

DERECHO A CELEBRAR MATRIMONIO Y PERSONAS
CON DISCAPACIDAD. UNA CUESTIÓN DE AUTONOMÍA Y
DIGNIDAD DESDE EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS Y
LA PERSPECTIVA DE DISCAPACIDAD

*RIGHT TO CELEBRATE MARRIAGE AND PEOPLE WITH DISABILITIES.
A QUESTION OF AUTONOMY AND DIGNITY FROM A HUMAN RIGHTS
PERSPECTIVE AND DISABILITY PERSPECTIVE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 14, febrero 2021, ISSN: 2386-4567, pp. 406-437

Silvia Eugenia
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: En el presente texto abordaremos el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en el marco del ordenamiento jurídico argentino vigente. Adoptando como marco teórico el enfoque de derechos humanos y la perspectiva de discapacidad y enmarcando la celebración de matrimonio bajo su naturaleza de derecho fundamental de carácter personalísimo, justificaremos la necesidad de su reconocimiento en favor de las personas con discapacidad, a la luz de los principios fundamentales contenidos en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad –en particular los principios de autonomía, libertad de tomar las propias decisiones, independencia y dignidad inherente-. Sostendremos que la sola situación de discapacidad no puede constituirse en un argumento que cercene el acceso a este derecho fundamental, a la luz del mandato de no discriminación por motivos de discapacidad y con soporte en las dimensiones esenciales del concepto de igualdad inclusiva, bajo cuyo marco debe garantizarse la realización y respeto de los derechos relacionados con el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y la toma de decisiones con apoyo. Así, las nociones de persona ante la ley y de capacidad jurídica que nutren el modelo de apoyos basado en el respeto a las voluntades y preferencias de la persona y desplazan los criterios de sustitución en la toma de decisiones, obligan a los Estados a reconocer las distintas dimensiones de realización de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, entre ellos, el derecho a la celebración del matrimonio y a formar una familia.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; capacidad jurídica; discriminación por motivos de discapacidad; matrimonio; derechos personalísimos; convención sobre los derechos de las personas con discapacidad; Código Civil y Comercial argentino.

ABSTRACT: *The aim of this paper is to analyse the right of people with disabilities to marry according to the current Argentinian legal system. Our theoretical framework is the human rights approach and the disability perspective; in this way, we consider the celebration of marriage under as a fundamental and a very personal right. In consequence, we justify the need for its recognition in favor of people with disabilities, in light of the fundamental principles contained in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. In particular, we pay attention to the principles of autonomy, of freedom to take one's own decisions, of independence and of inherent dignity. We argue that the sole situation of disability cannot constitute an argument that curtails access to this fundamental right. Our reasons are based on the mandate of non-discrimination on grounds of disability and on the essential dimensions of the concept of inclusive equality, under which framework the realization and respect of the rights related to the people with disabilities exercise of their legal capacity must be guaranteed and they must be provided with supportive decision-making. Thus, the notions of person before the law and of legal capacity that nourish the support model based on respect for the wills and preferences of the person and displace the criteria of substitution in decision-making, obliges States to recognize the different dimensions of the fulfillment of people with disabilities fundamental rights, including the right to marry and raise a family.*

KEY WORDS: *Disability; legal capacity; discrimination on the grounds of disability; marriage; personal rights; convention on the rights of persons with disabilities; argentine civil and commercial law.*

SUMARIO.- I. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ESCENARIO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.- I. El enfoque de derechos humanos y la perspectiva de discapacidad.- A) Tres dimensiones esenciales para nuestro análisis: condición, situación y posición de discapacidad.- B) Un concepto convencional aglutinante: la discriminación por motivos de discapacidad.- C) El enfoque de derechos humanos y la perspectiva de discapacidad.- II. LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DESDE EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO.- III. EN POS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A CELEBRAR MATRIMONIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- I. Algunas soluciones en el derecho comparado.- 2. La celebración del matrimonio en el derecho argentino.- IV. PALABRAS FINALES.

I. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ESCENARIO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.

I. El enfoque de derechos humanos y la perspectiva de discapacidad.

La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad resulta el instrumento que plasma la conquista del reconocimiento de los derechos humanos fundamentales en favor de las personas con discapacidad, bajo un enfoque y una perspectiva propios. Si bien es cierto que todos los instrumentos internacionales de derechos humanos comprenden y protegen a las personas con discapacidad por su sola condición de personas, lo cierto es que ellos no consideraban el contexto específico de la discapacidad y las dificultades que a la hora del reconocimiento y ejercicio de derechos estas personas enfrentan. Puede afirmarse que desde sus dos principios fundamentales –dignidad inherente y no discriminación- uno de los objetivos centrales de la Convención ha sido adaptar o interpretar las normas pertinentes de los Tratados de derechos humanos existentes, para el contexto específico de la discapacidad. Efectivamente, conforme su art. 1º la Convención persigue “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

Como es sabido, esta Convención adopta el modelo social de la discapacidad. Tal afirmación se refleja desde su Preámbulo que sostiene que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su

• **Silvia Eugenia Fernández**

Asesora de Incapaces del Depto Jud Mar del Plata, Ministerio Público, Provincia de Buenos Aires Argentina.
Correo electrónico silviafernandez57@hotmail.com.

participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, definición que se completa con el art. 1 al establecer que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

A la luz de este modelo se entiende que las causas que dan origen a la discapacidad son preponderantemente sociales. La discapacidad es el resultado de la “interacción” entre la condición de una persona (una diversidad física, mental, intelectual o sensorial) y las barreras sociales que le limitan y/o impiden vivir una vida en sociedad. Así, desde la filosofía del modelo social se cambia el eje de caracterización del “fenómeno” de la discapacidad, que deja de explicarse de manera reduccionista a partir de la “limitación” de la persona, para pasar a hacerse dentro de un contexto social, y como resultado de la interacción entre la persona y el entorno (o desde las “limitaciones” de la sociedad). El modelo social aboga por la “rehabilitación o normalización” de la sociedad, que debería ser pensada y diseñada para hacer frente al reconocimiento de la diversidad y a las necesidades de todas las personas. En términos generales, el tratamiento social del que son objeto las personas con discapacidad se basa en la búsqueda de la inclusión a través de la igualdad de oportunidades¹.

Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores que sustentan a los derechos humanos: la dignidad; la libertad entendida como autonomía –en el sentido de desarrollo del sujeto moral- que exige que la persona sea el centro de las decisiones que le afecten; la igualdad inherente de todo ser humano –inclusiva de la diferencia-, la cual exige la satisfacción de ciertas necesidades básicas, y la solidaridad².

A) Tres dimensiones esenciales para nuestro análisis: condición, situación y posición de discapacidad.

La deconstrucción de la discapacidad a la luz de la perspectiva que ofrece el modelo social, exige detectar, percibir y analizar tres dimensiones que interaccionan y que deben estar presentes en los análisis sobre la discapacidad. La primera es la “condición” de discapacidad, que es la dimensión personal. Si el modo o el modelo bajo el cual se concibe esta condición surge exclusivamente desde un diagnóstico médico, -como el de deficiencia-, entonces se convierte en insuficiencia, carencia

1 PALACIOS, A.: *El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cermi, Madrid, 2008, pp. 27 y ss.

2 DE ASIS ROIG, R.: “La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, elección, Derecho y Poder”, en AA.VV.: *Los derechos de las personas con discapacidad, perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas* (coord. I. CAMPOY CERVERA), Dykinson, Madrid, 2004, p. 62.

y falta de autonomía³. En cambio, si esta dimensión surge desde la observación y reconocimiento de la diversidad humana, la identidad será configurada en términos descriptivos y no negativos. Por ello se propone el término diversidad funcional- en remplazo del término “deficiencia”, o “padecimiento”- porque de este modo se elimina la connotación negativa de las palabras que aluden a las características del ser humano⁴. La segunda dimensión a considerar es la “situación de discapacidad”. Alude a la dimensión interrelacional, situacional y dinámica, que surge cuando entran en juego las barreras sociales a las que alude el modelo social de la discapacidad. La tercera dimensión es la “posición” de discapacidad, que es estructural; se sitúa en las representaciones, en las valoraciones, en la cultura, siendo el resultado de nuestros prejuicios y estereotipos⁵. La posición de discapacidad se relaciona con el valor que le asignamos a esa condición y a esa situación. Y la representación social de la discapacidad no suele ser la de la diversidad, sino la de la deficiencia, de la minusvalía, asimilada al déficit, a lo “anormal”, a la incapacidad⁶.

B) Un concepto convencional aglutinante: la discriminación por motivos de discapacidad.

A su turno, en el marco de esta introducción, resulta esencial referir un concepto central a la Convención de Naciones Unidas cuales el de la “discriminación por motivos de discapacidad”, el que entendemos constituye un vector inescindible bajo cuyo tamiz deben medirse las intervenciones, restricciones y limitaciones al ejercicio de derechos de las personas con discapacidad, más aún cuando dichas restricciones involucran o afectan derechos personalísimos.

