en p. 904), refiriéndose, en particular, al artículo 1459 CC: «Aunque el TS ha afirmado que precisamente por ese carácter de prohibición y no de incapacidad no es posible en esta materia la interpretación extensiva ni la aplicación analógica, no es de creer que no sea posible al menos una prudente actualización integradora de algunos de los supuestos de hecho, que aparecen con un lenguaje singularmente arcaico», añadiendo luego (en p. 905), que «una cosa es la integración actualizadora de los supuestos de algunas prohibiciones, y otra bien distinta la utilización de la analogía o la interpretación extensiva en el contenido genérico de las prohibiciones».

⁷⁰ Siendo probablemente la primera en afirmarlo la STS de 22 diciembre 1863, aunque en *obiter dicta*, al hablar de «el principio general de que debe ampliarse lo favorable y restringirse lo odioso». Dirá, también, la STS de 16 noviembre 1918: «Las incapacidades señaladas en los artículos 753 y 1459 no pueden extenderse a otros supuestos por no permitirlo la naturaleza prohibitiva de estos preceptos». Por su parte, la STS de 2 junio 1932: «La prohibición establecida por Ley para adquirir por compra ... se refiere a las personas y con relación a bienes expresamente comprendidos en alguno de los casos señalados en el artículo 1459, mas en modo alguno puede afectar a la validez de los contratos en cuyos otorgantes no concurren las aludidas circunstancias, ya que por tratarse de disposiciones prohibitivas han de interpretarse restrictivamente». Acerca del artículo 1459.2.º CC, dirá la STS de 3 junio 1949 que «que tal precepto, por su carácter de prohibitivo ha de aplicarse de manera restrictiva»; así también la STS de 27 mayo 1959: «Distintas de las incapacidades son las prohibiciones especiales impuestas por la ley para realizar determinados actos o negocios jurídicos, respondiendo principalmente a razones de moralidad, que restringen siempre la capacidad de derecho, ... pudiendo solo ser objeto de interpretación estricta y nunca extensiva, por aplicación del principio de Derecho “odiosa sunt restringenda”, ... y la prohibición, como de interpretación estricta, no puede extenderse». Negando que el artículo 1459 CC se aplique al comisionista, recordará la STS de 14 octubre 1966 que «es doctrina constante de esta Sala al proclamar que el contenido del artículo 1459 del CC como prohibitivo que es, debe interpretarse restrictivamente». También la STS de 2 febrero 1973, al decir: «El artículo 1459, número 4.º, del CC, sólo puede ser objeto de interpretación estricta y nunca extensiva, por aplicación del principio odiosa sunt restringenda, como ya tiene declarado la jurisprudencia con anterioridad». Así también nuestra jurisprudencia registral, sobre prohibiciones legales de disponer, dirá, por ejemplo, la RDGRyN de 17 junio 1950 que las mismas «deben ser interpretadas con criterio restrictivo».

mas prohibitivas como odiosas y excepcionales, con mayor razón también se les niega su aplicación analógica *ex* artículo 4.2 CC⁷¹.

Radicalmente, en el fondo de tal doctrina el error, según creo, estriba en confundir prohibiciones e incapacidades (a pesar de que alguna STS y alguna Resolución registral parezcan advertir, primero, tal diferencia⁷², aunque sin llevarla luego a sus lógicas consecuencias en materia de interpretación): mientras que las restricciones a la capacidad obedecen a razones subjetivas e inherentes a cada persona (por su edad, madurez, salud, ...), o –si se sigue una explicación objetiva de aquellas, como defendía De Castro– a su estado civil (de menor, de persona con la capacidad judicialmente modificada, ...) ⁷³, las prohibiciones legales, en cambio, obedecen a razones de moralidad o de contraposición de intereses, a fin de evitar el abuso o el fraude que una persona (la de asistencia y apoyo) pueda cometer en perjuicio de otra (precisamente, de quien aquella debería asistir y apoyar)⁷⁴. Es una manifestación más de la necesaria defensa del interés superior del menor que, aunque sin parangón actualmente para las personas con discapacidad (según vimos), también exige para estas el artículo 12 de la Convención de

⁷¹ Así lo dirá, refiriéndose al artículo 1459.2.º CC, la STS de 7 diciembre 1983, que «*nunca podría aplicarse subjetivamente por vía analógica la prohibición que regula, al no concurrir identidad de razón entre la prohibición establecida para el mandatario y la pretendida para familiares...*». Antes, la STS de 13 febrero 1967 había rechazado la aplicación del artículo 1459 CC, entre otras razones, porque «*aunque ofrece grandes semejanzas con aquél –el contrato de compraventa– especialmente en su modalidad de contrato oneroso estando a veces embebida dentro del mismo la relación de renta que figura como uno de sus efectos, no es menos cierto que esto no puede implicar identidad por el específico carácter aleatorio de la renta vitalicia y por su discutida naturaleza científica que ha hecho considerarla por parte de la doctrina científica como un contrato real y no puramente consensual, lo que repercute en su tratamiento legal, donde ningún precepto se remite para al complemento de su regulación, a las normas propias de la compraventa*».

