

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2020/2021

Convocatoria: Junio

**MATRIMONIO Y UNIONES DE HECHO DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD**

**MARRIAGE AND CIVIL PARTNERSHIP OF PERSONS WITH
DISABILITIES**

Realizado por la alumna Andrea García Borja

Tutorizado por la Profesora Dña. María Elena Sánchez Jordán

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil

RESUMEN

La Convención de las Naciones Unidas, hecha en Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece un nuevo régimen jurídico de la capacidad y España, al ser un Estado miembro de la Convención, se compromete a adaptar su ordenamiento jurídico al contenido de la misma. Fruto de este compromiso surge la Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, aprobada el 20 de mayo de 2021.

Desde la perspectiva de la plena capacidad de las personas con discapacidad para ser titular de derechos y ejercerlos, en este trabajo se analizan los límites impuestos por el legislador al ejercicio del derecho a contraer matrimonio y a formalizar la unión de hecho de las personas con discapacidad.

Palabras clave: Discapacidad, capacidad, matrimonio, unión de hecho.

ABSTRACT

In light of the United Nations Convention, made in New York, of 13 December 2006, on the Rights of Persons with Disabilities, a new legal regime of capacity is established and Spain, being a member state of the Convention, undertakes the duty to adapt its legal system. As a result of this commitment, the Bill to reform civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity arises, approved on May 20, 2021.

From the perspective of the full capacity of people with disabilities to be the holder of rights and exercise them, the limits imposed by the legislator on the exercise of the right to marry and formalize the civil partner of people with disabilities are analyzed in this work.

Key words: Disability, capacity, marriage, civil partner.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
2. EL NUEVO TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD: ASPECTOS GENERALES	2
2.1 El concepto de discapacidad	2
2.2 La necesaria reforma del ordenamiento jurídico a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	2
2.3 El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	5
2.4 La Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica	10
3. LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO Y PARA FORMAR PAREJA DE HECHO	13
3.1 La capacidad para contraer matrimonio: el art. 56 del Código Civil	14
3.1.1 El derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad	14
3.1.2 La capacidad para prestar el consentimiento	16
3.1.3 El dictamen médico	20
3.2 La capacidad para formar pareja de hecho en las legislaciones autonómicas	24
3.2.1 Ausencia de regulación estatal sobre la pareja de hecho	26
3.2.2 Reglas de capacidad para formar pareja de hecho en las legislaciones autonómicas	27
4. CONCLUSIONES	33
BIBLIOGRAFÍA	36

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es realizar un análisis del ejercicio del derecho a contraer matrimonio y de formar pareja hecho de las personas con discapacidad.

Previamente, es preciso abordar un concepto actual de la discapacidad y su tratamiento desde una perspectiva general. La discapacidad abarca deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, sin embargo, este análisis está basado exclusivamente en aquellas deficiencias que puedan limitar la capacidad natural de entender y de querer y, por tanto, se centra en la discapacidad mental o intelectual. Aunque en todo momento se hace alusión a la discapacidad, sin especificar qué clase, puesto que el propio legislador habla de discapacidad en términos generales en las distintas normativas que aquí se van a estudiar.

La discapacidad es una tema de gran relevancia en la actualidad jurídica puesto que se aprobó el 20 de mayo de 2021 la Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta Ley tiene como principal cometido adaptar el ordenamiento jurídico a lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas, hecha en Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, concretamente al artículo 12 de la misma, que establece un nuevo concepto de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad al incorporar el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley de las personas con discapacidad.

Con base en este nuevo modelo de capacidad, que se analizará más adelante, se abordará la capacidad para contraer matrimonio y para formar de hecho. Ambas cuestiones están íntimamente relacionadas, el reconocimiento de la plena capacidad de las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos debe de incluir tanto el matrimonio como la unión de hecho. No obstante, ambas instituciones pueden llegar a estar limitadas, e incluso, prohibidas para las personas con discapacidad.

2. EL NUEVO TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD: ASPECTOS GENERALES

2.1 El concepto de discapacidad

La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, conocida como CIF, que fue aprobada el 22 de mayo de 2001 por la Organización Mundial de la Salud, tiene como uno de sus objetivos principales la implantación de *“un lenguaje común para describir la salud y los estados relacionados con ella”*, proporcionando un lenguaje con vocación estandarizadora para mejorar la comunicación en lo relativo a la discapacidad. La CIF concibe la discapacidad como la interconexión de los estados de salud y los factores contextuales, que incluyen tanto los factores personales como ambientales¹.

Es así que la Convención de las Naciones Unidas, hecha en Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) adopta las ideas plasmadas en la CIF y de ella podemos obtener una definición actual de discapacidad, entendida como la situación que afecta a aquellas personas que, por tener una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, se enfrentan a barreras que pueden impedir su participación plena, efectiva y en igualdad de condiciones en la sociedad (art. 1 CDPD). Por deficiencias hay que entender los *“problemas en las funciones o estructuras corporales”*² y las barreras como *“aquellos factores en el entorno de una persona que, cuando están presentes o ausentes, limitan el funcionamiento y generan discapacidad”*³.