La definición y conceptualización de la discriminación por motivos de discapacidad guarda directa relación con la conceptualización de las tres facetas que hemos descripto en el subpunto precedente, referidas a la condición, situación y posición de las personas con discapacidad, en particular a partir del despliegue y operatividad de prejuicios y estereotipos –posición- asociados a la condición –entendida o calificada como deficiencia-, interpretados en un marco social en que entran en juego las barreras situacionales del entorno en que la persona vive y se desarrolla.

Según el art. 2 de la Convención, se entiende por discriminación por motivos de discapacidad a “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto

3 FERREIRA, M.A.: “La construcción social de la discapacidad: *habitus*, estereotipos y exclusión social”, en *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 17, 2008-1, p. 6.

4 PALACIOS, A. y ROMANACH, J.: *El modelo de la Diversidad*, Diversitas, Madrid, 2007, pp. 34-37.

5 BROGNA, P., citada por PALACIOS, A.: “Enfoque y perspectiva de discapacidad y derechos humanos”, en PALACIOS, A., FERNÁNDEZ, S. e IGLESIAS, M.: *Situaciones de discapacidad y derechos humanos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, pp. 5 y ss.

6 PALACIOS, A.: “Enfoque y perspectiva”, cit., p. 7.

el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Esto incluye todas las formas de discriminación, y, entre ellas, la denegación de ajustes razonables". Estos ajustes razonables resultan aquellas "modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales". (art. 2). La noción de discriminación por motivos de discapacidad debe entenderse de la mano del concepto de igualdad y no discriminación contenido en el art. 5 de la Convención que reza: "1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. 2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. 3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad"⁷. El concepto de igualdad que aloja la Convención no es de una igualdad a secas, sino de una igualdad de oportunidades, que requiere el diseño de medidas positivas y políticas de reconocimiento, y sobre el cual se ha exployado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General Núm. 6 acuñando el concepto de "igualdad inclusiva". Según el Comité la igualdad inclusiva se desarrolla a lo largo de toda la Convención, ampliando y detallando el contenido de la igualdad en las siguientes dimensiones: "a) una dimensión redistributiva justa para afrontar las desventajas socioeconómicas; b) una dimensión de reconocimiento para combatir el estigma, los estereotipos, los prejuicios y la violencia, y para reconocer la dignidad de los seres humanos y su interseccionalidad; c) una dimensión participativa para reafirmar el carácter social de las personas como miembros de grupos sociales y el reconocimiento pleno de la humanidad mediante la inclusión en la sociedad; y d) una dimensión de ajustes para dar cabida a la diferencia como aspecto de la dignidad humana" (párrafo 11).

C) El enfoque de derechos humanos y la perspectiva de discapacidad.

El enfoque de derechos humanos de la mano del modelo social arriba descrito se encuentra plasmado en los principios generales de la Convención

⁷ La igualdad y la no discriminación constituyen el núcleo de la Convención y son evocadas sistemáticamente en sus artículos sustantivos con el uso reiterado de la expresión "en igualdad de condiciones con las demás", que vincula todos los derechos sustantivos de la Convención con el principio de no discriminación. Observación General N° 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación. CRPD/C/GC/6, pto. 7.

enunciados en su art. 3: “a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”. Bajo estos principios debe leerse, interpretarse y aplicarse la Convención y los mismos deben regir las decisiones que bajo su órbita adopten los Estados y los particulares. Sumado al ya enunciado principio de no discriminación, resultan esenciales para el análisis del tema propuesto en el presente texto, los principios de dignidad, autonomía individual e independencia. Ello así porque es una realidad innegable que a las personas con discapacidad sigue negándoseles en muchos aspectos de su vida el derecho a tomar sus propias decisiones, y a ello no es ajeno el ejercicio de los derechos personalísimos, entre ellos, la celebración del matrimonio. Asimismo, estos principios de autonomía individual e independencia enlazan con los contenidos de los arts. 12 sobre capacidad jurídica y 19 sobre derecho a la vida independiente.

Como explica Palacios, el enfoque de derechos humanos visualiza los puentes que existen entre el modelo social y los valores que sustentan a los derechos humanos. El enfoque y la concepción de la discapacidad como cuestión de derechos humanos supone dejar de ver a las personas como problemas para pasar a considerarlas titulares de derechos⁸. Tal cual expresa Rafael de Asís, los derechos humanos deben ser la referencia desde la cual abordar el tema de la discapacidad —no solo desde la conciencia de que las actuales regulaciones jurídicas sobre la materia reflejan esta perspectiva— sino porque los derechos humanos son una serie de instrumentos que constituyen un criterio de legitimación y de justificación⁹.

A su turno, así como se propugna, construye y sostiene la aplicación de una perspectiva de género a la hora de analizar, contextualizar y defender los derechos de las mujeres, deviene pertinente hablar de una “perspectiva de discapacidad” al momento del examen, consideración y protección de los derechos humanos fundamentales de las personas con discapacidad y en particular en la toma de decisiones estatales relacionadas con el ejercicio de sus derechos fundamentales. Sostener y defender una perspectiva de discapacidad importa exigir un enfoque, una mirada nutrida de los principios fundamentales plasmados en la Convención de Naciones Unidas, que colabore en la deconstrucción de los prejuicios y estereotipos históricamente anclados en torno a la condición-situación-posición de

⁸ PALACIOS, A.: “Enfoque y perspectiva”, cit., p. 50.

⁹ DE ASÍS ROIG, R.: “La incursión”, cit., pp. 59-74.

discapacidad, cuestione y neutralice la discriminación por motivos de discapacidad y asegure un contenido de igualdad inclusiva promotor y realizador de los derechos fundamentales.

II. LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DESDE EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO.

Desde que en el presente texto se propone el análisis del derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad a la luz del ordenamiento jurídico argentino, resulta paso obligado previo el examen de la regulación de la capacidad jurídica según el Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015 (en adelante, CCyC). La pertinencia del análisis de la capacidad jurídica se sostiene en los términos expresados en la Observación General Núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, sobre Igual reconocimiento como persona ante la ley¹⁰, la que señala la íntima relación entre el derecho a celebrar matrimonio y el reconocimiento de la capacidad jurídica en los siguientes términos: “El reconocimiento de la capacidad jurídica está vinculado de manera indisoluble con el disfrute de muchos otros derechos humanos establecidos en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, entre ellos los siguientes: (...) el derecho a casarse y fundar una familia (art. 23) (...)”.

Si bien el CCyC argentino regula la cuestión de la capacidad jurídica a partir de sus arts. 31 y siguientes, lo cierto es que los arts. 1 y 2 incorporan el bloque constitucional de derechos humanos al ámbito del derecho privado interno – no obstante su preexistente reconocimiento con rango prevalente a las leyes conforme lo dispuesto por el arts. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional-. En efecto, según el art. 1 del CCyC en su parte pertinente, “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. (...)”. Y según el siguiente art. 2 “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Así, no solo –como veremos- en la regulación concerniente a la capacidad jurídica el CCyC observó los principios y normas de derechos humanos contenidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –que para la época de sanción del CCyC ya gozaba de rango constitucional en el derecho argentino conf. leyes 26.738 y 27.044- sino que en la interpretación de las normas

10 Observación General Núm. 1 (2014) Igual reconocimiento como persona ante la ley. CRPD/C/GC/I.

internas, en la resolución de los “casos” y eventualmente incluso en supuestos de conflictos de intereses, son los instrumentos internacionales de derechos humanos los que habrán de marcar el camino y la solución de la controversia. Por su parte, resulta trascendente la mención que el art. 2 hace a los “principios y valores jurídicos” reconociendo el carácter esencial que invisten los principios jurídicos obrantes en las Convenciones y Tratados internacionales, para nuestro caso, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Dicho esto, proponemos adentrarnos en el contenido de la regulación argentina vigente en materia de capacidad jurídica y ejercicio de derechos de las personas en situación de discapacidad. Para esta finalidad, se hace necesario, previo al detalle del CCyC, mencionar la sanción en el año 2010 de la Ley Nacional de Salud Mental 26.657, la cual si bien en sus aspectos principales constituye una normativa destinada a la regulación de la atención integral y holística de la salud mental, incorporó dos normas expresas como sus arts. 3 y 5 que reconocieron el “principio o presunción de capacidad” de las personas y la proscripción de adoptar decisiones limitantes de la misma con fundamento en diagnósticos o evaluaciones médicas –esto es, con base en la dimensión de la “condición” a que más arriba aludimos-.

