

Comisión n° 1, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”

## **LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO.**

**Autor:** Muñiz, Carlos<sup>1</sup>

### **Resumen:**

El nuevo Código Civil y Comercial Unificado (CCyCU) en su artículo 403 inc. g establece como impedimento dirimente para la celebración del matrimonio “la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial”. A su vez, en el artículo 405 establece las condiciones en las que puede otorgarse una dispensa a este requisito. En primer término se realiza un análisis crítico de la disposición permitiendo descartar algunos de sus posibles sentidos a la luz del concepto de “discernimiento”, y una valoración sobre la coherencia de dichas normas con las disposiciones del propio CCyCU en materia de restricciones a la capacidad. La nueva normativa puede ser cuestionada a partir de los principios jurídicos que surgen del propio Código, y en miras de un control de convencionalidad a la luz de la CDPD. Se proponen reformas al que se consideran necesarias en virtud de la valoración efectuada.

### **1. Introducción<sup>2</sup>**

En el contexto del proceso denominado de constitucionalización del derecho privado<sup>3</sup>, es indudable que las distintas problemáticas vinculadas al matrimonio deben ser analizadas en primer término a la luz de los principios que resultan de la constitución nacional y los tratados de Derechos Humanos que integran el bloque federal de constitucionalidad. El matrimonio en sí mismo es considerado un derecho humano y como tal es reconocido por la normativa positiva en la materia, pudiendo mencionar a título de ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, art. 16<sup>4</sup>)

---

<sup>1</sup> Profesor Adjunto de Principios de Derecho Privado e Instituciones de Derecho Civil (UCA), Docente de Elementos de Derecho Civil (UBA), Investigador formado del proyecto DECYT 14148 (UBA).

<sup>2</sup> La presente ponencia ha sido realizada en el marco de las actividades del proyecto DECYT 14148 (UBA). Una versión previa fue presentada en el marco de las III Jornadas Nacionales de Discapacidad y Derechos.

<sup>3</sup> Ver entre otros, Corral Talciani, Hernán, 2004, “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho privado”, *Derecho Mayor*, Universidad Mayor, Santiago de Chile, N° 3, pp. 47-63; Rivera, Julio César, 2012, “La recodificación del derecho privado argentino”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, N°2012-2, pp. 11-39;

<sup>4</sup> “Artículo 16. 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, art. 17, incs. 2 y 3<sup>5</sup>). De estos textos surge expresamente la obligación de los estados de garantizar el acceso a todos los hombres y mujeres al acceso a la institución del matrimonio sin que puedan establecerse trabas de naturaleza discriminatoria y garantizando la igualdad de derechos en el mismo. No obstante, en todos los casos, también se exige como condición que el matrimonio se celebre mediando el consentimiento libre y pleno de los contrayentes. A partir de esta exigencia, puede razonablemente entenderse que es posible establecer ciertas condiciones para la validez formal del acto, vinculadas con la aptitud de la persona para poder otorgar su consentimiento<sup>6</sup>. En consecuencia, se plantea inmediatamente la necesidad de definir la naturaleza y los alcances de las restricciones a la capacidad matrimonial que puedan establecerse válidamente, cuando éstas encontraran su fundamento en la falta de aptitud para otorgar el consentimiento.

Para comenzar a precisar los alcances de las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en la materia específica de esta contribución, debe tenerse en consideración en primer término lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), ratificada por ley 26.378, con jerarquía constitucional por ley 27.044, que en su artículo 23.1.a establece:

*“Respeto del hogar y de la familia 1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges (...)”*

Este texto, que se encuentra en la misma línea que la DUDH y la CADH plantea la obligación de permitir el acceso al matrimonio a las personas con discapacidad sin ningún tipo de discriminación, admitiendo sin embargo limitaciones que puedan estar fundadas en la aptitud para otorgar el consentimiento libre y pleno. Es importante señalar que el art. 23.1.a impone a los Estados la obligación de eliminar toda limitación al derecho al matrimonio con motivo en la discapacidad y que su interpretación en relación con el artículo 12.2 exige que ninguna persona con discapacidad, incluyendo aquellas con discapacidades mentales o intelectuales, se vea privada del derecho a manifestar su consentimiento libre y pleno para contraer matrimonio<sup>7</sup>. En síntesis, el desafío que se plantea al legislador no es otro que el de establecer un sistema que permita el más amplio goce de estos derechos a las personas con discapacidad. En estas

---

<sup>5</sup> “Artículo 17. Protección a la Familia

(...) 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.  
(...)”