⁷² Según puede verse en las dos notas anteriores.

⁷³ Como prefería decirlo PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1999, p. 313, para quien «las limitaciones de la capacidad afectan a una cualidad de la persona, la aptitud para realizar actos con eficacia jurídica, y se determinan en relación con su estado civil... En cambio, las prohibiciones afectan al contenido del derecho subjetivo, precisamente, a una de sus facultades».

⁷⁴ Uno de los primeros en advertir tal diferencia fue GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *RCDI*, 1925, pp. 671 y 672, al destacar «la separación de dos conceptos afines: capacidad y facultad dispositiva, el primero de los cuales hace referencia a potencias espirituales y el segundo a poderes patrimoniales... Las faltas de capacidad y las limitaciones de disponer se distinguen...: las primeras descansan en el derecho de la personalidad y tienden a la protección del incapacitado; las segundas se imponen en interés general, o de un grupo o de una determinada persona» (como es, este último, nuestro caso). Insistirá en ello el común de la posterior doctrina hipotecarista; así, por ejemplo, SANZ FERNÁNDEZ, 1955, p. 458, cuando afirma que «la incapacidad se impone a las personas por razones puramente subjetivas del propio interesado, independientes de su posición como titular de derechos patrimoniales y limita su capacidad de obrar. (...) La prohibición de disponer –en cambio– se impone al sujeto, por razones subjetivas, pero derivadas siempre de su posición como titular de los derechos patrimoniales, y es siempre ajena al problema de la capacidad de obrar». En definitiva, como sintetizaba CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, 1971, p. 777, «las incapacidades nacen dentro del sujeto mismo y las prohibiciones fuera de él».

la ONU en su ap. 4, cuando habla de «*impedir los abusos*» y de «*que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida*». Y si hubiera duda de que tales riesgos son predicables, sobre todo, de la misma persona que asiste y apoya a la persona con discapacidad, queda aquella despejada en la Observación n.º 1.º (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuando dice (en su punto 22): «Aunque todas las personas pueden ser objeto de «*influencia indebida*», este riesgo puede verse exacerbado en el caso de aquellas que dependen del apoyo de otros para adoptar decisiones. Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores».

Por eso, mientras que cualquier limitación a la capacidad afecta a la capacidad propia de una persona en su propio interés (o, a lo más, en el de su familia, como sucede, vgr., con la prodigalidad), las prohibiciones legales, en cambio, afectan a la facultad de disponer o de administrar la capacidad ajena, de la persona a quien se ayuda, en interés también ajeno, de esa misma persona a quien se habría de apoyar (quede aparte, como luego se advertirá, el caso particular del art. 753 CC, que prohíbe al propio pupilo testar en favor de su tutor o de su curador). Las prohibiciones, por tanto, no afectan a la capacidad de la persona que asiste al menor o a la persona con discapacidad, que en absoluto se ve afectada por aquellas prohibiciones, sino a su legitimación indirecta o representativa. Son una limitación, un veto a tal legitimación y al poder de representación o de asistencia⁷⁵, a fin de evitar cualquier abuso o fraude (y entiéndanse tales expresiones en sentido técnico: el abuso de derecho a que se refiere el art. 7.2 CC, y el fraude de ley a que se refiere el art. 6.4 CC).

Siendo, pues, tal el fundamento de todas aquellas prohibiciones legales impuestas a tutores, curadores, ..., no cabe entender que las normas que las imponen sean excepcionales cuando, muy al contrario, son consecuencia y manifestación de aquellos principios, en evitación del abuso y del fraude legal. Que su contenido sea imperativo y prohibitivo

⁷⁵ Como decía, aunque de pasada y refiriéndose en general a las prohibiciones de disponer, la RDGRyN de 22 de junio 1943, «*sin implicar propiamente una falta de capacidad jurídica, oponen un veto*», siendo más precisa la de 23 octubre 1980, al decir: «*... sin que esta prohibición de disponer suponga falta de capacidad jurídica del afectado, sino tan solo un veto al desenvolvimiento de las facultades*».

y que la consecuencia de su vulneración sea la invalidez del acto o negocio hecho abusiva e ilegalmente no las convierte en normas excepcionales, ni genuinamente sancionadoras o punitivas (acaso como si toda norma imperativa y prohibitiva también lo fuera), sino protectoras de la persona cuyo engaño o abuso la ley pretende evitar con aquellas prohibiciones. Buena prueba de que no nos movemos entre normas excepcionales es la prohibición de la autocontratación que, como principio del Derecho, ha sido deducido por nuestra jurisprudencia desde toda aquella pléyade de casos prohibitivos (los de los arts. 162, 166, 221, 271, ..., antes referidos, y de tantos otros que no vienen a nuestro caso), en los que, lejos de observar casos excepcionales o singulares frente al principio de autonomía de la voluntad, se ha querido ver la manifestación de un «nuevo» principio general del derecho: aquel que proscribiera, como regla, la autocontratación⁷⁶, permitiendo solo su validez, como excepcional –esta sí– bien cuando no hay conflicto de intereses, o el interés claramente beneficiado es el del representado o asistido (vgr., por ser el representante o el asistente quien dona en favor del representado o asistido, ...), bien cuando el negocio ha sido autorizado expresamente por el propio representado o asistido (posible perjudicado).