El CCyC rediseña el régimen de capacidad jurídica sobre la base de que ella involucra y compromete derechos fundamentales de la persona humana. La modificación más sustancial bajo esta perspectiva es la mutación del concepto de “capacidad jurídica”, que debe dejar de ser considerado como un “atributo de la persona” y afirmarse, en línea con los principios del derecho internacional, como un concreto derecho humano. En esta línea, deviene de interés citar el contenido de la ya mencionada Observación General nro. 1 sobre el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, dictada por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad al establecer “(...) La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad especifican que el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley es operativo ‘en todas partes’. En otras palabras, con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley, o que permita limitar ese derecho. Esto se ve reforzado por el artículo 4, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que no es posible suspender ese derecho ni siquiera en situaciones excepcionales (...). El artículo 12 de la Convención afirma que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica. Esa capacidad ha sido negada de forma discriminatoria a muchos grupos a lo largo de la historia, como las mujeres (sobre todo al contraer matrimonio) y las minorías étnicas. Sin embargo, las personas con discapacidad siguen siendo el grupo al que

más comúnmente se le niega la capacidad jurídica en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales con respecto a su salud, su educación y su trabajo. En muchos casos, la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha hecho que se vean privadas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad¹¹. Nótese la mención específica que la Observación formula en torno a la relación entre el ejercicio de la capacidad jurídica y el “derecho a casarse” en cuanto derecho fundamental de reconocimiento exigible. A su turno, en sintonía con lo expuesto, el Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹² afirma que la capacidad jurídica excede la posibilidad de tomar decisiones por sí o por una tercera persona; guarda relación con el “ser persona”; de allí que las restricciones a la capacidad deben valorarse con sumo cuidado y criterio excepcional, por restringir un derecho humano: una limitación total de la capacidad jurídica por la sola existencia de una discapacidad intelectual o psicosocial viola los principios de la Convención de Naciones Unidas.

De allí que toda persona con discapacidad tiene derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica y a su ejercicio “en igualdad de condiciones con las demás”. El parámetro “en igualdad de condiciones” implica que la capacidad jurídica de las personas con discapacidad podría verse limitada en aquellas condiciones en que “las demás personas” también podrían ver limitada su capacidad; es decir, no “exclusivamente por motivo de discapacidad”. De allí que la eventual limitación que pueda establecerse -siempre referida a actos específicos- no puede basarse en criterios discriminatorios¹³.

A partir del art 31 el CCyC establece un régimen de posibles restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica. Las restricciones a la capacidad no constituyen una “nueva categoría jurídica”: la persona cuya capacidad ha sido restringida

11 Observación general N° 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, 11 período de sesiones, 31 de marzo al 11 de abril de 2014, CRPD/C/GC/1.

12 Comisionado de Derechos Humanos. “¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial”, Estrasburgo, 20 de febrero de 2012. www.commissioner.coe.int

13 FERNÁNDEZ, S.: “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial bajo la lupa de los derechos humanos”, *Revista Código Civil y Comercial*, La Ley, 2015 (julio), 01/07/2015, Buenos Aires, pp. 73 y ss.

para el ejercicio de determinados actos no es una persona incapaz ni tampoco “parcialmente incapaz”: la capacidad jurídica es un derecho inherente a la condición de persona y lo que la normativa habilita es el establecimiento de determinadas restricciones para el ejercicio autónomo de ciertos actos, pero permanece subsistente la condición de capacidad; se trata de un régimen de restricciones parciales, excepcionales y revisables periódicamente. Sobre este particular se ha expedido la jurisprudencia argentina en estos términos: “La capacidad restringida supone que la persona conserva su capacidad, la cual solo es limitada para determinados actos. Es decir, que la excepcionalidad de la restricción no se fundamenta en una característica de la persona, ‘su discapacidad’ (criterio subjetivo), sino que se restringe para un acto determinado o una serie de actos determinados y debidamente especificados en la sentencia (criterio objetivo). De este modo no existe en el Código Civil y Comercial un supuesto de restricción a la capacidad jurídica por motivo de discapacidad”¹⁴.

El CCyC se estructura en torno a: (i) las restricciones particulares al ejercicio de la capacidad, que la limitan exclusivamente en la extensión determinada en la sentencia, manteniendo la regla de capacidad respecto a todos los actos que no han sido expresamente restringidos (arts. 32, 38 y concs.). A los fines de favorecer el ejercicio de estos actos por la persona se dispone el establecimiento de medidas de apoyo para la toma de decisiones (arts. 38, 43); (ii) como excepción, la declaración de incapacidad, de carácter restrictivo, en caso de absoluta imposibilidad de comunicación de la persona por cualquier medio, forma o formato adecuado y en tanto se evalúe como ineficaz el establecimiento de medidas de apoyo. El CCyC exige un criterio objetivo, que excede de un diagnóstico de la persona y/o de su pertenencia a un grupo social –personas con discapacidad-. Lo que se califica es la “absoluta” imposibilidad de interacción y/o comunicación por “cualquier modo, medio o formato adecuado”; imposibilidad no es cualquier complejidad, sino que debe ser un impedimento de carácter absoluto. Se trata de aquella persona que se encuentra en situación de ausencia de conciencia de sí, de su alrededor, imposibilitada de comunicación con el entorno, con otras personas, y por todo lo cual un sistema de apoyo aparece insuficiente, correspondiendo la figura de un curador que ejerza representación¹⁵. De tal modo, el supuesto de declaración de incapacidad no permitiría la realización del derecho a la celebración del matrimonio mediante un mecanismo sustitutivo, tal como no es permitido respecto a otros derechos personalísimos. Siendo que la persona se encuentra absolutamente impedida de expresar su voluntad, no podría manifestarla en relación a la celebración del acto jurídico del matrimonio.

14 Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Mar del Plata, Argentina, sala III, 22-12-15, “D., J. s/insania y curatela”, ED, 267-107, 2016.

15 FERNÁNDEZ, S.: “Comentario al art. 32”, en HERRERA, M., CARAMELO G. y PICASSO, S.: *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, tomo I, p. 87, Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, 2015, pp. 83 y ss.

Según el art. 31 del CCyC son principios generales que “la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume” y “las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona”. En los casos en que operan estas restricciones al ejercicio, las mismas deben establecerse para actos determinados y la respuesta normativa consiste en la designación de los correspondientes sistemas de apoyo (art. 12 Convención de Naciones Unidas) que favorecerán la toma de decisiones por la persona y el respeto a sus voluntades y preferencias; así, el mecanismo de apoyo resulta la respuesta convencional y legal con miras a favorecer el ejercicio de la capacidad por parte de la persona con discapacidad, asegurar la información, facilitar la comunicación y comprensión previa y necesaria para la manifestación de voluntad tendiente a la realización de los actos y, según las condiciones que sean establecidas en la sentencia (conf. arts. 32 y 38¹⁶), hacerse parte o no de dichos actos, por cuanto su naturaleza no es la de sustitución ni la de integración sino justamente la de “apoyo”, medida (art. 43¹⁷) o herramienta para el objetivo convencional de toma de decisiones personales.

III. EN POS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A CELEBRAR MATRIMONIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La pregunta que cabe formular entonces es si la sola condición-situación-posición de discapacidad resulta un elemento determinante y suficiente a los fines de establecer restricciones en relación al ejercicio de actos personalísimos como lo es la celebración del matrimonio. Sostenemos que no y damos razones.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que la reglamentación de la capacidad jurídica por los Estados se ve comprendida dentro de los límites del “margen de apreciación estatal”, en tanto y en cuanto no viole los principios de igualdad y no discriminación y, en especial, mientras no desdibuje y/o implique la directa anulación del derecho. Esta concepción permite indagar cuándo una determinada restricción al ejercicio de la capacidad jurídica constituye una injerencia estatal legítima, cumpliendo o respetando las nociones de razonabilidad y proporcionalidad y cuándo en cambio importa la violación a un derecho humano

16 “Alcances de la sentencia. La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación”.

17 “Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

fundamental. En los casos “Krušković” y “Alajos Kiss” el TEDH sostuvo que las restricciones a los derechos de las personas privadas de su capacidad jurídica si bien en principio no son contrarias al art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, no pueden llegar al extremo de anular los derechos de la persona¹⁸. Adicionalmente, si una restricción de derechos fundamentales se aplica a grupos sociales vulnerables que han sido históricamente discriminados, como ocurre en el caso de las personas con discapacidad, el margen de apreciación del Estado se reduce considerablemente, debiendo aportarse razones de peso para sostener la restricción¹⁹. En el caso del derecho a celebrar matrimonio, por las particularidades del mismo y su carácter personalísimo está claro que el mismo no puede “restringirse parcialmente”; de tal modo una restricción que implique prohibición a su realización sí importaría la directa anulación del derecho en los términos empleados por el TEDH. Asimismo en el asunto “Frasik contra Polonia” se afirmó que las limitaciones o prohibiciones impuestas por los Estados parte “no pueden reducirlo o restringirlo hasta el punto de afectar a su propia sustancia”, por tanto, no pueden implicar, en la práctica, la prohibición del ejercicio del derecho²⁰ o la exclusión automática de un grupo determinado, como por ejemplo las personas que se encuentran en prisión²¹.