<sup>6</sup> Ruet, Céline, 2014, “Protection de la personne en curatelle, liberté matrimoniale ou droit au mariage : l’approche interne confrontée à l’approche européenne”, *La Revue des droits de l’homme* : [En línea], 5 | 2014, URL : <http://revdh.revues.org/677>, Université de Paris X, Nanterre.

<sup>7</sup> AAVV, 2014 “Aportes a la elaboración de la Observación general sobre el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, <http://www.cels.org.ar/common/documentos/Aportes%20a%20la%20Observacion%20General%20Sobre%20el%20Articulo%2012%20de%20la%20Convenci%C3%B3n%20Sobre%20los%20Derechos%20de%20las%20Personas%20con%20Discapacidad.pdf>

situaciones, las eventuales restricciones a la capacidad jurídica deberán ser proporcionadas y adaptadas a las circunstancias de la persona, respetar su voluntad y sus preferencias, evitando los conflictos de intereses y la influencia indebida (CDPD, art. 12). Esta obligación ya ha sido por otra parte señalada por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, creado por el protocolo facultativo de la CDPD con respecto a la situación de la legislación vigente en Costa Rica<sup>8</sup> y Perú<sup>9</sup>.

## 2. La situación en el CCyCU

### a. Los arts. 403 inc. g y 405.

El CCyCU aborda la cuestión en los artículos 403 inc. g y el artículo 405. El primero de estos artículos establece que:

*“Son impedimentos dirimentes para contraer matrimonio: (...) inc. g) la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial”*

Por otra parte, el artículo 405 prevé una posibilidad de dispensa de este requisito.

El inc. g del artículo 403 encuentra su antecedente inmediato en derecho positivo en el inc. 8 del artículo 166 del Código Civil<sup>10</sup>. En este punto, el CCyCU se aparta del antecedente del Proyecto de 1998 en cuanto hace una referencia al discernimiento que estaría afectado por la falta de salud mental e incorpora la posibilidad de una dispensa judicial de este impedimento. Esto ha sido recibido con beneplácito por un sector de la doctrina. En este sentido por ejemplo Orlandi ha sostenido que “La normativa responde a la concepción de salud mental y es un avance humanitario. Permite que personas que padecen alguna forma de capacidad restringida por razones de salud mental, puedan contraer vínculos afectivos permanentes, legítimos y tutelados”<sup>11</sup>. Sin embargo, y reconociendo las buenas intenciones del legislador en este aspecto, el texto finalmente aprobado no está exento de posibles críticas que pueden principalmente centrarse en dos aspectos, cuando se los analiza desde la perspectiva planteada en la parte general. El primero de ellos está relacionado con la confusión conceptual en torno del concepto de discernimiento que genera dificultades interpretativas del texto de compleja resolución. En segundo término, es posible plantear que tal como ha quedado legislado, el texto permite plantear dudas en torno a su coherencia con las disposiciones del propio Código en materia de capacidad reguladas en la parte general, ni con los principios establecidos en la materia por la ley 26.657 y la CDPD.

---

<sup>8</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observaciones finales sobre el informe inicial de Costa Rica”, CDPD/C/CRI/CO/1, 11/04/2014: “22. El Comité (...) Recomienda al Estado Parte que establezca mecanismos de salvaguarda necesarios para las personas con discapacidad y desarrolle un modelo de apoyo en el proceso de toma de decisiones que sea respetuoso de la autonomía, voluntad y preferencias de la persona, así como el respeto de su derecho al consentimiento libre e informado para tratamiento médico, acceder a la justicia, votar, **contraer matrimonio** y elegir un lugar de residencia, entre otros.”

<sup>9</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención”, CDPD/C/PER/CO/1, 16/05/2012 : “27. El Comité insta al Estado parte a que modifique el Código Civil con el fin de garantizar adecuadamente a todas las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos civiles, **en particular el derecho a contraer matrimonio.**”

<sup>10</sup> “Son impedimentos para contraer matrimonio: (...)8. La privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere.”