2.2 La necesaria reforma del ordenamiento jurídico a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La CDPD fue ratificada por el Reino de España en Instrumento de 23 de noviembre de 2007 y su entrada en vigor tuvo lugar el 3 de mayo de 2008 (art. 45

¹ La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud. pp. 6-9

² La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud. pág 11

³ La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud. pág 232

CDPD). Tras su entrada en vigor y conforme a lo establecido por el artículo 96 de la Constitución Española, la Convención pasa a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico y su contenido resultó ser incompatible con la legislación vigente en ese momento; por este motivo se inicia un proceso de reforma del ordenamiento jurídico para su adaptación a lo previsto por la Convención⁴.

Del proceso de reforma es importante destacar la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Con base en el reconocimiento de las personas con discapacidad como titulares plenos de sus derechos, el objetivo de esta Ley es modificar y adaptar diversas normas para hacer efectivos los derechos contenidos en la Convención, de modo que se erija una sociedad inclusiva y abierta que acoja a las personas con discapacidad, eliminando las barreras del ecosistema social en el que se encuentran⁵. Por tanto, se modifican diecinueve normas en virtud del artículo 4.1.a de la CDPD, según el cual *“los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivo el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad”*.

Estas modificaciones afectan a diversas materias, tales como: la igualdad de oportunidades, la no discriminación, la accesibilidad universal, la autonomía del paciente, el derecho a la información en materia de sanidad, los medios de apoyo a la comunicación oral o el aumento de las ofertas de empleo público. Sin embargo, de las diecinueve modificaciones legislativas hechas por la Ley 26/2011, no se aborda, en ninguna de ellas, el nuevo régimen jurídico aplicable a la actuación de las personas con discapacidad. Por tanto, se realiza una adaptación de la CDPD que no es completa, pues, entre otros aspectos, no cumple con las exigencias del artículo 12 de la CDPD. Por esta razón, la Disposición Adicional Séptima de esta Ley incluye un mandato al Gobierno

⁴ PAU PEDRÓN, A.: “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pág. 6. Recuperado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6571296>

⁵ Extraído del Preámbulo de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. BOE nº184, de 2 de agosto de 2011 (en adelante Ley 26/2011).

para que remita a las Cortes Generales, en el plazo de un año a partir del 2 de agosto de 2011 (Disp. fin. tercera Ley 26/2011), un proyecto de ley para la adecuación del ordenamiento jurídico al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, es decir, para dar cumplimiento al artículo 12 de la CDPD.

Aunque el mandato de la Ley 26/2011 establecía un plazo de un año para remitir el proyecto a las Cortes Generales, no fue hasta el 5 de noviembre de 2015, en el Pleno de la Comisión General de Codificación, cuando el Ministerio de Justicia encarga a la Sección Primera, de Derecho Civil, de la Comisión General de Codificación la adaptación de la legislación civil a dicho precepto. El mandato legislativo no solo implica la adecuación del Código Civil, sino también la reforma de la Ley del Notariado, de la Ley Hipotecaria, de la Ley del Registro Civil y de la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad; además, se deben modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, cuyo texto fue encargado a la Sección Quinta, de Derecho Procesal, de la Comisión General de Codificación⁶.

La propuesta de reforma fue elaborada por ambas Secciones durante las sesiones que tuvieron lugar entre el 21 de junio de 2017 y el 18 de abril de 2018. El texto resultante fue finalmente presentado al Ministro de Justicia el 18 de julio de 2018, texto que fue autorizado posteriormente por el Consejo de Ministros el 21 de septiembre de 2018. El anteproyecto fue sometido al trámite de consulta pública, audiencia e información pública hasta el 19 de octubre de 2018 y el 11 abril de 2019 el Pleno del Consejo de Estado emite dictamen. Finalizados los trámites prelegislativos, el anteproyecto se devuelve al Consejo de Ministros para su aprobación; una vez aprobado se remite el 15 de julio de 2020 a las Cortes Generales para iniciar la tramitación parlamentaria del proyecto de ley⁷. Finalizada la tramitación, la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad

⁶ TORRES GARCÍA, T. F.: “Presentación”, *Revista Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pág. 1. Recuperado en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/370/299>

⁷ Disponible en <https://ficheros.mjusticia.gob.es/MAIN%20APL%20por%20la%20que%20se%20reforma%20legislaci%C3%B3n%20civil%20y%20procesal%20apoyo%20personas%20discapacidad.pdf>

en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante Ley 8/2021) fue aprobada el 20 de mayo de 2021 por el Congreso de los Diputados⁸ y publicada el 2 de junio de 2021 en el Boletín Oficial del Estado, su entrada en vigor tendrá lugar el 3 de septiembre de 2021⁹.