A su turno, desde esta misma órbita europea es de interés señalar que el derecho a celebrar matrimonio se encuentra comprendido en el art. 12 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, que remite a las leyes nacionales que regulan su ejercicio (capacidad, prohibiciones, exigencias formales). Pero es útil advertir que tal y como apunta el TEDH, el derecho reconocido en el art. 12 CEDH no prevé ningún motivo que justifique la injerencia del Estado, como sucede en el art. 8.2 CEDH (injerencia prevista en la ley y necesaria en una sociedad democrática para proteger la salud, la moral o la protección de los derechos y libertades de terceros); de tal modo, respecto del derecho a contraer matrimonio y en atención al margen de apreciación reconocido a los Estados, el control de convencionalidad solo deberá verificar si la injerencia es arbitraria o desproporcionada²².

Por su parte, la Convención de Nueva York en el art. 23.1.a) exige que se “reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges”. Del tenor literal del precepto se deduce que solo la edad y el consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges son requisitos del

18 TEDH *Krušković v. Croatia*, Sentencia de 21 de junio de 2011, Expediente núm. 46185/08, párr. 30-32.

19 TEDH *Alajos Kiss v. Hungary*, Sentencia de 20 de mayo de 2010, Aplicación núm. 38832/06, párr. 42.

20 TEDH asunto *Goodwin e Y c. Reino Unido*, 11 de julio de 2002.

21 TEDH, asunto *Frasik c. Polonia* y asunto *Jaremowicz c. Polonia*, 5 de enero de 2010.

22 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 32, 2018, pp. 55-94.

matrimonio de las personas con discapacidad, a los que naturalmente habrán de sumarse las condiciones de ejercicio previstas con carácter general en la legislación nacional (impedimentos, formalidades, publicidad, etc.) y que no deberían contener, en principio, alusiones a las personas con discapacidad. Así entonces, si se combina la interpretación del TEDH y lo dispuesto en la CNY, la legislación nacional no podría establecer normas limitativas o prohibitivas del derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad que sean arbitrarias o desproporcionadas²³.

Avanzando en la normativa convencional específica, la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad reconoce en su art. 23 el derecho a la vida familiar –el cual integra la celebración de matrimonio- y en su art. 19 el derecho a la vida independiente. Estas normas especifican el genérico derecho a la vida familiar contenido en el art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Dispone el art. 23 de la Convención de Naciones Unidas: “Respeto del hogar y de la familia 1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás. 2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. 3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales

23 GUILARTE MARTIN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 61.

a los menores con discapacidad y a sus familias. 4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos. 5. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar". A su turno y según el art. 19 en su parte pertinente, "Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que: a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico; (...)". El reconocimiento del derecho a celebrar matrimonio permite a las personas con discapacidad elegir dónde y con quién vivir y en particular en qué condiciones, así como las resguarda de imposiciones en relación a vivir bajo un sistema de vida específico. En los términos del art. 19 de la Convención, "Vivir de forma independiente significa que las personas con discapacidad cuenten con todos los medios necesarios para que puedan tomar opciones y ejercer el control sobre sus vidas, y adoptar todas las decisiones que las afecten"²⁴.

I. Algunas soluciones en el derecho comparado.

En el derecho español, es de interés citar la ley 4/2017 del 28 de junio de modificación de la ley 15/2015 de la jurisdicción voluntaria. Esta última ley al establecer impedimentos o limitaciones con miras a la celebración del matrimonio refería a "deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales", locución evidentemente amplia, que interpretada literalmente, llevaba a que el encargado del Registro civil pidiera dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento del contrayente que padeciera una deficiencia sensorial, aunque la misma no tuviera incidencia sobre su capacidad natural de entender y de querer, lo que, además, de absurdo, era contrario al art. 23.1.a de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006²⁵.

24 Observación general núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/GC/5

25 DE VERDA Y BEAMONTE. J.R.: "Una relectura de la legislación española en materia de capacidad para contraer matrimonio y de prohibiciones matrimoniales", *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, 2019, núm. 95/I, pp. 431-482.

La ley 4/2017 es la respuesta a la demanda de la sociedad civil que, a través del movimiento asociativo de la discapacidad, “ha planteado a las fuerzas políticas, al Legislador y al Gobierno de la Nación, la modificación de este precepto para establecer, eliminando restricciones y proporcionando apoyos, un régimen legal favorecedor, de la celebración del matrimonio, si esa es la voluntad de las personas con discapacidad”. La intención de la reforma es “favorecer la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad, evitando cualquier sombra de duda sobre su capacidad para contraer matrimonio” (Preámbulo). La nueva redacción del párrafo segundo del art. 56 del Código Civil, dispone: “El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”. Coincidimos en que la locución “condición de salud” parece un término demasiado amplio para acotar situaciones excepcionales²⁶. No bastan meras dudas del encargado al respecto, sino que se requiere certeza respecto a la falta de capacidad natural del contrayente, faltando la cual no deberá pedir el dictamen, sino que deberá autorizar la celebración del matrimonio, lo que parece correcto desde el punto de vista del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad y desde la consideración del *ius connubii* como un derecho fundamental, que no debe ser menoscabado más que en casos evidentes de falta de capacidad²⁷. Las deficiencias que pueden obstaculizar la prestación del consentimiento matrimonial pueden ser, tanto transitorias (por ejemplo, un estado de embriaguez o drogadicción), como duraderas, esto es, enfermedades o condiciones intelectuales graves que en el momento en que ha de celebrarse el matrimonio priven a quienes las padecen de la facultad de discernimiento y, en consecuencia, de la posibilidad de ponderar el significado y las consecuencias del consentimiento que deben prestar²⁸. Calificada doctrina aclara que aún las personas sobre quienes haya recaído una sentencia de incapacitación podrán contraer matrimonio, si en el momento de la ceremonia nupcial tienen aptitud natural para prestar el consentimiento; y ello, sin necesidad de instar la previa modificación de la sentencia de incapacitación (y, por supuesto, sin necesidad de la autorización del tutor o curador), solución esta, que es conforme al principio de libre desarrollo de la personalidad y al de libertad nupcial, que también permitirá

26 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 82.

27 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Una relectura”, cit., p. 470

28 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Una relectura”, cit., p. 471.

al otro contrayente demandar la nulidad del matrimonio por error, si hubiera ignorado la enfermedad de aquel con quien se casa²⁹.

A su turno observamos que la derivación a producción de dictamen médico sobre la aptitud para prestar consentimiento resulta propia a un modelo médico hegemónico³⁰ apareciendo más apropiadas las alternativas que propone el CCyC argentino.

Concluyendo la interpretación con base en el derecho español, la STS de 15 de marzo de 2018 defiende “que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad... deben inclinar a reforzar el principio *favor matrimonii*”.

Un modelo similar al argentino –que expondremos en última instancia-, es el que propone el derecho belga según ley del 17 de marzo de 2013 estableciendo un sistema basado en la “ordonnance” que ha de dictar el juez y en la que necesariamente ha de precisar los actos personales y patrimoniales que la persona protegida no puede realizar en atención a sus circunstancias y estado de salud (art. 492/1 CC); si el juez no especifica determinado acto, la regla es la capacidad conservada y, por tanto, la persona puede concluir el acto en cuestión. En ese listado de actos personales de naturaleza civil se incluye “el

29 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Una relectura”, cit. p. 476.

30 La doctrina ha afirmado al respecto: “En este sentido, es acertada la perspectiva de la DGRN y del TS cuando afirman que exigir la capacidad natural para contraer matrimonio es coherente con su configuración como derecho humano, y, por lo tanto, respetuoso con los textos internacionales de derechos humanos de referencia (art. 12 CEDH y art. 23 CNY); ahora bien, su calificación como negocio jurídico exige una voluntad libremente formada y no aquejada de vicios invalidantes, que debe acreditarse ante el instructor del expediente, quien deberá auxiliarse de cuantos informes y pruebas precise para asegurarse de su existencia; y en este trámite procedimental se articula un instrumento de verificación que auxilia al instructor en la fase de control del consentimiento, el dictamen médico, que no debe verse como un obstáculo al *ius connubi* sino al contrario, como un elemento que permite sostener la validez del matrimonio y prevenir la influencia indebida; por tanto, alineado con el art. 12 CNY que impone a los Estados la obligación de garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio de su capacidad jurídica en iguales condiciones con los demás (que concluyen válidamente actos y negocios jurídicos) y evitar la influencia indebida.

No solo es susceptible de control el consentimiento en el matrimonio de las personas con discapacidad mental o intelectual, también lo es en el matrimonio *in articulo mortis* o en el matrimonio de complacencia; en estos casos, existen circunstancias (la discapacidad mental o intelectual, la inminencia de la muerte o el elemento de extranjería) que pueden afectar a la validez del consentimiento y, por ello, para despejar las dudas y a fin de conjurar la nulidad, se imponen determinadas cautelas, en nuestro caso, el dictamen médico que el legislador ha extendido al matrimonio celebrado en peligro de muerte. Además, tal cautela permite detectar la existencia de influencia indebida, consecuencia de la fragilidad o vulnerabilidad que, a veces, presentan las personas con discapacidad mental o intelectual, dependientes de su entorno y de las personas que les dispensan atención y cuidados. Esta cautela cumpliría con la obligación impuesta a los Estados partes de establecer las salvaguardias adecuadas para impedir los abusos en general y la influencia indebida en particular en el ejercicio del *ius connubi* de las personas con discapacidad.

