

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXXIII

■ Núm. 2.215

■ Enero de 2019

ESTUDIO DOCTRINAL



**EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD:
REVISIÓN DEL ARTÍCULO 56.2 DEL CÓDIGO CIVIL A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE LAS
NNUU DE 2006**

Susana Ruiz Alcaraz



ISSN: 1989-4767
NIPO: 051-15-001-5
www.mjusticia.es/bmj

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECTOR

D. Antonio Pau
Registrador de la Propiedad
Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García
Profesor titular de Derecho Civil

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos
Catedrático de Derecho Penal

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca
Catedrático de Derecho Internacional Privado

Excmo. D. Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Excmo. D.^a Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional
Catedrática de Derecho Civil
Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

D.^a Magdalena Nogueira Guastavino
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

D.^a Nieves Fenoy Picón
Profesora titular de Derecho Civil

D. Ángel Menéndez Rexach
Catedrático de Derecho Administrativo

D.^a Teresa Armenta Deu
Catedrática de Derecho Procesal

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: REVISIÓN DEL ARTÍCULO 56.2 DEL CÓDIGO CIVIL A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE LAS NNUU DE 2006

SUSANA RUIZ ALCARAZ

*Licenciada en Derecho, Máster en Familia y Sucesiones (UNED)
Letrada de la Administración de Justicia interina*

Abreviaturas

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CE	Constitución Española
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
CIE	Clasificación Internacional de Enfermedades
CIF	Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud
Coord.	Coordinador/Coordinadora
Coords.	Coordinadores
Dir.	Director/Directora
DGRN	Dirección General de los Registros y el Notariado
Ed.	Edición
INE	Instituto Nacional de Estadística
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley de la Jurisdicción Voluntaria
LRC	Ley del Registro Civil
N.º	Número
NNUU	Naciones Unidas
OMS	Organización Mundial de la Salud
Pág.	Página
Págs.	Páginas
RC	Registro Civil
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado
RRDGRN	Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado

RRC	Reglamento del Registro Civil
SS	Sentencias
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

Resumen

Este estudio aborda la cuestión de la aptitud de las personas con discapacidad para contraer matrimonio. Pese al cambio de paradigma instituido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006—, la renovación sustancial de nuestro ordenamiento jurídico aún no ha tenido lugar. Por tanto, y aunque la finalidad resida, en el caso que analizamos, en que las personas en situación de discapacidad puedan acceder al contrato matrimonial en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos, lo cierto es que el dictamen facultativo contemplado en el art. 56 del CC sigue siendo, en última instancia, el criterio que condiciona que la persona con discapacidad pueda contraer nupcias. El texto de la ley, a pesar de la evolución experimentada y la que ya debería haber tenido lugar en nuestro ordenamiento jurídico, aún está fundado en un criterio médico para estimar acreditada la capacidad para prestar consentimiento matrimonial; de modo tal que sitúa a las personas con discapacidad en una posición discriminatoria, infringiendo por ello las previsiones del precitado texto internacional. En este trabajo, tras revisar el vigente sistema legal desde el punto de vista de su adecuación a la Convención, realizaremos algunas propuestas sobre las modificaciones jurídicas que darían respuesta adecuada a las necesidades de las personas afectadas por una discapacidad, en especial, psíquica, y por ende, implicarían la plena observancia de los compromisos adoptados por el Estado español.

Palabras clave

Consentimiento matrimonial; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; discapacidad; discriminación; dictamen médico.

Abstract

This study addresses the issue of the capacity of people with disabilities to marry. Despite the paradigm shift embodied by the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, adopted in New York on the 13 December 2006, the substantial renewal of our national legislation has not yet taken place. Therefore, and although the purpose lies, in the case we are analyzing, in the fact that persons in a situation of disability can access the marriage contract in conditions of equality with other citizens, the truth is that the medical opinion contemplated in art. 56 of the Spanish Civil Code continues to be, in the last instance, the criterion that conditions that the person with disability can get married. The text of the law, in spite of the evolution experienced and that which should have already taken place in our legal system, is still based on a medical judgment for estimating accredited capacity to consent to marriage; in such a way that it places persons with disabilities in a discriminatory position, thereby infringing the provisions of the aforementioned international text. In this work, after reviewing the current legal system from the point of view of its adaptation to the Convention, we will make some proposals on the legal modifications that would give an adequate response to the needs of people affected by a disability, especially psychic disability, and therefore, would imply the full observance of the commitments adopted by the Spanish State.

Keywords

Marriage consent; Convention on the Rights of Persons with Disabilities; disability; discrimination; medical judgment.

Sumario

LISTA DE ABREVIATURAS

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO. PROBLEMÁTICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Concepto actual de discapacidad

A. Planteamiento

B. La OMS y la actual CIF: la superación del enfoque biomédico

C. El nuevo rumbo jurídico: la CDPD

D. Notas singulares de la noción de discapacidad

2. Evolución histórico-legislativa de la discapacidad en el matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico civil

A. Cuestiones preliminares: la inclusión en el CC de la noción de la discapacidad

B. El matrimonio civil y la discapacidad

C. La ratificación de la CDPD y el controvertido art. 56 del CC

3. La dicotomía capacidad jurídica y capacidad de obrar tras la CDPD

4. El anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad: la consolidación del cambio de paradigma

III. EL ARTÍCULO 56.2 DEL CC

1. En la redacción dada por la Ley 30/1981

A. Consideraciones previas

B. Las «deficiencias o anomalías psíquicas» que incapacitan para contraer matrimonio

a) Concepto de «deficiencia o anomalía psíquica»

b) Las RRDGRN sobre la materia

c) El «problema fundamental»: la aptitud matrimonial y la conciencia de contraer matrimonio

d) Irrelevancia del estado civil de «persona incapacitada»

e) La novedosa STS de 8 de noviembre de 2017

C. El dictamen médico

- a) Profesional competente para su emisión
- b) Momento de la emisión del dictamen médico: acreditación de los requisitos de capacidad
- c) Naturaleza y valor del dictamen médico
- d) Consecuencias de la omisión del informe médico
- e) La capacidad natural para contraer matrimonio: la STS de 15 de marzo de 2018

D. La aptitud para prestar el consentimiento matrimonial

- a) La capacidad exigida a los contrayentes
- b) ¿En qué consiste el consentimiento matrimonial?
- c) Momento al que irá referido el juicio de capacidad
- d) La representación en el matrimonio

2. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. La polémica referencia a «deficiencias sensoriales»

- A. La discapacidad sensorial en el *iter* parlamentario
- B. CERMI y la solución del Ministerio de Justicia: la Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016
- C. Las iniciativas parlamentarias para la corrección del art. 56 del CC

3. La Ley 4/2017 y su pretendida adecuación plena a la CDPD

- A. *Ius connubii* de las personas en situación de discapacidad
- B. La prestación de los «apoyos» necesarios antes que el recurso a un dictamen médico de solicitud excepcional
- C. La confusión entre capacidad mental y jurídica: la necesaria adaptación del modelo de discapacidad basado en los derechos humanos

IV. EL EXAMEN DE LA APTITUD PARA CONSENTIR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO RELIGIOSO

- 1. La cuestión aplicada al enlace religioso
- 2. Formas religiosas evangélica e israelita
- 3. Forma religiosa islámica
- 4. Entidades religiosas de notorio arraigo en España
- 5. Matrimonio canónico

V. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO POR FALTA DE CAPACIDAD PARA EMITIR EL CONSENTIMIENTO EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA

VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

1. Premisa: alegar la discapacidad como causa de ausencia de aptitud matrimonial supone una evidente discriminación en el ejercicio del derecho al matrimonio

A. Limitaciones que afectan a la materia objeto de investigación

B. Conclusiones

2. Propuestas de *lege ferenda*

A. Supresión completa del segundo párrafo del art. 56 del CC

B. Prestación de apoyos para consentir válidamente

C. El paradigma del modelo de apoyo en las discapacidades más severas

VII. BIBLIOGRAFÍA: ARTÍCULOS, DOCUMENTOS Y MONOGRAFÍAS

VIII. ANEXOS

1. Resoluciones judiciales

A. Tribunal Constitucional

B. Tribunal Supremo (Sala Primera)

C. Audiencia Provincial

2. Resoluciones de la DGRN

3. Normativa

I. INTRODUCCIÓN

El matrimonio es uno de los ámbitos del derecho de familia. Es, de hecho, elemento primario de esta rama del derecho civil, del que traen causa la institución de la filiación, las relaciones de parentesco en sentido amplio, las figuras complementarias o subsidiarias de la familia, como tutela y curatela, así como las cuestiones patrimoniales e incluso las sucesorias, que, de modo inexorable, derivan de los anteriores vínculos.

A pesar de los cambios sociales producidos en los últimos años, con la introducción de nuevos modelos de organización familiar, el matrimonio sigue siendo la opción preferente para quienes desean formar una familia¹ (INE, 2018), erigiéndose como la comunidad de vida más básica para el desarrollo humano y de educación de sus miembros, con el objetivo final de redundar en la siempre deseada felicidad social.

Su tutela constitucional se efectúa en el art. 32 de la Constitución española (CE), que reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer, en términos de igualdad, matrimonio. Asimismo, dicha norma remite en su número 2 a la ley ordinaria para el desarrollo de la institución: formas del matrimonio, edad, y capacidad para contraerlo, derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución, y sus efectos. En consecuencia, no resulta inconstitucional la exigencia de requisitos para casarse siempre y cuando no impidan el ejercicio del derecho al matrimonio.

El anterior precepto es una plasmación, en el concreto ámbito de un negocio de derecho de familia, del principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la CE. En este precepto, el constituyente, al tiempo que proclama la igualdad ante la ley, prohíbe cualquier discriminación, por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

La formulación del art. 32.1 conlleva que tanto el matrimonio como todas las relaciones familiares derivadas de él se interpreten, desde un punto de vista general, según el principio de igualdad y no discriminación. En cuanto a las consecuencias materiales concretas de la discapacidad que nos ocupa, el mencionado precepto supone el reconocimiento del derecho a casarse y fundar una familia de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con los demás hombres y mujeres.

Paralelamente, la CE, en su art. 49, otorga protección específica a las personas con discapacidad, al señalar: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos²». Hemos de llamar la atención sobre la terminología utilizada en la Carta Magna, que se refiere a las personas con discapacidad como «disminuidos», palabra

1 Según la Encuesta Continua de Hogares correspondiente al año 2017, publicada por el INE en abril de 2018, las parejas casadas supusieron el 85,4% del total de ese año, y las parejas de hecho, el 14,6%.

2 Vid. VIDA SORIA (1984). Comentario al artículo 49 de la Constitución Española. Protección de los disminuidos físicos. En ALZAGA (dir.). *Comentarios a la Constitución, IV*, Madrid, págs. 357 a 364; y TORRES DEL MORAL y VILLARRUBIA (1980). La constitucionalización de los derechos del minusválido. *RFDUC*, 2.

que incide en el carácter «anormal» de la existencia humana frente al estado «normal³», y que resulta de todo punto incompatible con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)⁴, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (NNUU) en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por España en 2007⁵.

Pese a que el texto constitucional ofrece tutela a las personas con discapacidad a fin de que puedan ejercitar los derechos que se enuncian en su título I, la trascendental Convención de las NNUU obliga a reformular todo el sistema de protección y no exclusión de las personas con discapacidad, en la medida en que fija como paradigma que ostentan «capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de la vida» (art. 12.2). Por ello insta a los Estados partes a tomar las medidas 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», con el objetivo de asegurar, entre otras cuestiones, que se reconozca su derecho «a contraer matrimonio, casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges» (art. 23.1, a).

El matrimonio, en el caso de las personas con discapacidad, desempeña una doble función. Por un lado, es la materialización de su derecho, en tanto que individuos, a regular sus propias relaciones personales, en clara sintonía con la dignidad humana y el principio de autonomía de la voluntad. Por otro, se yergue como instrumento de sensibilización social, al visibilizar y naturalizar al colectivo, promoviendo que se tome conciencia de sus capacidades.

De conformidad con el Código Civil (CC) en la redacción vigente del art. 56, párrafo segundo⁶: «Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el

3 Según el diccionario de la Real Academia Española, «disminuido» es el que «ha perdido fuerzas o aptitudes, o las posee en grado menor a lo normal». Real Academia Española. (2014). Disminuido. En *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.). Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=Dw2KjEi>. En este punto, y como ya advirtió MORETÓN SANZ (2007, págs. 45 a 70): «Téngase en cuenta que la terminología en la materia está sujeta a revisión como ya hemos dicho; por ello parece más correcto siquiera sea por comparación con el término de menores de edad, referirse a mayores, antes que a viejos o ancianos. Así lo hace el MTAS obviando por periclitado el de tercera edad. De modo que a la intención actualizadora de la terminología sobre la discapacidad, se añaden las corrientes actuales que abogan por la eliminación del término tercera edad (en este sentido, *vid.* OLIVÁN, *El Mundo*, XVI, 530, del 11 de noviembre de 2005)».

4 La entrada en vigor de la Convención y de su Protocolo Facultativo se produjo de forma general y para España el 3 de mayo de 2008, cuando fue ratificada por 20 países.

5 La importancia de armonizar la redacción del art. 49 de la CE en relación con la Convención de las NNUU fue objeto de debate durante la sesión número veintiséis de la Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad, celebrada el 23 de octubre de 2018.

6 Dada por la Ley 30/1981, de 7 de julio.

consentimiento». Este precepto, que ha de relacionarse con el art. 45, según el cual «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial», ha sido interpretado en el sentido de negar que la discapacidad actúe, por sí, como impedimento matrimonial. Es la imposibilidad de que el contrayente pueda emitir válido consentimiento la que traba el acto, siendo un dictamen médico el que acredita si el individuo, a pesar de su situación actual, tiene aptitud para consentir, por cuanto su enfermedad no limita las capacidades de querer y entender el contrato matrimonial.

El art. 56, que constituye el eje predominante en este estudio, se ha visto modificado en un breve intervalo de tiempo por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), y por la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Su última redacción, con entrada en vigor el 30 de junio de 2020⁷, determina: «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». Al exigir dictamen facultativo, aun con carácter excepcional —en su nueva versión—, supone, pese al sentir mayoritario de la doctrina científica y administrativa, según el criterio que se expondrá, una limitación del derecho a casarse de las personas con discapacidad, y atenta contra el referido principio de igualdad. Del mismo modo, contraviene la CDPD y no es más que expresión del clásico modelo médico asistencialista, que contempla a las personas con discapacidad como «criaturas» vulnerables, incapaces de tomar por sí mismas sus propias decisiones y prever las consecuencias de estas, y susceptibles de manipulación por parte de terceros, lo que motiva la articulación de mecanismos de protección de sus intereses.

En este trabajo se explora la aptitud de las personas con discapacidad psíquica⁸ en el ámbito del matrimonio. El estudio es de contenido netamente teórico, vinculado a la investigación, y basado en la recopilación de datos existentes en forma documental (libros, textos, revistas, normas, resoluciones, etc.). El problema abordado plantea la necesidad de revisar, desde el punto de vista jurídico, cómo se garantiza el acceso al matrimonio a las personas con discapacidad.

Por tanto, la pregunta de esta investigación, y cuyo objetivo es uno de los que planteamos en estas páginas, reside en el siguiente interrogante: ¿la persona con discapacidad mental tiene plena facultad para casarse en igualdad de condiciones que cualquier otro hombre o mujer o, antes bien, la legislación la discrimina por razón

7 Esta modificación alcanza validez en la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del RC, según establece la disposición final 21.ª 3 de la Ley 15/2015, en la redacción dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio. La disposición final primera de la Ley 5/2018, de 11 de junio, ha aplazado nuevamente la entrada en vigor de la LRC, que se prevé para el 30 de junio de 2020.

8 Siguiendo las pautas marcadas por la CDPD, se emplearán preferentemente los términos de personas con discapacidad o personas en situación de discapacidad, los cuales no adjetivan al individuo ni sugieren, por tanto, que la discapacidad es parte de su definición como ser humano (es el caso de las voces deficiente, incapaz, incapacitado, a las que sí alude nuestro Código, aún no adaptado a la nueva realidad de la discapacidad).

de ciertas patologías con el argumento de que limitan las capacidades de querer, entender y libre determinación para un acto de especial trascendencia como es el matrimonio?.

La investigación la hemos estructurado en cinco bloques. En el primero de ellos, se ofrece una visión general del binomio matrimonio y discapacidad en la legislación. Así, previa clarificación terminológica, haremos un breve recorrido histórico de la evolución en el tratamiento de la aptitud matrimonial de las personas con discapacidad. En un primer momento, la ausencia de sanidad de juicio constituía un auténtico impedimento para casarse. Tras la última reforma legislativa, como se ha adelantado, la ineptitud para prestar el consentimiento por condición de salud reviste un carácter de excepcionalidad. Análogamente, profundizaremos en la CDPD y lo que implica para la capacidad del colectivo de personas con discapacidad.

A continuación, se dirige la atención hacia el art. 56 del CC, revisando tanto su redacción actual como la que ha sido dada mediante la Ley 4/2017, de 28 de junio.

Por lo que a este trabajo respecta, el matrimonio que se va a tener en cuenta es el celebrado en España con arreglo a la forma civil española y de un modo ordinario, previa instrucción de expediente. No obstante, y dado que nuestro sistema matrimonial admite el matrimonio realizado según las formalidades propias de una confesión religiosa (arts. 49, 59 y 60 del CC), dedicaremos un tercer epígrafe a reflexionar acerca de los mecanismos de control de la existencia de válido consentimiento matrimonial cuando los contrayentes (si al menos uno de ellos adolece de una deficiencia o anomalía psíquica) optaron por casarse según los ritos propios de su religión.

En cuarto lugar, abordaremos analíticamente la incidencia de la discapacidad en la acción de nulidad por ausencia de consentimiento matrimonial, al amparo de las más recientes resoluciones emitidas por nuestro Alto Tribunal.

Finalizaremos el estudio con las debidas conclusiones reflexivas y críticas más relevantes de esta investigación.

II. CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO. PROBLEMÁTICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. Concepto actual de discapacidad

A. Planteamiento

La influencia anglosajona en prácticamente cualquier área del saber ha incrementado el uso de anglicismos en el español. Discapacidad (*disability*) es un ejemplo de neologismo de reciente acuñación. El propio diccionario de la Real Academia Española señala en su entrada al vocablo «discapacitado» que es un calco semántico de la voz inglesa *disabled*, significando persona que «padece una disminución física, sensorial o

psíquica que la incapacita total o parcialmente para el trabajo o para otras tareas ordinarias de la vida⁹».

Esta definición se centra en la discapacidad como un atributo de la persona que, afectada por una disminución de sus capacidades físicas, sensoriales o psíquicas, se ve impedida para ejercitar una actividad laboral o para el desempeño de tareas que genéricamente son accesibles a la mayor parte de los sujetos. Desde este prisma implica, por tanto, la negación de facultades, total o parcialmente, con base en un problema físico, sensorial o psicológico.

Este concepto funcional de la discapacidad (SÁNCHEZ DE LA TORRE, 2005, pág. 382; MORETÓN SANZ, 2006, pág. 249), en cuanto que modelo que permite diferenciar entre lo que una persona y otra puede hacer, según el trastorno o enfermedad que sufra, ha sido adoptado tradicionalmente por el derecho, que ha partido de la deficiencia o minusvalía para referirse a este colectivo. De ahí el prolijo léxico que conforma el campo semántico de la discapacidad: subnormalidad, minusvalía, incapacidad, anormalidad, inutilidad, deficiencia, anomalía, etc., al que los textos legales, incluso los internacionales, no son ajenos.

B. La OMS y la actual CIF: la superación del enfoque biomédico

La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), desarrollada en 2001 por la Organización Mundial de la Salud (OMS), revisión de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías publicada en 1980, tiene precisamente como objetivo principal el proporcionar un lenguaje unificado y estandarizado que sirva como punto de referencia «para la comprensión y el estudio de la salud y los estados relacionados con ella» (OMS, 2001, pág. 3).

Cabe señalar que la Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia elaborada por el INE en el año 2008 observa las recomendaciones de la OMS, lo que ilustra la relevancia de dicha clasificación.

Según la OMS, la discapacidad es un fenómeno complejo que evidencia la íntima interconexión entre las cualidades del ser humano y las características del ambiente que le rodea. Discapacidad, en la CIF, es un término genérico, no uniforme, que abarca deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones a la participación. Por tanto, lo representativo de la discapacidad será la interacción entre la condición de salud de una persona (por ejemplo, que padece parálisis cerebral o síndrome de Down) y factores contextuales (así, estigmatización social y discriminación en las relaciones interpersonales o el trabajo, transporte y edificios públicos inaccesibles o carencia de un entorno social que le proporcione asistencia) (OMS, 2001, pág. 20).

Dar cuenta de cada una de las particularidades del nuevo esquema que introduce la CIF, sin dejar de ser una línea de trabajo de interés, excede de los objetivos de este análisis y añade una complejidad al estudio contraproducente, por lo que tan solo

9 Real Academia Española. (2014). Discapacitado. En *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.). Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=DrzNuK>.

reseñaremos que, al igual que más tarde se hará en la CDPD, la CIF se pronuncia por un enfoque biopsicosocial, superando la perspectiva biomédica imperante hasta el momento.

C. El nuevo rumbo jurídico: la CDPD

Este nuevo rumbo en el tratamiento de las personas con discapacidad alcanza su máxima expresión tras la aprobación de la CDPD. La Convención reconoce 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 participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (preámbulo, letra e). Por esta razón define a las personas con discapacidad como «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» (art. 1, apartado 2).

En consonancia con la Convención de NNUU, nuestra Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, de 29 de noviembre de 2013, define la discapacidad en su art. 2, letra a) como «una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». En consecuencia, «son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás» (art. 4.1), y ello con independencia de que administrativamente tengan reconocida esta condición (art. 4.2)¹⁰.

En suma, desde el modelo social que consagran las NNUU y asume nuestro legislador nacional, las causas que dan origen a la discapacidad no son, en sentido estricto, personales (de raíz biológica o enfermedades)¹¹, que centrarían el debate

10 En el apartado segundo del art. 4 se indica: «Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad». «El reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente». (art. 4.3).

11 De hecho, aunque enfermedad y discapacidad son realidades que se solapan, no necesariamente se contienen la una en la otra. Hablemos de una persona con síndrome de Down. Genéticamente ese individuo tiene 47 cromosomas cuando el número normal en la especie humana son 46. Neurológicamente también presenta una alteración. Ahora bien, eso no implica que tenga que estar más medicalizado que otro sujeto que no viva con discapacidad. Ello dependerá de cómo se manifiesten (si lo hacen) patologías asociadas a la anomalía genética: la cardiopatía, la celiaquía, el déficit visual o auditivo, el hipotiroidismo, la obesidad, etc. Lo que, en ningún caso, califica a la persona con este tipo de discapacidad como enferma.

exclusivamente en proporcionar una adecuada asistencia sanitaria al individuo, sino básicamente sociales. Recoge esta idea de forma clara CUENCA GÓMEZ (2011, pág. 234) al decir: «[...] las que discapacitan [...] son las limitaciones de una sociedad que no toma en consideración ni tiene presentes a las personas con discapacidad, estableciendo barreras que las excluyen y discriminan».

La discapacidad, para esta nueva óptica, es un concepto jurídico indeterminado, habida cuenta de la heterogeneidad y diversidad de situaciones que abarca. Ahora bien, el carácter impreciso de su enunciado no impide conocer a la vez, si profundizamos en el texto de la norma, suficientemente lo esencial de su ser. Así, lo determinante ahora no será la presencia de la deficiencia de carácter permanente y de tipo físico, mental, intelectual o sensorial. Lo definitorio será la existencia de barreras que obstaculizan el pleno ejercicio de los derechos de las personas con aquellas deficiencias.

Por ello, el eje central de la discapacidad, al que nuestro legislador, como se verá, atiende en la nueva redacción del art. 56 del CC, radica en la articulación de medidas de apoyo efectivas que garanticen «a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales». Estos «ajustes razonables» para cada «caso particular» comprenderán las «modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida» (art. 2, apartado 4, de la Ley de 29 de noviembre de 2013).

D. Notas singulares de la noción de discapacidad

A modo de conclusión, se pueden extraer las siguientes notas definitorias del concepto de discapacidad:

1. Pese a la diversidad dentro de la discapacidad, puede afirmarse que la persona en situación de discapacidad presenta deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. Con fundamento en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad¹², norma básica en todo el territorio del Estado, que regula el reconocimiento administrativo de la situación de discapacidad, podemos decir que:
 - a) La discapacidad física contempla deficiencias del sistema muscoesquelético (relativas a la extremidad superior, la extremidad inferior y la columna vertebral), disfunciones del sistema nervioso y alteraciones en aparato respiratorio, sistema cardiovascular, sistema hematopoyético, aparato digestivo, aparato genitourinario, sistema endocrino, piel y anejos y neoplasias.