Por último, respecto de la reforma del ordenamiento jurídico para su adaptación a la CDPD, el Consejo de Ministros ha aprobado un Proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución —relativo al mandato a los poderes públicos de garantizar el disfrute de los derechos que otorga la Constitución a las personas con discapacidad—. Actualmente, se encuentra en fase de tramitación parlamentaria, fue presentado al Congreso el 12 de mayo de 2021 y publicado en el BOCG el 21 de mayo de 2021¹⁰. Es de especial interés destacar este Proyecto de reforma constitucional, no solo porque implica el amparo constitucional de los derechos de las personas con discapacidad y su adecuación a la realidad social, sino porque con esta reforma, el Gobierno pretende incluir, entre otras cuestiones, la plena autonomía y el pleno ejercicio de los derechos y deberes de las personas con discapacidad¹¹. Este reconocimiento está relacionado con el artículo 12 de la CDPD, relativo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, precepto de vital importancia para este trabajo.

2.3 El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Para seguir abordando la cuestión sobre la adaptación del ordenamiento jurídico español al citado precepto, es necesario realizar un análisis del mismo. El artículo 12 de la CDPD aborda el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley de las personas con discapacidad y dice lo siguiente:

⁸ Disponible en <https://www.congreso.es/web/guest/proyectos-de-ley> y en <https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/actualidad/leyes/entramitacion/index.html>

⁹ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>.

¹⁰ Disponible en https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&iniciativas_mode=mostrarDetalle&iniciativas_legislatura=XIV&iniciativas_id=102%2F000001.

¹¹ Extraído del Proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española. BOCG nº 54, 21 de mayo de 2021.

“1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. 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.

3. 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.

4. Los Estados Partes 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. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

La base de este artículo se encuentra en el derecho a la igualdad; es decir, no se está creando ningún derecho específico para las personas con discapacidad, sino que se establecen los elementos para que sean tratadas en igualdad de condiciones con las personas sin discapacidad. Por tanto, hay que hacer una interpretación basada en los principios generales de la CDPD, tales como: la dignidad inherente, la autonomía

individual, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad, la igualdad entre el hombre y la mujer y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad (art. 3 CDPD).¹²

El contenido del precepto gira en torno a la capacidad jurídica y al sistema de apoyo. La capacidad jurídica es entendida por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como “*un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y es indispensable para el ejercicio de sus derechos*”. En esta definición no solo se incluye la titularidad de los derechos sino también el ejercicio de tales derechos, es decir, abarca tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar, entendida como una única capacidad puesto que una no opera sin la otra. La capacidad jurídica que regula la CDPD no es la capacidad jurídica tal y como la entendemos en nuestro ordenamiento jurídico, al menos hasta que no entre en vigor la Ley 8/2021. Para aclarar esta cuestión terminológica respecto a la capacidad acudimos a la Observación General nº1 del Comité de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, publicada en 2014. Lo que en nuestro ordenamiento jurídico corresponde a la capacidad jurídica, es decir, la capacidad para ser titular de derechos y ser reconocido como persona jurídica ante la ley, el Comité lo denomina capacidad legal; y a la capacidad de obrar, que consiste en la capacidad de ejercer esos derechos, la denomina legitimación para actuar. Por lo tanto, la capacidad jurídica, desde el punto de vista de la CDPD y la Observación General, se corresponde tanto a la capacidad legal como a la legitimación para ejercer sus derechos. Ambos conceptos son inherentes a la persona, es decir, todas las personas, incluidas las que tienen discapacidad, tienen plena capacidad jurídica, aunque se les haya privado sistemáticamente de su capacidad de obrar o legitimación para el ejercicio de sus derechos. Esta privación constituye una vulneración al derecho a la igualdad y por ende una discriminación que vulnera el artículo 5 de la CDPD.

¹² Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, Observación general No 1 (2014), pp. 1-2

La capacidad jurídica de las personas con discapacidad se ha visto afectada y limitada con la adopción de regímenes que restringen su capacidad para ejercer sus derechos, como la tutela. Uno de los objetivos de la CDPD es abolir estos sistemas para que las personas con discapacidad puedan recuperar su plena capacidad jurídica, negando la posibilidad de limitar la capacidad y estableciendo un sistema que proporcione el apoyo necesario a las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos. Lo que se pretende es sustituir la toma de decisiones en nombre de la persona con discapacidad con base en la idea de lo que es mejor para ella, es decir, en su interés, por un modelo en el que se ayude o apoye a la persona con discapacidad a que tome sus propias decisiones, sin decidir nunca por ellas y prevaleciendo su voluntad, deseos y preferencias. De esta manera, se aborda el apoyo desde una perspectiva subjetiva en vez de objetiva¹³. La Observación General nº1 define el apoyo como “*un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades*”. Hace referencia a distintos tipos e intensidades porque el apoyo varía considerablemente en función de la persona, por la diversidad que hay de personas con discapacidad. A pesar de que el fin último sea evitar tomar decisiones por ellas, pueden darse casos en los que aún habiendo intentado averiguar el deseo, voluntad o preferencias de una persona, no sea posible obtenerlo, y se podrán tomar decisiones con la mejor interpretación posible de esos deseos, voluntades o preferencias¹⁴.