Por ello, acaso podría cuestionarse no el establecimiento de cautelas que se ha visto no son arbitrarias, sino la naturaleza de las mismas; en este sentido, es bien conocido el rechazo del modelo social de la discapacidad a los dictámenes médicos considerados más propios del modelo médico rehabilitador; de suerte que una propuesta holística sería más conforme con aquel modelo y, en este sentido, podría proponerse la necesidad de recabar, en su caso, un informe familiar, social y psicosocial del contrayente. Este informe puede ser recabado hoy por el instructor del expediente a tenor de lo establecido en el art. 58 LRC, pero su carácter preceptivo, sin duda, contribuiría a la normalización del modelo social de la discapacidad. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 82.

consentimiento matrimonial conforme a lo previsto en los arts. 75 y 146 del Código Civil”, de suerte que si el juez no extiende la incapacidad al matrimonio, la regla es la capacidad y no hay requisito ulterior; si por el contrario el juez incluye en su selección el consentimiento matrimonial, al tratarse de un acto que no admite ni asistencia ni representación (art. 497/2 CC), se establece una cautela o mecanismo de protección denominado “*autorisation dérogatoire*”. Esta autorización derogatoria del régimen de incapacidad previsto en la “*ordonnance*” que permite a la persona concluir el acto inicialmente prohibido, en aplicación del principio de proporcionalidad y de respeto a la autonomía de la persona con discapacidad, exige, a tenor de lo dispuesto en el art. 145 CC, que el juez de paz valore la capacidad de la persona protegida para expresar su voluntad. Esta autorización derogatoria se ventila por el cauce previsto en el art. 1246 del Code judiciaire que prevé la audiencia de la persona protegida, de su administrador y, en su caso, de su persona de confianza. Asimismo, permite al juez de paz designar un médico experto para que emita opinión sobre el estado de salud de la persona protegida; recabar los informes que resulten útiles y oír a todas las personas que puedan ilustrarle en relación con la solicitud cursada. Por último, puede el juez de paz recabar informes de las personas que cuidan de la persona protegida o que acompañan en el cuidado de ella y su entorno³¹.

En el derecho francés, se destina el art. 460 del CC, a regular las condiciones del matrimonio de la persona protegida, distinguiendo, en función de la medida de protección adoptada, que el matrimonio de una persona bajo curatela no es permitido sino con la autorización de un curador o en su defecto de un juez. El matrimonio de una persona bajo tutela no es permitido sin la autorización de un juez o del Consejo de Familia y luego de la escucha de los futuros contrayentes; mismos requisitos se exigen para la unión civil registrada (art. 461 CC). Así, en el derecho francés la existencia del consentimiento matrimonial es condición necesaria pero no suficiente, al quedar supeditada la celebración del matrimonio a la obtención de una autorización, del curador o de la autoridad judicial; esta autorización es la expresión de su consentimiento al matrimonio. No se determina a qué debe atenerse el curador o el juez de tuteladas para autorizar el matrimonio. En este sentido, la doctrina especializada señala que al curador le corresponde comprobar que la persona protegida ha meditado su proyecto matrimonial y que está en condiciones de consentir válidamente ante el encargado del Registro Civil; el juez de tuteladas, por su parte, debe, imperativamente, oír a los futuros contrayentes y, facultativamente, recabar la opinión de los padres y del entorno. En el trámite de audiencia podrá el juez comprobar que el proyectado matrimonio emana de una voluntad personal, seria y persistente, que la persona protegida está en condiciones de consentir y que el matrimonio es conforme a su interés personal

31 GUILARTE MARTIN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 85.

y patrimonial. La subordinación del consentimiento matrimonial a la obtención de tal autorización ha sido cuestionada ante los tribunales franceses, *Cour de Cassation* y *Conseil Constitutionnel*, -con resultado negativo- y, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En dicha instancia el demandante planteó su queja por la negativa al matrimonio, criticando el hecho de que su matrimonio está sujeto a la autorización del curador o del juez de tutela. Alegó una violación del artículo 12 de la Convención. Al resolver, la Corte recuerda que el artículo 12 del CEDH garantiza el derecho fundamental, de un hombre y una mujer, para casarse y formar una familia; el ejercicio de este derecho tiene consecuencias sociales, personales y legales, obedece tanto a las leyes nacionales procesales como sustantivas de los estados pero las limitaciones resultantes no deben restringirlo o reducirlo de una manera o en un grado que lo afectaría en su misma sustancia. En consecuencia, la cuestión de las condiciones necesarias para contraer matrimonio en las distintas legislaciones nacionales no está enteramente dentro del margen de apreciación de los Estados contratantes. Si es así, estos podrían prohibir completamente el ejercicio en la práctica del derecho al matrimonio. De modo que el margen de apreciación no puede ser tan amplio. Sin embargo, señala el TEDH, los órganos de la Convención han reconocido que las limitaciones del derecho a contraer matrimonio establecidos en la legislación nacional podrían incluir reglas formales, pero también disposiciones sustantivas basado en consideraciones generalmente reconocidas como de interés público, especialmente en términos de capacidad. A diferencia del artículo 8, que establece el derecho a respetar de la vida privada y familiar, y con el que el derecho "a contraer matrimonio y fundar una familia "tiene vínculos estrechos", el artículo 12 no proporciona ningún motivo que justifique la interferencia del Estado como permisible, tales como los que pueden invocarse en virtud del párrafo 2 del artículo 8 -que la interferencia sea "prescripto por la ley" y "necesaria en una sociedad democrática" o para "la protección de la salud o la moral" o "la protección de los derechos y libertades de los demás ". Por tanto, al examinar un caso desde la perspectiva de artículo 12, la Corte no aplica el criterio de "necesidad" o "necesidad social urgente" utilizado en el contexto del artículo 8, pero debe determinar si, tomando en cuenta el margen de apreciación del Estado, la injerencia denunciada fue arbitraria o desproporcionada. El Tribunal recuerda en primer lugar que la regulación no implica la privación del derecho a casarse, sino que el matrimonio está sujeto a una autorización previa, debido a la restricción de su capacidad legal, que es uno de los fundamentos sustantivos cuya relevancia es reconocido por la jurisprudencia. En vista de lo anterior, de las circunstancias del caso y el margen de apreciación de que gozan las autoridades internas, la Corte considera que las limitaciones impuestas a los derechos del solicitante a contraer matrimonio no han restringido o reducido este derecho de manera arbitraria o desproporcionada. En consecuencia, concluye que no hubo violación del artículo 12 de la Convención.

Finalmente, en el derecho suizo una persona sometida a curatela general, si tiene capacidad de discernimiento podrá contraer matrimonio sin requisito ulterior. La capacidad de discernimiento implica que los cónyuges estén en condiciones de comprender el sentido y alcance del compromiso adquirido y su consecuencia inmediata, la constitución de una comunidad de vida. En el procedimiento preparatorio previo a la celebración del matrimonio, el encargado del Registro deberá verificar que se cumplen las condiciones exigidas para la celebración del matrimonio, en particular la inexistencia de elementos que permitan concluir que la solicitud no responde a la expresión de la libre voluntad de los interesados (art. 100.al.1.3 CC). Si en el momento de la celebración el contrayente fuere incapaz de discernimiento y no lo recupera desde entonces, podrá anularse el matrimonio sobre la base de lo dispuesto en el art. 106 al.2 CC español³².

2. La celebración del matrimonio en el derecho argentino.

Corresponde ahora adentrarnos en cómo normativiza el derecho interno argentino la realización del derecho a celebrar matrimonio por parte de las personas con discapacidad. La primera aclaración que en esta instancia debemos formular es que consideramos que una sentencia de restricción a la capacidad no podría en términos generales y en el marco de limitación de otros actos jurídicos –generalmente de administración y/o de disposición– prohibir o restringir la celebración del acto de matrimonio. Planteamos este posicionamiento porque lamentablemente suele observarse en muchas sentencias judiciales restricciones genéricas e indiscriminadas, tales como las de “el derecho a votar, testar o celebrar matrimonio”, como si se tratara de actos similares o reflejos y sin expresar ni dar razones que sostengan este tipo de decisiones. Claramente estas resoluciones importan la aplicación de principios estereotipados en torno a la comprensión y reconocimiento de autonomía de las personas con discapacidad e incluso equiparan actos absolutamente diversos como los son los relacionados con el ejercicio de derechos políticos, la disposición de derechos patrimoniales para después de la muerte y el derecho a formar una familia. Muchas veces no surge ni siquiera de las evaluaciones interdisciplinarias los fundamentos profesionales que permitan sostener las conclusiones que se suscriben. Menos aún emergen de los cuerpos de las sentencias. Otras veces las limitaciones a priori en torno a la celebración del matrimonio se apoyan en la “condición” –diagnóstica- de discapacidad, equiparando discapacidad con incapacidad para la celebración de actos. Sobre el particular, debemos recordar que el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad se ha expedido en la ya citada Observación General Núm. 1 sobre el art. 12 de la Convención, resaltando las diferencias entre los conceptos de “capacidad jurídica” y “capacidad mental” en los siguientes términos: “En la mayoría de los informes de los Estados partes que el Comité ha examinado

32 GUILARTE MARTIN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 92.

hasta la fecha se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). El criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley. En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio”.