¹² La actual denominación de este Real Decreto 1971/1999 responde al Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, que adecúa terminológica y conceptualmente el texto de la norma a fin de abandonar totalmente el término «minusvalía» debido a su connotación peyorativa y de utilizar en su lugar el de «discapacidad», por su carácter genérico.

- b) La discapacidad psíquica o mental alude a los trastornos incluidos en los sistemas de clasificación universalmente aceptados —CIE-10¹³, DSM-5¹⁴—. Teniendo como referencia estos manuales, los grandes grupos psicopatológicos susceptibles de valoración son: trastornos mentales orgánicos, esquizofrenias y trastornos psicóticos, trastornos de estado de ánimo, trastornos de ansiedad, adaptativos y somatomorfos, disociativos y de personalidad.
- c) La discapacidad psicológica, que se identifica con el retraso mental, se define como capacidad intelectual general significativamente inferior al promedio, que se acompaña de limitaciones de la capacidad adaptativa referidas a cómo afrontan los sujetos las actividades de la vida diaria y cómo cumplen las normas de autonomía personal esperables de su grupo de edad, origen sociocultural y ubicación comunitaria.
- d) La discapacidad originada por las deficiencias de los sentidos puede existir como consecuencia de padecerse afecciones o enfermedades oculares y/o neurooftalmológicas, pérdida de audición, alteraciones del equilibrio y enfermedades tumorales con asiento en los órganos ORL o trastornos del lenguaje, habla o voz.

13 La CIE-10, publicada por la OMS, es el acrónimo de la Clasificación Internacional de Enfermedades, décima versión correspondiente a la versión en español de la (en inglés) ICD, siglas de International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems. Recientemente, la OMS, a través de un comunicado de prensa con fecha de 18 de junio de 2018, ha presentado la undécima edición de dicha clasificación (CIE-11), disponible en este enlace: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en>. Esta edición, que viene a sustituir a la CIE-10, se ha publicado con el objetivo de que los países planifiquen «cómo usar la nueva versión, preparar las traducciones y capacitar a los profesionales de la salud de todo el país». «Se presentará en la Asamblea Mundial de la Salud de mayo de 2019 para su adopción por los Estados Miembros, y entrará en vigor el 1 de enero de 2022». «La nueva CIE también contiene nuevos capítulos: uno sobre medicina tradicional —lo cual es significativo, ya que, aunque millones de personas usan la medicina tradicional en todo el mundo, esta nunca había sido clasificada en este sistema—, y otro sobre salud sexual, en el que se incluyen afecciones que anteriormente estaban clasificadas en otras secciones (por ejemplo, la incongruencia de género se incluía dentro de las afecciones mentales) o se describían de modo diferente. El trastorno del videojuego se ha añadido a la sección relativa a trastornos de adicción». Desde el CONSEJO GENERAL DE LA PSICOLOGÍA DE ESPAÑA (2018) se resalta: «En lo que respecta a la revisión del Capítulo sobre Trastornos Mentales y Conductuales, se incorporan numerosas novedades, entre las que cabe destacar el cambio en la clasificación de síntomas para la esquizofrenia y otros trastornos psicóticos. Frente a las anteriores propuestas que establecen una división en diferentes subtipos (y que han sido criticadas por el solapamiento entre estos subtipos, su inestabilidad o su alejamiento respecto a la realidad clínica), la CIE-11 propone una nueva forma de categorizar a estos pacientes con síntomas psicóticos en función de seis dominios principales, con indicadores de presencia y gravedad. Esta nueva forma de conceptualizar a los pacientes con trastornos psicóticos se espera que proporcione beneficios también a la hora de personalizar los tratamientos en función de los dominios afectados y su impacto en el funcionamiento diario de la persona».

14 Por su parte, el DSM-5, publicado el 18 de mayo de 2013 y editado por la Asociación Estadounidense de Psiquiatría, es un manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (en inglés, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, abreviado DSM).

2. Es una situación que supone una limitación a largo plazo para el ejercicio de los derechos de la persona a la que afecta.
3. Ahora bien, el impedimento no procede tanto del déficit que aqueja a la persona como de las diversas barreras, por ejemplo, legales, sociales, económicas, físicas, de comunicación, que frenan «su desarrollo personal, la libre elección y el pleno disfrute de la vida social y en comunidad» (CERMI, 2016, págs. 4-7), así como de la inexistencia o inoperancia de los mecanismos de apoyo diseñados.

2. Evolución histórico-legislativa de la discapacidad en el matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico civil

A. Cuestiones preliminares: la inclusión en el CC de la noción de la discapacidad

Una vez delimitado el sujeto de esta investigación, consideraremos seguidamente cuál ha sido la incidencia que la discapacidad ha tenido en el concreto ámbito del matrimonio. Con carácter previo, revisaremos el articulado del capítulo II, del título IV, del libro I del CC, que lleva por rúbrica «De los requisitos del matrimonio».

Antes de continuar, conviene subrayar que el CC no aborda de forma expresa la cuestión de la discapacidad, hasta el punto de no referirse a ella sino para su aplicabilidad en ciertas instituciones; todo ello tras las alteraciones que en su redacción produjo la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad¹⁵.

El Código, pese a sus numerosas reformas, no deja de ser una obra que data del siglo XIX y está inspirada en las ideas de la época en que se llevó a cabo, cuando la discapacidad se trataba casi exclusivamente a través de políticas sociales asistenciales o sanitarias. La omisión, por parte del Código, de este grupo de personas, contrasta con la evidencia de que conforma la minoría más mayoritaria de la comunidad mundial¹⁶, con una tendencia creciente por diversos factores. Por ello, es manifiesta la imperiosa necesidad de emprender una labor de acomodación normativa tendente a garantizar y promover el ejercicio efectivo de cualesquiera derechos que se predicen,

15 Vid. MORETÓN SANZ (2010). El patrimonio protegido de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. *Revista de derecho UNED (RDUNED)*, n.º 6, págs. 337-368; y (2005). Protección civil de las personas con discapacidad: patrimonio especialmente protegido y accesibilidad universal en la Propiedad Horizontal. RCDI, 687, enero-febrero, págs. 61 a 115. La Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad introduce, por vez primera, en el CC, el término discapacidad, el cual se coloca junto al único existente hasta el momento, incapacidad judicial, para dar apoyo a personas con deficiencias. Ahora bien, esta discapacidad tiene un cariz marcadamente administrativo, al venir referida a una noción propia de esta rama del derecho: minusvalía. Conforme a ello, únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad y, en consecuencia, podrán ser beneficiarias del patrimonio especialmente protegido, aquellas que presenten una minusvalía del tipo y en el grado que la norma expresa (art. 2). De ahí que se califique este tipo de discapacidad como «incapacitación administrativa» frente a la judicial, para resaltar las diferencias entre estas dos figuras.

16 Según el *Informe mundial sobre la discapacidad*, producido conjuntamente por la OMS y el Grupo del Banco Mundial en el año 2011, más de mil millones de personas, alrededor del 15% de la población mundial, viven con algún tipo de discapacidad.

sin excepción, de todos los hombres y mujeres, si bien en el caso de las personas con discapacidad, aquellos son relegados o, en el peor de los casos, vulnerados sistemáticamente.

Como hemos señalado, la CE no proporciona una definición de lo que es el matrimonio. Tampoco facilita el precepto 44 del CC una descripción de qué se entiende por esta realidad familiar, limitándose a disponer: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». En consecuencia, ha sido la doctrina la que se ha encargado de identificar los caracteres fundamentales de esta institución, que se distingue por la unión de dos personas (con independencia de su sexo)¹⁷ dirigida a constituir una comunidad de vida, lo que da lugar a que surja una serie de deberes personales y económicos, reglados por el legislador (arts. 66 a 71).

Resalta el art. 45 del CC: «No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta», y en lógica derivación, el art. 73 recoge, como primera causa de nulidad de tal negocio, el celebrado sin consentimiento matrimonial. Pese a su obviedad, resulta esencial un concurso de voluntades con el mismo contenido para la validez del matrimonio. En coherencia con ello, en el acto de la celebración se exige que ambos contrayentes respondan afirmativamente a la pregunta de «si consienten en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contraen en dicho acto» (art. 58).

Seguidamente, el legislador exige una cierta aptitud personal para contraer válidamente matrimonio, puesto que, según el art. 46, no pueden contraerlo: «1.º Los menores de edad no emancipados. 2.º Los que estén ligados con vínculo matrimonial». El artículo posterior recoge una serie de prohibiciones legales que impedirían el matrimonio entre ciertas personas¹⁸, dejando a salvo la posibilidad de dispensa con los requisitos del precepto 48 del CC¹⁹.

17 La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, añade un segundo párrafo al art. 44, por lo que «la acepción jurídica de cónyuge o de consorte será la de persona casada con otra, con independencia de que ambas sean del mismo o de distinto sexo» (exposición de motivos).

18 Así, establece el art. 47: «Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1.º Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción. 2.º Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. 3.º Los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal».

19 En su virtud: «El Juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado tercero entre colaterales. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes».

B. El matrimonio civil y la discapacidad

La lectura de las reglas precedentes evidencia una ausencia. Nada se dice en este capítulo que versa sobre las condiciones de validez del matrimonio acerca de las personas en situación de discapacidad. No siempre fue así. De hecho, la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870 incluía en su art. 4, entre otras, como condiciones de aptitud necesarias para contraer matrimonio: «Estar en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de celebrar el matrimonio». Más categórico todavía se mostraba el legislador de nuestro primer CC, toda vez que en el art. 83.2.º del CC de 1889 se afirmaba: «No pueden contraer matrimonio: Los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio».

Ambos cuerpos legales incidían en la necesidad de una plena sanidad de juicio en el momento de contraer nupcias y situaban la rebaja o disminución de las facultades mentales, en al menos uno de los contrayentes, en la categoría de «impedimento matrimonial» (ABAD ARENAS, 2015, pág. 216).

Esta inhabilidad de los contrayentes a la que se referían los preceptos referidos, ya derogados, se fundamentaba básicamente en la imposibilidad de alguno de los miembros de la pareja de prestar un verdadero consentimiento matrimonial como consecuencia de la afección de su «capacidad psicológica²⁰». Nótese que el legislador, en los artículos ya suprimidos, exigía tener *en plenitud* el ejercicio de la razón para que se diera el consentimiento. Por consiguiente, si en el momento de celebrarse el matrimonio uno de los consortes padeciera alguna alteración que resintiera el mecanismo de su voluntad, el matrimonio no se podría contraer, por cuanto la discreción de juicio ya no se poseería enteramente.

Será la Ley 30/1981, de 7 de julio, la que, con su profunda reforma del título IV del libro I del CC, incida de manera notoria en la regulación del matrimonio de los contrayentes que tuvieran disminuidas sus facultades intelectivas. De este modo, el novedoso art. 56, en su segundo párrafo, prevé: «Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

Lo primero que llama la atención es la ubicación sistemática de esta regla. El precepto está situado en la sección II del capítulo III del título IV del libro I. Sección que lleva por rúbrica «De la celebración ante el Juez o funcionario que haga sus veces²¹». Esto es, se trata de un apartado que regula aspectos formales concernientes a la celebración del matrimonio.

20 GARCÍA FAÍLDE [en CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., GUZMÁN PÉREZ, C., PÉREZ-AGUA LÓPEZ, T. M. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. M. (coords.), 2000, pág. 645], define la discreción de juicio como «la capacidad psicológica de tener supuesto el conocimiento teórico propio del suficiente uso de razón, un conocimiento deliberativo, valorativo y una elección [...]».

21 La actual rúbrica de dicha sección es «De la celebración del matrimonio», habiendo sido redactada por el apartado cuatro de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, con vigencia desde el 23 julio de 2015.

No obstante, tal y como refiere GARCÍA CANTERO²², no es simplemente una norma de *forma*, sino también de *fondo*, habida cuenta de que cumple la función de determinar la capacidad de aquel contrayente que adoleciera de deficiencias o anomalías psíquicas.

En el siguiente capítulo ahondaremos en este significativo precepto; por el momento destacaremos que si el régimen precedente consideraba la discapacidad psíquica un impedimento, tras la promulgación de la Ley 30/1981, esta «anomalía o deficiencia» no impide el matrimonio, salvo que un dictamen facultativo constate la ineptitud para prestar el consentimiento (ABAD ARENAS, 2015, pág. 218; BAYOD LÓPEZ, 1991, pág. 158; RODRÍGUEZ ESCUDERO, 2016, pág. 110; ROMERO COLOMA, 2018, pág. 43). Lo que antes se contemplaba en un sentido negativo, al inadmitirse el matrimonio de «los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón», ahora se describe, al menos en parte, de forma afirmativa, pues aunque el individuo tenga diagnosticada una patología mental, incluso si hubiere recaído sentencia firme de incapacitación, podrá casarse si un informe médico confirma su capacidad para el matrimonio. En suma, que puede emitir libremente una declaración de voluntad matrimonial con conocimiento y juicio suficiente.

C. La ratificación de la CDPD y el controvertido art. 56 del CC

La ratificación por España de la CDPD, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las NNUU, suscitó un intenso debate sobre la necesidad de modificar el tratamiento que el sistema jurídico-privado dispensaba a las personas afectadas por una discapacidad, en particular, psíquica, por ser aquellas cuya capacidad es más cuestionada. Pese a que el texto internacional entró en vigor en mayo de 2008, no fue hasta el dictado de la LJV 15/2015, de 2 de julio, cuando se tocó el art. 56.2 del CC en el sentido de expresar que «si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

El notable giro en la terminología empleada por el legislador, que ahora se refiere a «deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales» en un intento, quizá, de abarcar la discapacidad desde un punto de vista más global y respetuoso con el colectivo (ROMERO COLOMA, 2018, pág. 44), fue denunciado por diferentes asociaciones de personas con discapacidad al juzgarse que limitaba aún más que la norma vigente los derechos del colectivo, al extender el dictamen médico a los supuestos de deficiencia de uno de los sentidos.

Detectado el desacierto, se agilizaron los trámites parlamentarios a fin de introducir una modificación en la redacción del controvertido apartado segundo del art. 56. Así,

22 GARCÍA CANTERO (1982). De la forma de celebración del matrimonio. En ALBALADEJO, M. (dir.). *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Recuperado de: <http://vlex.com/vid/forma-celebracion-matrimonio-229650>.

por Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: «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».

Resulta curioso que desde el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), entidad de referencia de la discapacidad en nuestro país, muy implicada en la reforma del CC, se haya calificado la modificación como una «muy buena noticia», al suprimirse «la exigencia de un certificado médico para casarse a las personas con discapacidad sensorial, al tiempo que se corrige la discriminación histórica que sufrían tradicionalmente las personas con discapacidad intelectual» (CERMI, 2017).

Sin negar la mejora que el nuevo régimen supone para el colectivo de las personas en situación de discapacidad, da la sensación de que el planteamiento base depende de la terminología empleada, y se ignora que «condición de salud» resulta ser una expresión mucho más ambigua que las precedentes, comprensiva de las deficiencias sensoriales.

Cierto es que el recurso al dictamen médico se configura ahora con la nota de excepcionalidad. Sin embargo, no se suprime, encomendando al funcionario del RC la compleja tarea de discernir si el promotor del expediente sufre una alteración tan seria del estado de su salud que es preciso que un informe facultativo corrobore su capacidad para casarse. En otro orden de cosas, parece que, para el CERMI, es intrascendente que la nueva norma no tenga virtualidad, a la vista del reciente aplazamiento de su entrada en vigor al 30 de junio de 2020 por Ley 5/2018, de 11 de junio. Consecuentemente, ¿cómo es tan «muy buena noticia», pues, si la versión en vigor es la acordada por la Ley 30/1981?

Tal y como LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES (2017) asevera, «el gran reto pendiente», exigido por la citada CDPD, es la reforma de la capacidad. Este texto afirma: «Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida» (art. 12.2). Reconocimiento que debería impulsar a los poderes públicos a trabajar en reformas legislativas que suprimiesen prácticas que niegan el derecho al matrimonio y a formar una familia de las personas con discapacidad. La Convención impone cambiar la distinción tradicional en el derecho español entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Y hasta que la producción normativa que tiene por destinatario a este colectivo no se oriente en este sentido, el progreso y avance en el pleno ejercicio de los derechos fundamentales será ilusorio.

3. La dicotomía capacidad jurídica y capacidad de obrar tras la CDPD

Como ANGUITA RÍOS (2015) reconoce: «No hay que proteja más a una persona que el ejercicio por sí misma de los derechos que le corresponden». Esta idea constituye la

piedra angular sobre la que se asienta la novedosa visión de la capacidad jurídica que ofrece la CDPD.

Llegados a este punto, conviene repasar con brevedad dos conceptos que nuestro ordenamiento jurídico tradicionalmente distingue: capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Partiendo de la base del reconocimiento de la personalidad jurídica de todo individuo, exigencia derivada del art. 10.1 de la CE, según el cual «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social», se admite la aptitud general para ser titular de relaciones jurídicas, atributo que acompaña a la persona desde su nacimiento (arts. 29 y 30 del CC) hasta su muerte (art. 32 del CC).

La personalidad no deja de ser una creación del derecho, con el objeto de que la persona pueda ser reconocida ante la ley y, a partir de ahí, pueda adquirir derechos y deberes y obrar jurídicamente, es decir, dentro de la personalidad jurídica podemos diferenciar entre la «capacidad jurídica» y la «capacidad de obrar». Siendo la primera «la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones». Y, la segunda, «la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 1998, págs. 213-214).

Limitándonos a analizar el significado y alcance de estas nociones con carácter muy general, se dirá que, si bien la capacidad jurídica, de la misma manera que la personalidad jurídica, se ostenta por el simple hecho de ser persona, no viéndose afectada por las circunstancias subjetivas que se predicen del sujeto, la capacidad de obrar puede ser restringida, de forma que la persona tenga un derecho, pero sea incapaz de ejercerlo. Es lo que sucede con las personas en situación de discapacidad.

La CDPD impone a los Estados un nuevo modelo, revolucionario, al socavar en profundidad el clásico sistema sobre el que se organiza el derecho de la persona. Para este enfoque, las personas con discapacidad tienen reconocida, en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos, plena capacidad jurídica, entendida esta en sus dos dimensiones: capacidad jurídica y de obrar.

— El art. 12 de la Convención refuerza la idea de que «las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica» (apartado 1);

— impone a los Estados reconocer que «las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida» (apartado 2);

— para lo cual «adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica» (apartado 3), y

— «asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos» (apartado 4).

Desde esta nueva óptica las personas con discapacidad tienen idénticos derechos que el resto de la ciudadanía (de hecho, la Convención no crea derechos para este colectivo) y han de poder ejercerlos sin limitación de ningún tipo, puesto que ello constituiría una discriminación prohibida tanto por el art. 5 de la CDPD como por el art. 14 de la CE.

En este sentido, ejemplo de uno de los retos que nuestro ordenamiento ha de afrontar es el relacionado con el derecho a conformar una familia y contraer matrimonio (o constituir una unión *more uxorio*) de las personas con discapacidad, derecho garantizado en el art. 23 de la CDPD, aspecto no exento de debate jurídico.

Nuestro sistema no considera automáticamente inhábiles para contraer matrimonio a las personas con discapacidad, pero, de modo indirecto, acorta el ejercicio de su capacidad para casarse al mantener el requisito del dictamen médico. Ni siquiera la terminología empleada tras la promulgación de la Ley 4/2017, «condición de salud», respeta este derecho²³, ya que la discapacidad, que no deja de ser una condición de salud, sigue suponiendo un estado limitante para el contrayente, cuya capacidad para prestar el consentimiento, aun de manera excepcional, podrá ser evaluada y determinada por un facultativo.

4. El Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad: la consolidación del cambio de paradigma

Resulta conveniente hacer ahora una breve reflexión acerca del recentísimo Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

En efecto, con fecha de 21 de septiembre de 2018, las ministras de Justicia y de Sanidad, Consumo y Bienestar Social presentaron a la consideración del Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley por la que se reforman el Código civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en materia de discapacidad. Dicho texto fue publicado en el Punto de Acceso a los trámites de audiencia e información pública del Ministerio de Justicia el 26 de septiembre de 2018, habiendo finalizado el plazo para presentar aportaciones el pasado 19 de octubre de 2018.

Tal y como se enuncia en su exposición de motivos: «La presente ley supone un hito fundamental en el trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York, así como en la puesta al día de nuestro Derecho interno en un tema, como es el del respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su

23 Mantiene la tesis contraria ABAD ARENAS (2015, pág. 220).

capacidad jurídica, que viene siendo objeto de atención constante en los últimos años, tanto por parte de las Naciones Unidas, como por el Consejo de Europa o por el propio Parlamento Europeo y, como lógica consecuencia, también por los ordenamientos estatales de nuestro entorno».

La nueva regulación opta por lo que denomina «un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos». En consecuencia, incide en la idea de que «muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio».

Si bien la reforma no afecta al precepto que centra nuestro análisis —con toda probabilidad por cuanto su modificación se acometió hace poco mediante la Ley 4/2017—, sí es merecedora de atención. Y ello dado que, como resalta la Fundación Derecho y Discapacidad en su nota publicada el 10 de octubre de 2018, «abandona cualquier idea de modificación, restricción o privación de la capacidad jurídica o de la capacidad de obrar, siendo coherente en este sentido con el art. 12.2 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que exige que se reconozca la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. Con la nueva regulación legislativa que se propone, las personas con discapacidad gozarán en España de plena capacidad jurídica —que, como acertadamente indica el Preámbulo, “abarca tanto la titularidad de los derechos, como la legitimación para ejercitarlos”, superando en este sentido la distinción tradicional en nuestro Derecho entre capacidad jurídica y capacidad de obrar—, y lo que se hace es instituir medidas de apoyo para que puedan ejercerla».

III. EL ARTÍCULO 56.2 DEL CC

Con los antecedentes expuestos, analizaremos a continuación el texto del art. 56.2 del CC —en su versión vigente y en su redacción más reciente—, y las implicaciones que para el derecho a contraer matrimonio de las personas en situación de discapacidad lleva consigo.

1. En la redacción dada por la Ley 30/1981

A. Consideraciones previas

La Ley 30/1981, de 7 de julio, reformó de un modo intenso el marco institucional del matrimonio, siendo consecuencia lógica de la promulgación de nuestra Constitución de 1978, basada en los principios de libertad, igualdad, justicia y pluralismo político (art. 1.1).

En lo que a la discapacidad concierne, el escenario legal del matrimonio quedó afectado por cuanto en el art. 56.2 del CC, tal y como ya hemos visto, se introduce, por vez primera, el requisito del informe médico para atestiguar la aptitud matrimonial en

el supuesto de que alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas [en el mismo sentido, el art. 245.2 del Reglamento del Registro Civil (RRC)].

A pesar del tenor del precepto, contenido del que pudiera extraerse que, si la persona padeciera una enfermedad mental, de un modo automático sería incapaz para el matrimonio a no ser que un informe médico sostuviera lo contrario, lo cierto es que la regla generalmente aceptada es que el contrayente con una deficiencia psíquica es apto para casarse, salvo que se demuestre su carencia de capacidad para realizar tal acto. GARCÍA FAILDE (en CASTÁN VÁZQUEZ *et al.*, 2000, pág. 648) explicita que «es evidente que el dictamen médico favorable a la aptitud del contrayente no crea la aptitud que el contrayente no tenga; por lo que si esa aptitud no existe el matrimonio será nulo y podrá ser impugnado como nulo, no obstante ese dictamen médico a favor de la aptitud».

Merece ser reseñado, como se adelantó, que este precepto se ubica en un capítulo que versa sobre los aspectos formales del matrimonio. Así, su rúbrica es «De la forma de celebración del matrimonio», denominándose la sección II, en la que está situado el precepto estudiado, «De la celebración del matrimonio». En concreto, el art. 56 trata del expediente previo a contraer nupcias, disponiendo, en su párrafo primero, que «quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código». Expediente desarrollado con detalle en los arts. 238 a 254 del RRC²⁴.

Sin embargo, la previsión del párrafo segundo es algo más que un requisito de forma. Atañe directamente a la aptitud para consentir, de modo que hubiera sido más coherente que se insertase en el apartado relativo a los requisitos del matrimonio, como propone GARCÍA CANTERO²⁵. De hecho, el art. 56.2 relaciona de manera clara con el art. 45 que determina que «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial».

En cuanto al objeto del art. 56, se extiende a los matrimonios celebrados en forma civil, esto es, ante el juez, alcalde o funcionario señalado por el Código (art. 49.1). Por el contrario, los matrimonios religiosos quedan excluidos de su ámbito de aplicación, remitiendo la regulación a sus normas específicas. A pesar de ello, adquiere cierta fuerza expansiva cuando se trata de una unión a realizar según las formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas²⁶.