Siendo, además, aquella la razón y esta la naturaleza de tales normas prohibitivas, tampoco cabe ver en ellas materia odiosa que deba necesariamente interpretarse con alcance –solo– restrictivo. Tal vez sea odiosa para el representante o la persona de apoyo cuya legitimación para actuar en interés de la otra persona queda vetada, proscribida o limitada por la ley, pero en absoluto lo será para la persona que la ley protege con aquella proscripción, resultándole, al contrario, beneficiosa: un favor de la ley, que, al contrario de lo que pretende aquella tradicional jurisprudencia, permitiría su interpretación extensiva conforme al aforismo *favorabilia amplianda*, de modo que «hasta donde llegue la razón de la moralidad –que la justifica– llegará la prohibición»⁷⁷.

⁷⁶ Y que, comentando el artículo 1459 CC, cuya posible interpretación amplia defiende, según GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «Artículo 1459», 2013, p. 10.287, «ya en virtud de analogía (art. 4.1), ya apelando a un principio general del Derecho (art. 1), según el que nadie puede autocontratar si hay contraposición de intereses».

⁷⁷ Según concluía, en su trabajo sobre el artículo 1549.2.º CC, GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, *Revista de Derecho Privado*, 1960, pp. 457 y 458, quien, además, aun aceptando la naturaleza excepcional de tal norma, no veía inconveniente en su posible interpretación extensiva –siempre– dentro de la razón de la prohibición (como yo mismo he defendido antes, sobre las normas que limitan la capacidad de los menores de edad, pero que no considero necesario repetir aquí, dada mi negación de aquella pretendida naturaleza excepcional de aquellas prohibiciones legales). Llegará a decir, con toda la razón (p. 457), que «la llamada interpretación extensiva puede ser necesaria para que un precepto prohibitivo e incluso de excepción cumpla su propia finalidad»; añadiendo luego (en la misma página): «Como el campo de la contratación se considera tradicionalmente propio de la autonomía de la voluntad, toda prohibición legal, en cuanto limitación de esa autonomía, tiende a ser interpretada restrictivamente. Pero esa tendencia resulta engañosa y conduce

Así las cosas, y aun siendo indudable que las prohibiciones legales forman un listado cerrado que no se presume, y que deben describirse de forma clara y expresa, la falta de claridad no debe conducir necesariamente a su interpretación restrictiva, conducente incluso a su negación misma, sino a una interpretación de la norma conforme a su finalidad (como, de nuevo, exige en general el art. 3.1 CC *in fine*), de modo que pueda tener como resultado una interpretación estricta, restrictiva o extensiva, según cada caso.

Y si, aun así, no fuera posible alcanzar una interpretación segura, en la duda, frente a aquella jurisprudencia, parecería más oportuna una interpretación extensiva de la prohibición; por dos razones fundamentalmente:

En primer lugar, porque tal interpretación extensiva se muestra como la más conforme con la razón general de todas aquellas prohibiciones legales, y que, según vimos, la propia Convención de la ONU refiere (en su art. 12.4) en favor de las personas con discapacidad: la de evitar el riesgo al fraude o abuso ante posibles conflictos de intereses que pudiera haber en caso de autocontratación.

Esta es, precisamente, la actual posición doctrinal mayoritaria⁷⁸ frente a aquella jurisprudencia, cuando, por ejemplo, defiende que el artículo 1459.1.º CC, referido literalmente desde 1889 a «*los que desempeñen algún cargo tutelar*», se aplique a cualquier cargo de asistencia del pupilo: no solo a tutores, sino también a curadores⁷⁹, y, según algunos, también a los propios defensores judiciales⁸⁰. O que, a pesar de que hable de «*adquirir por compra*», la doctrina

muchas veces a consecuencias erróneas. El *vetare* no tiene por qué ser de interpretación más restrictiva que el *imperare*. En la misma jurisprudencia, la STS de 3 septiembre 1996, tras menciona la doctrina legal favorable a la interpretación restrictiva de las prohibiciones legales (mención que, por cierto, hace reproduciendo los motivos de casación), llegará a decir, sentando –entonces sí– jurisprudencia: «*Es cierto que la doctrina jurisprudencial dominante preconiza la interpretación y aplicación restrictiva de la prohibición contenida en el n.º 2 del artículo 1459 CC, pero también lo es que la mentada prohibición no solo afecta a los casos de autocontratación en su más pura acepción sino, además, a aquellos otros que ofrezcan riesgos de abuso por implicar una colisión de intereses o una acreditada conflictividad entre los intereses en juego*».

⁷⁸ Así, a veces el propio GARCÍA CANTERO, «Artículo 1459», pp. 136 y ss., quien para incluir otros cargos no estrictamente tutelares, habla (en p. 137) de una «interpretación correctora»; y, sobre todo, ALBÁCAR LÓPEZ, «Artículo 1459», *Tomo V*, 1991, pp. 134 y ss.; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «Artículo 1459», 2013, pp. 10.286 y ss.