Efectuada esta aclaración preliminar, y en torno ya a la pregunta sobre el modo en que el derecho interno argentino regula la celebración del matrimonio en el caso de las personas con discapacidad, el CCyC en su art. 403 establece los requisitos para la celebración del matrimonio, incorporando como impedimento para el mismo en su inc. g) “la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial”. La primera cuestión para resaltar es que este art. 403 no establece un impedimento de carácter “previo” a la celebración del acto, sino que el mismo se evalúa justamente en dicho momento concreto: queremos con ello decir que consideramos improcedente – como adelantamos- las restricciones “en abstracto” o “previas” para la celebración del matrimonio. Más aún cuando el CCyC otorga salvaguardas expresas para el supuesto en que se pretenda celebrar un matrimonio en el marco del impedimento descrito, tales como la oposición de los terceros autorizados por la ley (art. 412), o la acción de nulidad del matrimonio (art. 425), por lo cual el “temor” a la celebración de un acto en el marco de un impedimento no puede fundamentar ni justificar una restricción genérica a este derecho personalísimo.

El segundo aspecto a señalar es que según el ordenamiento jurídico argentino la discapacidad no es *per se* una razón legitimante de la limitación del

acto de matrimonio. La norma alude genéricamente a la falta permanente o transitoria de salud mental que impide tener discernimiento para el acto, con lo cual comprendería posiblemente diversidades funcionales relacionadas con la discapacidad mental e intelectual, no así v.gr. la discapacidad física ni sensorial. En este sentido desde la jurisprudencia comparada se ha entendido que “la capacidad para contraer matrimonio no es la plena capacidad de obrar, no se requiere que los contrayentes estén en pleno goce de sus facultades mentales e intelectuales, basta la capacidad natural, el discernimiento suficiente para conocer el compromiso que adquieren”³³. A su turno en la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 15 de marzo de 2018 en la que, cuestionada la validez del matrimonio celebrado por una persona con discapacidad mental, el Alto Tribunal estima el recurso de casación al entender que “no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio del *favor matrimonii*... Ni el estar incapacitado ni el padecer discapacidad intelectual son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud para celebrar el matrimonio, (por ello) la sentencia recurrida restringe injustificadamente el derecho a contraer matrimonio, derecho reconocido a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad”³⁴.

Retomando al derecho argentino, la pregunta es entonces cómo es posible sortear este obstáculo cuando quien ha de celebrar el acto –el oficial público del Registro de estado civil y capacidad de las personas- considere que el peticionante del acto jurídico no cuenta con el discernimiento suficiente para ello. Frente a esta situación el art. 405 del CCyC regula la llamada dispensa judicial que posibilita la celebración del acto en estos casos, disponiendo: “Falta de salud mental y dispensa judicial. En el supuesto del inciso g) del artículo 403, puede contraerse matrimonio previa dispensa judicial. La decisión judicial requiere dictamen previo del equipo interdisciplinario sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada. El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes; también puede hacerlo con su o sus apoyos, representantes legales y cuidadores, si lo considera pertinente”. De tal modo entonces, para el derecho argentino, la situación planteada obliga a la judicialización tendiente a obtener una “dispensa” o autorización para la celebración del acto matrimonial. Este trámite

33 SAP Madrid (22ª), de 10 de enero de 2003 y 15 de marzo de 2013; cit. sin indicación de publicación o registro por GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 73, nota al pie 46.

34 STS de España 15 marzo 2018 (RAJ 2018, 1478); en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, enero 2019, pp. 396-409, con nota de DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Validez del matrimonio contraído por un contrayente con alzhéimer”.

está sujeto a los siguientes recaudos: a) entrevista personal con los contrayentes y b) dictamen previo del equipo interdisciplinario, como así también el cumplimiento de un recaudo facultativo, consistente en c) entrevista personal con su apoyo o representante legal, con el objeto de verificar que el individuo afectado por el impedimento que se pretende sortear, d) comprende las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y e) cuenta con aptitud para la vida de relación³⁵.

Sobre esta regulación consideramos necesario efectuar algunas consideraciones. La primera es que no coincidimos con el carácter facultativo que la ley asigna a la entrevista del juez o jueza con el apoyo de la persona con discapacidad, por cuanto atento las funciones que el mismo inviste resulta esencial la entrevista personal por el magistrado o magistrada incluso como forma de evaluar si a la persona con discapacidad se le ha asegurado y facilitado la comprensión, información y conocimiento de las circunstancias relativas al acto y si el apoyo resulta idóneo para la función que le compete con miras a su realización. En cuanto al rol de los apoyos con relación a la celebración del acto jurídico del matrimonio, la ya citada Observación General Núm. 1 del Comité sobre capacidad jurídica, alerta que “f) El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio, o a establecer una unión civil, y a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad” (pto 29, f). Por su parte, la mención a la representación legal que emplea el artículo del CCyC parecería desajustada si consideramos que la sustitución por medio de la figura de un curador solamente compete en el caso de la declaración de incapacidad y tratándose éste de un supuesto en que la persona se encuentra absolutamente imposibilitada de manifestar su voluntad, no pareciera posible la prestación del consentimiento para el acto del matrimonio.

A su turno, en cuanto a los parámetros que tendrá en consideración el juez o jueza para conceder la dispensa o autorización el CCyC refiere a la comprensión de las consecuencias del acto jurídico así como a la aptitud de la persona para la vida de relación. También formulamos un par de consideraciones al respecto. Con relación a la comprensión de las “consecuencias del acto jurídico” sostenemos que no deben pensarse las mismas como prioritariamente relativas a los efectos jurídicos patrimoniales que la celebración del matrimonio genera –régimen patrimonial del matrimonio- por cuanto si bien es cierto que la celebración del matrimonio y la gestación del consecuente régimen patrimonial importa consecuencias jurídicas para los contrayentes –vgr. sometimiento a un régimen de deudas y responsabilidades patrimoniales- no menos cierto es que el CCyC regula

35 KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., y LLOVERAS, N.: *Tratado de Derecho de Familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 173 y ss.; arts. 3, 7, 38, 403 inc. “g”, 405, 2357 y conc. CCyC.

dicho régimen patrimonial bajo los principios de igualdad y solidaridad entre los contrayentes y que incluso permite la opción por el régimen patrimonial, aspecto sobre el que debería informarse al futuro contrayente con discapacidad y a su sistema de apoyo, a fin que previa la información y comprensión necesaria, defina la conveniencia de uno u otro régimen –comunidad de ganancias o separación de bienes– según cuál de ellos resulte más protectorio de los derechos de la/s persona/s con discapacidad –pues es posible que solo uno/a de los/las contrayentes o ambos sean personas con discapacidad–. Pensamos que limitar la habilidad nupcial a la valoración de cuestiones de carácter patrimonial resulta, al menos, excesivo, toda vez que existen en el propio sistema medidas que permiten incluso proteger y resguardar el patrimonio del cónyuge comprometido. Tampoco debe obviarse que si la persona fue restringida en relación a los actos de naturaleza patrimonial, cuenta con la figura de su apoyo que operará en ese control patrimonial.

Desde la doctrina se sostiene que toda cautela que no esté dirigida única y exclusivamente a la verificación de una voluntad libremente formada y exteriorizada a través del consentimiento supone una vulneración del derecho a contraer matrimonio sobre la base de un consentimiento pleno y libre de los esposos reconocido en el art. 12 CEDH y en el art. 23 CNY. Si la autorización del curador y, en su defecto, la del juez atienden a circunstancias ajenas a la capacidad de consentir y se basan en riesgos de orden patrimonial, acaso la solución no pase por prohibir el matrimonio, sino por articular mecanismos de separación patrimonial o de supervisión de la actividad financiera o del mantenimiento en el cargo del curador. Precisamente a esto se refiere la Convención de Nueva York cuando, en su art. 12, impone a los Estados la adopción de las salvaguardas necesarias para que las personas con discapacidad ejerzan su capacidad jurídica (matrimonio) en igualdad de condiciones con los demás, igualdad que requeriría el mantenimiento tras la celebración del matrimonio de los apoyos previstos en el ámbito patrimonial (control y supervisión del curador). En conclusión, una postura tal se trata de una perspectiva paternalista y de una infantilización de las personas con discapacidad: implica, en definitiva, un régimen de sustitución en la adopción de la decisión más íntima y personal de la vida de las personas, al conceder a un tercero la facultad de impedir la celebración del enlace para proteger, en este caso, el patrimonio de la persona protegida³⁶.