24 PUIG FERRIOL (1991, págs. 291-293) explica la tramitación del expediente matrimonial de forma concisa en su comentario al art. 56 del CC.

25 GARCÍA CANTERO (1982). De la forma de celebración del matrimonio. En ALBALADEJO, M. (dir.). *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Recuperado de: <http://vlex.com/vid/forma-celebracion-matrimonio-229650>.

26 Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Judías de España y con la Comisión Islámica de España.

o en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España²⁷ (art. 60). En estos supuestos, la normativa requiere de una resolución previa de capacidad matrimonial (conveniente en el caso de matrimonios islámicos), lo que facultaría al instructor para recabar dictamen facultativo si estimase, durante la tramitación de este expediente, que concurre una afección de las facultades del sujeto que pudiera viciar su consentimiento (art. 245.2 del RRC).

A mayor abundamiento, el control de validez del matrimonio religioso puede realizarse cuando se llega al trámite de inscripción en el RC, ya que, en virtud del art. 63 del CC: «Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este Título». Al mismo tiempo, el art. 65 del CC prevé que, en caso de celebrarse el matrimonio sin tramitarse el expediente de capacidad matrimonial, «el juez o funcionario encargado del Registro civil deberá comprobar, antes de la inscripción, que concurren los requisitos legales para su inscripción». Dedicaremos el cuarto capítulo de este trabajo a indagar en estas cuestiones.

Realizadas estas apreciaciones formales, veamos a renglón seguido cuáles son los elementos caracterizadores del art. 56.2 del CC.

B. Las «deficiencias o anomalías psíquicas» que incapacitan para contraer matrimonio

a) Concepto de «deficiencia o anomalía psíquica»

En principio resulta necesario evidenciar que la expresión introducida por la Ley 30/1981, «deficiencias o anomalías psíquicas», es ciertamente desacertada por dos motivos. En primer lugar, por subrayar la «imperfección o anormalidad» del contrayente. En segundo lugar, porque engloba en una sola tipología situaciones de diversa naturaleza, apreciándose un desajuste entre la realidad médica y la previsión normativa.

Ya se indicó que el legislador ignora a la discapacidad. Prueba de ello es que evita este término, empleando los vocablos «deficiencias o anomalías» que, por más que supongan una evolución notable en comparación con la dicción del precedente art. 83.2º del CC de 1889, no estar «en el pleno ejercicio de su razón», perpetúan el imaginario social sobre la enfermedad mental.

Deficiencia es un sustantivo que procede del latín *deficientia* e implica un defecto²⁸. Anomalía, del latín *anomalía*, y este del griego *ἀνωμαλία* *anōmalía*, significa también

27 Se ha declarado el notorio arraigo en España de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (2003), de la Iglesia de los Testigos de Jehová (2006), de las comunidades budistas que forman parte de la Federación de Comunidades Budistas de España (2007) y de la Iglesia ortodoxa (2010).

28 Real Academia Española. (2014). Deficiencia. En *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.). Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=C2d982B>

defecto de forma o de funcionamiento²⁹. Es decir, la expresión realza el estado de anormalidad o inferior desarrollo de la persona aquejada por ese déficit, frente a la colectividad que vive una vida «normal».

La «deficiencia o anomalía» ha de ser de causa «psíquica». Sin embargo, la doctrina administrativa evidencia que el concepto jurídico no se ajusta a lo que la literatura psiquiátrica define como enfermedad mental, al abarcar trastornos de tipo psíquico e intelectual, en el sentido que se describió en el apartado II.1 de este trabajo.

b) Las RRDGRN sobre la materia

En efecto, las RRDGRN reputan «deficiencias o anomalías psíquicas» las siguientes:

- El retraso mental orgánico, con una edad mental entre 7 y 10 años, confirmado con el informe psiquiátrico previo en el que se aseguraba que la edad mental no era superior a la de los 12 años (RDGRN de 17 de diciembre de 1993).
- La edad mental comprendida entre los 6 y 8 años, tratándose de un oligofrénico de grado medio (RDGRN de 20 de enero de 1995).
- Los lapsus psíquicos de la futura contrayente, no siendo capaz de autogobernarse ni de tomar decisiones legales como el matrimonio (RDGRN de 23 de octubre de 1996).
- El retraso mental leve de la interesada, con una edad mental de 7 a 10 años (RDGRN n.º 1/1999, de 2 de junio de 1999).
- El deterioro cognoscitivo grave que afectaba a la capacidad de comprensión, elección y utilización de conceptos abstractos (RDGRN n.º 3/1999, de 18 de octubre de 1999).
- El deterioro cognitivo severo del futuro contrayente, compatible con una demencia mixta, siendo el curso de dicha enfermedad de carácter crónico, progresivo y permanente, teniendo gravemente alterada la capacidad de conocer y querer el alcance y las consecuencias de sus actos, ni siendo capaz de regir por sí mismo su vida y sus bienes (RDGRN n.º 3/2004, de 29 de enero de 2004).
- La demencia senil bastante avanzada del interesado, con un deterioro cognitivo importante y de todas las funciones psíquicas (orientación, memoria, comprensión del lenguaje, etc.), que tenía, como consecuencia de ello, totalmente abolida su capacidad de obrar y de gobernar sus propios asuntos (RDGRN n.º 1/2004, de 23 de octubre de 2004).
- El deterioro cognitivo leve que presenta el varón interesado (RDGRN n.º 8/2011, de 16 de junio de 2011).
- El retraso mental leve del promotor del expediente, que no sabe leer ni escribir, ni lo que es un contrato, ni manejar la moneda de curso legal (RDGRN n.º 28/2012, de 10 de octubre de 2012).

29 Real Academia Española. (2014). Anomalía. En *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.). Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=2jH2mdl>.

- La inmadurez afectiva y ligero retraso mental de la interesada (RDGRN n.º 13/2013, de 13 de febrero de 2013).
- La capacidad intelectual en el límite de la normalidad, fronteriza con la oligofrenia (RDGRN n.º 9/2013, de 2 de septiembre de 2013).
- El retraso mental moderado (RDGRN n.º 78/2014, de 21 de febrero de 2014).
- La hemiplejía derecha con afasia, que incapacita al contrayente para comunicarse, salvo a través de apretar la mano izquierda (RDGRN n.º 43/2014, de 29 de octubre de 2014).
- El discreto grado de retraso mental que impide que el contrayente comprenda en toda su extensión el significado del matrimonio (RDGRN n.º 5/2016, de 15 de abril de 2016).

Como conclusión, para el centro directivo, se trata de deficiencias con incidencia en las facultades de entender (por afectar a la inteligencia) y querer (al condicionar las decisiones a adoptar), que menoscaban la capacidad del futuro contrayente, su autogobierno y, consiguientemente, hacen ineficaz el matrimonio.

c) El «problema fundamental»: la aptitud matrimonial y la conciencia de contraer matrimonio

Una vez hechas estas consideraciones, cabe plantearse lo que para BAYOD LÓPEZ (1991, págs. 157-158) es el «problema fundamental» que rodea a la deficiencia, y que no es otro, a juicio de esta autora, que el grado o la intensidad en que la enfermedad es relevante jurídicamente. El legislador no fija los criterios específicos sobre los que el especialista en medicina haya de basarse para pronunciarse respecto al tema que es objeto de debate: la aptitud mental para prestar el consentimiento matrimonial, por lo que habrá que atender al caso concreto para valorar si falta la conciencia para contraer matrimonio.

En cualquier caso, este requisito personal, en cierta medida de carácter físico³⁰ por incumbir a la naturaleza del sujeto, pone de relieve las contradicciones existentes en la práctica, ya que deficiencias o anomalías psíquicas no graves fundamentan diagnósticos de falta de capacidad del contrayente. Contingencia fruto del silencio del *auctor legis*.

El médico dictaminará acerca del goce de las facultades intelectuales o mentales de la persona examinada, pero cuál sea la capacidad de discernimiento que se estime suficiente para casarse es un asunto de índole estrictamente jurídica. Por esta razón, no es descabellado cuestionar la eficacia de una pericia médica para resolver las dudas surgidas cuando el encargado del RC constata en la entrevista reservada o por la documental obrante en el expediente la existencia de alguna deficiencia o anomalía psíquica. La alianza entre la medicina y el derecho resulta frágil en una materia tan

30 Así lo califica O'CALLAGHAN MUÑOZ (2016, pág. 166).

compleja que plantea numerosos interrogantes acerca de los que no es posible facilitar una única solución³¹.

Por último, el precepto tampoco requiere una cierta perdurabilidad en el tiempo de la deficiencia, por lo que puede deberse a causas pasajeras, como la embriaguez o el delirio febril³², o tener una base permanente, como en los casos de demencias orgánicas u oligofrenias.

d) Irrelevancia del estado civil de «persona incapacitada»

De forma unánime la doctrina precisa que no es necesario que el contrayente sea una persona con capacidad modificada judicialmente para que el dictamen facultativo sea requerido, siendo suficiente que existan sospechas acerca de la validez de su consentimiento matrimonial dada la enfermedad mental de aquel.

Tampoco condicionará la autorización para contraer nupcias a que quien promueva el expediente matrimonial previo tenga modificada su capacidad de obrar por resolución judicial o haya sido interpuesta demanda de incapacitación objeto de anotación en el RC.

Como dice la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 15 de marzo de 2018:

«A pesar de que con la incapacitación desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad (arts. 322 y arts. 199 CC y 756 a 762 LEC), siempre que puedan prestar consentimiento matrimonial pueden celebrar un matrimonio válido tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas.

Es decir, la discapacidad intelectual, *per se*, no determina la falta de consentimiento matrimonial ni, por ello, la nulidad del matrimonio». (Fundamento de Derecho 3.º, consideración 7.ª).

También se muestra en favor de ello la DGRN en sus resoluciones de fechas 27 de julio de 1993, 18 de marzo de 1994, 24 de marzo de 1994, 2 de junio de 1999, 30 de junio de 2005, 18 de septiembre de 2008, 18 de diciembre de 2008 y 10 de octubre de 2012, entre otras.

Pese a lo anterior, parece que la aplicación del artículo se reduce a aquellos supuestos en los que la persona tiene modificada previamente su capacidad o, cuando por los

31 GARCÍA CANTERO, al comentar las normas relativas a la forma de celebración del matrimonio se pregunta, en tono irónico, si, entre los criterios que el médico puede utilizar para determinar que el sujeto posee aptitud para contraer matrimonio, pudiera incluirse la capacidad sexual, eliminada del CC. Recuperado de: <http://vlex.com/vid/forma-celebracion-matrimonio-229650>.

32 Supuestos en los que lo acertado sería, en opinión de GARCÍA CANTERO, retrasar la celebración. Art. 56. En ALBALADEJO, M. (dir.). *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Recuperado de: <http://vlex.com/vid/articulo-56-229658>.

rasgos peculiares del trastorno, la deficiencia es reconocible, por ejemplo, por presentar síndrome de Down³³.

VENTURA (2016) destaca que «el estado civil de incapacitado de quien pretenda matrimonio constituye, por así decirlo, un “antecedente” perjudicial en ese sentido, más en absoluto decisivo», puesto que, como resume la RDGRN de 27 de julio de 1993, «pese a ese estado civil declarado judicialmente, todavía cabe que el contrayente afectado por deficiencias o anomalías psíquicas sea autorizado para contraer matrimonio, para ello es preciso que en el expediente previo recaiga el oportuno dictamen médico [...] y que, a la vista de él, el Encargado, asistido del Secretario, se cerciore de la inexistencia de ese obstáculo legal en la audiencia personal, reservada y por separado, prevista por el art. 246 del Reglamento del Registro Civil».

Problemáticas se presentan aquellas sentencias modificativas de la capacidad que contengan una valoración expresa acerca de la aptitud para prestar consentimiento al matrimonio. Efectivamente, no es inusual encontrarnos aún con resoluciones que deciden la incapacidad y acuerdan genéricamente la intervención del tutor o curador para la administración, gestión y disposición, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, de actos de especial trascendencia, entre los que se encuentra el matrimonio³⁴. Previsión que podría inducirnos a estimar que el enlace no podría celebrarse en modo alguno.

e) La novedosa STS de 8 de noviembre de 2017

La interesantísima STS, de 8 de noviembre de 2017, ha aclarado esta cuestión al señalar que la desautorización para que el incapaz contraiga matrimonio no puede ser mantenida en una sentencia de modificación de la capacidad al resultar contraria a los principios que rigen la protección de las personas con discapacidad.

Por su relevancia, reproducimos a continuación su contenido:

«Para el matrimonio, hay que tener en cuenta que nuestro Derecho, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, no contempla la privación de la capacidad para contraerlo ni en consecuencia prevé que la persona con capacidad limitada requiera autorización judicial para que compruebe su capacidad (art. 145 *Code civil* belga; en el Derecho francés, según los casos, el art. 460 del *Code* exige la autorización del juez, del curador o la del consejo de familia).

En ausencia de norma expresa que permita privar *in genere* de la capacidad para contraer matrimonio, debe considerarse que las personas con enfermedades mentales o deficiencias sí pueden contraerlo cuando puedan prestar válido consentimiento matrimonial, cuando posean la capacidad natural de entender y

33 En este sentido, ROMERO COLOMA (2018, pág. 45).

34 Así como actos de disposición patrimonial, compraventa de inmuebles, donar, testar, manejo de cantidades de dinero mayores de las habituales (con la incertidumbre que denota la referencia a la «habitualidad»), obtención de licencias de armas y para la conducción de vehículos... Como ejemplos recientes véanse las SS de la AP de Bilbao de 13 de octubre de 2016, de la AP de Barcelona de 13 de septiembre de 2017, o del TS de 4 de noviembre de 2015.

querer la unión matrimonial, lo que es posible tanto si la persona está incapacitada (lo confirma el art. 171.4.º CC) como cuando, sin estarlo, adolezca de alguna deficiencia psíquica. Así resulta del tenor del art. 56 CC vigente que exige que quienes deseen contraer matrimonio acrediten previamente que reúnen los requisitos de capacidad exigidos y, si alguno de los contrayentes está afectado por anomalías psíquicas, se exige dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento.

En la redacción del art. 56 CC dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio (y que todavía no está en vigor) se profundiza en esta tendencia al prever que, al tramitar el expediente matrimonial, solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

De esta forma, se refuerza el desarrollo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, cuyo art. 23 establece la obligación de los Estados parte de evitar la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio y la familia y, con este fin, reconocer “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”.

En el mismo sentido, la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil en el año 2017, que recoge las opiniones de los expertos sobre la materia, en su 212-6.1, tras declarar que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial, añade que “si alguno de los contrayentes, tenga o no su capacidad modificada, está afectado por trastornos o deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales que pueden afectar a su capacidad de entender y querer, el instructor del expediente matrimonial se asegurará de su aptitud para prestar el consentimiento mediante las pruebas que considere oportunas, tales como la entrevista personal, la audiencia del entorno más próximo, el informe social y el dictamen médico”. (Fundamento de Derecho 6.º, 2.º párrafo, razón 7.ª, b).

Si no hay pronunciamiento explícito, con mayor motivo, los principios *pro capacitate* y *favor matrimonii* impedirían coartar el ejercicio del *ius nubendi*. Ya en épocas tempranas la DGRN, en resoluciones de 1 de diciembre de 1987 y 12 de marzo de 1994, recalca que el derecho fundamental de la persona reconocido en el art. 32 de la CE no puede ser desconocido ni menoscabado más que en casos evidentes de falta de capacidad. En caso de duda, prevalece el ejercicio del *ius connubii*.

C. El dictamen médico

a) Profesional competente para su emisión

En virtud del art. 56.2 del CC, si existe constancia o percepción de las deficiencias o anomalías psíquicas por parte del encargado del RC, la persona puede casarse si un facultativo valora que, en el caso concreto, es apta para otorgar válidamente su consentimiento matrimonial. Ahora bien, esta regla no identifica quién ha de ser el profesional concreto que haya de elaborar ese informe.

No obstante, y habida cuenta de que en su primer párrafo contiene una remisión a la legislación del RC, el vacío se ha salvado entendiendo que es el médico adscrito al RC quien asistirá técnicamente al órgano judicial en estos casos. Y ello ya que el art. 245.2 del RRC prevé que «si el instructor estima que alguno de los contrayentes está afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, recabará del Médico del Registro Civil o de su sustituto el dictamen facultativo oportuno». En efecto, una instrucción del Ministerio de Justicia de 19 de octubre de 1987 recordó las funciones específicas de los médicos del RC, enunciando su intervención en el expediente previo a la celebración del matrimonio en forma civil.

La Ley Orgánica 7/1992, de 20 de noviembre, declaró extinguido el Cuerpo de Médicos del RC, integrándolo en el Cuerpo de Médicos Forenses (art. 1), de tal manera que el art. 378 del RRC dispone: «las funciones que la Ley sobre el Registro Civil atribuye a los médicos del Registro Civil serán desempeñadas por funcionarios del Cuerpo de Médicos Forenses». Y, en virtud del art. 3 del Real Decreto 296/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el reglamento orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses, estos son, por esencia, los facultativos colaboradores de la Administración de Justicia.

Sin duda alguna, su nombramiento como funcionarios de carrera es una garantía más de su ciencia, al ejercer su función con independencia y bajo criterios estrictamente científicos (art. 1.3 del Real Decreto 296/1996), pero estas notas se pueden encontrar en otra persona (que posea el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de este; que cuente con un currículum que califique su vasta y contrastable formación y experiencia; que sea miembro de instituciones científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia; que goce de reputación de aptitud profesional...). En cualquier caso, es indiscutible que la figura de los médicos forenses es la de peritos expertos en medicina legal, que, al trabajar directamente al servicio de la Administración de Justicia dentro del funcionario público, gozan de una imparcialidad de la que pueden carecer otros profesionales.

No obstante, en el caso que nos ocupa, se plantea un problema interesante, al poder cuestionarse la capacitación de los médicos forenses para realizar la pericia sobre la materia debatida, más propia de la especialidad médica de la psiquiatría. A tenor de lo dispuesto en las bases específicas de la convocatoria para ingreso en el Cuerpo

Nacional de Médicos Forenses³⁵, es requisito necesario para su acceso poseer la titulación de licenciado o graduado en Medicina. Es decir, quien dictaminará acerca de la capacidad para expresar un consentimiento matrimonial referido a la persona del otro contrayente será un funcionario de la Administración de Justicia titulado en Medicina, pero no necesariamente especializado en trastornos psíquicos.

Las dificultades derivadas de los distintos abordajes de la enfermedad mental que desde la psiquiatría y la psicología se realizan, así como la complicada correlación del análisis clínico con la valoración jurídica, han llevado a diferentes autores a reclamar que el dictamen provenga de un médico especializado en psiquiatría (ROMERO COLOMA, 2018, pág. 45; BAYOD LÓPEZ, 1991, pág. 159).

Esta crítica, del todo razonable, podría salvarse con la especialización de los diferentes médicos forenses. Todos los Institutos de Medicina Legal disponen de servicios de patología y clínica médico-forense³⁶, siendo estos últimos los que se encargan de los peritajes médico-legales y del control periódico de los lesionados, y de la valoración de daños corporales que sean objeto de actuaciones procesales³⁷. Como el Reglamento de los Institutos de Medicina Legal faculta a que se establezcan otros servicios que se consideren necesarios para el buen funcionamiento del instituto (art. 8.1 *in fine*), lo deseable sería que se constituyeran servicios de psiquiatría forense y, en su seno, se creara una unidad de valoración de capacidades (art. 8.2).

Pero aún hay más. Sin perjuicio de que según la ley no es preceptivo el carácter de especialista del perito (lo cual es errado, ya que resolver acerca de las capacidades cognitivas, volitivas e intelectivas de una persona es una tarea de extrema agudeza), si así lo considera oportuno el juez encargado del RC, de oficio o a instancia de parte, podría acordar la participación de otro facultativo (art. 245 del RRC) que, ya sí, debería ser experto en psiquiatría.

b) Momento de la emisión del dictamen médico: acreditación de los requisitos de capacidad

El dictamen médico se encuentra previsto en el expediente matrimonial. El art. 56.1 del CC ordena que «quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código». Legitimando el párrafo segundo de dicho artículo al instructor de dicho expediente a solicitar el dictamen médico si, durante la tramitación del mismo, se apreciase la afección mental de alguno de los contrayentes.

35 Orden JUS/350/2017, de 28 de marzo, por la que se convoca proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo Nacional de Médicos Forenses, base 4.1.

36 Art. 8.1 del Real Decreto 386/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Institutos de Medicina Legal.

37 Art. 8.4 del Real Decreto 386/1996.

Esta circunstancia puede ser advertida en cualquiera de las fases por las que atraviesa un expediente matrimonial, siendo probablemente el momento más oportuno durante el trámite de audiencia reservada y separada previsto en el art. 246 del RRC (PUIG FERRIOL, 1991, pág. 293; VENTURA, 2016). Aunque, en el caso de que uno de los contrayentes estuviere incapacitado o se hubiera presentado demanda de modificación de su capacidad, hay buenas razones para creer que el encargado tendría, con carácter previo, conocimiento de la deficiencia, puesto que el art. 241 del RRC exige que con el escrito iniciador del procedimiento se presente la prueba del nacimiento, y, según el art. 46.1 de la LRC de 8 de junio de 1957, «las modificaciones judiciales de capacidad [...] se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento».

Análogamente, el art. 38 de la LRC de 1957 prevé: «A petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará, con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias: 1.º El procedimiento judicial o gubernativo entablado que pueda afectar al contenido del Registro, incluidas las demandas relativas a procedimientos de modificación de la capacidad³⁸». Anotación que se practicará al margen del folio afectado, esto es, el dedicado a la inscripción principal de nacimiento (art. 150 del RRC).

Con todo, no faltan casos en que el dictamen se solicita en el momento final de la tramitación del expediente, justo antes de la celebración del matrimonio. Así, en la RDGRN de 17 de diciembre de 1993, la jueza acordó la suspensión de la celebración, a la vista del estado en que se encontraba el contrayente y de sus respuestas contradictorias. Después, y como resultado de los informes médicos aportados, dictó auto denegando la celebración del matrimonio por falta de capacidad del varón. Presentado recurso frente a dicha resolución, el centro directivo del RC dice: «Aunque no se comprende bien, dadas las circunstancias del caso, que las deficiencias o anomalías psíquicas del contrayente no se hayan detectado en el expediente previo hasta su momento final, es evidente que, si se comprueba en tal momento la existencia de dichas deficiencias, el Encargado debe proceder, para no autorizar un matrimonio nulo por falta de consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73-1.º CC), en la forma que señala el artículo 56, II, del Código Civil, es decir, ha de exigir dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento, que hoy debe emitir el Médico Forense».

Y en la RDGRN de 18 de septiembre de 2008 ya se había dictado auto autorizando la celebración del matrimonio, cuando se recibió en el RC documentación acreditativa de la discapacidad psíquica de la promotora. En consecuencia, se suspendió la

38 También el art. 755. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece: «Cuando proceda, el Letrado de la Administración de Justicia acordará que las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos a que se refiere este Título se comuniquen de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan». Y, entre tales procedimientos, se encuentran los que versan sobre la capacidad de las personas (art. 748 de la LEC).

autorización y se acordó la realización de análisis forense, que tuvo como resultado la emisión de un informe favorable a las nupcias.

Es más, todavía cabe otra posibilidad: que el dictamen médico se solicite *a posteriori*. La RDGRN de 11 de diciembre de 1996 se refiere al caso en el que se intenta la inscripción (que fue denegada) en el Registro Civil Consular de un matrimonio celebrado por poder en Cuba entre una española y un cubano. Dice el centro directivo: «Cuando el matrimonio se ha celebrado ya en la forma extranjera permitida por la *lex loci* el Encargado del que se solicita la inscripción está facultado para calificar la ausencia de consentimiento matrimonial». Así, por aplicación del art. 65 del CC, que «ordena en estos casos al Encargado que, antes de la inscripción, compruebe si concurren los requisitos legales —sin excepción alguna— para la celebración del matrimonio», se interesó informe facultativo que arrojó que la esposa padecía una oligofrenia orgánica, estimando que su edad mental estaría en torno a los 12-15 años. «De este modo, el matrimonio que conste por “certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración” (art. 256.3 RRC), es inscribible, “siempre que no haya dudas en la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la Ley española”, siendo título para practicar la inscripción “el documento expresado y las declaraciones complementarias oportunas”». La solicitud de análisis médico forense tras la celebración de las nupcias encaja en lo que la norma considera «declaraciones complementarias oportunas», siendo estas, en opinión de VENTURA (2016), «el equivalente del trámite previo de audiencia separada y reservada» propio del expediente matrimonial.