En el último párrafo del artículo 12 se encomienda a los Estados Partes de la CDPD que tomen las medidas necesarias para el reconocimiento pleno de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones ante la ley y el Comité les alienta para que apoyen el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, velando para que puedan tomar decisiones reales en su vida y desarrollar plenamente su personalidad¹⁵. Esto es así sin perjuicio de aquellos Estados Partes que hayan hecho declaraciones interpretativas sobre este artículo, como es el caso de Canadá y Australia, que han

¹³ GARCÍA RUBIO, M.P.: “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. X, 2018, pp. 152-153

¹⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, Observación general No 1 (2014), pp. 5-6

¹⁵ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, Observación general No 1 (2014), pp. 6, 7 y 15

deseado mantener métodos de sustitución de la toma de decisiones, aunque como último recurso¹⁶.

Especial relevancia tiene sobre la adecuación del ordenamiento jurídico español al artículo 12 de la CDPD la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La sentencia versa sobre un proceso de incapacitación, en el que a la demandada se le incapacita y se le designa un régimen de tutela. En el recurso de casación lo que se solicita, entre otras cosas, es que se sustituya el régimen de tutela por uno de curatela, porque, como alega el Ministerio Fiscal en su informe, *“la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones”* y defiende que hasta que no se proceda a la adecuación normativa del ordenamiento jurídico, se desplace la utilización de la tutela en favor de la curatela. Sin embargo, el Tribunal Supremo en su sentencia afirma la compatibilidad de las figuras de incapacitación de nuestro ordenamiento jurídico con la CDPD, a pesar de que considera necesaria la integración de la Convención en el mismo, porque sostiene que la tutela no es un mecanismo rígido ni permanente, que atiende a las necesidades de la persona incapacitada y que, a pesar de estar sometidas a un régimen representación, siguen siendo titulares de sus derechos fundamentales, concluyendo que *“la incapacitación es solo una forma de protección”*.

En este orden de ideas, De Pablo Contreras defiende la postura del alto Tribunal, afirmando que el esquema de la capacidad en el ordenamiento jurídico español es compatible con la CDPD, puesto que en el artículo 12 se hace referencia tanto a la capacidad jurídica, entendida como *“aptitud abstracta o genérica para ser sujeto de derechos subjetivos y obligaciones o deberes jurídicos”* y que es la prevista por el segundo apartado de dicho precepto, como la capacidad de obrar, a la que hace referencia el tercer apartado del artículo 12, *“el ejercicio de la capacidad jurídica”*, y son los apoyos a los que hace mención las medidas que complementan el ejercicio de la capacidad de obrar, siendo las instituciones de apoyo, la tutela y la curatela. Concluyendo que la concepción de la capacidad y las instituciones de apoyo, son

¹⁶ GARCÍA RUBIO, M.P.: “La necesaria y ...”, op.cit., pág. 159.

acordes a la CDPD y que el problema “no es su existencia, sino el mecanismo que prevé nuestro ordenamiento para su constitución, modulación, subsistencia, y el alcance y contenido que puede llegar a tener el mismo”¹⁷.

Aún así, esta sentencia, como dice García Rubio, dio la “chispa del cambio” en el Tribunal Supremo y el nuevo concepto del artículo 12 de la CDPD fue adoptado en sentencias posteriores, ya que la tutela se fue quedando en segundo plano ante la curatela, un sistema mucho más flexible y respetuoso con la CDPD¹⁸. Además, como explicaré más adelante, es un sistema que se mantiene en la nueva legislación civil, aunque con matizaciones para adaptarla plenamente a la CDPD.

2.4 La Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

En el nuevo tratamiento de la discapacidad que establece la Ley 8/2021 se adopta, por fin, lo previsto en el artículo 12 de la CDPD, abandonando el sistema actual de sustituir la toma de decisiones de las personas con discapacidad, por uno basado en el respeto de la voluntad, preferencias y deseos de la persona, que es quien ha de tomar sus propias decisiones. Y, además, no se reconoce en ningún momento que las personas que prestan el apoyo tengan que actuar en interés de la persona con discapacidad: por tanto, prevalece en todo momento su voluntad¹⁹. El principal logro de la reforma es que asume el criterio de la Observación General, entendiendo la capacidad jurídica no solo como la titularidad de los derechos sino también como la legitimación para ejercitarlos, abandonando la clásica distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar²⁰.

¹⁷ PABLO CONTRERAS, P.: “STS DE 29-04-2009. La incapacitación en el marco de la convención sobre derechos de las personas con discapacidad”, en AA. VV. (YZQUIERDO TOSLADA, M., Dir.): *Comentarios a Las Sentencias De Unificación De Doctrina. Civil Y Mercantil*, Vol. 3, Ed. Dykinson, S.L, 2009, pp. 562-563.