<sup>11</sup> Orlandi, Olga E., 2014, “Matrimonio: Los principales cambios en el derecho sancionado”, La Ley 2014-F, Cita Online: AR/DOC/4264/2014

## b. Discernimiento y capacidad matrimonial

El discernimiento es “una aptitud de la inteligencia que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente de las acciones humanas. Son estados de conciencia que permiten al sujeto apreciar las consecuencias de sus acciones”<sup>12</sup>. En síntesis, el discernimiento no es otra cosa que la aptitud intelectual de comprender la naturaleza de un acto y sus consecuencias para la propia persona y para los terceros.

El discernimiento es conforme el artículo 260 una condición interna del acto voluntario, de forma tal que son considerados involuntarios los actos realizados sin él. Conforme el artículo 261 se reputa sin discernimiento: “*a. el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón.*” Independientemente de la normativa, el requisito del discernimiento refiere a una situación fáctica. La norma establece en este caso una presunción legal sobre la ausencia de esta aptitud y la consecuencia inmediata de ella es que el acto se repunte involuntario y consecuentemente no pueda producir en forma directa consecuencias jurídicas para su autor.

Si analizamos entonces lo dispuesto por el inc. g del artículo 403 y el art. 405 a la luz de lo dispuesto en los arts. 260 y 261 surge inmediatamente el contrasentido. Si la falta de salud mental es suficientemente grave como para provocar la falta de discernimiento, el acto es reputado involuntario, y no podría ser considerado válido por aplicación de las reglas generales, aún cuando nada fuera dispuesto en el artículo 403. Aún más incomprensible es lo dispuesto en el artículo 405 que propone la posibilidad de una dispensa del requisito del inc. g del artículo 403, es decir del requisito del discernimiento, con lo cual parecería que el juez estaría en condiciones de autorizar un acto jurídico que entraría dentro de una novedosa categoría de acto jurídico involuntario<sup>13</sup>. Por otra parte, si se observa lo dispuesto por el artículo 405 el requisito puede dispensarse justamente si se demuestra “*la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada*”, lo que vendría a ser, palabras más palabras menos, la constatación de la presencia de discernimiento.

En síntesis, una primera lectura del texto, sobre la base del sentido gramatical y jurídico de las palabras empleadas, nos conduce a un absoluto sinsentido jurídico que obliga a buscar un significado alternativo al texto. En términos de interpretación jurídica, el argumento del error del legislador se plantea como un último recurso, pero la falta total de lógica del sentido literal del texto conduce inevitablemente a ello en este caso. Evidentemente, la redacción confunde bajo una misma idea de discernimiento, aspectos que en realidad tienen que ver con la capacidad jurídica. Si bien entre ambos conceptos existen claros vínculos, hacen referencia a distintas dimensiones dentro del análisis de las condiciones de validez del acto jurídico.

Partiendo de esta alternativa interpretativa podemos formular en forma preliminar algunas afirmaciones: 1. Tanto la falta de discernimiento como de capacidad jurídica pueden causar la nulidad del matrimonio: en el primer caso lo harán como consecuencia de lo dispuesto por la conjunción del inc. g del artículo 403 en concordancia con lo dispuesto en los artículos 260 y 261, mientras que en el segundo la nulidad resultará

---

<sup>12</sup> Benavente, María Isabel, 2015, “Hechos y Actos Jurídicos” en Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, T II., p. 28, con cita a Brebbia.

<sup>13</sup> Belluscio, Augusto César, 2012, “El matrimonio en el Proyecto de Reformas”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, N°2012-2, pp. 313-328.

asimismo del artículo 44; 2. La dispensa prevista en el artículo 405 podría ser otorgada en aquellos casos en los que la persona carezca de capacidad jurídica, pero no en el caso de falta de discernimiento dado que si bien éste puede ser apreciado en el caso concreto, debe necesariamente estar presente para el otorgamiento de un consentimiento válido.

### **c. Valoración de las normas en cuestión en el contexto del sistema del CCyCU.**

Descartada la interpretación literal y tomando como punto de partida las conclusiones parciales expresadas en el punto precedente, queda no obstante pendiente el análisis de una última cuestión: ¿qué es lo que debe resolverse frente a una oposición a la celebración del matrimonio (arts. 410 y stes. CCyCU) sobre la base del impedimento previsto en el inc. g del artículo 403? ¿se trata de un problema de discernimiento o de capacidad?