En el apartado IV de este trabajo, centrado en el matrimonio en forma religiosa, nos ocuparemos de otros casos en los que el dictamen forense puede ser requerido, al tiempo que se examinarán con mayor detenimiento el contenido y alcance de los arts. 65 del CC y 256 del RRC.

c) Naturaleza y valor del dictamen médico

La finalidad del dictamen facultativo es constatar la aptitud mental de entender y querer el matrimonio en la persona del contrayente afectado por una deficiencia psíquica. Se trata, pues, de que un médico valore jurídicamente una patología, dictaminando acerca de la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas ejerce en el consentimiento matrimonial.

Sin desdeñar la importancia del dictamen del médico forense, su naturaleza no deja de ser la de una prueba pericial, al proporcionar al juez el conocimiento de un objeto, que se interpreta desde la perspectiva de la ciencia y la técnica especializada. Y, con tal carácter, habrá de ser valorado por el juzgador según las reglas de la sana crítica (art. 348 de la LEC).

En coherencia con lo anterior, de forma prácticamente unánime se afirma que dicho informe, destinado a valorar las bases psíquicas y biológicas de la capacidad de obrar

de una persona en el ámbito del matrimonio, no tiene un carácter vinculante³⁹, si bien es cierto que, por su gran especificidad, el instructor del expediente matrimonial encontrará serias dificultades para contrarrestar el efecto del mismo.

La posibilidad de que otro informe médico contradictorio se incorpore al expediente y constituya parte de la base probatoria que justifica la resolución del encargado del RC encuentra su base en el párrafo primero del art. 245 del RRC, donde se alude a la práctica de «las pruebas propuestas o acordadas de oficio encaminadas a acreditar el estado, capacidad o domicilio de los contrayentes o cualesquiera otros extremos necesarios». Regla que hay que unir con la prevista en el art. 339 de la LEC.

En este sentido, en la RDGRN de 24 de marzo de 1994, el centro directivo reprochaba a la futura contrayente no haber presentado, pudiendo hacerlo, ningún dictamen médico que contradijera el emitido por el médico forense, tajante al afirmar la incapacidad de la interesada para prestar el consiguiente consentimiento matrimonial. Erraron indudablemente los promotores del expediente en el caso que da a conocer la RDGRN de 18 de octubre de 1999, puesto que, habiendo manifestado el instructor que no concurrían obstáculos legales para la celebración del matrimonio solicitado, por comparecencia, aportaron informe médico del varón, solicitando que se les casase con la mayor celeridad. A la vista de lo declarado, se acordó que aquel fuese examinado por el médico forense, quien constató su inaptitud para prestar consentimiento válido al matrimonio y sirvió de base a la denegación de las nupcias.

d) Consecuencias de la omisión del informe médico

«La ausencia de informe médico no determina *per se* la nulidad del matrimonio», como asegura el Alto Tribunal en STS de 15 de marzo de 2018, toda vez que «lo decisivo es la capacidad para expresar un consentimiento matrimonial referido a la persona del otro contrayente» (Fundamento de Derecho 3.º, consideración 7.ª).

Ello es consecuencia directa de negar que tal dictamen sea un requisito del matrimonio. Es necesario incidir en que, entre las condiciones necesarias para casarse, se encuentran las personales (referentes a la capacidad matrimonial: edad, libertad de estado, parentesco y crimen, reguladas en los arts. 46 a 48 del CC), la material (que es el consentimiento) y la formal (la forma de celebración). Aunque en la actual redacción del CC no se exige expresamente la aptitud mental, la función esencial del consentimiento en la formación del vínculo matrimonial, destacada por el art. 45, párrafo primero del CC, determina su inclusión entre los elementos que forman parte de la validez del matrimonio.

En suma, «la existencia o la ausencia de algún requisito del matrimonio es lo que afectará a su validez, háyase o no tramitado el expediente, háyase o no acreditado o denunciado el requisito o su defecto, en los mismos», según manifiesta O'CALLAGHAN MUÑOZ (2016, pág. 169). Por lo dicho, a pesar de que en el expediente prematrimonial

39 En la RDGRN de 1 de diciembre de 1987 se dice con rotundidad que «el dictamen facultativo no es vinculante para el encargado».

se haya obviado la diligencia de requerir el dictamen facultativo, las nupcias podrán ser perfectamente válidas si el contrayente tuviere suficiente capacidad y lucidez para prestar el consentimiento matrimonial.

En el CC se lee: «Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico [...]». Aunque del uso del imperativo en el texto pudiera deducirse que según la ley el empleo de la pericia es obligatorio, lo cierto es que la idea subyacente es considerar que, pese a la deficiencia, si no hay dudas sobre la aptitud mental para prestar el consentimiento (para lo que será clave el momento de la audiencia reservada de los futuros contrayentes), no hay motivos para reclamar el dictamen médico. Este mismo criterio es el que inspira la redacción dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, al art. 56 del CC (aún no en vigor), el cual establece: «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».

Una RDGRN que refuerza esta conclusión es la de 10 de septiembre de 1999. Las recurrentes (hijas del varón en un matrimonio celebrado *in articulo mortis*) alegaron la infracción del art. 245 del RRC, al celebrarse el matrimonio sin el dictamen médico. La Dirección General argumentó que «la necesidad del dictamen médico previo sobre la aptitud para contraer matrimonio está limitada al caso en que “alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas”, siendo indudable que si el autorizante del matrimonio juzga por sí que un enfermo físico tiene la consciencia suficiente para contraer matrimonio, no hay razón para exigir un certificado médico corroborante, lo que no se compaginaría con la urgencia de todo matrimonio en peligro de muerte», «aparte de que, según manifestación de la Juez encargada, ésta se cercioró de la capacidad del enfermo por consulta a una médico del hospital».

Igualmente, en la STS de 29 de abril de 2015, en relación con la acción de nulidad de un matrimonio ejercida por los hermanos del esposo, alegando que padecía una enfermedad psíquica, la Sala rechaza que la sentencia que desestimó la demanda de nulidad infringiera el art. 56 del CC puesto que «no consta acreditado que el encargado del Registro Civil en su entrevista reservada percibiese esas deficiencias o anomalías psíquicas en el contrayente, como tampoco las percibió el Notario autorizando el poder mencionado en el resumen de antecedentes o de la partición de las herencias de sus padres».

Por último, hay que recordar que aun en los casos de capacidad modificada judicialmente rige la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y el principio del *favor matrimonii*, por lo que, de conformidad con las tesis de los párrafos precedentes, tampoco en estos casos la falta de la prueba pericial constituiría por sí misma causa de nulidad del matrimonio. Dicho esto, lo cierto es que en la práctica difícilmente se prescindirá de este trámite si el encargado del RC tiene conocimiento de la incapacidad total del promotor del expediente o la discapacidad fuese obvia.

e) La capacidad natural para contraer matrimonio: la STS de 15 de marzo de 2018

Llegados a este punto y antes de centrarnos en el quid de la validez del matrimonio, el consentimiento, no podemos perder de vista un detalle. Hemos destacado que las deficiencias o anomalías psíquicas no son incompatibles con la capacidad natural para contraer matrimonio, aunque, constatada su existencia, constituyen una suerte de presunción *iuris tantum* de incapacidad. De ahí la importancia del dictamen médico forense para dilucidar si dicha discapacidad impide, desde el punto de vista psicológico, prestar un consentimiento eficaz para las nupcias.

Sin embargo, al revelarse la omisión por parte del instructor del expediente de reclamar su emisión como estéril en aras de provocar la nulidad del matrimonio, es consecuente plantear la inoperatividad de tal trámite, siendo realmente la acción de nulidad el cauce que permite examinar la falta de consentimiento matrimonial. Con más motivo cuando, tal y como predica la STS de 15 de marzo de 2018: «No obstante, con dictamen médico o sin él, en ningún caso se excluye el ejercicio de una posterior acción judicial de nulidad en la que con todo medio de pruebas se valore la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio» (Fundamento de Derecho 3.º, consideración 7.ª).

D. La aptitud para prestar el consentimiento matrimonial

Como dijimos, la derivación por parte del encargado del RC a la pericia médica para probar la aptitud del interesado en el caso de las deficiencias psíquicas sugiere que, para poder casarse, por la peculiaridad y trascendencia del negocio de que se trata, los contrayentes han de tener una cierta capacidad. Su falta implicaría ausencia de consentimiento y, por ende, la nulidad del matrimonio. Primero, por tanto, «es la capacidad y siendo capaz, el consentimiento para el acto que se quiere celebrar⁴⁰».

Planteadas así las cosas, es oportuno reflexionar sobre este aspecto de la capacidad para contraer matrimonio y acerca del contenido del consentimiento matrimonial.

a) La capacidad exigida a los contrayentes

Como la doctrina⁴¹ y la jurisprudencia⁴² se han encargado de concretar, una cosa es la capacidad de obrar y otra es la capacidad natural o de hecho, a la que se refiere el art. 56 del CC.

40 VÁZQUEZ IRUZUBIETA (2009). Art. 45. En *Matrimonio, separación y divorcio. Comentario a los artículos 42 a 107 del Código Civil*. Recuperado de: <http://vlex.com/vid/articulo-45-593244410>.

41 VÁZQUEZ IRUZUBIETA (2009). Art. 56. En *Matrimonio, separación y divorcio. Comentario a los artículos 42 a 107 del Código Civil*. Recuperado de: <http://vlex.com/vid/comentario-articulo-codigo-civil-59752288>; GARCÍA CANTERO (1982). De los requisitos del matrimonio. En ALBALADEJO, M. (dir.). *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Recuperado de: <http://vlex.com/vid/requisitos-matrimonio-229644>.

42 La relevante STS de 29 de abril de 2015, que recoge un criterio posibilista y general respecto a la capacidad para contraer matrimonio, incide en la necesidad de que en el matrimonio se compruebe «previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento» (Fundamento de Derecho 7.º, punto 1).

La capacidad natural de ejercicio se presume siempre en toda persona, no resultando, por tanto, incompatible con la situación de discapacidad del contrayente. La inaptitud, como excepción, ha de ser probada de modo evidente y completo.

Para que esta capacidad pueda ser practicada se requiere que la persona tenga discernimiento, lo que comúnmente ha sido definido como entender y querer el acto que se realiza.

La capacidad exigida engloba, de esta manera, los elementos intelectual y volitivo, en el sentido de que el contrayente precisa saber qué es un matrimonio y comprender la trascendencia del mismo, ver la oportunidad de contraerlo con una persona concreta, siguiendo finalmente un acto volitivo y la emisión de su voluntad para materializarlo. Estos momentos, en su mayor parte, son previos al propio acto de casarse y otros, coetáneos. Y en cada uno de ellos intervienen en una u otra forma la capacidad intelectual y la volitiva, el entender y el querer a los que aludíamos. Por tanto, la existencia de cualquier causa que disminuya de modo relevante la facultad de desear o de actuar de forma razonada a quien pretende casarse imposibilita el enlace por incapacidad para emitir el consentimiento.

Como es sabido, la noción de capacidad natural se emplea con frecuencia en referencia a menores de edad, al erigirse en requisito de validez de los diferentes actos y negocios. En efecto, aunque la plena capacidad se adquiere con la mayor edad, no puede desconocerse que la inteligencia y voluntad de la persona se desarrollan gradualmente. De ahí que también la capacidad de obrar sea susceptible de gradación, constituyendo la capacidad natural una categoría intermedia entre la incapacidad y la capacidad de ejercicio plena (LÓPEZ SÁNCHEZ, citada en RODRÍGUEZ MARTÍN, 2012).

Siendo la discapacidad igualmente una situación heterogénea, no solo por el gran número de diferentes limitaciones funcionales que las personas pueden registrar, como, de manera principal, por los factores contextuales (personales y ambientales) implicados, no es extraño que la capacidad natural sea la solicitada en materia matrimonial. Permite atender a la madurez psicológica y al entorno social de la persona en situación de discapacidad, como muestra de reconocimiento de un cierto margen de autonomía.

Es de señalar que, pese a las importantes conexiones legales entre el menor de edad y la persona con discapacidad psíquica, la situación jurídica de ambos no es equivalente en el ámbito del matrimonio. Prueba de ello es que el primero tiene, en tanto no esté emancipado, vedada la posibilidad de contraerlo (art. 46.1.º del CC). Por tal motivo, llama más la atención la correlación entre minoría de edad y discapacidad que el centro superior directivo del RC establece en algunos de sus pronunciamientos.

Lo anterior queda ilustrado en las resoluciones de la DGRN de 17 de diciembre de 1993, 20 de enero de 1995 y 2 de junio de 1999. En todas ellas se resuelve en contra de la autorización del matrimonio proyectado con el argumento de que, siendo la edad mental del contrayente inferior a la nupcial (que, por las fechas de las resoluciones se

situaba en los 14 años, mediando dispensa), este carece de la aptitud exigida para contraer matrimonio, puesto que solo a partir de los 14 años de edad, en su caso, es válida tal unión. La RDGRN de 12 de marzo de 1994, a pesar de que esgrime la misma tesis, incorpora un elemento nuevo al aclararse en ella «que la edad mental hace referencia a una equivalencia aproximada del nivel de inteligencia, pero no a las vivencias de la contrayente», que en ese caso correspondían a una persona de más edad.

El ordenamiento jurídico, en el difícil equilibrio entre autonomía y protección, y entre autonomía y seguridad del tráfico, ha optado por una solución intermedia al confiar en la capacidad natural, con la finalidad de respetar la presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida que consagra el art. 322 del CC⁴³ y la consideración del derecho al matrimonio como un derecho humano protegido constitucionalmente (art. 32 de la CE).

Sin embargo, el impulso de la capacidad natural no es acorde con la Convención de las NNUU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El núcleo del modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas, sobre el cual gira este tratado internacional, parte de la consideración de que las personas con discapacidad son sujetos titulares de derechos y que los poderes públicos están obligados a garantizar que su ejercicio sea pleno y efectivo (art. 9.2 de la CE). Desde esta óptica, la distinción entre capacidad jurídica y de obrar, y, dentro de esta última, su disposición entre natural y plena, necesita ser superada para lograr la igualdad real de derechos de este colectivo.

A la vez, la configuración de la aptitud marital como capacidad de entender y querer pone de manifiesto la inadecuación e inutilidad de la calificación de las personas, en función de si presentan o no una discapacidad, a los efectos de la protección y el ejercicio de los derechos fundamentales. Como RAVETLLAT BALLESTÉ (2017) advierte: «El discernimiento, por definición, no es igual en todas las personas, ya que en su delimitación pueden confluir múltiples circunstancias y factores», sin que el mero dato característico de la discapacidad sirva para delimitar si una persona reúne o no el suficiente nivel de madurez y raciocinio para emitir por sí misma un consentimiento válido y consciente.

En otras palabras, si se considera que, para las personas mayores de edad, la capacidad natural es suficiente, no parece afortunado que, exclusivamente en el caso de contrayentes afectados por deterioros de carácter psíquico, se incluya un nuevo juicio de capacidad: el médico, para reconocer la legitimidad del negocio jurídico. Se trata de un esquema que, si bien parte de la tesis del razonamiento, se aparta de ella para seguir un método netamente biológico basado en el diagnóstico de la enfermedad.

Este escollo desaparecería si el sistema diseñado por el CC incluyera dentro del ámbito subjetivo de quienes no pueden contraer matrimonio a «las personas que carezcan de

43 Pese a que esta es la tesis sostenida por jurisprudencia y doctrina, en la RDGRN de 24 de marzo de 1994 se afirma con rotundidad que «la presunción general de capacidad no rige en el matrimonio».

la capacidad natural de querer y entender el acto del matrimonio⁴⁴», con independencia de sus particulares condiciones. Esta solución sería más respetuosa con el régimen diseñado por la CDPD y más acorde con la doctrina según la cual para aquellos actos que no admiten representación por otro bastará la mera capacidad natural.

b) ¿En qué consiste el consentimiento matrimonial?

Lo significativo del matrimonio es el consentimiento (por más que haya de emitirse a través de alguna de las formas legalmente establecidas), que implica una elaboración de la voluntad mediante procesos psicológicos internos y su exteriorización; como última fase de este *iter*, se precisa un intercambio de consentimientos de igual contenido.

Como elemento preliminar, hemos de subrayar que, para que el consentimiento sea válido, la persona tiene que comprender y querer el acto que va a realizar. Si no hay aptitud, no puede conocer la esencia de aquello que lleva a cabo. Esta capacidad mental matrimonial⁴⁵, entonces, ha de ir referida a un determinado contenido. Pero al no definir el CC qué es el consentimiento matrimonial, resulta dificultoso averiguar cuándo la declaración de voluntad reúne los requisitos legales.

Refiere GARCÍA CANTERO (1982) en su comentario al art. 45 del CC que, si trasladamos los principios generales que rigen para el resto de actos y negocios jurídicos (arts. 1.261 y ss. del CC) al matrimonio, «habrá de concluirse que el consentimiento de que habla el artículo 45, párrafo 1.º, habrá de recaer sobre el objeto y la causa del matrimonio⁴⁶».

Tampoco define el Código qué es el matrimonio, pero de su regulación pueden extraerse como notas características del mismo el ser una unión estable entre dos personas, una comunidad de vida, sometida a unas formas legales de celebración, de la que nace una serie de derechos y obligaciones para ambos contrayentes en plano de igualdad, contenidos esencialmente en los arts. 67 y 68 del CC, como son respeto y ayuda mutua, actuar en interés de la familia, convivencia, fidelidad, socorro mutuo, corresponsabilidad doméstica y en el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a cargo de los cónyuges⁴⁷.

44 A semejanza del derecho catalán, que vincula la capacidad de obrar a la capacidad natural (artículo 211-3 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia).

45 O «presupuesto psicológico de la decisión interna del contrayente», según se califica en las resoluciones de la DGRN de 18 de septiembre y de 18 de diciembre de 2008.

46 El art. 1.262, primer párrafo, del CC preceptúa que «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato».

47 En este sentido, véanse las SS de la AP de Málaga (Sección 7.ª, Melilla) n.º 94/2003, de 26 de diciembre (Fundamento de Derecho 1.º), AP de Valencia (Sección 10.ª) n.º 471/2008, de 16 de julio (Fundamento de Derecho 2.º); AP de Barcelona n.º 789/2005, de 1 de diciembre (Fundamento de Derecho 1.º); AP de Barcelona (Sección 18.ª) n.º 34/2012, de 27 de enero (Fundamento de Derecho 1.º); o AP de A Coruña (Sección 5.ª) n.º 22/2014, de 28 de enero (Fundamento de Derecho 1.º).

De igual manera, señala la STS de 8 de marzo de 2001 que el consentimiento matrimonial «sólo puede hacer referencia a la comprensión, y consiguiente asunción, del contenido natural de la relación matrimonial y de la esencia de su vínculo con la amplitud que este alcanza en su regulación legal dentro de dicho Código».

Este es el parecer mayoritario de la doctrina⁴⁸ e inspirador de los dictámenes médicos en sede de capacidad para la celebración del matrimonio⁴⁹.

Por tanto, cuando por las alteraciones mentales del contrayente el contenido mínimo del matrimonio y sus implicaciones no fueran conocidos ni, resultado de lo anterior, aceptados, el consentimiento quedaría inutilizado.

Pese a lo anterior, se separa de este sentir común la RDGRN de 15 de abril de 2016, para la que la aptitud ha de ser «total», y que plantea el inconveniente de dirimir a qué otras obligaciones, aparte de las enunciadas en los preceptos 67 y 68 del CC, obliga el matrimonio.

Efectivamente, en dicha resolución se afirma que:

«Dada la trascendencia que la celebración del matrimonio tiene en las relaciones personales y patrimoniales de una persona, hay que entender que esta aptitud debe ser total, es decir, no solo sobre lo que significa el acto del matrimonio sino también sobre sus consecuencias en el ámbito personal y patrimonial de los contrayentes. En el caso que nos ocupa es evidente que si bien puede prestar el consentimiento en cuanto al acto del matrimonio, el dictamen forense es claro en especificar que el interesado no va a comprender en toda su extensión el significado del mismo por lo que, en definitiva hay que concluir que el matrimonio no se puede autorizar. Se observan por tanto contradicciones en relación con las preguntas sobre los datos personales así como falta de plena capacidad para entender el significado del matrimonio que hay que considerar como base suficiente para no autorizar el matrimonio pretendido».

Si tal y como aparece configurado el matrimonio, el contenido esencial de la relación recae sobre el conjunto de derechos y deberes enumerados sustancialmente en los

48 Entre otros, BAYOD LÓPEZ (1991, pág. 166), LASARTE ÁLVAREZ (2015, pág. 44) o ROMERO COLOMA (2013, pág. 304).

49 En el caso objeto de la RDGRN de 30 de junio de 2005, el dictamen fue favorable a la celebración del enlace, «en el sentido de constatar que la contrayente es una persona con una capacidad intelectual dentro de la normalidad que le permite mantener una vida de relación personal y social con su entorno y que, a pesar de los trastornos de personalidad que se le observan, tales limitaciones no le impiden conocer las responsabilidades que conlleva una relación afectiva, pudiendo discernir correctamente las implicaciones que supone una relación matrimonial y todas sus consecuencias». Por el contrario, la RDGRN de 10 de octubre de 2012 denegó la autorización para casarse debido a que el dictamen emitido por la médico forense valoró que, «de la documentación que consta en las actuaciones y de la entrevista clínica practicada, se desprende que el promotor no sabe leer ni escribir, ni lo que es un contrato, ni manejar la moneda de curso legal, no tiene preservada la capacidad de discernimiento ni de razonamiento ni, en consecuencia, de consentir libremente y no entiende a qué le compromete ni que responsabilidades comporta el matrimonio».

arts. 66, 67 y 68 del CC, cabe interrogarse sobre el motivo de que el juicio de aptitud concerniente a la voluntad nupcial esté referido exclusivamente a las personas con discapacidad mental.

En la práctica, existen hombres y mujeres que contraen matrimonio revelándose en el curso de la relación marital su incapacidad para asumir y cumplir las precitadas obligaciones esenciales. Un déficit cognitivo, cualquiera que sea su origen, bajo el que se ha fraguado el régimen diseñado por el legislador, no es el único con potencialidad para afectar al consentimiento matrimonial. Ciertas características de la personalidad (rigidez mental, falta de autoestima, dependencia, inmadurez social y emocional) no pocas veces reflejan que la capacidad de decisión del sujeto no es ni libre ni consciente para proceder con conocimiento del fin y los motivos de su acción.

c) Momento al que irá referido el juicio de capacidad

El dictamen facultativo habrá de certificar que el futuro contrayente tiene, en el momento de la celebración, la capacidad natural suficiente para consentir. Partiendo de esta afirmación, cualquier juicio o pronunciamiento sobre la aptitud mental debería realizarse en el momento de la ceremonia nupcial, no con antelación, no *a priori*.

Sin embargo, como se expuso anteriormente, esta comprobación se efectúa en el expediente previo al matrimonio, como exige el párrafo primero del art. 56 del CC. Razón por la cual GORDILLO CAÑAS (citado en BAYOD LÓPEZ, 1991, pág. 166) manifiesta que el dictamen médico no cumple la función pretendida por el legislador, que es la de acreditar la capacidad del sujeto justo cuando emite su voluntad marital.

A este respecto, el art. 248 del RRC evidencia el contrasentido del art. 56.2 del CC al permitir que la boda se celebre en el plazo de un año «desde la publicación de los edictos, de su dispensa o de las diligencias sustitutorias», el cual se computará desde el último de los trámites practicados, coincidente de manera normal con la notificación del auto favorable al matrimonio.

A pesar de las cautelas del legislador, en ningún caso el análisis forense garantizará que quien pretende casarse conoce y desea el acto que emprende en el tiempo actual, al venir referido a un momento muy anterior al de la celebración de la boda.

Podría rebatirse este argumento con apoyo en los elementos que han de aparecer en el informe médico-legal. En él se recogerán, entre otros extremos, la historia clínica del sujeto examinado, la exploración física y psíquica a la que ha sido sometido, se describirá la enfermedad y se determinará si es capaz de comprender la naturaleza y consecuencias del acto proyectado y dirigirlo libre y voluntariamente. Además, del estudio de la evolución previa de la patología, se derivará un pronóstico evolutivo de la misma e influencia futura en el autogobierno de la persona. Esto es, las conclusiones que se sientan y que sirven para llevar al convencimiento (o no) de la aptitud para consentir el matrimonio, aún refiriéndose a un momento concreto, tienen una previsión de futuro a medio o largo plazo.

Hasta cierto punto, el informe plantea distintas conjeturas sobre la capacidad del individuo en un margen de tiempo más o menos amplio. Con todo, la ausencia de datos o la insuficiencia de recursos en los Institutos de Medicina Legal para atender las necesidades concretas de cada usuario motivan que en las peritaciones el diagnóstico sea meramente de probabilidad.

Con obligada brevedad, apuntaremos otro ejemplo de ardua valoración. Nos referimos a los trastornos de expresión clínica intermitente, como puede ser el trastorno bipolar. Cuestión que conecta con el tratamiento del intervalo lúcido en el matrimonio.