⁷⁹ Como ya preveía el –correlativo– artículo 1381 del Proyecto de CC de 1851, según explica GARCÍA GOYENA, 1852, pp. 370 y 371.

⁸⁰ Así lo dicen el propio LÓPEZ Y LÓPEZ, «Artículo 1459», 1991, p. 905, y también GARCÍA CANTERO, «Artículo 1459», p. 139, aunque, como advierte el discípulo de aquel, INFANTE RUIZ, «Artículo 1459», vol. II, pp. 71 ss., «la extensión al defensor judicial no es posible por la razón de que este cargo se nombra en los casos en los que existe un conflicto de intereses entre los padres y el menor (art. 163 CC), y este conflicto de intereses se reproduciría idéntico en el mismo instante en que el defensor judicial deseara adquirir los bienes del menor» (¿entonces?). Y a cualquier apoderado, dice GARCÍA VALDECASAS, *Revista de Derecho Privado*, 1960, p. 458, al comentar el artículo 1459.2.º CC.

entienda ampliable tal expresión también a la venta, a la opción de compra (como así, incluso, entendió la STS de 12 noviembre 1907), a la dación en pago, a la permuta, ... o incluso hasta la donación, conforme a una interpretación –lógica y sistemática– desde el artículo 221 CC, una norma esta posterior a aquella otra en el tiempo (al ser reformada en 1983, frente a la redacción inmaculada de aquella otra), en cuya interpretación, por tanto, debe influir, *ex* artículo 2.2 CC, y que, referida a todos los cargos de apoyo a menores y personas con discapacidad, también incluye la prohibición de donaciones bajo el término «*liberalidades*».

En ambas ampliaciones de aquel artículo 1459.1.º CC, en efecto, coadyuva la propia interpretación, también amplia, que del artículo 221 CC el común de la doctrina hoy defiende frente a aquella jurisprudencia tan solo proclive a la interpretación restrictiva de toda prohibición legal⁸¹: por un lado, incluyendo cualquier cargo de apoyo o asistencia (tutores, curadores, defensores judiciales, ...), a pesar de su literalidad, referida tan solo a la tutela, aunque extensible a otros cargos, no por una –pretendida– analogía habida entre ellos, sino por estar aquella norma ubicada dentro de un capítulo general sobre cargos de asistencia a menores y personas con discapacidad (dentro del Capítulo I del Título X, sobre «*Disposiciones generales*», fuera del Capítulo II, dedicado a la genuina y estricta tutela), precisamente, por ser su razón la evitación de cualquier engaño en perjuicio de estos; y por otro, incluyendo entre las «*liberalidades*» cualquier acto, más que gratuito, que sea potencialmente lucrativo (sin contraprestación), para el cargo tutelar, como donaciones (con exclusión, para algunos⁸², de los regalos de costumbre o cortesía de valor proporcional a la circunstancias), legados (y otras disposiciones *mortis causa* *ex* art. 753 CC), cesiones gratuitas de créditos, contratos a favor de tercero, renunciaciones de derechos, promesas unilaterales, ...

Sin entrar en la oportunidad de tales ampliaciones (que, como viene sucediendo con otras normas expuestas aquí, no es el objeto

⁸¹ Así, entre otros, LETE DEL RÍO, «Artículo 323», Tomo IV, pp. 252 y ss.; HUALDE SÁNCHEZ, «Artículo 221», 1991, pp. 687 y ss.; ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, *Tomo I*, 1991, pp. 1.234 y 1.235; GARCÍA CANTERO, «Artículo 221», pp. 1.041 y 1.042. En una posición aislada se sitúa GARCÍA GARNICA, M.ª C. (2013, p. 2.080), cuando dice: «En la medida en que esta norma es restrictiva de la capacidad de obrar de quien desempeña una función tutelar, la doctrina afirma de forma unánime que debe ser objeto de interpretación restrictiva y que el elenco de supuestos que recoge es taxativo», lo que, sin duda, es cierto, pero no hace también ciertas aquellas otras afirmaciones.

⁸² Como LETE DEL RÍO, «Artículo 221», pp. 256 y 257, quien entiende que tales casos «tienen por causa no el *animus donandi*, sino la observancia de un uso, ... puesto que más bien se trata de gastos obligatorios impuestos en virtud de ineludibles exigencias sociales». Esa fue, en un principio, la intención de GARCÍA GOYENA, 1852, p. 243, quien, no obstante, comentando el artículo 245 del Proyecto de CC de 1851 (equivalente al actual art. 221.1.º CC), reconocerá: «En el artículo 126 de mi borrador se le permite –al tutor– hacer los regalos ó espresiones de costumbre con autorización del consejo: la Sección no lo aprobó».

central de este estudio), y al margen de la inclusión de las «liberalidades» también en el artículo 1459.1.º CC, tal vez pueda verse en todo ello como resultado –tan solo– una interpretación declarativa lata (ni siquiera extensiva, mucho menos analógica); pero en todo caso bastante de por sí como para cuestionar su necesaria interpretación restrictiva (ni siquiera estricta), que, como tópico, aún suele predicarse de cualquier prohibición legal.