¹⁸ GARCÍA RUBIO, M.P.: “La necesaria y ...”, op.cit., pág. 161.

¹⁹ GARCÍA RUBIO, M. P.: “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pág. 32. Recuperado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6571290>

²⁰ Extraído del Motivo I de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOCG nº27-1, de 17 de julio de 2020.

La nueva regulación elimina del ordenamiento jurídico la posibilidad de declarar a una persona incapaz o modificar su capacidad judicialmente, reafirmando que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica y que esta es una cualidad inherente a toda persona. Como la capacidad no puede verse afectada, la idea principal del modelo es el establecimiento de medidas de apoyo, que variarán en función de lo que cada persona con discapacidad precise. Estas medidas pretenden abarcar no solo la esfera patrimonial, sino también la personal, porque el fin es poder prestar la ayuda que necesite una persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica respecto a cualquier aspecto de su vida, siempre desde el respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad. Siendo uno de los criterios seguidos y promocionados por la CDPD la autonomía individual (art. 13 CDPD), se elimina también la figura de la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada para personas adultas con discapacidad, reservándose el uso de la tutela exclusivamente para el caso de menores que no estén bajo patria potestad. La capacidad jurídica, tal y como ha sido entendida por el CDPD, ahora adoptada por nuestro ordenamiento jurídico, implica que se establecerá un sistema de apoyo adecuado para las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que pasa a estar regulado en el Título XI del Libro I del Código civil bajo la siguiente rúbrica: “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”²¹.

Las medidas de apoyo en la nueva regulación se articulan a través de tres instituciones jurídicas cuya misión es auxiliar a la persona con discapacidad para permitir el pleno desarrollo de su personalidad en el ejercicio de sus derechos, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias. Estas instituciones son: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial (arts. 249 y 250 CC del Proyecto de Ley).

- a. La guarda de hecho se configura como una institución que no precisa de un título judicial que le habilite o un deber legal para ejercer el apoyo y protección

²¹ Extraído del Motivo III y IV de la Exposición de Motivo del Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOCG nº27-1, de 17 de julio de 2020.

de la persona con discapacidad²². Cuando los actos realizados por el guardador requieran acreditar la representación o sean de trascendencia personal, se deberá solicitar autorización judicial (art. 263 CC del Proyecto de Ley).

- b. La curatela es la principal medida de apoyo judicial para las personas con discapacidad y su naturaleza es asistencial. No es representativa porque, como ya se ha indicado, el fin es el apoyo en el ejercicio de la capacidad, no la sustitución en el ejercicio de la misma, aunque la nueva regulación prevé situaciones excepcionales en las que sí se asumen funciones representativas (art. 269 CC del Proyecto de Ley)²³. Esta institución está prevista para las personas con discapacidad que necesiten de un apoyo continuado y no haya otra medida suficiente. Para su establecimiento se precisa una resolución judicial que atienda a la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y respete su autonomía individual, deseos, voluntad y preferencias (arts. 250 y 268 CC del Proyecto de Ley).
- c. El defensor judicial se nombrará cuando la persona con discapacidad precise de apoyo de forma ocasional, aunque sea de forma recurrente, en los casos previstos en el artículo 295 del CC (art. 250 CC del Proyecto de Ley). En esta institución se aplica de forma supletoria algunos aspectos de la normativa de la curatela (art. 297 CC del Proyecto de Ley), porque, al final, el nombramiento de defensor judicial lo que pretende evitar es la curatela²⁴.

Las tres instituciones mencionadas son medidas de apoyo reactivas o *ex post*, es decir, medidas que se establecen una vez existe la situación de necesidad de apoyo. Estas medidas, que tienen un origen legal o judicial, tienen carácter subsidiario, en tanto que solo procederán en ausencia de medidas voluntarias. Las medidas voluntarias o *ex ante*, ya sean anticipatorias o preventivas, se basan en la voluntad de la persona antes de

²² PEREÑA VICENTE, M.: “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pág. 72. Recuperado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6571292>

²³ Extraído del Motivo III de la Exposición de Motivo del Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOCG nº27-1, de 17 de julio de 2020.

²⁴ PEREÑA VICENTE, M.: op.cit., pág. 79.

que se dé la situación de necesidad de apoyo y en previsión de que ocurra²⁵. Estas medidas estarían previstas en el Capítulo II del Título XI del Libro I del Código civil bajo la siguiente rúbrica: “De los poderes y mandatos preventivos”.

En cuanto a las personas incapacitadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, que tendrá lugar tres meses después de su publicación en el BOE (Disposición Final Tercera Ley 8/2021), se eliminarán *ex lege* las privaciones de derechos o de su ejercicio de las personas con discapacidad (Disposición Transitoria Primera Ley 8/2021), por tanto, se dejarán sin efecto todas las medidas restrictivas de derechos contenidas en las sentencias de incapacitación. Además, se podrá solicitar la revisión de las medidas establecidas, en el plazo de un año, por las personas legitimadas previstas en la Ley. En los casos en los que no se haya solicitado la revisión, se hará por la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años (Disposición Transitoria Cuarta Ley 8/2021).

3. LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO Y PARA FORMAR PAREJA DE HECHO

Aunque la Ley 8/2021 no aborde directamente la capacidad para contraer matrimonio o para formar pareja de hecho, es crucial tenerlo en cuenta para el ejercicio del derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad, previsto en el artículo 23 de la CDPD.

La esencia del nuevo tratamiento de la discapacidad del artículo 12 de la CDPD, y por ende, de la Ley 8/2021, se encuentra en el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica, capacidad que no solo implica la titularidad de derechos sino también su ejercicio. Por tanto, tiene relación directa con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio o formar pareja de hecho si así lo desean, como personas capaces para tomar sus propias decisiones. Sin embargo, y como se verá más adelante, el acceso tanto al matrimonio como a la unión de hecho está, en ocasiones,

²⁵ GARCÍA RUBIO, M. P.: “Las medidas de...”, op. cit., pág. 34.

limitado e, incluso, prohibido en función de las condiciones cognitivas o mentales de los contrayentes.

3.1 La capacidad para contraer matrimonio: el art. 56 del Código Civil

3.1.1 El derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad

En el ámbito internacional encontramos diversos instrumentos que reconocen el derecho a contraer matrimonio: el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, entre otros. En los instrumentos internacionales se reconoce este derecho sin más limitación que la edad núbil y, además, prohíben expresamente la restricción al ejercicio de este derecho. En relación con las personas con discapacidad y su derecho a contraer matrimonio, hay un precepto relativo al mismo en la propia CDPD, el artículo 23.1.a, que dice lo siguiente:

“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...”

Del tenor literal del artículo se extrae que los únicos requisitos para el ejercicio del derecho de contraer matrimonio por las personas con discapacidad son: la edad y el consentimiento libre y pleno. No obstante, hay que añadir a estos requisitos las condiciones previstas en la normativa de cada Estado, si bien es cierto que no deberían incluir limitación alguna en lo relativo a la discapacidad, con base en el artículo 23 de la CDPD, que prohíbe la discriminación en cuestiones matrimoniales. Asimismo, impone

a los Estados miembros la obligación de erradicar esta discriminación a través de medidas que posibiliten el pleno disfrute de este derecho²⁶.

En el ordenamiento jurídico español, el derecho a contraer matrimonio o *ius connubii* está regulado en el artículo 32 de la Constitución, que proclama que “*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”, idea reiterada en el artículo 44. I del CC. Aunque esta expresión, desde mi punto de vista, no es del todo correcta, su interpretación reconoce el derecho tanto al hombre como a la mujer individualmente, por tanto, la expresión “el hombre y la mujer” no hace referencia necesariamente a una unión heterosexual. Además, el propio artículo 44 del CC en el párrafo segundo prevé el matrimonio heterosexual y el homosexual²⁷. En cuanto a la plena igualdad jurídica, no está avalada por la Constitución la restricción del derecho a contraer matrimonio por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, tendencia sexual, etc., e incluye no solo el derecho a contraer matrimonio —en cualquiera de las formas previstas, sin establecer una única forma obligatoria—, sino también el derecho a no contraerlo²⁸.

El precepto constitucional no hace mención a la capacidad para contraer matrimonio, salvo una remisión legislativa, en este caso, al Código Civil, para que la regule, junto a otros aspectos como la edad para contraerlo o las formas del matrimonio. Sin entrar a analizar lo previsto en cuanto a la capacidad en el Código Civil, podría interpretarse, desde una perspectiva constitucional, que las personas con discapacidad podrán ejercer libremente su derecho a contraer matrimonio, teniendo en cuenta lo comentado anteriormente, junto con el artículo 49 de la Constitución. Sin embargo, analizando la regulación prevista en el Código Civil, el derecho a contraer matrimonio no es absoluto y se exige, entre otras cosas, una mínima capacidad o aptitud para prestar

²⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Matrimonio y Discapacidad", *Revista de Derecho Privado Y Constitución*, núm. 32, 2018, pp. 59-61. Recuperado en: <http://www.cepc.gob.es/accedys2.bbtk.ull.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=7&IDN=1395&IDA=38399>

²⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos De Derecho Civil. Tomo IV: Familia*, 4ª ed., Ed. Dykinson, 2010, pág. 61.

²⁸ MORENO QUESADA, B., y SÁNCHEZ CALERO, F. J.: *Curso De Derecho Civil IV: Derecho de Familia y Sucesiones*, 8ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp.60-61.

el consentimiento, limitación que afecta a las personas con discapacidad y que podría incurrir en una discriminación.