Sobre dicho argumento expuesto en las líneas anteriores, en un período asintomático de la enfermedad, es viable que la persona con trastorno mental jurídicamente pueda contraer nupcias. Capacidad de razonamiento intacta y voluntad firme son rasgos que, con toda probabilidad, estarán presentes. Por ello, el facultativo determinará que «ahora» el estado de lucidez es constante.

Basta volver la mirada hacia el concepto de consentimiento matrimonial formado en el subepígrafe precedente para distinguir el reto. ¿Cómo hará el médico para certificar que el cumplimiento de los deberes conyugales será continuo y permanente? Lo cierto es que no podrá. Y debiendo interpretarse restrictivamente las incapacidades, se decidirá en favor del matrimonio.

d) La representación en el matrimonio

El matrimonio pertenece tradicionalmente a la categoría de actos personalísimos (al igual que el testamento o el reconocimiento de hijos). Idea que implica que, para su eficacia, basta con la capacidad natural, y, en todo caso, no cabe la representación por ser su ejercicio insustituible. Por consiguiente, solo los contrayentes pueden prestar consentimiento matrimonial. A ellos se refiere el dictamen médico exigido en el art. 56.2 del CC. Y, como decimos, si falta esa voluntad marital al constatare la existencia de deterioro o defecto de carácter psíquico laminador de la capacidad, el matrimonio no será válido.

Es evidente que el tutor no puede contraer matrimonio por su pupilo, si bien una sentencia haya declarado su incapacidad total. Si fuera el representante quien diera el consentimiento matrimonial, la nulidad sería palmaria (art. 73.1 en relación con el art. 56.2 del CC). Sin embargo, cuestión distinta es que el tutor o curador actúe como apoderado en el supuesto contemplado en el art. 55 del CC. Aquí sustituye a uno de los contrayentes en el acto solemne y público de celebración del matrimonio, pero en el expediente previo ha de haberse declarado la aptitud mental del poderdante y autorizado, con referencia a él, las nupcias.

No obstante, a partir de la STS (de Pleno) de 21 de septiembre de 2011, se admite la representación para ejercitar la acción de disolución por divorcio; resolución que declara:

«Los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que por sus condiciones, no pueda actuar por sí

misma [...]. La representación legal del tutor le impone el deber de injerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario para obtener su protección, si bien no libremente, sino con las limitaciones que derivan de la naturaleza de función que tiene la tutela y por ello el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal» (Fundamento de Derecho 8.º).

Con anterioridad, la Sentencia del Tribunal Constitucional 311/2000, de 18 de diciembre, dio lugar a una renovación del alcance de la legitimación del tutor, al permitirle ejercitar la acción de separación⁵⁰.

Por ser el matrimonio un acto personalísimo sorprende enormemente la STS de 4 de noviembre de 2015 que concreta, respecto de una persona con discapacidad intelectual leve: «En lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, de aquellos actos de especial trascendencia (actos de disposición patrimonial, compraventa de inmuebles, donar, testar, matrimonio, manejar armas, conducir vehículos, manejo de cantidades de dinero mayores de las habituales...), completando su discapacidad pero sin anular su autonomía personal». (Fundamento de Derecho 4.º, punto 3).

CAROL ROSÉS (2017, págs. 3.253-3.254), en referencia a la testamentifacción activa, interpreta el pronunciamiento relativo a la intervención del curador como una remisión al modelo de apoyo en la toma de decisiones que proclama la CDPD (art. 12.3). La actuación de apoyo ejecutada a través del tutor y curador se centra, para este autor, en el proceso de formación de la voluntad. Línea coincidente con la traducción que de esta novedosa pauta llevan a cabo jueces y tribunales en sus resoluciones⁵¹.

Partiendo de ello, tanto el tutor como el curador pueden ser personas idóneas para proporcionar al futuro contrayente con discapacidad información, accesible y comprensible, acerca de qué es el matrimonio y cuáles son sus implicaciones jurídicas, para, de este modo, forjar una voluntad libre de vicios que anulen el consentimiento. Paralelamente, su papel durante toda la tramitación del expediente prematrimonial será de igual forma decisivo, pudiendo realizar tareas de acompañamiento a la oficina del RC, interlocución con el personal adscrito a la misma e incluso supervisión de cada una de las diligencias que se lleven a cabo.

Reconociendo la especial sensibilidad sobre el respeto a la autonomía que refleja esta interpretación, no resulta tan evidente que sea esta línea la transmitida por el Alto Tribunal, toda vez que el complemento de capacidad al que alude, en sí mismo, no es

50 La jurisprudencia hasta ese momento se declaraba en contra de la posibilidad de que el tutor ejercitara la acción de separación. La STS, de 27 de febrero de 1999, refrendó esta premisa al fijar como doctrina que el ejercicio de las acciones civiles de separación matrimonial o divorcio «sólo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge a quien la Ley reconoce legitimación para ello». (Fundamento de Derecho 2.º).

51 Representativas son las SSTs de 29 de abril de 2009, de 24 de junio de 2013, de 1 de julio de 2014, de 13 de mayo de 2015, de 11 de octubre de 2017, o de 8 de noviembre de 2017.

un apoyo. Supone una limitación o restricción de capacidad. Y ya hemos destacado que, siendo el matrimonio un acto personalísimo, no cabe que el curador complete la capacidad del contrayente sujeto a curatela, del mismo modo que el tutor no puede consentir por el tutelado.

Tampoco pretendemos afirmar que la interpretación flexible de esta resolución sea criticable, sino que la inserción del concepto de apoyo en ella presenta desajustes, lo que responde a la tarea pendiente de una reforma de conjunto del sistema, aún vigente en el CC, de regulación de la capacidad.

2. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. La polémica referencia a «deficiencias sensoriales»

A. La discapacidad sensorial en el iter parlamentario

El art. 56, cuyas líneas generales han quedado expuestas en el epígrafe antecedente, fue modificado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, siendo redactado del siguiente modo:

«Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código. Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

En el preámbulo de la norma (punto III) se explicita que la reforma pretende la adaptación a la CDPD de NNUU, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, lo que justifica la nueva terminología, ya que ahora el texto habla de contrayentes afectados por «deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales».

Mas, con esta salvedad, en lo que afecta al art. 56 del CC, la nueva regulación se enfoca, principalmente, en la diversificación de los elementos personales ante los que se lleva a efecto la tramitación del acta o expediente previo a la celebración del matrimonio. Tramitación encomendada ahora al secretario judicial (fedatario judicial), notario o encargado del RC del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular encargado del RC si residiesen en el extranjero (art. 51.1 del CC).

Efectivamente, el art. 56 del CC, que tiene su correlato en la paralela reforma del art. 58 de la LRC 20/2011, de 21 de julio, mantiene, para quien presente deficiencias, el requisito del dictamen facultativo sobre su aptitud para prestar el consentimiento. Con todo, se introducen ciertos matices.

Así, en primer lugar, persiste el uso del término «deficiencias», más neutral, si bien se suprime la referencia a «anomalías», que tiene el sentido general de irregularidad, de carencia de lo que nos hace iguales. Su empleo en el ámbito de la biología, donde una de las anomalías congénitas más recurrente es el síndrome de Down, sugiere que el

legislador probablemente ha intentado alejarse del modelo médico en el tratamiento de la discapacidad. Empero, prescindir de la referencia a las anomalías para no etiquetar a los sujetos con una noción representativa de su enfermedad no supone avance alguno, si la lógica de este patrón pervive a través del informe forense⁵².

Por otro lado, reemplaza la alusión a «deficiencias psíquicas» por la expresión «deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales», adecuándose a la definición que de las personas con discapacidad proporciona la CDPD (art. 1). Las «deficiencias mentales e intelectuales» son categorías más precisas y con mejor encaje en el modo actual de entender la discapacidad⁵³. Sin embargo, la corrección de la normativa para hacer entrar en escena al colectivo de las personas con discapacidad sensorial supone el mayor dislate, por cuanto su condición no guarda conexión con su aptitud para prestar consentimiento al matrimonio⁵⁴.

En el proyecto de ley que el Ejecutivo envió a la Cámara Baja de las Cortes Generales ya se proponía la redacción del precepto en este sentido⁵⁵. Pero nadie reparó en ello durante su tramitación parlamentaria.

En referencia al art. 56 solo se presentaron tres enmiendas en la fase ante el Congreso de los Diputados: la n.º 22, proveniente de La Izquierda Plural, y a fin de proponer que el dictamen médico fuera aportado por los contrayentes⁵⁶; la n.º 324, firmada por el

52 El esquema médico acepta este raciocinio: se tienen más derechos cuanto mejor sea el funcionamiento de los sentidos, intelecto y sistema motor. Como consecuencia, solo la remisión o desaparición de tales limitaciones funcionales permitirá que las personas con discapacidad tengan acceso a algunos derechos. Y, para constatar el alcance de tales déficits, habrá que someter al sujeto a un examen médico que verifique su estado de salud.

53 En este sentido, como refiere MORETÓN SANZ (2008, págs. 37-38), ya la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, atendía a «razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, *mental, intelectual* o sensorial» (la cursiva es nuestra) para definir el concepto de estado de dependencia (art. 2, definición 2). Es decir, subrayaba la división entre enfermedad y discapacidad, y en relación a esta última, entre aquella que respondía a razones físicas, sensoriales, y en particular, por primera vez se diferenciaban las circunstancias mentales de las intelectuales.

54 La discapacidad física fue la única que se libró de esta suerte de presunción en contra de la capacidad legal.

55 El texto propuesto era el siguiente: «Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código.- Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Notario, Secretario del Ayuntamiento, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

56 Para este Grupo Parlamentario el art. 56 debería quedar redactado del siguiente modo: «Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código. Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, Secretario del Ayuntamiento, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente *exigirá la aportación* (la cursiva es nuestra) de dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». Resulta incoherente, no obstante, que en enmiendas anteriores este

Grupo Parlamentario Socialista, consistente en la eliminación del notario del listado de operadores encargado de verificar, mediante expediente, el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio⁵⁷, y la n.º 399, del Grupo Parlamentario Popular, excluyendo de la tramitación al secretario del ayuntamiento e incluyendo al secretario judicial⁵⁸.

Tampoco el Senado cayó en la cuenta de la evidente discriminación⁵⁹.

B. CERMI y la solución del Ministerio de Justicia: la Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016

Fue aproximadamente un año después de ser publicado el texto, a unos meses de su entrada en vigor⁶⁰, cuando diversas organizaciones representativas de personas con discapacidad denunciaron el despropósito del nuevo artículo. *El Informe descriptivo de la situación de los derechos humanos de las personas con discapacidad en España* (CERMI, 2016, pág. 38) declaraba: «El texto de la Ley marca una profunda desigualdad en el derecho al matrimonio, así, no sólo no corrige la normativa previa, sino que además, añade limitaciones a las personas con discapacidad sensorial».

Sorprendente fue la solución aportada desde el Ministerio de Justicia para evitar el perjuicio a personas con discapacidad sensorial. Con fecha de 23 de diciembre de 2016 se dictó una resolución-circular aclarando que la exigencia de dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento de aquellos contrayentes que estuvieren afectados por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales se debía entender limitada exclusivamente a aquellos casos en los que la deficiencia incidiese de forma sustancial en la prestación del consentimiento por el interesado en cuestión.

grupo parlamentario excluyera la intervención del notario en la tramitación de expedientes relativos a materia de RC, con el argumento de que esta actividad ha de mantenerse en manos estrictamente públicas, pero en su propuesta de art. 56 del CC se mantenga la referencia a «acta», que es precisamente el instrumento notarial previsto para la instrucción del expediente matrimonial.

57 Su propuesta era: «Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código. Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el secretario del Ayuntamiento, encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el expediente dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

58 El texto indicaba: «Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

59 Presentaron enmiendas el Grupo Parlamentario Mixto (enmienda n.º 113); el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (enmienda n.º 367) y el Grupo Socialista (enmienda n.º 698), todas ellas en el sentido de eliminar la figura del notario del listado de operadores competentes para tramitar el expediente matrimonial previo.

60 Inicialmente prevista para el 30 de junio de 2017 (disposición final 21.ª 3).

En suma, la DGRN innovó el ordenamiento, yendo más allá de lo que es función propia de una disposición reglamentaria. La resolución-circular contenía mandatos de interpretación sin una base legal que les sirviera de contrapunto. El párrafo segundo del art. 56 del CC, tal y como fue redactado por la Ley 15/2015, no generaba dudas respecto al término discapacidad. La ley era un despropósito, pero inteligible. Por ello, el cauce escogido, aunque bienintencionado, transgredía el ordenamiento, al invadir el dominio propio de las disposiciones generales.

Al poco tiempo, y para deshacer el agravio rápidamente, fue tramitada con carácter de urgencia, antes de la entrada en vigor de la LJV, la Ley 4/2017, de 28 de junio, que, siguiendo la línea trazada por la Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016, redactó el art. 56 del CC del siguiente modo:

«Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código.

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».

Antes de seguir adelante examinando las novedades que el texto introduce, consideramos necesario volver la vista a las iniciativas para corregir el art. 56.2 del CC que partieron de los dos grupos mayoritarios en el Parlamento.

C. Las iniciativas parlamentarias para la corrección del art. 56 del CC

La primera, denominada *Proposición de Ley de adecuación de la regulación del derecho a contraer matrimonio a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU*, se presentó por el Grupo Parlamentario Socialista, con fecha de 10 de enero de 2017. La segunda partió del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Fechada el día 17 de enero de 2017, bajo el nombre de *Proposición de Ley de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria*.

La solución legal aportada por el Grupo Socialista consistió en suprimir completamente el párrafo controvertido, prescindiendo de un modo absoluto de la exigencia de dictamen médico. Pero, pese a la prioridad en la presentación, esta proposición aún está en fase de ser incluida en el orden del día del pleno para su toma en consideración (art. 126.3 del Reglamento del Congreso). Extravagancias del Poder Legislativo.

La finalmente tramitada fue la iniciativa proveniente del Grupo Popular, que redactaba el art. 56 del CC con el contenido acogido por la Ley 4/2017.

Si acudimos a los Diarios de Sesiones de las Cámaras comprobaremos que vía enmienda el Grupo Socialista no reivindicó su propuesta, más conforme a lo prescrito por la Convención de NNUU que la del Gobierno, como después tendremos oportunidad de defender. Sí interesaron, sin éxito, la modificación del artículo el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana⁶¹, que destacaba que la discapacidad no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica a la persona, realzando el valor de los apoyos para la formación y emisión del consentimiento marital, y el Grupo Parlamentario Vasco en el Senado⁶², para concretar que tales apoyos corresponden a toda la Administración y no solo al sistema de protección.

Atendiendo a lo expuesto en este apartado, cabe concluir advirtiendo que, por así decirlo, el art. 56.2 del CC, según fue redactado por la LJV, fue una especie de «criatura abortiva» del sistema, al desaparecer del ordenamiento jurídico sin haber alcanzado vigencia. La inclusión de la discapacidad sensorial en el precepto estudiado fue costosa. Hizo inane parte de las actuaciones parlamentarias desarrolladas para llegar al acto normativo de carácter general e imperativo que es la ley, e, igualmente, impuso a los legisladores (por su ineficiencia) el gravamen de un nuevo procedimiento legislativo.

3. La Ley 4/2017 y su pretendida adecuación plena a la CDPD

A. Ius connubii de las personas en situación de discapacidad

En la exposición de motivos de la Ley 4/2017 se declara que la corrección del art. 56 del CC obedece al objetivo de «establecer, eliminando restricciones y proporcionando apoyos, un régimen legal favorecedor de la celebración del matrimonio, si esa es la

61 Que se expresaba en los siguientes términos: «Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código. Las personas con discapacidad que precisen apoyos para la toma de decisiones no podrán ser excluidas por motivo de su discapacidad del derecho a contraer matrimonio, siendo obligación de las autoridades y funcionarios que intervienen en estos procedimientos proveer de los apoyos necesarios para la formación y emisión de su consentimiento». (enmienda n.º 8 en el Congreso y enmienda n.º 13 en el Senado).

62 Para este partido, el art. 56 debería redactarse del siguiente modo: «Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código.- 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 la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento de los contrayentes, los cuales la Administración tendrá habilitados. 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». (enmienda n.º. 19, en el Senado).

voluntad de las personas con discapacidad», con plena adecuación a la Convención de 2006.

Las modificaciones introducidas suponen una apuesta por el *ius connubii* de las personas en situación de discapacidad al suprimir, con carácter general, la exigencia de dictamen médico, y priorizar la figura de los apoyos de distinto orden en el ejercicio de su capacidad legal. Es indudable la mejora que supone en comparación con el antiguo régimen. Mas lo precipitado de la reforma⁶³ explica la presencia de ciertas imprecisiones que limitan el impacto que se buscaba.

En concreto, el artículo se refiere a:

- La posibilidad de que quien tramite el acta o expediente prematrimonial, cuando lo estime necesario, recabe «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».

Esta previsión es el trasunto del art. 12.3 de la CDPD al ámbito del matrimonio. En efecto, este precepto declara: «Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica». Y también obedece al art. 23.1 de dicha Convención: «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. La prestación de los «apoyos» necesarios antes que el recurso a un dictamen médico de solicitud excepcional

Precisamente, a la luz del art. 12.3 de la Convención, resulta evidente que, casos como el del matrimonio, deben llevarse no mediante la discusión —aunque sea de forma implícita— de la aptitud para consentir, sino mediante la prestación de los apoyos necesarios, cuya finalidad no es suplir ni complementar la capacidad del individuo, sino cooperar a que la voluntad, libremente formada, se exprese y se lleve a efecto.

«Apoyo» incluye, según el texto de la ley, medios de distintos tipos que podrán proceder tanto de la Administración Pública como de la iniciativa social. E irán orientados a tomar conocimiento de la voluntad del contrayente.

⁶³ La duración del procedimiento legislativo fue de tan solo cinco meses, si bien es cierto que se trataba de una ley breve.

Al respecto, la observación general sobre el art. 12, en su punto n.º 15, preparada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de NNUU (2014), afirma:

«El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas. En el artículo 12, párrafo 3, no se especifica cómo debe ser el apoyo. "Apoyo" es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica para determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como la ayuda mutua, la promoción (incluido el apoyo a la autopromoción) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales (por ejemplo, una medida que exija a entidades privadas y públicas como los bancos y las instituciones financieras que ofrezcan información comprensible), a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. (El apoyo también puede constituir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias)».

La indefinición del concepto de apoyo no es, por sí sola, problemática. Se trata de una simple constatación de la diversidad de las personas con discapacidad, circunstancia que impide concretar el tipo y la intensidad del apoyo, ya que variará notablemente de una persona a otra. Esto es acorde con lo dispuesto en el art. 3. d) de la CDPD, en el que se describe como un principio general de la norma «el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas».

Tampoco precisa en qué consiste la prestación de apoyos el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018. De hecho, el párrafo tercero del art. 248, expresa: «Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro⁶⁴».

64 El uso del futuro simple de indicativo en la segunda y tercera parte de este párrafo indica, sin embargo, a juicio de la Fundación Derecho y Discapacidad (2018), que la definición de apoyo proporcionada constituye «un aspecto meramente complementario que simplemente se intentará en la medida de lo posible». Por tal motivo se propone una nueva redacción: «La función principal de las instituciones de apoyo será ayudar en la adopción de sus decisiones a la persona a la que se presta el apoyo. Esta ayuda comprende suministrarle la información

Por el contrario, la inconcreción de cuándo requerir tales medidas sí puede abrir el campo a una aplicación desproporcionada o discrecional de la ley por parte del personal responsable de la tramitación del expediente matrimonial. Ciertamente, discernir la necesidad de la provisión de apoyos requiere una valoración de las circunstancias concretas de cierta complejidad, por lo que debería ser una tarea a asumir por un profesional en materia de discapacidad, que aconsejara los distintos niveles de apoyo y sus prestadores en atención a la situación de la persona.

En este sentido, el Real Patronato sobre Discapacidad, en su propuesta articulada de reforma del CC y de la LEC para su adecuación al art. 12 de la CDPD (2012), habla del gestor o coordinador de apoyos (arts. 206 y 207) como aquella «persona física o jurídica, pública o privada, designada por resolución judicial o en instrumento público como responsable directa de hacer efectivas y coordinar las medidas de apoyo preciso para acompañar y asistir activamente a la persona apoyada a fin de que ésta pueda adoptar con la máxima autonomía sus propias decisiones⁶⁵».

Por otro lado, la norma reconoce y fomenta el papel de las entidades de iniciativa social en la provisión de apoyos. Como estos pueden ser de muy distintos tipos, no siempre las Administraciones podrán asumirlos directamente. De ahí que las personas jurídicas privadas estén llamadas a desempeñar una función activa en este sector.

Por último, la actuación del apoyo se centra en la emisión, interpretación y recepción de la declaración de voluntad. Entendemos, no obstante, que la prestación de apoyos no puede focalizarse temporalmente en el momento de la declaración de voluntad marital, sino que debe proyectarse en la asistencia durante el proceso previo de la toma de la resolución de casarse. No en vano la decisión será eficaz siempre que se haya adoptado basada en información adecuada y accesible que respete los designios y preferencias de la persona con discapacidad.

- Continúa diciendo el precepto: «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».

La excepcionalidad de la medida constituye el núcleo de la reforma del artículo. Esto supone que el dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento se

necesaria para la adopción de la decisión, explicarle las circunstancias que rodean la decisión, aconsejarle, verificar su voluntad y preferencias y ayudarle a comunicarlás, ayudarle a adoptar y expresar la decisión, y esforzarse por asegurar que la decisión sea llevada a la práctica. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro».

65 Si bien es cierto que el anteproyecto presentado el 21 de septiembre de 2018 no recoge esta figura, sí tiene presente en el preámbulo que el procedimiento de provisión de apoyos debe «pasar a orientarse hacia un sistema de colaboración interprofesional o “de mesa redonda”, con profesionales especializados de los ámbitos jurídico, asistencial y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso».

limita solo a aquellos casos en los que la condición de salud afecte de forma sustancial a la prestación del consentimiento por el interesado en cuestión.

A pesar del esfuerzo realizado por el legislador para consagrar el principio del *favor matrimonii* para toda persona, con independencia de sus singularidades, subyace la visión de que ciertos sujetos tienen una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo como consecuencia de una discapacidad cognitiva o psicosocial. Esta razón justifica la retirada de su capacidad para adoptar una decisión concreta, en este caso, el casarse. Y nuevamente es un diagnóstico médico el que determina si hay o no aptitud.

Según NNUU (2014, observación 13.^a): «El artículo 12 de la CDPD no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio», puesto que en ningún caso «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».

C. La confusión entre capacidad mental y jurídica: la necesaria adaptación del modelo de discapacidad basado en los derechos humanos

La mezcla de los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica que, de manera holística, se aprecia en todas las esferas de la legislación española (no solo en cuanto al ejercicio del derecho al matrimonio) impide, cuando menos interinamente, que el modelo de discapacidad basado en derechos humanos de la CDPD sea comprendido y asumido en su plenitud.

En cualquier caso, no pasa desapercibido que este cambio de ideas y valores es el que ha guiado al legislador en la reforma acometida en 2017, hecho que es, sin lugar a dudas, positivo.

Ahora actúa como presupuesto del dictamen médico una «condición de salud» y no una deficiencia. «Deficiencia» tiene un matiz desdeñoso y pone en el centro de atención a las personas con discapacidad. De hecho, la CDPD define a estas por la concurrencia, entre otros aspectos, de «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo» (art. 1.2). «Condición de salud» es una expresión más neutra, pero no deja de involucrar a la situación de discapacidad. Y la propia exposición de motivos de la Ley 4/2017 deja entrever que es este el colectivo que actuará como sujeto pasivo del dictamen médico.

Esta modificación terminológica, de la que ponemos en tela de juicio que sea exigida por la citada Convención, ejemplifica una tendencia muy actual hacia lo «políticamente correcto», a la que la legislación no es inmune. Pero los planteamientos, en ocasiones excesivamente dependientes de la corrección política en el lenguaje, entrañan el riesgo de no discriminar entre lo que en verdad es importante y urgente y lo que no.

Siguiendo con el examen de la reforma, refiere el mencionado precepto que al agente al que le corresponde enjuiciar si procede o no solicitar el dictamen facultativo es al letrado de la Administración de Justicia, notario, encargado del RC o funcionario que

tramite el acta o expediente. Dicho requerimiento parte de una previa valoración de la condición de salud del promotor del expediente, la cual, a mayor abundamiento, ha de incidir de modo evidente, categórico y sustancial en el consentimiento.

Como se puede inferir, esta apreciación es extremadamente compleja, excediendo de los conocimientos que se le suponen a un funcionario público que desarrolla funciones registrales. Además, su interpretación genera cierta inseguridad, puesto que, según la persona que instruya el expediente, el criterio puede cambiar, atentando, en consecuencia, contra el principio de igualdad.