Junto a lo dicho, hay otra razón –la segunda anunciada, esta no destacada por la común doctrina⁸³– para apoyar la interpretación extensiva de cualquier prohibición legal en caso de duda; porque mantenida la prohibición, por vía interpretativa, que impide la autocontratación, será la propia persona representada o asistida (el menor o la persona con discapacidad, respectivamente), quien pueda actuar por sí misma, por sí sola, de forma autónoma y libre –mostrándose ello, una vez más, conforme a la razón general de la capacidad de que goza toda persona y, de nuevo, conforme al principio *in dubio pro capacitate*–; así mismo, conforme a la jurisprudencia formada en torno a la prohibición de la autocontratación, la manifestación de su voluntad expresa en tal negocio que celebra (de los comprendidos en aquellas prohibiciones legales), incluso en favor de su representante o de su asistente, actuando este ya sin representación ni como apoyo, eliminará el riesgo de abuso o fraude, así como cualquier posible conflicto de intereses, dado que el representante o asistente no actuará como tal, sino en su propio nombre e interés, actuando también el menor o la persona con discapacidad en el suyo propio.

Tal interpretación, insisto, y no la contraria restrictiva, sería la más conforme con los nuevos tiempos favorables a un pleno y libre reconocimiento de la capacidad en favor de menores y de personas con discapacidad, como de cualquier otra persona, sin discriminación alguna.

Por eso mismo, precisamente, no cabe observar discriminación ninguna en el artículo 753 CC, cuando dice que no «surtirá efecto la disposición testamentaria –hecha por el pupilo– en favor de quien sea tutor o curador del testador...». En su redacción originaria (de 1889), tal norma hablaba solo de «tutor», proponiendo la doctrina la lógica inclusión también del curador⁸⁴, una interpretación más amplia que se haría auténtica

⁸³ Pero sí advertida, sobre el artículo 1459.2.º CC, por GARCÍA VALDECASAS, *Revista de Derecho Privado*, 1960, pp. 450 y ss., donde repite la idea (en p. 451), de que «al vender directamente el dueño a quien era su encargado, no solo ha revocado el encargo, sino que ha sido conocedor de la persona del adquirente, ha juzgado la compatibilidad de intereses en la actuación de aquél y, en definitiva, la ha aprobado vendiéndola» (como así sucedió en la STS de 3 junio 1949, que él mismo comentaba en su trabajo). En tal apreciación me inspiro para decir lo que a continuación alego como segunda razón para interpretar extensivamente las prohibiciones legales en caso de duda.

⁸⁴ Por todos, HUALDE SÁNCHEZ, «Artículo 221», 1991, p. 688, emparentando el 753 con el 221.1.º CC, por fundarse igualmente ambos «en el juicio apriorístico de que toda liberalidad que realiza el sujeto a una medida de guarda y protección en favor de su guar-

por obra del legislador (precisamente tras ser reformada aquella norma por la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor). En la evitación del engaño, del abuso en obtener el tutor o el curador parte de la herencia de su pupilo, no hay discriminación en la capacidad de este, sino idéntica protección que se contiene en otras normas, ubicadas alrededor de aquella, que también pretenden evitar la captación de la voluntad del testador –y así asegurar su libertad de testar– en favor del «notario» que, precisamente, redacta el testamento (art. 754 CC), o del «sacerdote» que confiesa o da la extremaunción al testador en su lecho de muerte (art. 752 CC), normas todas ellas que, por identidad de razón, también pueden extenderse a pesar de contener prohibiciones legales (vgr., como ejemplo clásico al respecto, el del art. 752 CC, que en un principio fue interpretado restrictivamente por la STS de 6 abril 1954, por ver en ella una norma restrictiva de un derecho, de la libertad de testar⁸⁵, pero que hoy comúnmente se entiende ampliable en su prohibición a las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor de cualquier otra autoridad de culto que en ella le hubiese confesado o asistido de cualquier otro modo⁸⁶).

Se trataría, en fin, de una prohibición legal impuesta a los menores y a las personas con discapacidad en absoluto discriminatoria, y acorde con lo que ya la Observación n.º 1.º (2014) del Comité de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad aclaraba (en su punto 32), interpretando el artículo 5 de la Convención de Nueva York (dedicado, precisamente, a la igualdad y no discriminación); cuando, en particular, dice aquella Observación: «Los Estados pueden limitar la capacidad jurídica de una persona en determinadas circunstancias, como la quiebra o una condena penal. Sin embargo, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y a no sufrir discriminación exige que cuando el Estado niegue la capacidad jurídica, lo haga aplicando los mismos motivos a todas las personas. La negación de la capacidad jurídica no debe basarse en un rasgo personal como el género, la raza o la discapacidad, ni tener el propósito o el efecto de tratar a esas personas de manera diferente».

dador, habría que entenderla originada no en su libre voluntad sino en una voluntad captada por el cargo tutelar; captación de voluntad que se presumiría producida por la relación de sujeción moral en que se encuentra, con respecto a su guardador, todo sujeto a guarda».