Por su parte, consideramos en refuerzo de esta posición en torno a evitar la sobredimensión de la cuestión patrimonial, que el Código alude a la valoración acerca de la “aptitud para la vida de relación”, lo cual da cuenta que el ordenamiento pone el énfasis en las consecuencias personales de la celebración del acto y no prioritariamente en las patrimoniales. Sobre este aspecto, no obstante, formulamos también una consideración de alerta en torno a con qué

36 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Matrimonio y discapacidad”, cit., p. 90.

parámetros y bajo qué estándares se determinará dicha “aptitud para la vida de relación”. Y ello así porque si partimos del principio de igualdad y no discriminación y de la ya referida prohibición de discriminación por motivos de discapacidad entendemos debe serse sumamente cuidadoso en torno a introducir y evaluar requisitos que no se testean en general para las personas sin discapacidad en forma previa a la celebración de su matrimonio. Así como las personas no están sometidas a escrutinios respecto a sus aptitudes, habilidades para la convivencia o el desempeño en el hogar, construcción de relaciones positivas, buenos vínculos o carácter adecuado para la convivencia, corresponde decir que estas evaluaciones relativas a la “aptitud para la vida de relación” no podrán basarse en preconcepciones, prejuicios o significaciones estereotipadas respecto de lo que significa –según dichos estereotipos- la “vida de relación” de una persona con discapacidad en contraposición a la que se entendería “adecuada vida de relación” para el caso de una persona sin discapacidad. En concreto, ¿quién determina y bajo qué parámetros, qué es una adecuada vida de relación? ¿Es suficiente la justificación que aporta la norma en torno a que dicha evaluación surgiría de un examen interdisciplinario? ¿Es posible encontrar sesgos estereotipados aún en dichos exámenes profesionales? Pensamos que sí y por ello la necesidad de alertar respecto a que todas las evaluaciones al respecto –sean de parte del magistrado o magistrada como de su equipo interdisciplinario- deberán preservar los estándares de no discriminación por motivos de discapacidad y de igualdad inclusiva. En apoyo de lo que sostenemos entendemos pertinente adicionar que las personas con discapacidad mantienen relaciones y uniones afectivas e incluso pueden integrar una unión convivencial (arts. 509 y 510 del CCyC), supuestos en los cuales el Estado no evalúa sus aptitudes ni condiciones y que se desarrollan bajo los principios de autonomía personal y eventualmente acompañamiento y apoyo de familiares, allegados y personas de confianza.

Como aporte final, ofrecemos dos sentencias judiciales en que se ha resuelto en el marco de la acción de dispensa judicial descripta, la autorización específica para la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad. En primer lugar, el Juzgado Civil y Comercial de Azul³⁷, Provincia de Buenos Aires, resolvió en fecha 19/5/2016, el pedido de autorización judicial planteado por el curador e hijo de una mujer con discapacidad a quien se había privado de su capacidad civil –incapacidad- a la luz del régimen anteriormente vigente –Código Civil derogado-. En el caso, sin perjuicio que a la fecha de resolver no había sido practicada la reevaluación de la sentencia en los términos del art. 40 del CCyC, el magistrado asume el análisis de la cuestión. El pedido comprendía la autorización para celebrar matrimonio con quien resultaba el conviviente durante más de veinte años, relación familiar de la cual habían nacido hijos. Cumplida la evaluación interdisciplinaria relativa al objeto

37 Juzgado Civil y Comercial del Depto Judicial de Azul, Argentina, 19/5/2016, “P. M. P. s/ Dispensa para contraer matrimonio”, expte 50216. Disponible en <https://jurisprudencia.colegioabogadosazul.org.ar/51>.

concreto de autorización, la entrevista personal con la solicitante, así como con su apoyo y con el otro contrayente, el Juez resolvió autorizar la celebración del acto matrimonial. Para ello sostuvo “(...) M. no sólo comprende las consecuencias del acto que va a celebrar, sino que además puede explicarlas adecuadamente y exteriorizar sus propias motivaciones para concretarlo. De igual modo, se debe concluir que cuenta con aptitud para la vida en relación, refrendado ni más ni menos que por la conformación de un grupo familiar que ha subsistido a lo largo de -cuanto menos- veinte años”. Este caso nos muestra y confirma lo que más arriba afirmamos en torno a que las personas desarrollan sus proyectos vitales muchas veces al margen de la injerencia del Estado y que por tal razón debe serse sumamente cauteloso –amén que ajustarse a los estándares convencionales- a la hora de desconocer o restringir derechos.

El segundo caso que citaremos fue resuelto en la provincia de Entre Ríos, por el Superior Tribunal de Justicia en fecha 11/06/2020³⁸. El mismo es elegido porque las sentencias de las instancias inferiores –que el Superior Tribunal revisa y modifica- presentan el sesgo de limitantes estereotipadas y genéricas relativas a actos de naturaleza absolutamente disímil entre los que se incluye la celebración de matrimonio. En efecto, el Superior Tribunal se avoca al conocimiento de la situación a partir del recurso extraordinario interpuesto por la Unidad de Letrados en Procesos de Salud Mental dependiente del Ministerio Público de la Defensa, contra la sentencia dictada por la Sala I en lo Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Concordia, que resolvió desestimar el recurso de apelación propuesto por la Unidad de Letrados en Salud Mental y confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la restricción de la capacidad de la recurrente, y estableció como salvaguardia la necesaria autorización judicial para realizar disposiciones testamentarias, contraer matrimonio e ingresar a establecimientos militares, de seguridad y religiosos. Las restricciones se complementaron asimismo en relación a los siguientes actos –no cuestionados en el recurso extraordinario-: a) actos de disposición y administración de sus bienes por un valor que resulte equivalente o superior al ingreso mensual de la pensión de la cual es titular; b) actos de disposición, administración, garantía a título oneroso o gratuito de sus bienes registrables e inmuebles; c) contrataciones que comprometan sus ingresos a futuro o asumir obligaciones en el mismo sentido; d) gestiones en actuaciones judiciales y/o administrativas; y e) prácticas médicas y de investigación en los supuestos de excepción previstos por el art. 59 del CCC. La recurrente aduce que la sentencia no fundamenta sobre qué se intenta protegerla con la restricción para contraer matrimonio dispuesta, aplicando un paternalismo extremo en violación al art. 31 inc. b del CCC. Señala que la Cámara se funda exclusivamente en un diagnóstico –trastorno bipolar- para negar a su asistida la realización de

38 STJ, Entre Ríos, Argentina, 11/06/2020, I. C. s. Restricciones a la capacidad, Acuerdo Especial del 8/4/2020, Anexo I, pto. 15, Rubinzal Online; RC J 5865/20.

su proyecto de vida. Destaca que el diagnóstico no debe reforzar el estigma de la discapacidad, debiendo tenerse en cuenta lo que se conoce como el principio de “la dignidad del riesgo”, es decir el derecho a transitar y vivir en el mundo con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse. Indica que el informe del Equipo técnico interdisciplinario no aporta ningún dato del que se pueda inferir fundamento alguno para restringirle el derecho a contraer matrimonio, lo que tampoco es expuesto en las sentencias de grado. Dice que se le está quitando la posibilidad de contraer nupcias “de antemano” o “en abstracto”, ya que aún ni siquiera se cuenta con datos respecto de que con quién pretenderá casarse, cuándo o dónde; pero que pese a ello pareciera darse por sentado que su parte cometerá un error con dicha decisión. Expresa que el impedimento del art. 403, inc. g) procede por falta de discernimiento para el acto matrimonial al momento del mismo, y no antes, por lo que no se debe restringir en abstracto. Afirma que resulta sumamente estigmatizante y discriminatorio para su parte que además de tener que vivir en un geriátrico a la edad de cuarenta (40) años, teniendo un hijo mayor, estando en la actualidad empleada en un programa de la Municipalidad de Concordia, y dando clases de arte en un hogar, tener que pedir autorización para contraer matrimonio y ser tratada en forma diferencial respecto de los demás ciudadanos mayores.

El Superior Tribunal revoca la sentencia de anterior instancia y señala sus vicios en los siguientes términos: “la inconveniente disminución en abstracto de la libertad para contraer nupcias debió contar con un respaldo motivacional por parte de la magistratura que le permitiese arribar a la confirmación del mencionado “recaudo previo”. Esta carencia argumental conlleva, además, una arbitrariedad, y con ello la vulneración del principio reinante en la materia que procura que en los procesos como el de autos la afectación de la autonomía personal debe ser la menor posible”. En concreto el Superior Tribunal alude a que los informes expedidos por el Equipo técnico interviniente bajo ningún aspecto aseveraban ni problematizaban las habilidades de la señora para la vida de relación ni su consecuente discernimiento para la celebración del acto jurídico de matrimonio. Sostiene en esta línea con relación a la previa autorización judicial para contraer matrimonio establecida en la sentencia, que “la protección pretendida en realidad trunca anticipadamente la autonomía de C., y la coloca en una situación de desigualdad y marginación en clara contradicción con el ordenamiento jurídico. Ello por cuanto las disposiciones de fondo que regulan el instituto del matrimonio expresamente prevén mecanismos tuitivos y de salvaguardia de cualquier persona que se vea privada de discernimiento para la celebración del matrimonio (arts. 403, inc. g, y 405 del CCC), acto para el cual el consentimiento no puede someterse a modalidad, plazo, condición o cargo alguno, ni contar con vicios en el mismo (arts. 408 y 409 del CCC), y frente al cual se contempla la posibilidad de oposición a su concreta celebración al verificarse alguno de los impedimentos previstos (arts. 410 y ss. del CCC), y en caso que este

se hubiese llevado delante de todas formas, la posibilidad de declarar su nulidad (art. 425, inc. b, del CCC). Frente a esto último no debe olvidarse que el acto matrimonial se celebra públicamente, con la presencia de testigos, imbuido de las demás formalidades que requiere la ley y frente al oficial público, quien de advertir la existencia del impedimento previsto en el art. 403, inc. g, -o cualquier otro-, suspenderá la celebración del matrimonio hasta que se pruebe la habilidad de los contrayentes o se rechace la oposición (art. 418 del CCC)". Por los argumentos expuestos, se modifica la sentencia recurrida, eliminándose la restricción previa establecida con relación a la celebración del matrimonio.