Si finalmente se solicitara el dictamen médico, este se centraría en la determinación de si el contrayente tiene o no aptitud para querer y entender el matrimonio. *De facto*, sigue funcionando como un veto para el casamiento si sostiene la ausencia de capacidad mental para el acto pretendido.

El mantenimiento —aparentemente, de modo singular— del informe facultativo que acredite la capacidad para casarse de las personas con discapacidad no deja de ser un tipo de discriminación sancionada por la CE (art. 14) y CDPD (arts. 2, 5 y 23).

De hecho, constata acertadamente NNUU (2014, observación 21.^a) que:

«Los sistemas que niegan la capacidad jurídica basándose en la condición de la persona constituyen una violación del artículo 12 porque son discriminatorios *prima facie*, ya que permiten imponer la sustitución en la adopción de decisiones basándose únicamente en que la persona tiene un determinado diagnóstico. Del mismo modo, los criterios basados en las pruebas funcionales de la capacidad mental o en los resultados que conducen a negar la capacidad jurídica constituyen una violación del artículo 12 si son discriminatorios o si afectan en mayor medida al derecho a la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad».

En resumidas cuentas, con esta reforma que cristaliza el criterio hermenéutico de la DGRN en su Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016, se logra un avance mínimo en la traslación del modelo diseñado por la CDPD. Impulsa el sistema de apoyos, pero no convierte al matrimonio en una auténtica condición de participación social de las personas con discapacidad en el ámbito de la familia, ya que el grado de realización del derecho a contraer nupcias no es pleno. Tampoco ayuda que la norma no haya entrado aún en vigor⁶⁶, lo que hace dudar del nivel de compromiso de las acciones gubernamentales y legislativas con la población en situación de discapacidad y sus hogares.

66 Previsiblemente lo hará el 30 de junio de 2020, según fija la disposición final primera de la Ley 5/2018, de 11 de junio.

IV. EL EXAMEN DE LA APTITUD PARA CONSENTIR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO RELIGIOSO

1. La cuestión aplicada al enlace religioso

Dada la pluralidad de formas que vertebra el sistema matrimonial español, en las siguientes líneas haremos algunas precisiones relacionadas con la cuestión de la capacidad matrimonial de las personas con discapacidad cuando se pretende celebrar (o se celebró) un enlace religioso. De idéntica manera a como hicimos al tratar la forma civil, nos centraremos en los requisitos de los matrimonios celebrados en España. Y ello porque la reflexión acerca de las condiciones de acceso al RC de aquellos matrimonios celebrados fuera de nuestro país enreda la intelección del juicio sobre la aptitud mental de las personas con deficiencias que pretenden contraer vínculo matrimonial.

Establece el art. 49 del CC que «cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: [...] 2.º En la forma religiosa legalmente prevista».

De manera consecuente con lo establecido en dicho precepto, la sección III del capítulo III, del título IV del libro I del CC, trata, en los dos artículos que la integran (arts. 59 y 60), de la celebración en forma religiosa.

El art. 59 del CC preceptúa que el consentimiento matrimonial, en estos casos, «podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste». Por tanto, el consentimiento se configura, en el matrimonio civil y en el religioso, como requisito básico y preliminar para la validez jurídica de las nupcias⁶⁷. Es decir, la necesaria capacidad conyugal de los contrayentes constituye una exigencia sustantiva de imprescindible observancia.

Por otro lado, el art. 60 del texto legal determina que produce efectos civiles el matrimonio contraído según las normas del derecho canónico o en las formas religiosas israelita, islámica, evangélica, y, tras la promulgación de la LJV, también el celebrado según los ritos propios de aquellas confesiones religiosas que hayan obtenido la declaración de notorio arraigo, esto es, Testigos de Jehová, la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (mormones), los budistas y los ortodoxos.

Consideraremos, inicialmente, la eficacia de los matrimonios no católicos, cuyo tratamiento jurídico es similar, para finalizar con un análisis del enlace canónico, por gozar de una cierta entidad sustantiva.

2. Forma religiosa evangélica e israelita

El art. 7.2 del anexo de los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Evangélicas de España y con la Federación de Comunidades Israelitas de España contempla la obligatoriedad de que las personas que pretenden

67 Así lo reconoce la RDGRN n.º 45/2014, de 29 de octubre de 2014.

celebrar el enlace según la propia normativa de dichas confesiones, promuevan expediente previo al matrimonio, ante el encargado del RC correspondiente⁶⁸.

Entonces, si se desea contraer nupcias en alguna de las formas religiosas aludidas, es preciso que quede debidamente acreditado, con carácter previo a su celebración, que los contrayentes reúnen la capacidad exigida por el ordenamiento estatal, lo que correlaciona directamente con el párrafo primero del art. 56 del CC; y no deja de ser llamativo, puesto que se trata de una norma situada en la sección dedicada a la celebración en forma civil. También resulta curioso que el CC, a diferencia de lo que sucede con las entidades de notorio arraigo (art. 60.2), no formule de forma expresa el requisito de obtención de ese certificado previo de capacidad matrimonial⁶⁹.

Este expediente previo se regula, como vimos, en los arts. 238 y siguientes del RRC, y ya subrayamos que la regla 245.2 permite al instructor interesar dictamen facultativo si estima que alguno de los contrayentes está afectado por deficiencias o anomalías psíquicas.

Observemos cómo, de una manera implícita, todas las consideraciones hechas en el epígrafe precedente son extrapolables a estos supuestos. Se podría, pues, denegar la certificación de capacidad matrimonial⁷⁰ fundada en que alguno de los contrayentes padeciera una perturbación de sus facultades mentales que incidiera de modo relevante sobre la consciencia y la voluntad, viciando, en suma, el consentimiento matrimonial, circunstancia acreditada mediante informe médico. Es a lo que nos referíamos al exponer la fuerza expansiva que el art. 56.2 del CC despliega cuando se trata de matrimonios en forma religiosa.

En síntesis, para la validez civil del matrimonio celebrado en España según las formas religiosas evangélica e israelita, el ordenamiento jurídico demanda la tramitación del expediente previo al matrimonio ante el encargado del RC correspondiente y su ulterior inscripción en el RC (arts. 60.1 y 3. y 61 del CC), efectuándose el control de validez de las nupcias durante la tramitación del certificado de capacidad matrimonial.

68 Este apartado ha sido modificado por la disposición final 5 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, en el sentido de expresar que: «las personas que deseen contraer matrimonio en la forma prevista en el párrafo anterior promoverán acta o expediente previo al matrimonio ante el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil correspondiente conforme a la Ley del Registro Civil». Esta nueva redacción entrará en vigor cuando lo haga, de forma completa, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, esto es, el 30 de junio de 2020. De hecho, la nueva LRC, en su art. 58 bis, se remite a lo dispuesto en dichos Acuerdos de Cooperación en lo que se refiere a la celebración del matrimonio en forma religiosa.

69 MARTÍNEZ-TORRÓN, ÁLVAREZ-MANZANEDA ROLDÁN y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA (1998, págs. 109-110) defienden que mediante los Acuerdos se entienden modificadas las disposiciones generales del CC en la materia.

70 Cuyo modelo, al igual que el de celebración de matrimonio religioso, ha sido aprobado por Orden de 19 de abril de 2016.

Una última apreciación. El segundo párrafo del art. 63 del CC apunta a un ulterior examen de la eficacia de dichos matrimonios religiosos, al admitir la posibilidad de una denegación de la inscripción de aquellos «cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este Título». Lo que entraña una aparente contradicción con lo estipulado en el propio párrafo primero de dicho precepto, que supedita la inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa «a la presentación de la certificación de la iglesia, o confesión, comunidad religiosa o federación respectiva». Pese a lo peculiar de esta situación, lo más acertado, probablemente, sea concluir que este nuevo análisis no apela a la capacidad matrimonial de los contrayentes (lo que constituiría una inoperativa duplicidad procedimental), circunscribiéndose a asuntos de índole formal, como constatar que el correspondiente expediente previo fue tramitado, que la certificación de la celebración del matrimonio expresa las circunstancias exigidas por la legislación o comprobar que no han transcurrido más de seis meses entre la expedición del certificado de capacidad y la ceremonia religiosa⁷¹.

3. Forma religiosa islámica

Si comparamos el texto del apartado segundo del art. 7 del anexo al Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España con el mismo precepto de los acuerdos con protestantes y judíos, apreciamos una diferencia sustancial. Permite que el matrimonio se celebre sin la previa obtención del certificado civil de capacidad matrimonial, únicamente exigible para la ulterior inscripción. En suma, es lo que se deduce de la regla que dicta: «Las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente⁷²».

La DGRN, en su Instrucción de fecha 10 de febrero de 1993, se inclinaba por esta lectura, al declarar: «Tratándose de matrimonios celebrados en la forma religiosa islámica, si excepcionalmente los interesados prescinden bajo su responsabilidad del trámite previo de expedición del certificado de capacidad matrimonial, la calificación, con vistas a su inscripción, de la certificación del matrimonio celebrado habrá de abarcar no sólo los requisitos formales de esta certificación sino también la

71 El art. 59.3 de la LRC 20/2011, determina que «el matrimonio celebrado en España en forma religiosa accederá al Registro Civil mediante la inscripción de la certificación emitida por el ministro de culto, conforme a los previsto en el artículo 63 del Código Civil».

72 Cuando entre en vigor de forma completa la LRC 20/2011, el contenido de este apartado será: «Las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante copia del acta o resolución previa expedida por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil conforme a la Ley del Registro Civil y que deberá contener, en su caso, juicio acreditativo de la capacidad matrimonial. No podrá practicarse la inscripción si se hubiera celebrado el matrimonio transcurridos más de seis meses desde la fecha de dicho acta o desde la fecha de la resolución correspondiente».

concurrencia de todos los requisitos de fondo exigidos para la validez civil del matrimonio» (declaración sexta).

No obstante, la anterior instrucción ha sido derogada por la Orden del Ministerio de Justicia, de 19 de abril de 2016, en cuyo art. 4 unifica el régimen de inscripción en el RC para los matrimonios celebrados en la forma religiosa prevista en los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Judías de España y con la Comisión Islámica de España, así como en el apartado 2 del art. 60 del CC, disponiendo que se «requerirá la previa tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial, a los efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad de los contrayentes y la inexistencia de impedimentos exigidos por el Código Civil».

De lo anterior pudiera inferirse que la voluntad del Ejecutivo sea que aquellos que deseen contraer matrimonio en forma religiosa no canónica tramiten *ab initio* un expediente de capacidad matrimonial. Empero, no hay que olvidar que esta disposición normativa es de rango inferior, por lo que la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, seguiría facultando a los interesados a casarse directamente sin tramitar expediente alguno, sin perjuicio, entonces, de que, para que alcanzase efectos civiles, se acreditara *a posteriori* que se goza de la capacidad que la normativa solicita.

En definitiva, el control de la capacidad matrimonial de los contrayentes, en el matrimonio islámico puede efectuarse en la fase previa de tramitación del expediente de capacidad matrimonial (con idéntico régimen a los matrimonios evangélico o israelita celebrados en España), lo que sería recomendable, o eludido dicho paso, por exigencia del art. 65 del CC⁷³, interesada la inscripción tras su celebración. Momento en el que el encargado del RC paralizará la práctica del asiento a fin de comprobar la validez del matrimonio conforme al título IV del libro I del CC, no limitándose su función a los aspectos formales, sino que habrá de velar porque los contrayentes acrediten la capacidad necesaria según la legislación. La expresión genérica «declaraciones complementarias oportunas» utilizada en el art. 256 del RRC posibilita que el encargado emplee cuantos medios puestos a su alcance por la normativa registral para dejar constancia, entre otros extremos, de la aptitud para prestar el consentimiento.

73 El párrafo primero del art. 65 del CC, modificado por la disposición final 1.15 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, en vigor a partir del 30 de junio de 2020, ha quedado redactado en los siguientes términos: «En los casos en que el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente o acta previa, si éste fuera necesario, el Secretario judicial, Notario, o el funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil que lo haya celebrado, antes de realizar las actuaciones que procedan para su inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su validez, mediante la tramitación del acta o expediente al que se refiere este artículo».

4. Entidades religiosas de notorio arraigo en España

La LJV ha extendido la eficacia civil de las formas religiosas de celebración también a aquellas propias de las confesiones que hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España.

El art. 60.2 del CC resultante de la redacción dada por el apartado doce de la disposición final primera de la LJV 15/2015 condiciona el reconocimiento de efectos civiles al cumplimiento de los siguientes requisitos:

«a) La tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial con arreglo a la normativa del Registro Civil.

b) La libre manifestación del consentimiento ante un ministro de culto debidamente acreditado y dos testigos mayores de edad.

La condición de ministro de culto será acreditada mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con la conformidad de la federación que, en su caso, hubiere solicitado dicho reconocimiento».

El juicio de capacidad matrimonial de conformidad al CC se practicará, por tanto, preliminarmente, y a semejanza de lo previsto para aquellas formas religiosas expresadas en los Acuerdos de Cooperación (exceptuando las particularidades predicables respecto de la forma religiosa islámica), ciñéndose el encargado en el ejercicio de su función calificador a la revisión de aspectos meramente formales cuando se presente el expediente matrimonial para su inscripción registral (art. 63.2 del CC).

5. Matrimonio canónico

El control de validez del matrimonio canónico, regulado en España por los Acuerdos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, cuyo artículo VI dispone que «el Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico. Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de la certificación eclesial de la existencia del matrimonio», a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio civil u otras formas religiosas, no se realiza mediante expediente previo tramitado con arreglo a la legislación del RC, sino posteriormente, cuando se insta la inscripción en el Registro correspondiente.

Dados los términos en los que está redactado el Acuerdo, su interpretación literal llevaría a la conclusión de que un control de fondo no sería factible. No obstante, el art. 63 del CC, tras establecer que la inscripción se practicará con la simple presentación de la certificación eclesial, dispone que esta «habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil», fijando seguidamente la cautela de que «se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su

validez se exigen en este título». Y en el art. 256 del RRC se expresa que el encargado inscribirá la correspondiente certificación siempre que «no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la Ley española» (art. 256 RRC). Por esta razón, entendemos que, aún en estos casos, el examen englobará cuestiones de fondo y forma relativas a la eficacia de los matrimonios, entre las que se encuentra la aptitud mental para manifestar válido consentimiento marital. Lo contrario supondría «un trato de favor al matrimonio canónico, frente al celebrado con los ritos o formalidades de las otras confesiones religiosas», concluye PUIG FERRIOL (1991, pág. 299)⁷⁴.

Tiene interés la RDGRN de 12 de marzo de 1993, desestimatoria del recurso presentado por los padres de la contrayente contra el auto que denegó la anotación de la anulación del matrimonio canónico. Dos cuestiones resultan especialmente destacables. En primer término, la Dirección General confirma la tesis de que la simple anotación de una demanda de incapacitación no presupone la incapacidad de la contrayente, por lo que no es motivo suficiente para denegar la inscripción de un matrimonio celebrado en forma canónica. «Más aún, aunque esta demanda llegara a prosperar, no quedaría prejuzgada la cuestión de si en el momento en que se contrajo el enlace la contrayente carecía de la capacidad necesaria para prestar el consentimiento matrimonial, capacidad que se presume legalmente a partir de la mayoría de edad (art. 322 del CC)», razona el centro directivo. En segundo lugar, disputa la tesis de que la inscripción del matrimonio canónico esté subordinada, tratándose de una persona con deficiencias o anomalías psíquicas, a un previo dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento, pues el art. 56 del CC «está encuadrado en la sección relativa a la celebración ante el Juez o funcionario que haga sus veces y nada tiene que ver con los requisitos para la validez del matrimonio a los que alude el art. 63 del Código y que están contenidos en el Capítulo II del Título IV».

V. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO POR FALTA DE CAPACIDAD PARA EMITIR EL CONSENTIMIENTO EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA

Como ya hemos indicado, el art. 45 del CC proclama que «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial»; premisa que tiene su homólogo en sede de nulidad en el art. 73, cuando en el apartado primero se declara la invalidez del matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial cualquiera que sea la forma de su celebración.

Siendo la causa de nulidad la ausencia de voluntad «matrimonial», debemos recordar qué se entiende por tal. El consentimiento nupcial no es la mera manifestación de voluntad, externa y formal, de contraer matrimonio, sino que debe tener un contenido específico. Supone, tal y como analizamos en el apartado III, 1, D, b), que los

74 No es esta, sin embargo, una cuestión pacífica. En su contra, podría objetarse que, si la inscripción registral del matrimonio canónico se rigiera por las exigencias que el Código prevé, el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos quedaría vacío de contenido. Por la especificidad de esta controversia no podemos desarrollar este tema aquí, propio del derecho canónico, al cual nos remitimos.

contrayentes comprendan y tengan la voluntad concreta de cumplir los deberes asignados a la institución, regulados en los preceptos 67 y 68 del CC.

De tal manera, una afectación grave a la capacidad intelectual, deliberativa o volitiva de la persona, con directa correlación causal con la falta del elemento esencial del consentimiento, puede provocar la nulidad del matrimonio⁷⁵.

En los epígrafes precedentes, hemos ventilado los medios de los que se vale el ordenamiento jurídico para la acreditación de la concurrencia de los requisitos de capacidad y ausencia de impedimentos. Así, preliminarmente, en el expediente matrimonial se constatará si procede su autorización (art. 56 del CC); en el supuesto de que el matrimonio se hubiera llevado a cabo sin la tramitación de dicho expediente, los requisitos habrán de acreditarse en el momento de la inscripción (arts. 63 y 65 del CC)⁷⁶. En todo caso, y como complemento, la acción de nulidad actúa a modo de control *a posteriori* de la aptitud natural referida, en particular, al consentimiento matrimonial.

Las resoluciones judiciales relativas a la nulidad civil del matrimonio, caso de que el consentimiento pueda encontrarse viciado por anomalías cognitivas o volitivas, no son especialmente numerosas. Sin embargo, valiéndonos de dos recientes sentencias dictadas por el Alto Tribunal, en las siguientes líneas sistematizaremos cuáles son las respuestas judiciales sobre la pretendida nulidad de un matrimonio celebrado por una persona con discapacidad. No pasará desapercibido que buena parte de los argumentos ya han sido abordados en otros pasajes de esta investigación, por lo que este epígrafe se aproxima a una idea-resumen de una sección del trabajo.

1. El derecho a contraer matrimonio es un derecho humano con rango jurídico constitucional.

Es un derecho derivado de la dignidad del ser humano y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el art. 32 de la Constitución española (STS de 15 de marzo de 2018, Fundamento de Derecho 3.º, punto 2, consideración 1.ª, y Fundamento de Derecho 4.º, 2.ª), y con reflejo en el art. 23.1.a) de la CDPD.

75 Dentro de la causa primera del art. 73 del CC, se incluyen otros supuestos como la simulación o la reserva mental.

76 No solamente el expediente previo al matrimonio se omite en el matrimonio canónico. También, como vimos, el matrimonio islámico puede celebrarse sin la previa obtención del certificado civil de capacidad matrimonial. Junto con estos supuestos, el Código contempla otros casos en los que el expediente es excusable: el matrimonio en peligro de muerte, el matrimonio celebrado en el extranjero por dos o un nacional, el matrimonio celebrado en España por dos extranjeros según la ley nacional de uno de ellos... En todos ellos, como el RC está sometido al principio de legalidad, el encargado calificará el matrimonio celebrado, ya que «deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su celebración» (art. 65).

2. Existe una presunción de capacidad general para contraer matrimonio. Idea consagrada en la STS de 29 de abril de 2015 —y reiterada en la resolución de 15 de marzo de 2018— que se expresa en los términos siguientes:

«El Código Civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (artículo 322 CC), de forma que sólo por la sentencia judicial que contenga la declaración de incapacitación se entenderá constituido este estado (artículos 199 CC y 756 a 762 LEC).

Esta presunción general de capacidad admite excepciones por las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado, y así sucede con el matrimonio porque el artículo 56 del CC dispone en el párrafo segundo que "si algunos de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su actitud para prestar consentimiento".

Paso previo al referido dictamen es constatar por el encargado del Registro Civil —en la entrevista reservada o por la documental obrante en el expediente—, la existencia de alguna deficiencia o anomalía psíquica.

Y se exige tal dictamen en lugar de denegar sin más capacidad, toda vez que en el matrimonio se requiere, como en cualquier otro negocio jurídico, una real y válida voluntad no aquejada de vicios invalidantes; sin embargo, la solución acogida por nuestro Derecho vigente, en línea con los antecedentes históricos, es excluir que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyen por sí impedimento para que la persona pueda contraer matrimonio.

Está solución se compadece con la configuración jurídica del derecho del matrimonio como derecho humano amparado y garantizado constitucionalmente (artículo 32 y 53 de la CE).

Prueba de ello es la previsión contenida en el artículo 171, párrafo segundo, número cuatro del CC, conforme al cual la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieren sido incapacitados se extingue "por haber contraído matrimonio el incapacitado", de lo que se colige que la incapacitación judicial del contrayente no es incompatible con la capacidad natural para contraer matrimonio.

De ahí, la importancia del dictamen médico si existe constancia o percepción de las deficiencias o anomalías psíquicas». (Fundamento de Derecho 7.º, consideración 1.ª).

3. El consentimiento otorgado sin el requisito del dictamen del art. 56.2 del CC es válido y no determina por sí solo la nulidad del matrimonio.

Así, por ejemplo, en la STS, de 29 de abril de 2015, en la que la acción de nulidad fue ejercida por los hermanos del esposo tras su fallecimiento, alegando que, pese a que padecía una enfermedad psíquica, no se solicitó dictamen médico sobre su aptitud para consentir el matrimonio, la Sala rechazó que se hubiese infringido el art. 56 del CC, «ya que no consta acreditado que el encargado del Registro Civil en su entrevista reservada percibiese esas deficiencias o anomalías psíquicas en el contrayente, como

tampoco las percibió el Notario autorizando del poder mencionado en el resumen de antecedentes o de la partición de las herencias de sus padres». (Fundamento de Derecho 8.º, punto 1.º).

Tampoco se apreció deficiencia o anomalía psíquica en el contrayente que exigiese dictamen médico previo a la aprobación del matrimonio, en la SAP de Elche de 24 de abril de 2018.

Tendencia que se consolida tras la redacción del art. 56 del CC dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio (STS de 15 de marzo de 2018, Fundamento de Derecho 3.º, punto 2, consideración 5.ª), que atribuye al informe facultativo la nota de la excepcionalidad.

4. La causa de nulidad fundamentada en una ausencia de consentimiento (con base, pues, en el art. 73.1 del CC) supone una nulidad radical o absoluta, no admite convalidación, la acción no tiene señalado plazo de caducidad y puede ser ejercitada por cualquier persona que tenga un interés legítimo (art. 74 del CC)⁷⁷.

Esta legitimación amplia —característica de la nulidad absoluta— es la que faculta, especialmente a los parientes⁷⁸, para activar el proceso, ya que la prueba del interés, que comprende tanto el aspecto patrimonial (de modo principal, un heredero forzoso perjudicado por el matrimonio anulable) como el moral, es más sencilla. En cualquier caso, la intervención de terceros para denunciar un acto nulo mediante pronunciamiento jurisdiccional dependerá de que se confirme que la estimación del recurso produce un beneficio o evita un perjuicio a la persona que lo interpone. El beneficio o perjuicio debe ser cierto y efectivo, pero no es necesario que sea inmediato.

5. La acción judicial de nulidad permite valorar, con todo medio de pruebas, la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio (STS de 15 de marzo de 2018, Fundamento de Derecho 3.º, punto 2, consideración 7.ª).

Si bien es cierto que «la prueba pericial resulta importante en una cuestión tan técnica» (SAP de Elche de 24 de abril de 2018, Fundamento de Derecho 3.º), otorgándosele una gran relevancia a informes médicos emitidos por médicos forenses (elaborados con ocasión de un procedimiento de modificación de capacidad de obrar) o por especialistas en psiquiatría o neurología⁷⁹.

77 Nos lo recuerda la SAP de Valencia, de 21 de septiembre de 2016 (Fundamento de Derecho 1.º), que, recurrida ante el TS, fue revocada por sentencia de 15 de marzo de 2018, que desestimó la demanda de nulidad del matrimonio.

78 En la STS de 29 de abril de 2015 interpusieron la demanda de nulidad los hermanos del esposo. En el caso de la STS de 15 de marzo de 2018, las promotoras de la acción fueron las hijas del contrayente.