Para analizar esta cuestión resulta necesario abordar el problema desde un enfoque sistemático que contemple tanto las obligaciones internacionales asumidas a partir de la CDPD, el contexto y los principios en la materia que surgen de la ley 26.657 y el propio sistema del CCyCU en materia de incapacidad y capacidad restringida.

No se presentan problemas ante una oposición sobre la base de la falta de capacidad jurídica en el caso de que exista una sentencia de incapacidad (art. 32 *in fine* CCyCU) o de capacidad restringida (art. 32, 1er párrafo CCyCU) en la cual se establezca específicamente la restricción a la capacidad para contraer matrimonio. Pero cuando no hubiera una sentencia de declaración de incapacidad de restricción a la capacidad, o cuando esta última no hiciera referencia expresa a la restricción de la capacidad matrimonial, ¿cuál es la cuestión a resolver? Es claro que no puede dispensarse requisito del discernimiento, y si no hay una restricción a la capacidad establecida, nada habría que dispensar. En consecuencia ¿es concebible o admisible tal planteo previo? Anticipamos que no podemos dar una respuesta definitiva, pero es posible presentar una serie de lineamientos para su interpretación.

En este sentido, el artículo 23 CDPD no puede interpretarse sin la perspectiva del modelo social propuesto por ella para el abordaje del problema de la discapacidad, y se ha sostenido que “la aplicación del sistema creado a partir de la Convención de la ONU para Personas con Discapacidad debe guiarse por el principio de la “dignidad del riesgo”, es decir, el derecho a transitar y vivir en el mundo, con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse.”<sup>14</sup> Los límites a las posibles salvaguardias no pueden ser otros que los previstos en el artículo 12 CDPD, asegurando especialmente la capacidad jurídica en igualdad de condiciones y no discriminación de las personas con discapacidad, es decir que no podría por ese sólo hecho imponerse una restricción que no correspondería aplicar a cualquier otra persona.

Por su parte, la ley 26.657, en su artículo 3° toma como punto de partida la presunción de capacidad de todas las personas, situación que en el artículo 5° se precisa en el sentido que “*La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado.*” Cabe destacar asimismo que en la práctica judicial desde la entrada en vigencia de la Ley 26.657, en todos los procesos de restricción a la capacidad, la cuestión sobre si la persona puede o no contraer matrimonio es un punto sobre el cual suele requerirse específicamente un pronunciamiento por parte del equipo

---

<sup>14</sup> Kraut, Alfredo J., Diana, Nicolás, 2011, “Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria”, LA LEY 08/06/2011, 08/06/2011, 1

interdisciplinario<sup>15</sup>, hecho que permite reforzar la limitación jurídica de plantear restricciones apriorísticas sobre la capacidad en este punto.

Finalmente, el CCyCU plantea como reglas generales para el ejercicio de la capacidad jurídica en los incs. a y b del artículo 31 que la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; y que las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona.

En función de estas disposiciones, podemos sostener que debe evitarse que el inc. g del art. 403 sea utilizado a fines de generar en la práctica una presunción de incapacidad y consecuentemente una barrera injustificada al derecho reconocido por el art. 23.1 CDPD, contraria al principio de “dignidad del riesgo” y en exceso del estándar de las salvaguardias establecido en el art. 12 CDPD.

### **3. Conclusiones**

En síntesis, podemos plantear como conclusiones del trabajo:

- La redacción de los artículos 403 inc. g y 405 es defectuosa en cuanto confunde aspectos vinculados al discernimiento y a la capacidad jurídica, requiriéndose su reforma para la adecuación de la terminología.
- Tanto la falta de discernimiento como de capacidad jurídica pueden ser causa de una declaración nulidad del matrimonio.
- La dispensa prevista en el artículo 405 podrá ser otorgada en aquellos casos en los que la persona carezca de capacidad jurídica, pero no cuando se verificara la falta de discernimiento para el acto matrimonial.
- En su aplicación práctica debe evitarse interpretar los artículos 403 inc. g y 405 en un sentido que implique una presunción de incapacidad que es incompatible con los principios de la CDPD, de la Ley 26.657 y aquellos planteados en el art. 31 del CCyCU.

---

<sup>15</sup> Fama, María Victoria, Pagano, Luz María, 2011, "La salud mental desde la óptica de la ley 26.657", en Azpiri, Jorge O. (dir.), Instituciones del derecho de familia y sucesiones, Hammurabi, Buenos Aires, p. 90.