3.1.2 La capacidad para prestar el consentimiento

El matrimonio es una institución del Derecho de familia prevista en el Título IV del Libro I del Código Civil, y a pesar de estar pormenorizadamente regulado, no contiene ninguna definición del matrimonio, pero puede entenderse como la unión estable entre dos personas físicas que les vincula jurídicamente, que produce una serie de efectos jurídicos y que somete a los contrayentes a un estatuto matrimonial. Para su celebración es indispensable el consentimiento matrimonial de los cónyuges, además de los siguientes requisitos exigidos por la ley: como requisito previo, el expediente matrimonial; como requisitos simultáneos, la capacidad matrimonial, el consentimiento y la forma de celebración, y como requisito posterior, la inscripción en el Registro Civil²⁹.

El requisito de la capacidad matrimonial hace referencia a la edad, la libertad de estado, la exogamia y el impedimento de crimen, pero no comprende la capacidad para prestar el consentimiento, elemento esencial del consentimiento, que es un requisito de fondo diferenciado del requisito de capacidad en sí mismo. Por tanto, cuando se habla de la capacidad para contraer matrimonio de las personas con discapacidad, se hace en cuanto a la aptitud para prestar el consentimiento.

La aptitud para prestar el consentimiento es la capacidad natural de entender y querer la unión matrimonial, es decir, que la persona contrayente tenga discernimiento y conciencia del acto que va a realizar y, por consiguiente, sería irrelevante que una persona esté incapacitada para el ejercicio de su capacidad de obrar, siempre y cuando entienda la trascendencia del matrimonio y los efectos jurídicos que produce en su esfera personal y patrimonial. La incapacidad no implica ineptitud para prestar el consentimiento. El artículo 171. II 4º del CC corrobora esta afirmación, porque establece que la patria potestad desaparece cuando el hijo incapacitado contrae

²⁹ MORENO QUESADA, B., y SÁNCHEZ CALERO, F. J.: op.cit., pp. 55-82.

matrimonio, admitiendo que una persona incapacitada puede contraer matrimonio. Con base en este argumento, el Tribunal Supremo concluye que “*la incapacidad judicial del contrayente no es incompatible con la capacidad natural para contraer matrimonio*”³⁰. Existe una presunción *iuris tantum* de capacidad natural, que se presume siempre en toda persona; por tanto, la ineptitud para prestar el consentimiento matrimonial es una excepción que ha de ser probada³¹.

Este esquema de la capacidad natural para contraer matrimonio está presente en el Código Civil desde su redacción original de 1889, pero no es hasta 1981, y con la aprobación de la 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, cuando se establece definitivamente el concepto que tenemos, actualmente, del requisito de la capacidad natural. En esta reforma se introduce el expediente matrimonial, regulado en el artículo 56, un precepto crucial para el tratamiento de la capacidad natural para prestar el consentimiento matrimonial y que ha sufrido dos reformas: la primera en el año 2015 y la segunda en el 2017; esta última no entró en vigor hasta el 30 de abril de 2021.

Con base en el artículo 56 del CC, los requisitos para contraer matrimonio han de acreditarse con carácter previo a su celebración en el expediente matrimonial conforme a lo previsto en la Ley del Registro Civil, concretamente en el artículo 58 de la misma. En cuanto a la acreditación de la capacidad natural, entra en juego el segundo párrafo del artículo 56 del CC, que es, precisamente, el que más se ha modificado.

El artículo 56.II del CC de 2015 hacía referencia a que la aptitud para prestar el consentimiento, la capacidad natural, podía verse limitada, y por ende, se podía denegar la posibilidad de contraer matrimonio si el contrayente estaba afectado por una deficiencia mental, intelectual o sensorial, es decir, si el contrayente era una persona con discapacidad intelectual, mental o sensorial. Para comprobar si la deficiencia afectaba o

³⁰ STS (Sala de lo Civil) de 29 de abril de 2015 (rec. núm. 235/2015).

³¹ RUIZ ALCARAZ, S.: "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", *Boletín Del Ministerio De Justicia*, núm 2215, 2019, pág. 40. Recuperado en: <https://dialnet-unirioja-es.accedys2.bbtik.ull.es/revista/208/A/2019>

no a la capacidad natural se recababa un dictamen médico. Es preciso añadir que en la versión vigente sustituye, entre otras cuestiones, la expresión del contrayente afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, por el contrayente con discapacidad que presente una condición de salud que sea evidente, categórica y sustancial. Sin embargo, a pesar de utilizar un término diferente, considero que la idea sigue siendo la misma, el legislador se refiere a aquellas personas con discapacidad que por su condición de salud, en este caso mental o intelectual, no puedan prestar su consentimiento, aunque una posible interpretación es que aquí lo que se pretendía era remarcar la idea de que no se alude a cualquier discapacidad, sino que el precepto solo será de aplicación cuando esa discapacidad sea evidente, categórica y sustancial.

El legislador entendía que, probablemente, una persona con discapacidad intelectual, mental o sensorial no tenía capacidad natural suficiente para prestar consentimiento matrimonial, salvo que con el dictamen médico se acreditara que esta persona entendía y quería la unión matrimonial. No obstante, ya no se hace mención a la discapacidad sensorial, pero sí se mantiene el concepto de que una persona con discapacidad intelectual o mental puede no tener la capacidad natural suficiente y se conserva el requisito del dictamen médico, aunque para situaciones excepcionales.