79 A este respecto, el voto particular formulado a la STS de 15 de marzo de 2018 airea el debate acerca del peso que la valoración médico-legal sigue teniendo en el juicio de la capacidad. Basándose exclusivamente en él, el magistrado discrepante del parecer mayoritario concluye que el demandado no tenía capacidad para otorgar el consentimiento matrimonial, puesto que la enfermedad de Alzheimer que padecía repercutía sobre los elementos integrantes de la capacidad de obrar. Desconoce, sin embargo, otros elementos de prueba (muy

También la prueba documental arroja datos objetivos. Así, por ejemplo, hacen prueba plena en el proceso documentos tales como:

- Escritura de partición de herencia en la que el notario hace constar que juzga al esposo con capacidad legal necesaria (STS de 29 de abril de 2015).
- Apoderamiento notarial concedido a favor de un hermano, hecho sin reserva alguna de su actitud mental (STS de 29 de abril de 2015).
- Escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada cinco días antes de la boda, en la que el notario no aprecia falta de capacidad para su otorgamiento (SAP de Elche de 24 de abril de 2018).
- Expediente prematrimonial en el que no se advierte impedimento alguno para el matrimonio (SSTS de 29 de abril de 2015 y de 15 de marzo de 2018).
- Expediente judicial correspondiente al procedimiento de divorcio contencioso en el que la acción —estimada— fue ejercitada por el esposo, tras descartarse expresamente que la tramitación de un procedimiento de modificación de la capacidad fuera obstáculo para ello (STS de 15 de marzo de 2018).
- Inscripción del matrimonio en el Registro Consular, tras comprobarse, de conformidad con lo establecido en el art. 65 del CC, que concurrieron los requisitos legales de fondo para la validez del matrimonio, lo que comprende tanto la capacidad matrimonial como la expresión del consentimiento matrimonial y el resto de los requisitos legales (STS de 15 de marzo de 2018).

Las presunciones son otro método de prueba de gran importancia. Como advierte la Sala en sentencia de 29 de abril de 2015: «Sólo cabe la denuncia casacional de la norma que disciplina la prueba de presunciones cuando el proceso deductivo no se ajusta a las reglas de la lógica por no ser el hecho deducido producto de una inferencia lógica desarrollada a partir de los hechos acreditados». (Fundamento de Derecho 7.º, punto 4.º).

Ejemplos de presunciones de la capacidad mental para emitir un consentimiento matrimonial válido con influencia en el fallo son:

- La designación como administrador mancomunado de una sociedad mercantil, a escasas horas de su fallecimiento, del esposo cuyo matrimonio se predica nulo, siendo sus hermanos quienes lo nombran y, más tarde, interponen la demanda de nulidad matrimonial (STS de 29 de abril de 2015).
- Que los actores, de ser ciertas las deficiencias de su hermano, no instaran medidas de apoyo y asistencia o, en su caso, de sustitución en la toma de decisiones encaminadas a la protección de su persona y patrimonio (STS de 29 de abril de 2015).

numerosos) que sí tiene en cuenta la Sala para, finalmente, casar la sentencia dictada en apelación, y en consecuencia, desestimar la demanda de nulidad del matrimonio formulada por las hijas del esposo, ya fallecido.

- Realización de viajes sin asistencia a grandes urbes como Madrid (STS de 29 de abril de 2015), o haber visitado China en 14 ocasiones entre los años 2006 y 2012 (después de la sentencia de incapacitación), como consta en el pasaporte y en las fotos que se aportaron (STS de 15 de marzo de 2018).

- Pese a que durante el proceso de modificación de la capacidad de obrar se tuvo conocimiento del matrimonio del demandado, no se ejerció la acción de nulidad matrimonial ni por el Ministerio Fiscal ni por la tutora, esperándose 5 años desde el fallecimiento del esposo para interponer la acción al amparo de los arts. 73.1 y 74 del CC (STS de 15 de marzo de 2018).

6. *La carga de la prueba de la falta de consentimiento matrimonial corresponde a la parte que invoca la nulidad, a tenor de lo dispuesto en el art. 217 de la LEC. Y, en lo que respecta a la valoración de la prueba, el apartado 1.º de dicho precepto constata que la existencia de serias dudas en los hechos que sustenten las pretensiones de dicha parte conlleva la desestimación de sus pretensiones (SAP de Valencia, de 21 de septiembre de 2016, Fundamento de Derecho 2.º, y SAP de Elche de 24 de abril de 2018, Fundamento de Derecho 3.º).*

7. *Para declarar la nulidad del matrimonio por falta de capacidad del contrayente es preciso enjuiciar qué nivel de afectación tiene la discapacidad en la toma de la decisión de casarse. Por tanto, no existe un resultado único y la cuestión dependerá casuísticamente «del planteamiento de cada litigio y prueba practicada y valorada en él» (STS de 29 de abril de 2015, Fundamento de Derecho 8.º).*

8. *En cualquier caso, «Las normas que regulan el consentimiento matrimonial han de interpretarse a la luz de los principios de promoción y reconocimiento de los derechos humanos y libertades de las personas con discapacidad» (STS de 15 de marzo de 2018, Fundamento de Derecho 4.º).*

VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

1. Premisa: alegar la discapacidad como causa de ausencia de aptitud matrimonial supone una evidente discriminación en el ejercicio del derecho al matrimonio

Como cuestión previa planteamos la duda e interrogante sobre si la persona con discapacidad es discriminada en el ejercicio del derecho al matrimonio. Derecho catalogado como humano y con reconocimiento constitucional (art. 32 de la CE).

A fin de conocer si la legislación trata de manera desfavorable a un contrayente con discapacidad frente a aquel que no presente esta circunstancia, nos centramos en el estudio de los requisitos de acceso al matrimonio, constituyendo el núcleo de esta investigación el análisis del párrafo segundo del art. 56 del CC. Este precepto, tras la reforma practicada por la Ley 30/1981, introdujo en nuestro ordenamiento la exigencia de dictamen facultativo para acreditar la capacidad para emitir válido consentimiento marital en los contrayentes con deficiencias psíquicas.

Al mismo tiempo que hemos definido cuál es la normativa interna a la que está sujeta esta cuestión, hemos rescatado los elementos esenciales de su aplicación por la

doctrina de la DGRN, así como la jurisprudencia existente en materia de aplicación de la norma.

Y todo ello con el objetivo de hacer un balance sobre el grado de adecuación de la ley española con la CDPD, y proponer mejoras de nuestro ordenamiento.

A. Limitaciones que afectan a la materia objeto de investigación

Antes de hacer una presentación de los datos y resultados más significativos obtenidos —que se han ido sucediendo al profundizar en cada uno de los apartados de este trabajo—, creemos pertinente dar cuenta de las limitaciones que han afectado especialmente. Así:

- El análisis del acceso al matrimonio de las personas en situación de discapacidad no cuenta, sin embargo, con bibliografía suficiente. En su virtud, sentar los pilares del problema objeto de investigación ha exigido acudir a medios informales de obtención de información, como expertos en discapacidad, profesionales del ámbito de la salud, explicaciones docentes, etc.
- A mayor abundamiento, el material encontrado, aun siendo escaso, orienta la solución en un sentido contrario a la tesis fundamental defendida en este estudio, es decir, que nuestro derecho no respeta la Convención de NNUU en materia de ejercicio del derecho a casarse. Circunstancia que produce que tanto nuestra tesis como la de quienes sostienen que el sistema vigente es acorde con el texto internacional presenten idénticas ausencias argumentativas basadas en la literatura jurídica.
- Precisamente, este discurso situado al margen del sentir mayoritario cuenta con un marcado componente subjetivo, lo que constituye un hándicap para predicar su exactitud y fiabilidad.
- En otro orden de cosas, el estudio se centra en un ámbito muy acotado: en el derecho a contraer matrimonio y formar una familia de las personas en situación de discapacidad. De tal manera que los hallazgos difícilmente son extrapolables a otra materia que no sea la tratada.
- Por último, desarrollar un trabajo científico que atañe a un colectivo concreto, sin que la persona que investiga presente discapacidad, aun siendo lo recomendado por las técnicas de investigación social, plantea un inevitable sesgo del experimentador, que ha de ser subrayado, no sin cierto pudor. Sin duda, en el estudio se habrán omitido aspectos o datos trascendentes, no se habrán tomado en cuenta variables de interés o estas se habrán mostrado de una manera imprecisa a juicio de personas que vivan con discapacidad. Por ello, parece necesario un estudio de campo de carácter sociológico que proporcione indicadores de las perspectivas personales de los sujetos en cuestión. Con todo, hemos de destacar que en un estudio jurídico quizá excedería de su prisma técnico el citado enfoque.

B. Conclusiones

Como elementos clave de esta investigación podemos detallar los siguientes:

1. La ratificación por España de la CDPD y su consiguiente publicación en el BOE comportan, de un lado, la obligación de adecuar las normas a los principios, valores y mandatos proclamados en dicho tratado internacional, y, de otro, que, con independencia de que se proceda o no a dicha adaptación, forma parte de nuestro ordenamiento interno, es de aplicación directa (arts. 96 CE y 28.2 y 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales) y posee un efecto interpretativo sobre los derechos fundamentales y las libertades consagrados en la CE (art. 10.2 de la CE).
2. Sin perjuicio del carácter innovador de la Convención, lo realmente significativo es que se trata de un instrumento jurídico de carácter obligatorio o vinculante, de tal manera que, en caso de conflicto con normas del ordenamiento interno, prevalecerá sobre ellas.
3. En el sistema diseñado por la Convención, la dignidad de las personas con discapacidad y el respeto a su autonomía fundamentan el reconocimiento que, en el art. 12, se hace de la capacidad jurídica plena en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida.
4. Este modelo supone, en definitiva, una revisión del concepto de «protección de la persona con discapacidad», que ya no ha de traducirse en la actuación de terceros en su pretendido interés (tutores, curadores o guardadores de hecho), sino en la potenciación de figuras como los apoyos, que permiten la actuación directa y efectiva de la persona, de modo responsable, en la adopción de sus propias decisiones.
5. Aunque ha pasado más de una década desde la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Convención —y sin desdeñar el papel que desempeña el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad—, no se ha acometido una profunda revisión del CC y de las normas procesales al objeto de ajustar nuestro sistema a los principios recogidos en dicho texto internacional, lo que plantea el problema de determinar si la legislación actualmente en vigor es o no contraria a los nuevos presupuestos, pese a la aplicabilidad directa, entre otros preceptos, por el artículo décimo, en su párrafo segundo de nuestra CE.
6. En el caso de la normativa relativa al matrimonio, el art. 56.2 del CC, en la redacción dada por la Ley 30/1981, «descalifica» a las personas en situación de discapacidad, por cuanto, para ejercer el derecho a contraer matrimonio, ha de acreditarse mediante dictamen facultativo su suficiencia mental para consentir válidamente.
7. Con carácter previo a que la Convención fuera ratificada, se hicieron interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales sobre el alcance y significado de tal requisito, generalmente en el marco de los principios *pro capacitate* y *favor matrimonii*. Explicaciones que, en cierto modo, justificaban la atribución indirecta de capacidad a

las personas con discapacidad una vez era evaluada su aptitud mental, con apoyo en la condición limitante de la deficiencia psíquica, y para evitarles un mal si su voluntad era maliciosamente captada.

8. Al resultar el dictamen médico el principal medio probatorio de la aptitud mental para consentir el matrimonio, el sistema del CC perpetúa el modelo bioasistencial en la percepción de la discapacidad. Ciertamente es que una persona con discapacidad no tiene prohibido contraer nupcias, pero sí ve limitado su acceso al matrimonio, ya que el dictamen solo será exigible cuando conste la deficiencia psíquica (sea discapacidad intelectual o enfermedad mental), de modo que esta circunstancia actúa como resorte que insta su concurrencia al expediente.

9. La regulación sitúa en el centro de atención a personas con capacidad modificada judicialmente y a aquellas con trastornos reconocibles, ya que serán ellas a las que, en buena parte de los casos, vendrá referido el juicio de capacidad.

10. En cualquier caso, ciertas singularidades de esta diligencia nos llevan a afirmar que es imperfecta y que no cumple la función para la que ha sido introducida. Así:

- Al emitirse en un momento anterior a la ceremonia nupcial, presenta serias dificultades para juzgar la capacidad mental del contrayente en el momento de la celebración del matrimonio.

- El análisis procederá habitualmente de un médico forense, cuando lo deseable sería que proviniera de un experto en psiquiatría, psicología o neurología, especialidades más acordes con el peritaje solicitado, incluso cuando coadyuven informes periciales de estos expertos para la resolución del forense. En todo caso, implica un retraso en la materialización del matrimonio, caso de que la evaluación sea positiva. Retraso que no padecen quienes no presenten la «deficiencia» justificante de la emisión del informe.

- Se efectúa una compleja valoración jurídica de la incidencia de una discapacidad en el consentimiento matrimonial, sin que el legislador haya concretado cuál es el grado de discernimiento necesario para casarse ni que sea esa específica voluntad marital. Tarea que han asumido la doctrina y los órganos judiciales, que han aceptado y proyectado la capacidad natural en este acto personalísimo, al tiempo que han ceñido el contenido del consentimiento al conocimiento y asunción de los deberes reglados en los arts. 66 a 68 del CC.

- Su omisión no tiene incidencia alguna. No determina la nulidad del matrimonio ni excluye el ejercicio de una posterior acción judicial de nulidad.

11. Fruto de lo anterior, se observa una tendencia jurisprudencial proclive a valorar el acervo probatorio en su conjunto, sin que el dictamen médico legal sea el eje vertebrador de todo el proceso.

12. La corrección del precepto operada por la Ley 4/2017 apunta más a un cambio terminológico que de fondo en la regulación, sin perjuicio de la presencia de alguna mejora en algunos aspectos. Nuevamente se tiene en consideración la situación de la

persona: su condición de salud, para que el instructor del expediente prematrimonial solicite el dictamen médico.

13. El aspecto más reseñable de la Ley 4/2017 es la articulación de «apoyos» en el ejercicio del derecho al matrimonio de las personas en situación de discapacidad, en conexión con el art. 12.3 de la CDPD. La figura, tal y como está contemplada, no obstante, presenta ciertos interrogantes y retos, relativos a la proyección temporal de los apoyos en la fase anterior a la declaración de voluntad, el sujeto que ha de analizar el posible derecho a recibir apoyos, y sobre todo, cómo compatibilizar esta noción con el mantenimiento de la medida del informe médico —pese a la nota distintiva de su excepcionalidad—, que, en última instancia, supone una pérdida de la capacidad para casarse.

14. La CDPD compele a «repensar» la capacidad. La labor de armonización de la legislación interna con el tratado internacional no es coherente si tan solo atañe a instituciones concretas. Merece un esfuerzo intelectual más consistente y profundo que la simple modificación de nomenclaturas o, en su caso, inclusión de nuevas figuras para ámbitos individualizados, como en el matrimonio.

2. Propuestas de *lege ferenda*

Este trabajo no estaría completo ni con la descripción de un marco normativo ni señalando los problemas que plantea la realidad estudiada. Por ello, a continuación plantearemos una propuesta de mejoras que es tanto más oportuna cuando el Gobierno parece haber reactivado el proyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, iniciada mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En efecto, con fecha de 21 de septiembre de 2018, el Consejo de Ministros informó en primera vuelta el Anteproyecto de Ley por la que se reforman el Código Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en materia de discapacidad.

A. Supresión completa del segundo párrafo del art. 56 del CC

Para que el matrimonio civil en nuestro país esté abierto a todas las personas, en idénticas condiciones y sin que su regulación implique discriminación de ningún tipo, es prioritario suprimir el párrafo segundo del art. 56 del CC, en su redacción en vigor (dada por Ley 30/1981), así como los preceptos correlativos en LRC y RRC.

En la *Proposición de Ley de adecuación de la regulación del derecho a contraer matrimonio a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU*, el Grupo Parlamentario Socialista aportó esta solución legal para rectificar el art. 56.2 del CC tras la reforma operada por la Ley 15/2015.

También desde el CERMI se propuso eliminar el segundo párrafo del precitado artículo.

La referencia a deficiencias e, incluso, a condiciones de salud (según propone el texto resultado de la modificación por la Ley 4/2017), así como que sea un facultativo quien determine que, para realizar el acto del matrimonio, el sujeto con discapacidad tiene

aptitud suficiente, implica un desconocimiento del modelo social instaurado en la CDPD. En efecto, para este enfoque, la capacidad es siempre plena, no admite reservas.

Atendiendo a estas consideraciones, tampoco estaría en sintonía con la filosofía de la Convención una propuesta que, prescindiendo del diagnóstico médico, enunciara, como requisitos del matrimonio, que ambos contrayentes tuvieran capacidad. Sería redundante. Salvo, claro está, que se quisiera significar que el matrimonio, por sus implicaciones personales y patrimoniales, requiere de un saber y entender diferentes, que estamos ante una suerte de capacidad especial. Entonces cabría preguntarse si asumiríamos que el juicio de capacidad nos afectara a todos, sin excepciones; así como la operatividad de la medida.

B. Prestación de apoyos para consentir válidamente

Para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, del derecho al matrimonio, la Administración deberá proporcionar los apoyos que precisen en la toma de la decisión de casarse.

CERMI propuso en noviembre de 2016 que en el art. 56 del CC se incluyera como segundo párrafo (en sustitución del actual) el siguiente: «Las personas con discapacidad que precisen apoyos para la toma de decisiones no podrán ser excluidas por motivo de su discapacidad del derecho a contraer matrimonio, siendo obligación de las autoridades y funcionarios que intervienen en estos procedimientos proveer de los apoyos necesarios para la formación y emisión de su consentimiento».

Este apartado, de carácter programático, correlaciona con las aportaciones que esta plataforma asociativa ha efectuado para configurar un nuevo procedimiento —preferentemente, vía de jurisdicción voluntaria— de determinación de apoyos para la toma de decisiones a la luz de la Convención.

De igual manera, el Real Patronato sobre Discapacidad (2012) ha estructurado un procedimiento de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, que prioriza la elección personal y voluntaria de los apoyos frente a la designación judicial, con el objetivo de:

- facilitar la expresión y la comunicación de la voluntad o propósito de la persona;
- asegurar la plena comprensión de las consecuencias de cualquier acto jurídico garantizando el otorgamiento del consentimiento libre e informado,
- y que permitan facilitar su autogobierno, el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones y el derecho a vivir de forma autónoma (art. 205.1 de su propuesta de reforma del CC y de la LEC).

En esta misma línea, el núcleo principal de la reforma diseñada por el Anteproyecto de 21 de septiembre de 2018 lo constituye la regulación de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad (título XI del CC, que abarca los arts. 248 a 297), cuya finalidad será, como preceptúa el art. 248, que aquellas «puedan desarrollar

plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad». Medidas que, según dicho precepto:

- «deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y la tutela de sus derechos fundamentales»;
- «deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad»;
- atenderán «a la voluntad, deseos y preferencias» de quien requiera el apoyo;
- «procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias»;
- fomentarán «que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro».

Por razones de extensión del estudio, no podemos profundizar en este complejo tema, que posponemos a ulteriores trabajos, con la intención de completar la investigación abordada.

Con todo, y en cualquier caso, estimamos innecesaria la inclusión en el art. 56 del CC de un párrafo con el contenido propuesto por el CERMI, si finalmente se aprobara el marco jurídico de provisión de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisaran. Se trataría, en suma, de una reiteración de un mecanismo regulado, de forma genérica, en otros preceptos de la ley.

C. El paradigma del modelo de apoyo en las discapacidades más severas

Hay situaciones que no podemos desconocer, que ensombrecen la regla general del apoyo. Se trata de las personas con discapacidades severas. No consideramos que ni siquiera estos supuestos, en los que las barreras para realizar elecciones son más numerosas y que ponen en entredicho la autodeterminación de la persona, justifiquen el recurso a medidas paternalistas que la protejan, como el dictamen médico.

En tales casos, la forma de contrarrestar estos impedimentos pasa por una implicación más activa en la provisión de apoyos, incluidos los tecnológicos y mediante la planificación centrada en la persona.

Y si bajo ninguna circunstancia fuera posible conocer la voluntad del sujeto —imaginemos el caso extremo de una persona en estado vegetativo persistente—, el vicio en ningún caso sería de capacidad, ya que esta no admite excepciones. Estaríamos ante la imposibilidad de realizar la acción de casarse, esto es, de exteriorizar la voluntad marital. Elemento que, sabemos, integra el concepto jurídico de consentimiento.

En resumidas cuentas, ya que a la luz del art. 12 de la CDPD la capacidad jurídica no puede ser cuestionada en materia de discapacidad, en lo que respecta al ejercicio del derecho a contraer matrimonio, la adaptación normativa pasaría por una supresión sin condiciones del párrafo segundo del art. 56 del CC (y de sus correlatos en la legislación

regstral), con una referencia al deber de la Administración de proveer a los contrayentes en situación de discapacidad de los apoyos necesarios para la formación y emisión de su consentimiento, hasta que no se diseñe un procedimiento genérico de determinación de apoyos.

VII. BIBLIOGRAFÍA: ARTÍCULOS, DOCUMENTOS Y MONOGRAFÍAS

- ABAD ARENAS, E. (2015). La discapacidad y la aptitud matrimonial a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n.º 2, págs. 215-236.
- ABELA, J. A., ORTEGA RUIZ, J. F. y PÉREZ CORBACHO, A. M. (2003). Sociología de la discapacidad. Exclusión e inclusión social de los discapacitados. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 45 (ejemplar dedicado a asuntos sociales), págs. 77-106.
- ABELLÁN GARCÍA, A. y HIDALGO CHECA, R. M. (2011). *Definiciones de discapacidad en España*. Madrid: Informes Portal Mayores, n.º 109. Recuperado de: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/pm-definiciones-01.pdf>.
- ALBALADEJO, M. (1994). *Curso de derecho civil IV. Derecho de Familia* (6.ª edición). Barcelona: Bosch.
- AMOR PAN, J. R. (1997). El matrimonio de las personas con deficiencia mental. *Compostellanum: Revista de la Archidiócesis de Santiago de Compostela*, vol. 42, n.º 1-2, págs. 55-114.
- ANGUITA RÍOS, R. M. (2015). El viacrucis del notario. *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n.º 38, págs. 101-143.
- ARECHEDERRA ARANZADI, L. I. (1995). Ius nubendi y simulación matrimonial (Comentario a la RDGRN de 30 de mayo de 1995). *Derecho Privado y Constitución*, n.º 7, septiembre-diciembre, págs. 301-331.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. (2017). Libro II. *En Propuesta de Código Civil*. Recuperado de: [http://www.derechocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20SEGUNDO%20-%20tercer%20borrador%20\(mayo%202017\).pdf](http://www.derechocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20SEGUNDO%20-%20tercer%20borrador%20(mayo%202017).pdf).
- BARRANCO AVILÉS, M.ª C., CUENCA GÓMEZ, P. y RAMIRO AVILÉS, M. Á. (2012). Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 5, págs. 53-80.
- BAYOD LÓPEZ, M. C. (1991). El Dictamen médico del artículo 56.2 del Código civil. *Revista jurídica de Navarra*, n.º 12, págs. 155-172.
- BERENGUER ALBALADEJO, M.ª C. (2015). Los matrimonios en forma religiosa no canónica: celebración e inscripción en el Registro Civil de acuerdo con las reformas operadas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. *Derecho privado y Constitución*, n.º 29, págs. 83-131.
- CAROL ROSÉS, F. (2017). Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, n.º 764, págs. 3.242-3.265.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., GUZMÁN PÉREZ, C., PÉREZ-AGUA LÓPEZ, T. M. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. M. (coords.) (2000). *Hominum causa omne ius constitutum est: Escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. José María Díaz Moreno*, S.J. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M. C. (2014). El ordenamiento jurídico español a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. *La nueva posición del tutor en la legislación y en la realidad actual* (1.ª ed.), págs. 195-230. Pamplona: Aranzadi.

CERMI (15 de abril de 2018). *Aportaciones del CERMI para configurar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos para la toma de decisiones a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Recuperado de: <https://www.cermi.es/es/actualidad/novedades/consulta-p%C3%BAblica-sobre-la-reforma-de-la-legislaci%C3%B3n-civil-y-procesal-en-materia>.

—(22 de junio de 2017). *Las personas con discapacidad podrán casarse sin presentar dictamen médico*. Recuperado de: <https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/las-personas-con-discapacidad-podr%C3%A1n-casarse-sin-presentar-dictamen-m%C3%A9dico>.

—(2016). *Activando la accesibilidad universal. Guía práctica 2016*. Recuperado de https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/16x21_Activando_la_accesibilidad_Maquetacio_n_1.pdf.

—(2016). *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2015*. Recuperado de: https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/Informe_2015_UNU.pdf.

—(14 de noviembre de 2016). *Propuesta del CERMI de modificación del artículo 56 del Código civil para adecuarlo a los mandatos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Recuperado de: <https://www.cermi.es/es/actualidad/novedades/propuesta-del-cermi-de-modificaci%C3%B3n-del-art%C3%ADculo-56-del-c%C3%B3digo-civil-para>.

CONSEJO GENERAL DE LA PSICOLOGÍA DE ESPAÑA. (20 de junio de 2018). La OMS publica la versión final de la CIE-11. *Infocoponline*. Recuperado de: http://www.infocop.es/view_article.asp?id=7548.