⁸⁵ Del modo de interpretar el artículo 752 CC de dicha STS se preguntaba MONTÉS PENADÉS, «Artículo 4», 1977, p. 221, nota 43: «¿Esta es una norma odiosa? ¿No es una norma que protege la libertad de testar –principio general– y que por ende se debería poder aplicar a otras causas de sugestión o captación de la voluntad?».

⁸⁶ Sobre tal caso, permítaseme remitirme, de nuevo, a mi trabajo «Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines», en *Anuario de Derecho Civil*, 2012, pp. 1.004, 1.036, 1.037 y 1.067, con cita allí de doctrina y con un tratamiento más detenido del artículo 752 CC.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN, Y DE EPÍLOGO (ABIERTO)

En conclusión, frente al «topos» de interpretar siempre de forma restrictiva cualquier limitación a la capacidad de las personas menores de edad o con discapacidad, proponemos su revisión desde una interpretación internacionalista de nuestras normas (según permite el art. 10.2 CE), del siguiente modo:

En materia de menores, con fundamento en el Derecho Internacional y en el artículo 2.1. II de la Ley Orgánica de Protección del menor, coadyuvado por el artículo 3.1 CC *in fine*, cabe concluir que las restricciones a su capacidad, al fundarse estas en razones de justicia (en el *favor minoris*), no se contienen en normas odiosas que obliguen a su interpretación siempre restrictiva (conforme al adagio *odiosa restringenda*), sino en normas excepcionales (singulares frente a la regla general de la capacidad natural de toda persona, conforme esta al *favor libertatis*), que, como tales, no se pueden aplicar por analogía (art. 4.2 CC), pero que sí pueden interpretarse estricta, restrictiva o ampliamente, según cada caso cuál sea la finalidad de la norma y el interés superior del menor que proteger, debiendo tan solo interpretarse necesariamente de forma restrictiva, en favor de la capacidad de aquel y en contra de su limitación, para los casos de duda (*in dubio pro capacitate*).

Cuando se trata de la capacidad de las personas con discapacidad, en cambio, al haber sido equiparada, por exigencias de igualdad y no discriminación, su capacidad y autonomía a la de cualquier persona en la Convención de Nueva York de 2006, en la que se suprimen el tradicional interés superior de tal persona como –supuestamente– más vulnerable, y consiguientemente cualquier medida representativa y sustitutiva de su autonomía de la voluntad, no habrá más remedio que valorar cualquier restricción o limitación con tal alcance como un disfavor injustificado, contrario al natural y común *favor libertatis*, que como materia no solo excepcional, sino también odiosa (al menos, en esta ocasión), debe interpretarse siempre restrictivamente, conforme al adagio *odiosa restringenda*, que bien puede suponer la derogación tácita de la norma que establezca aquel tipo de limitación sustitutiva indiscriminada en su capacidad (*ex art. 2.2 CC*). Solo cuando la medida de ayuda prevista en la norma sea de apoyo, no sustitutiva, para la persona con discapacidad, cabrá interpretarla *super casum* conforme a la particular *ratio legis*, de la norma que en concreto la contemple (de nuevo, conforme al art. 3.1 CC *in fine*), y –solo– en caso de duda en su resultado interpretativo, el intérprete deberá inclinarse por el menor alcance de tal medida asistencial y por el mayor alcance en

la capacidad y autonomía propia de la persona con discapacidad (de nuevo, *in dubio pro capacitate*).

En contraposición, finalmente, cabe concluir que las prohibiciones legales impuestas a los cargos tutelares de menores y a los de apoyo a personas con discapacidad, que no son excepcionales ni punitivas por mostrarse conforme a los principios de prohibición del abuso y del fraude (*ex arts. 6.3 y 7.2 CC*), ratificados ambos por el actual Derecho internacional, bien pueden interpretarse extensivamente en caso de duda, porque a mayor alcance de la prohibición mayor autonomía se reconocerá en favor de los menores y de las personas con discapacidad (conforme al *favorabilia amplianda*, y, una vez más, *in dubio pro capacitate*).

Con todo, y así las cosas, tal vez haya quien objete a tales conclusiones la posible desprotección de tales personas, menores y con discapacidad, lo que, rectamente, no será una crítica a las orientaciones aquí propuestas para su interpretación, sino al propio espíritu, al corazón de las nuevas reglas capitales que han de reinar en materia de capacidad de personas menores o con discapacidad, de las que aquellas orientaciones interpretativas que aquí propongo no son más que su consecuencia lógica. Pero entrar *hic et nunc* en aquella médula de la razón legal es otra historia⁸⁷.