IV. PALABRAS FINALES.

La noción de dignidad resulta la base a la luz de la cual se sostienen los principios troncales de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Ahora bien, el concepto mismo de dignidad ha sufrido a lo largo de la historia profundas evoluciones; es la idea de dignidad la que, paradójicamente, ha sido útil para proteger la integridad física y espiritual de las personas, como también indirectamente ha consentido la estigmatización de ciertos colectivos diferentes. Ello, pues la concepción tradicional de dignidad fue asociada al modelo de ser humano caracterizado por la capacidad y por el desempeño de un determinado papel social. Éste es el sujeto o agente moral autónomo, quien puede participar en la discusión ética, desde una perspectiva relacionada con la autoconstrucción del propio plan o proyecto de vida. En tanto, quienes no presenten estas aptitudes o enfrenten mermas en el ejercicio de su autonomía plena, encontrarían ciertas dificultades para su inclusión en este discurso³⁹. La cuestión que emerge aquí es, entonces, si la existencia de una discapacidad en una persona importa o involucra algún tipo de razón y si en tal caso la misma es una razón "suficiente y necesaria" a los fines de legitimar su exclusión del contrato social y de sus principios básicos. Si los actores del discurso ético jurídico son las personas consideradas "capaces o con capacidad" para darse sus propias reglas y principios, aquellos que no poseen la racionalidad exigida, aquellos que presentan alguna discapacidad, no son considerados actores. Buenos ejemplos de ello lo han constituido tradicionalmente los niños y las personas con discapacidad, quienes no son considerados sujetos del discurso, sino objetos, quedando su horizonte moral pendiente de la decisión de los sujetos capaces⁴⁰. La propuesta que apunta a superar esta doctrina determinista se asienta en el enfoque de las capacidades y es desarrollada por Nussbaum; no pretende siquiera ser una

39 FERNÁNDEZ, S.: "Los cuerpos dóciles. El ejercicio de derechos personalísimos en el campo de la salud por las mujeres con discapacidad", en AA.VV.: *Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ministerio Público de la Defensa. Buenos Aires, 2017, p. 77.

40 DE ASÍS ROIG, R.: "Sobre la capacidad", en AA.VV.: *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión sobre la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad* (coord. F. BARRIFÍ y A. PALACIOS), Ediar, Buenos Aires 2012, p. 14.

doctrina política completa sino una doctrina política acerca de los derechos básicos que se limita a especificar algunas condiciones necesarias para que una sociedad sea mínimamente justa, a través de un conjunto de derechos fundamentales para todos los ciudadanos. No garantizar estos derechos constituye una violación especialmente grave de la justicia básica, pues se pretenden implícitos en la noción misma de dignidad humana y de una vida acorde con ella⁴¹.

Consideramos que estos derechos básicos involucran sin duda alguna los derechos personalísimos y, entre ellos, el derecho a la celebración del matrimonio. El objetivo, en los términos convencionales, debe ser el aseguramiento y la promoción de los derechos, bajo una lógica o perspectiva de igualdad inclusiva y la cuestión que nos involucra demuestra que la verdadera igualdad –igualdad real- para las personas con discapacidad no se agota en soluciones relacionadas con la accesibilidad física o del entorno, sino que impone un más profundo cambio actitudinal, del propio tejido social que garantice la visualización de estas personas como tales: titulares de derechos de cumplimiento tan imperativo como el esperable para todas las personas humanas.

En resumen, y retomando a Nussbaum “(...) las cuestiones de la justicia están siempre sobre la mesa (...) En otras palabras, queremos universales que se caractericen más por facilitar que por tiranizar, que creen espacios para la elección más que forzar a la gente a entrar en el modelo total de funcionamiento deseado”⁴².

41 NUSSBAUM, M.: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Buenos Aires, 2012. p. 162.

42 NUSSBAUM, M.: *Las fronteras*, cit., p. 162.

BIBLIOGRAFÍA

DE ASÍS ROIG, R.: "La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, elección, Derecho y Poder", en AA.VV.: *Los derechos de las personas con discapacidad, perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas* (coord. I. CAMPOY CERVERA), Dykinson, Madrid, 2004.

DE ASÍS ROIG, R.: "Sobre la capacidad", en AA.VV.: *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión sobre la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad* (coord. F. BARIFFI y A. PALACIOS), Ediar, Buenos Aires, 2012.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Una relectura de la legislación española en materia de capacidad para contraer matrimonio y de prohibiciones matrimoniales", *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, 2019, núm. 95/1, pp. 431-482.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Validez del matrimonio contraído por un contrayente con alzhéimer. Comentario a la STS de España 145/2018, de 15 de marzo", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, enero 2019, pp. 396-409.

FERNÁNDEZ, S.: "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial bajo la lupa de los derechos humanos", *Revista Código Civil y Comercial*, La Ley 2015 (julio), 01/07/2015, Buenos Aires.

FERNÁNDEZ, S.: "Comentario al art. 32", en HERRERA, M., CAMELO G. y PICASSO, S.: *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, tomo 1, p. 87, Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, 2015.

FERNÁNDEZ, S.: "Los cuerpos dóciles. El ejercicio de derechos personalísimos en el campo de la salud por las mujeres con discapacidad", *Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ministerio Público de la Defensa. Buenos Aires, 2017.

FERREIRA, M.A.: "La construcción social de la discapacidad: habitus, estereotipos y exclusión social", en *Nómadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 17, 2008-1

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Matrimonio y discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 32, 2018, pp. 55-94.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LLOVERAS, N.: *Tratado de Derecho de Familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I; arts. 3, 7, 38, 403 inc. "g", 405, 2357 y conc. CCyC

NUSSBAUM, M.: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Paidós, Buenos Aires, 2012.

PALACIOS, A.: *El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cermi, Madrid, 2008.

PALACIOS, A. y ROMAÑACH, J.: *El modelo de la Diversidad*, Diversitas, Madrid, 2007.

PALACIOS, A.: "Enfoque y perspectiva de discapacidad y derechos humanos" en PALACIOS, A.; FERNÁNDEZ, S.; IGLESIAS, M.: *Situaciones de discapacidad y derechos humanos*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020.

PALACIOS, A.; FERNÁNDEZ, S.; IGLESIAS, M.: *Situaciones de discapacidad y derechos humanos*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020.

DOCUMENTOS INTERNACIONALES

Observación general Núm. 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, 11 período de sesiones, 31 de marzo al 11 de abril de 2014, CRPD/C/GC/1.

Observación general núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/GC/5.

Comisionado de Derechos Humanos. "¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial", Estrasburgo, 20 de febrero de 2012. www.commissioner.coe.int

JURISPRUDENCIA

Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Mar del Plata, Argentina, sala III, 22-12-15, "D., J. s/insania y curatela", ED, 267-107, 2016.

Juzgado Civil y Comercial del Depto Judicial de Azul, Argentina, 19/5/2016, "P., M. P. s/ Dispensa para contraer matrimonio", expte 50216. Disponible en <https://jurisprudencia.colegioabogadosazul.org.ar/51>.

SAP Madrid (22ª), de 10 de enero de 2003 y 15 de marzo de 2013; cit. sin indicación de publicación o registro por GUITARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Matrimonio y discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 32, 2018, p. 73, nota al pie 46.

STS de España, de 15 de marzo de 2018 (RAJ 2018, 1478).

STJ, Entre Ríos; Argentina, 11/06/2020, I. C. s. Restricciones a la capacidad, Acuerdo Especial del 8/4/2020, Anexo I, pto. 15, Rubinzal Online; RC J 5865/20.

TEDH Krušković v. Croatia, Sentencia de 21 de junio de 2011, Expediente no. 46185/08, párr. 30-32.

TEDH Alajos Kiss v. Hungary, Sentencia de 20 de mayo de 2010, Aplicación no. 38832/06), párr. 42.

TEDH asunto Goodwin e Y c. Reino Unido, 11 de julio de 2002.

TEDH, asunto Frasik c. Polonia y asunto Jaremowicz c. Polonia, 5 de enero de 2010.