CUENCA GÓMEZ, P. (2012). *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*. Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones.

—(2011). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n.º 24, época II, págs. 221-257.

DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, COMISIÓN PARA LAS POLÍTICAS INTEGRALES DE LA DISCAPACIDAD (23 de octubre de 2018). *Comparecencias para tratar sobre el contenido del artículo 49 de la Constitución Española en relación con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU*, n.º 647, sesión n.º 26. Recuperado de: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/CO/DSCD-12-CO-647.PDF.

DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, COMISIÓN PARA LAS POLÍTICAS INTEGRALES DE LA DISCAPACIDAD (30 de mayo de 2017). *Dictamen de la Proposición de Ley de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria* (núm. exp. 624/000003), n.º 121. Recuperado de: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/SEN/DS/CO/DS_C_12_121.PDF.

- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J. (1997). Comentario al art. 256 del RRC. En ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (directores). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo IV, vol. 5. Madrid: Editorial Edersa. Recuperado de Vlex.
- (1991). Comentario a los arts. 61 a 65 del CC. En PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., BERCOVITZ, R., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y SALVADOR CODERCH, P. (directores). *Comentario del Código Civil*, Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1999). *Sistema de derecho civil. Volumen II*. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimientos sin causa. Responsabilidad extracontractual (8.ª ed.). Madrid: Tecnos.
- (1998). *Sistema de derecho civil. Volumen I*. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica (9.ª ed.). Madrid: Tecnos.
- EGEA GARCÍA, C. y SARABIA SÁNCHEZ, A. (2001). Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad. *Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad*, n.º 50, págs. 15-30. Recuperado de: http://sid.usal.es/idos/F8/ART6594/clasificacion_oms.pdf.
- ESCRIBANO TORTAJADA, P. (2006). La anulabilidad de los actos de los incapaces. Especial referencia a las personas discapacitadas. *Nulidad de los actos jurídicos: estudios sobre invalidez e ineficacia*, n.º 1, (ejemplar dedicado a coloquios).
- ESPINOSA INFANTE, J. M. (2006). Tema 89: El matrimonio según el Código civil. En *Derecho de Familia. Contestaciones al Programa de Oposiciones a Notarias*, págs. 47-85. Madrid: Editorial Dykinson. Recuperado de: <http://vlex.com/vid/tema-matrimonio-segun-codigo-civil-72737292>.
- FÁBREGA RUIZ, C. F. (2016). *La protección jurídica de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas Discapacitadas* (tesis doctoral). Universidad de Jaén. Recuperado de: <http://ruja.ujaen.es/bitstream/10953/756/1/9788416819461.pdf>.
- FUNDACIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD (10 de octubre de 2018). *Aportaciones de la Fundación Derecho y Discapacidad al anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Recuperado de: <http://www.fderechoydiscapacidad.es/2018/10/10/aportaciones-de-la-fundacion-derecho-y-discapacidad-al-anteproyecto-de-ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad/>.
- FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. de (2016). Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios. *Revista Española de Discapacidad (REDIS)*, vol. 4, N.º 2, págs. 81-99.
- GÁLVEZ MUÑOZ, L. y SIEIRA, S. (2011). *Sinopsis artículo 14 de la Constitución española*. Recuperado de: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2>. Madrid. Congreso de los Diputados.
- GARAU JUANEDA, L. (2011). Matrimonio de españoles celebrado en el extranjero. En LLEDÓ YAGÜE, F., SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. y MONJE BALMASEDA, O. (coords.). *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*. vol. 1, (parte sustantiva), págs. 210-217.

- GARCÍA ALGUACIL, M. J. (2015). El difuso equilibrio entre autonomía y protección: algunos instrumentos de asistencia a la luz de la convención. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 1, n.º 9 (enero), págs. 91-130.
- GARCÍA CANTERO, G. (1982). Artículos 42 a 107 del Código Civil. En ALBALADEJO, M. (dir.). *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo II, 2.ª ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Recuperado de Vlex.
- GARCÍA MARTÍNEZ, A., SIEIRA, S. y RASTROLLO RIPOLLÉS, A. (2017). *Sinopsis artículo 49 de la Constitución española*. Recuperado de: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=49&tipo=2>.
- GASPAR LERA, S. (2016). Autonomía privada de los mayores de edad con discapacidad intelectual. En PARRA LUCÁN, M. A. (dir.). *La Autonomía privada en el derecho civil*, págs. 156-171. Pamplona: Aranzadi. (BIB 2016\4574).
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1992). Matrimonio y familia: Arts. 32 y 39 de la Constitución. *Revista de derecho político*, n.º 36, págs. 207-224.
- INE. (2018). *Encuesta Continua de Hogares Año 2017*. Recuperado de: http://www.ine.es/prensa/ech_2017.pdf.
- (2008). *Encuesta sobre discapacidades, autonomía personal y situaciones de dependencia*. Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176782&menu=resultados&idp=1254735573175.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de derecho civil VI. Derecho de Familia* (14.ª edición). Madrid: Marcial Pons.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2010). *Elementos de derecho civil. Tomo IV: Familia* (4.ª edición). Madrid: Dykinson.
- LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, J. (9 de febrero de 2017). *Personas capaces, leyes muy incapaces (bis)*. Recuperado de: <https://www.abogacia.es/2017/02/09/personas-capaces-leyes-muy-incapaces-bis/>.
- (25 de febrero de 2015). *¿Es compatible la democracia con la privación de miles de votos a ciudadanos discapacitados?* Recuperado de: <http://www.abogacia.es/2015/02/25/es-compatible-la-democracia-con-la-privacion-de-miles-de-votos-a-ciudadanos-discapitados/>.
- (25 de febrero de 2010). *Personas capaces, leyes incapaces*. Recuperado de: <http://www.abogacia.es/2010/02/25/personas-capaces-leyes-incapaces/>.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*. Navarra: Aranzadi.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., ÁLVAREZ-MANZANEDA ROLDÁN, M. y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, M. L. (1998). *Normas de derecho eclesiástico* (5.ª ed.). Peligros (Granada): Comares.
- MAYOR DEL HOYO, M. V. y DE SALAS MURILLO, S. (2001). La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación matrimonial en representación del pupilo (STC 311/2000, de 18 de diciembre). *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 1, págs. 2.025-2.040.

- MINISTERIO DE JUSTICIA (2018). *Consulta pública sobre la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Recuperado de: <http://www.icab.es/files/242-499452-DOCUMENTO/Consulta%20P%C3%BAblica%20Reforma%20Legislaci%C3%B3n%20Civil%20y%20Procesal%201292428747325.pdf>.
- MINISTERIO DE JUSTICIA. Secretaría General Técnica. Subdirección General de Política Legislativa (2018). *Memoria de análisis de impacto normativo del anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Recuperado de: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900617?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF.
- MORETÓN SANZ, M.^a F. (2010). El patrimonio protegido de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. *Revista de derecho UNED*, (RDUNED), n.º 6, págs. 337-368. Recuperado de: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/11007/10535>.
- (2008). La construcción de un derecho subjetivo de ciudadanía: nuevas perspectivas sobre autonomía personal y dependencia. En PÉREZ BUENO, L. C. y MORAL ORTEGA, Ó. (coords.). *Las Dimensiones de la Autonomía Personal. Perspectivas sobre la Ley 39/2006: Estudios en homenaje a Pilar Ramiro*, págs. 33-65. Madrid: Ediciones Cinca.
- (2007). Derechos y obligaciones de los mayores en la nueva Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia. *RMTAS*, 70, septiembre, págs. 45–70.
- (2006). Apuntes sobre la Constitución Europea y el Derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad. *Revista de derecho UNED (RDUNED)*, n.º 1, págs. 247-274.
- (2005). Protección civil de las personas con discapacidad: patrimonio especialmente protegido y accesibilidad universal en la Propiedad Horizontal. *RCDI*, 687, enero-febrero, págs. 61–115.
- NNUU. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2014). *Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*, en el 11º período de sesiones (30 de marzo al 11 de abril de 2014). Recuperado de: <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/1860>.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2016). Regulación del matrimonio en el Código Civil: Requisitos. En *Compendio de Derecho civil. Tomo IV. Derecho de la persona y de la familia*. (2.ª ed.), págs. 163-175. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2014). El menor maduro ante el Derecho. *Eidon: Revista de la fundación de ciencias de la salud*, n.º 41. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/273219396_El_menor_maduro_ante_el_Derecho.
- OMS. (18 de junio de 2018). *La Organización Mundial de la Salud (OMS) publica hoy su nueva Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11)*. [Comunicado de prensa]. Recuperado de: <http://www.who.int/es/news-room/detail/17-06-2018-who-releases-new-international-classification-of-diseases-icd-11>.

- (2001). *Clasificación internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Recuperado de: <http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/435cif.pdf>.
- OMS Y BANCO MUNDIAL (2011). *Resumen del Informe mundial sobre la discapacidad*. Recuperado de: http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/summary_es.pdf?ua=1.
- PUIG FERRIOL, L. (1991). Comentario a los arts. 52 a 60 del CC. En PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., BERCOVITZ, R., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y SALVADOR CODERCH P. (dirs.). *Comentario del Código Civil*, Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.
- REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD (2012). *Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Recuperado de: <https://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-PropuestaModificacionCCLEC.pdf>.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2017). La capacidad de obrar de la persona menor de edad no emancipada a la luz del Libro II del Código civil de Cataluña (artículos 211-3 y 211-5). *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2017. Recuperado de: <http://www.indret.com/pdf/1317.pdf>.
- RODRÍGUEZ ESCUDERO, M. V. (2016). *La modificación judicial de la capacidad de la persona en el Derecho español y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (tesis doctoral). Universidad de Oviedo. Recuperado de: http://digi.ubo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/39331/1/TD_MariaVictoriaRodriguezEscudero.pdf.
- RODRÍGUEZ MARTÍN, L. (2012). Análisis histórico-doctrinal e importancia de la formación del concepto de capacidad; su tratamiento en la doctrina jurídica moderna con respecto a los menores de edad. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*. Recuperado de: www.eumed.net/rev/cccss/18/.
- ROMERO COLOMA, A. M. (2018). La reforma del artículo 56.2 del Código Civil español (consentimiento matrimonial y deficiencias intelectuales, mentales y sensoriales). *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 207, págs. 39-62.
- (2013). *Capacidad, incapacidad e incapacitación*. Madrid: Editorial Reus.
- ROMERO RÓDENAS, M. J. (2003). *Trabajo y protección social del discapacitado*. Albacete: Bomarzo.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., HERRERA CAMPOS, R. y MORENO QUESADA, L. (2012). *Curso de derecho civil IV. Derecho de Familia y sucesiones* (6.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- SALAS MURILLO, S. de (2018). Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 5/2018, parte Doctrina (BIB 2018\8655).
- (2006). La opción por la nulidad o la anulabilidad en la protección del incapaz natural y de los que con él contratan. *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, n.º 2, (ejemplar dedicado a estudios). Recuperado de: <http://codigo-civil.net/nulidad/lodel/document.php?id=204>.

- SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. (2005). *La capacidad jurídica: Fundamentos de conocimiento jurídico*. Madrid: Dykinson.
- SANJOSÉ GIL, A. (2007). El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n.º 13.
- SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, A. (2015). Contenido de la prueba pericial médico-forense, social, educativa y psicológica. El peritaje médico forense. En NIETO-MORALES, C. (coord.). *Análisis y valoración de la prueba pericial: Social, Educativa, Psicológica y Médica. El Perito Judicial*, págs. 44-56. Madrid: Dykinson.
- TORRES DEL MORAL y VILLARRUBIA. (1980). La constitucionalización de los derechos del minusválido. *RFDUC*, 2.
- VALENCIA CANDALIJA, R. (2016). La legislación del matrimonio religioso de las confesiones con notorio arraigo en España: las novedades introducidas por la Ley de Jurisdicción Voluntaria. En PERALTA CARRASCO, M. de (dir.). *Derecho de familia, nuevos retos y realidades: estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo*, págs. 399-405.
- VALLADARES RASCÓN, E. (1999). La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación en representación de su pupilo (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1999). *Derecho privado y Constitución*, n.º 13, págs. 273-296.
- VALLEJO JIMÉNEZ, G. A., HERNÁNDEZ RÍOS. M. I. y POSSO RAMÍREZ, A. E. (2017). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos. *Revista CES Derecho*, vol. 8, n.º 1, págs. 3-21.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (2009). *Matrimonio, separación y divorcio. Comentario a los artículos 42 a 107 del Código Civil*. Barcelona: vLex
- VENTURA VENTURA, J. M. (2016). Comentario al art. 56 del Código Civil. En CAÑIZARES LASO, A., VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., ORDUÑA MORENO, F. J. y DE PABLOS CONTRERAS, P. *Código civil comentado*. Madrid: Civitas. (BIB 2011\1755).
- VIDA SORIA. (1984). Comentario al artículo 49 de la Constitución Española. Protección de los disminuidos físicos. En ALZAGA (dir.). *Comentarios a la Constitución*, IV, págs. 357 a 364. Madrid.
- VIVAS-TESÓN, I. (2014). La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor in potestate a efectos de alimentos matrimoniales. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, n.º 745, págs. 2.510-2.541. Recuperado de: http://www.academia.edu/10614191/La_equiparaci%C3%B3n_del_hijo_mayor_de_edad_con_discapacidad_ps%C3%ADquica_al_menor_in_potestate_a_efectos_de_alimentos_matrimoniales._The_likening_of_adult_children_with_mental_disabilities_to_minor_ones_in_potestate_for_the_purpose_of_maintenance_in_matrimonial_proceedings.
- WEHMEYER, M. L. (2006). Autodeterminación y personas con discapacidades severas (Conferencia publicada en las Actas de las VI Jornadas Científicas de Investigación sobre Personas con Discapacidad). En VERDUGO ALONSO, M. A. y JORDÁN DE URRIES VEGA, F. B. (coords.). *Rompiendo inercias. Claves para avanzar*, págs. 89-100. Salamanca: Amarú Ediciones. Recuperado de: <http://sid.usal.es/idos/F8/ART9350/articulos1.pdf>.

VIII. ANEXOS

1. Resoluciones Judiciales

A. Tribunal Constitucional

- STC (Sala Segunda) 311/2000, de 18 de diciembre de 2000 (BOE n.º 14, de 16 de enero de 2001).

B. Tribunal Supremo (Sala Primera)

- STS 149/1999, de 27 de febrero de 1999, siendo ponente Pedro González Poveda (Roj: STS 1353/1999).

- STS 248/2001, de 8 de marzo de 2001, siendo ponente José Ramón Vázquez Sandes (Roj: STS 1842/2001).

- STS 282/2009, de 29 de abril de 2009, siendo ponente Encarnación Roca Trías (RJ\2009\2901).

- STS 625/2011, de 21 de septiembre de 2011, siendo ponente Encarnación Roca Trías (Roj: STS 5855/2011).

- STS 421/2013, de 24 de junio de 2013, siendo ponente José Antonio Seijas Quintana (RJ\2013\3948).

- STS 341/2014, de 1 de julio de 2014, siendo ponente Ignacio Sancho Gargallo (RJ\2014\4518).

- STS 235/2015, de 29 de abril de 2015, siendo ponente Eduardo Baena Ruiz (Roj: STS 1938/2015).

- STS 244/2015, de 13 de mayo de 2015, siendo ponente Ignacio Sancho Gargallo (Roj: STS 1945/2015).

- STS 600/2015, de 4 de noviembre de 2015, siendo ponente José Antonio Seijas Quintana (Roj: STS 4505/2015).

- STS 552/2017, de 11 de octubre de 2017, siendo ponente Ignacio Sancho Gargallo (RJ\2017\4290).

- STS 597/2017, de 8 de noviembre de 2017, siendo ponente María de los Ángeles Parra Lucán (Roj: STS 3923/2017).

- STS 124/2018, de 7 de marzo de 2018, siendo ponente Eduardo Baena Ruiz (Roj: STS 732/2018).

- STS 145/2018, de 15 de marzo de 2018, siendo ponente María de los Ángeles Parra Lucán (Roj: STS 846/2018).

C. Audiencia Provincial

- SAP de Málaga (Sección 7.^a, Melilla) 94/2003, de 26 de diciembre, siendo ponente Juan Rafael Benítez Yébenes (JUR 2004\60416).
- SAP de Barcelona (Sección 18.^a) 789/2005, de 1 de diciembre, siendo ponente María Dolores Viñas Maestre (Roj: SAP B 8762/2005).
- SAP de Valencia (Sección 10.^a) 471/2008, de 16 de julio, siendo ponente José Enrique de Motta García-España (JUR\2010\73693).
- SAP de Barcelona (Sección 18.^a) 34/2012, de 27 de enero, siendo ponente María Dolores Viñas Maestre (Roj: SAP B 5088/2012).
- SAP de A Coruña (Sección 5.^a) 22/2014, de 28 de enero, siendo ponente Julio Tasende Calvo (Roj: SAP C 90/2014).
- SAP de Bilbao (Sección 4.^a) 567/2016, de 13 de octubre, siendo ponente María de los Reyes Castresana García (Roj: SAP BI 1903/2016).
- SAP de Barcelona (Sección 18.^a) 728/2017, de 13 de septiembre, siendo ponente Ana María Hortensia García Esquiús (Roj: SAP B 13845/2017).
- SAP de Valencia (Sección 10.^a) 695/2016, de 21 de septiembre, siendo ponente José Enrique de Motta García-España (Roj: SAP V 3180/2016).
- SAP de Alicante (Sección 9.^a, con sede en Elche) 189/2018, de 24 de abril, siendo ponente Andrés Montalbán Avilés (Roj: SAP A 757/2018).

2. Resoluciones de la DGRN

1. Resolución de 1 de diciembre de 1987, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [RJ\1987\9716]
2. Resolución de 12 de marzo de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [RJ 1993\2964]
3. Resolución de 27 de julio de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [RJ\1993\6361]
4. Resolución de 17 de diciembre de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [RJ\1994\564]
5. Resolución de 12 de marzo de 1994, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [RJ\1994\2295]
6. Resolución de 18 de marzo de 1994, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [RJ\1994\2957]
7. Resolución de 24 de marzo de 1994, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [RJ\1994\3191]

8. Resolución de 20 enero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [RJ\1995\1606]
9. Resolución de 23 de octubre de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [RJ\1997\4483]
10. Resolución de 11 de diciembre de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [RJ\1997\7377]
11. Resolución n.º 1/1999, de 2 de junio de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [RJ\1999\10119]
12. Resolución de 10 de septiembre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [RJ\1999\10139]
13. Resolución n.º 3/1999, de 18 de octubre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [RJ\1999\10145]
14. Resolución n.º 3/2004, de 29 de enero de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [RJ\2004\2790]
15. Resolución n.º 1/2004, de 23 de octubre de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [RJ\2005\1079]
16. Resolución n.º 2/2005, de 30 de junio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [JUR\2006\7457]
17. Resolución de 18 de septiembre 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [JUR\2009\443117]
18. Resolución n.º 3/2008, de 18 de diciembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [JUR\2010\2854]
19. Resolución n.º 8/2011, de 16 de junio de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [JUR\2012\153313]
20. Resolución n.º 28/2012, de 10 de octubre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [JUR\2013\321267]
21. Resolución n.º 13/2013, de 13 de febrero de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [JUR\2013\327518]
22. Resolución n.º 9/2013, de 2 de septiembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [JUR\2014\210774]
23. Resolución n.º 78/2014, de 21 de febrero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [JUR\2014\214594]
24. Resolución n.º 45/2014, de 29 de octubre de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [JUR\2015\266331]
25. Resolución n.º 5/2016, de 15 de abril de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [JUR\2017\280880]

3. Normativa

Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano, publicado en BOE n.º 300, de 15 de diciembre, págs. 28.781 a 28.782.

Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Ministerio de Justicia y Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, de 21 de septiembre de 2018.

Constitución Española, publicada en BOE n.º 311, de 29 de diciembre de 1978, págs. 29.313 a 29.424.

Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, publicado en BOE n.º 296 de 11 de diciembre, págs. 10.977 a 11.004.

Enmiendas e índice de enmiendas al articulado del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria 121/000112. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, n.º 112-2, de 22 de abril de 2015.

Enmiendas al Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria (621/000119). BOCG. Senado, n.º 532, de 1 de junio de 2015.

Enmiendas e índice de enmiendas al articulado de la Proposición de Ley 122/000059, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, n.º 76-4, de 29 de marzo de 2017.

Enmiendas a la Proposición de Ley de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (624/000003). BOCG. Senado, n.º 97, 24 de mayo de 2017.

Instrucción de 19 de octubre de 1987 sobre las funciones de los Médicos del Registro Civil, publicada en BOE n.º 258, de 28 de octubre, páginas 32.183 a 32.183.

Instrucción de 10 de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa. [Disposición derogada]. Publicada en BOE n.º 47, de 24 de febrero de 1993, págs. 5.881 a 5.883.

Instrumento de ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicado en BOE n.º 96, de 21 de abril, págs. 20.648 a 20.659.

Instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicado en BOE n.º 97, de 22 de abril, págs. 20.750 a 20.752.

Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, publicada en BOE n.º 151, de 10 de junio, págs. 372 a 379.

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, publicada en BOE n.º 172, de 20 de julio, págs. 16.457 a 16.462.

Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, publicada en BOE n.º 272, de 12 de noviembre, págs. 38.209 a 38.211.

Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, Publicada en BOE n.º 272, de 12 de noviembre, págs. 38.211 a 38.214.

Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, publicada en BOE n.º 272, de 12 de noviembre, págs. 38.214 a 38.217.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicada en BOE n.º 7, de 8 de enero 2000, págs. 575 a 728.

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, publicada en BOE n.º 277, de 19 de noviembre de 2003, págs. 40.852 a 40.863.

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, publicada en BOE n.º 157, de 2 de julio, págs. 23.632 a 23.634.

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, publicada en BOE n.º 299, de 15 de diciembre de 2006, págs. 44.142 a 44.156.

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, publicada en BOE n.º 203, de 21 de agosto, págs. 73.429 a 73.525.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, Publicada en BOE n.º 175, de 22 de julio, págs. 81.468 a 81.502.

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicada en BOE n.º 184, de 2 de agosto de 2011, págs. 87.478 a 87.494.

Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, publicada en BOE n.º 288, de 28 de noviembre de 2014, págs. 96.841 a 96.859.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, publicada en BOE n.º 158, de 3 de julio, págs. 54.068 a 54.201.

Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, publicada en BOE n.º 154, de 29 de junio, págs. 54.800 a 54.803.

Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, publicada en BOE n.º 142, de 12 de junio de 2018, págs. 60.209 a 60.213.

Ley Orgánica 7/1992, de 20 de noviembre, por la que se fija la edad de jubilación de Jueces y Magistrados y se integra diverso personal médico en el Cuerpo de Médicos Forenses, publicada BOE n.º 280, de 21 de noviembre de 1992, págs. 39.606 a 39.607.

Orden JUS/577/2016, de 19 de abril, sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa y aprobación del modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso, publicada en BOE n.º 97, de 22 de abril, págs. 27.182 a 27.185.

Orden JUS/350/2017, de 28 de marzo, por la que se convoca proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo Nacional de Médicos Forenses, publicada en BOE n.º 93, de 19 de abril, págs. 30.484 a 30.513.

Proposición de Ley 122/000057, de adecuación de la regulación del derecho a contraer matrimonio a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU. Presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, n.º 74-1, de 23 de enero de 2017.

Proposición de Ley 122/000059, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, N.º. 76-1, de 23 de enero de 2017.

Proyecto de Ley 121/000112, de la Jurisdicción Voluntaria. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, n.º 112-1, de 5 de septiembre de 2014.

Real Decreto 296/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses, publicado en BOE n.º 53, de 1 de marzo de 1996, páginas 8.112 a 8.132.

Real Decreto 386/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Institutos de Medicina Legal, publicado en BOE n.º 60, de 9 de marzo de 1996, páginas 9.633 a 9.636.

Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, publicado en BOE n.º 22, de 26 de enero de 2000, págs. 3.317 a 3.410, cuya actual denominación responde al Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, publicado en BOE n.º 311, de 26 de diciembre de 2009, págs. 110.413 a 110.415.

Real Decreto 593/2015, de 3 de julio, por el que se regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España, publicado en BOE n.º 183, de 1 de agosto de 2015, págs. 66.716 a 66.720.

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, publicado en BOE n.º 289, de 3 de diciembre, págs. 95.635-95.673.

Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982, publicado en BOE n.º 55, de 5 de marzo de 1982, págs. 5.765 a 5.779.

Resolución Circular de 23 de diciembre de 2016, sobre la interpretación y aplicación del artículo 56 del Código Civil, relativo a la forma de celebración del matrimonio. Dirección General de los Registros y del Notariado. Ministerio de Justicia.

MAQUETACIÓN:

Ministerio de Justicia

Secretaría General Técnica

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