BIBLIOGRAFÍA

ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano: en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia, Tomos I y V (comentario a los arts. 221, 323 y 1459 CC)*, Madrid, 1991.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «La asistencia legal de las personas mayores con discapacidad: una institución jurídica complementaria o alternativa», en

⁸⁷ Quedo, por ello, excusado de entrar –en mi particular caso– en si el Derecho español vigente, especialmente en la reciente referencia a la denominada «curatela representativa», es o no conforme a la Convención de Nueva York de 2006, como así lo creyó nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de abril de 2009, refiriéndose por entonces a la tutela, seguida luego por otras muchas, formando así una jurisprudencia que ha sido bien recibida por el común de la doctrina española, aunque siempre proponiendo, la mayor de las veces *de lege ferenda*, como figura rectora de apoyo más apropiada para la persona con discapacidad la del curador (sin representación), frente a la tradicional figura de la tutela (siempre representativa y sustitutiva de la actuación del propio representado, se trate de personas con discapacidad o de menores). Véanse, entre otros muchos, DE PABLO CONTRERAS, en *boe.es/publicaciones*; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *Derecho Privado y Constitución*, 2009, pp. 335-368; DE SALAS MURILLO, *Derecho Privado y Constitución*, 2013, pp. 11-48; ALBIEZ DOHRMANN, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2013-2015, pp. 43-74; y últimamente, GARCÍA RUBIO, 2017, pp. 7-18; con escasa originalidad ya en la defensa de la curatela, BOTELLO HERMOSO, *Revista de Derecho UNED*, 2015, pp. 615-638; y con un estudio del Anteproyecto antes mencionado, TORRES COSTA, 2020, pp. 162 ss. (disponible en Dialnet). De entre todos, destaca, por su brevedad y contundencia, ATIENZA RODRÍGUEZ, *Ius et veritas*, n.º 53, 2016, pp. 262-266.

- Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 16-18, 2013-2015, pp. 43-74.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: luces y sombras», en *Actualidad Civil*, 1997, pp. 17-40.
- ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: en *Comentarios al Código Civil*, Tomo II (comentario a los arts. 221 y 323 CC), dir. Bercovitz, Valencia, 2013.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel: «Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad», en *Ius et veritas*, n.º 53, 2016, pp. 262-266.
- BOTELLO HERMOSO, Pedro: «La LO 1/2015 y la curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico», en *Revista de Derecho UNED*, n.º 17, 2015, pp. 615-638.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: en sus *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Tomo IV, Barcelona, 1971.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines», en *ADC*, 2012, n.º 3, pp. 1.001-1.073.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España*, reed., Madrid, 1984.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en boe.es/publicaciones.
- DE SALAS MURILLO, Sofía: «Repensar la curatela», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 27, 2013, pp. 11-48.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.ª ed., Barcelona, 1993.
- ESCRICHE, Joaquín: en la voz «Interpretación» de su *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1858.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: en *Comentarios al CC y Compilaciones forales (comentario al art. 1459 CC)*, de Edersa, Tomo XIX, 2.ª ed., dir. Albaladejo García.
- *Código Civil comentado*, vol. I (comentario a los arts. 221 y 1459 CC), dir. R. Valpuesta Fernández.
- GARCÍA GARNICA, María del Carmen: en *Comentarios al Código Civil (comentario al art. 221 CC)*, Tomo II, dir. Bercovitz, Valencia, 2013.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, Motivos y Comentario del Código civil español*, Tomo I, Madrid, 1852.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el CC español a la luz del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *Propostas de modernización do dereito*, dir. García Goldar y Ammerman Yebra, 2017, pp. 7-18.
- GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, Alfonso: «La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho Privado*, 1960, pp. 449-462.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJAÑO, Martín: en *Comentarios al Código Civil (comentario al art. 1459 CC)*, Tomo VII, dir. Bercovitz, Valencia, 2013.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: «Prohibiciones de disponer», en *RCDI*, 1925, pp. 659-680.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986.

- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Matrimonio y discapacidad», en *Derecho privado y Constitución*, n.º 32, 2018, pp. 55-94.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 1, 1996, pp. 1.690-1.693.
- HUALDE SÁNCHEZ, José Javier: en *Comentarios del CC*, del Ministerio de Justicia, Tomo I (*comentario al art. 221 CC*), Madrid, 1991.
- INFANTE RUIZ, Francisco: en *Código Civil comentado, vol. II (comentario al art. 1459 CC)*, dir. R. Valpuesta Fernández.
- LETE DEL RÍO, José Manuel: en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, de Edersa, Tomo IV (*comentario al art. 323 CC*), dir. Albaladejo García.
- LINACERO DE LA FUENTE, María: «La protección del menor en el derecho civil español. Comentario a la LO 1/1996, de 15 de enero», en *Actualidad Civil*, n.º 48, 1999, pp. 1.573-1.626.
- LÓPEZ BARBA, Elena: *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Madrid, 2020.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel: En *Comentarios del CC*, del Ministerio de Justicia, Tomo II (*comentario al art. 1459 CC*), Madrid, 1991.
- «Conversaciones con difuntos. Luigi Caiani: analogía», en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.º 29, 2000, pp. 307-333.
- «Contra tenorem rationis iuris: una meditación sobre el Derecho excepcional», en *Coronavirus y Derecho en estado de alarma*, dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, Madrid, 2020, pp. 21-40.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español, Tomos II y X (comentario a los arts. 221, 317 y 1459 CC)*, 3.ª ed., Madrid, 1907.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «La Protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», en *ADC*, 1992, pp. 1.391-1.498.
- *En Código Civil comentado, vol. I (comentario al art. 323 CC)*, dir. R. Valpuesta Fernández y P. de Pablo Contreras.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente: en su Comentario al artículo 4.2 CC, en *Comentarios a las reformas del CC. El nuevo Título preliminar*, Madrid, 1977.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho hipotecario. Tomo I: Propiedad. Derechos reales*, 3.ª ed., Madrid, 1999.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, María del Carmen: «La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 23, 2009, pp. 335-368.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino (Coord.): *Discapacidad y Derecho Civil*, Madrid, 2014.
- PUIG FERRIOL, Luis: en *Comentarios del CC (comentario al art. 323 CC)*, del Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid, 1991.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique: *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995.
- «Niños y jóvenes en el Derecho civil constitucional», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 7, 1995, pp. 167-230.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: «Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en *Revista General de Derecho*, n.º 621, 1996, pp. 6.501-6.532.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *El interés del menor*, 2.ª ed., Madrid, 2007.
- ROCA TRÍAS, Encarnación: en su *Comentario al artículo 4 del CC*, en Edersa, dirigido por Albaladejo (tomado aquí de vlex).

- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «El interés superior del menor y la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en *Derecho y Familia en el siglo XXI, vol. II*, Almería, 2011, pp. 851-862.
- SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: *Instituciones de Derecho hipotecario, Tomo II*, Madrid, 1955.
- TORRES COSTA, María Eugenia: *La capacidad de obrar a la luz del artículo 12 de la convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, 2020 (disponible en Dialnet).
- VARELA GARCÍA, Carlos: «Comentario a la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto», en *Actualidad Civil*, 1997, pp. 261-282.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «La Convención de la ONU de 13 diciembre 2006: impulsando los derechos de las personas con discapacidad», en *Comunitaria: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, n.º 1, 2011.
- *Más allá de la capacidad de entender y querer...*, Olivenza, 2012.
- «El nuevo marco constitucional de los derechos de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU de 13 de diciembre de 2006», en *Derecho Civil Constitucional*, dir. Villagrasa Armengol y Pérez Gallardo, Méjico, 2014.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- STC 174/2002, de 9 octubre (RTC 2002/174) Pte.: Tomás S. Vives Antón.
- STC 99/2019, de 18 julio (RTC 2019/99) Pte.: Juan José González Rivas.
- STS de 22 diciembre 1863 (Roj STS 567/1863) Pte.: Ramón López Vázquez.
- STS de 12 noviembre 1907 (Roj STS 454/1907) Pte.: Luciano Obaya Pedregal.
- STS de 16 noviembre 1918 (Roj STS 83/1918) Pte.: Rafael Bermejo y Ceballos Escalera.
- STS de 30 agosto 1924 (Roj STS 623/1924) Pte.: Benito Salgues y Álvarez.
- STS de 7 febrero 1927 (Roj STS 52/1927) Pte.: Diego Medina García.
- STS de 2 junio 1932 (Roj STS 516/1932) Pte.: Miguel Hernández.
- STS de 6 mayo 1944 (Roj STS 94/1944) Pte.: Celestino Valledor y Suárez Otero.
- STS de 3 junio 1949 (Roj STS 85/1949) Pte.: Saturnino López Peces.
- STS de 6 abril 1954 (RJ 1954/1551) Pte.: Manrique Mariscal de Gante y de Gante.
- STS de 14 enero 1958 (Roj STS 29/1958) Pte.: Francisco Bonet Ramón.
- STS de 27 mayo 1959 (RJ 1959/2469) Pte.: Francisco Bonet Ramón.
- STS de 14 octubre 1966 (Roj STS 899/1966) Pte.: Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu.
- STS de 13 febrero 1967 (Roj STS 1655/1967) Pte.: José Beltrán de Heredia y Castaño.
- STS de 28 septiembre 1968 (RJ 1968/3961) Pte.: Manuel Taboada Roca.
- STS de 2 febrero 1973 (Roj 1892/1973) Pte.: Francisco Bonet Ramón.
- STS de 7 diciembre 1983 (RJ 1983/6922) Pte.: Rafael Pérez Gimeno.
- STS de 3 septiembre 1996 (RJ 1996/9747) Pte.: Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.
- STS de 31 octubre 1996 (RJ 1996/7727) Pte.: Pedro González Poveda.
- STS de 21 marzo 2000 (RJ 2000/1496) Pte.: José Ramón Vázquez Sandes.
- STS de 28 febrero 2006 (RJ 2006/698) Pte.: Pedro González Poveda
- STS de 16 marzo 2010 (RJ 2010/4345) Pte.: Juan Antonio Xiol Ríos.

RDGRyN de 4 noviembre 1896 (pdf en BOE-A-1896-6860).
RDGRyN de 15 marzo 1902 (pdf en BOE-A-1902-2658).
RDGRyN de 1 julio 1916 (pdf en BOE-A-1916-4429).
RDGRyN de 31 enero 1935 (pdf en BOE-A-1935-41178).
RDGRyN de 22 junio 1943 (pdf en BOE-A-1943-6511).
RDGRyN de 17 junio 1950 (pdf en BOE-A-1950-9130) y (RJ 1950/1240).
RDGRyN de 23 octubre 1980 (pdf en BOE-A-1980-24564).