Respecto a la discapacidad sensorial, es incoherente que ser ciego o sordo implique un impedimento para entender la institución del matrimonio, ya que si una persona con estas características tiene capacidad para otorgar testamento, aunque se requiera la presencia de dos testigos (art. 697 CC)³², también la debería de tener para contraer matrimonio. Una persona con discapacidad sensorial tiene capacidad para entender y querer, siempre y cuando se compruebe a través de los medios adecuados para ello que esta persona pueda comprender que está prestando su consentimiento para casarse. Estos medios serían, por ejemplo, el lenguaje de signos o el braille, de esta manera se adapta la institución del matrimonio a un lenguaje que puedan comprender.

³² De hecho, este precepto es objeto de reforma en la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se suprime la necesidad de acudir con testigos en el caso de personas sordas o ciegas. Además, las personas con discapacidad visual podrían otorgar testamento cerrado, dejando sin efecto el actual artículo 708 del CC.

Sin embargo, este debate sobre las deficiencias sensoriales deja de ser relevante porque el precepto actual no hace ninguna alusión a este tipo de deficiencias.

Esta teoría se puede extrapolar para el caso de las personas con discapacidad intelectual o mental; la cuestión no es suprimir directamente su capacidad natural por la presencia de una deficiencia o estado de salud, sino adaptar el concepto del matrimonio y sus consecuencias a un lenguaje que estas personas puedan entender y, una vez se ha entendido lo que supone contraer matrimonio, dejar que la persona con discapacidad manifieste o no su deseo de casarse. En el caso de que, aún explicando de una forma adaptada a la situación de la persona con discapacidad, no se llegara a entender, no debería permitirse la celebración del matrimonio por falta de consentimiento.

Un claro ejemplo de la adaptación a un lenguaje entendible, son las sentencias de lectura fácil dirigidas a personas con discapacidad intelectual o mental; estas sentencias son elaboradas por equipos de accesibilidad cognitiva con el fin de hacer accesible la información contenida en la sentencia a través de palabras sencillas, frases cortas y pictogramas, para que la puedan comprender personas con discapacidad intelectual o mental. Una vez redactadas, se remite al órgano judicial para que las valide y garantice que son jurídicamente correctas. Actualmente, ya se pueden buscar sentencias de lectura fácil en el CENDOJ. Las sentencias de lectura fácil es una iniciativa del órgano de gobierno de los jueces y la organización Plena Inclusión España y responde a los compromisos de España con la CDPD, concretamente, al derecho de acceso a la justicia en igualdad de condiciones del artículo 13 de la Convención³³. Este mismo trabajo se podría extrapolar al matrimonio, modificando el lenguaje a uno comprensible para aquellas personas que lo precisen.

En conclusión, se podría decir que el precepto, en vez de regular la capacidad natural para consentir el matrimonio con carácter general, asocia la falta de la misma a las personas con discapacidad. Vincular la ausencia de capacidad natural con la discapacidad es discriminatorio, en el precepto se debería hacer mención únicamente a

³³ Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPI-incorpora-a-su-base-de-jurisprudencia-resoluciones-en-formato-de-lectura-facil-dirigidas-a-personas-con-discapacidad-intelectual> (fecha de última consulta: 22 de abril de 2021).

la capacidad de entender y de querer, sin precisar quienes no la tienen o probablemente no la tengan. Para poder comprobar la capacidad natural, la clave está en facilitar el entendimiento para aquellas personas que precisan de una adaptación del lenguaje y de los conceptos jurídicos, porque no hay que privar directamente a una persona de su capacidad natural por el hecho de que su capacidad cognitiva sea diferente. La presencia de una deficiencia no implica necesariamente la falta de la capacidad natural, incluso se podría decir que, personas con edad para contraer matrimonio y sin tener una discapacidad intelectual o mental pueden no tener la capacidad para entender y querer, porque pueden no saber en qué consiste el matrimonio o tiene una visión del mismo desde un punto de vista social, sin conocer la trascendencia jurídica que implica.

Por último, la capacidad natural puede considerarse como una categoría intermedia de la capacidad de obrar, al tratarse de un elemento limitativo del ejercicio de derechos; de hecho, el Código Civil catalán entiende que la capacidad de obrar se fundamenta en la capacidad natural (art. 211-3.1 del Libro II del CC de Cataluña)³⁴. A partir de esta categorización de la capacidad natural como integrante de la capacidad de obrar y en relación con la CDPD, además de lo expuesto sobre la capacidad jurídica, prohibir el ejercicio del derecho a contraer matrimonio a las personas con discapacidad por carecer de capacidad natural, sería una vulneración de lo previsto en la CDPD, porque las personas con discapacidad tienen capacidad para ejercer sus derechos, es decir, capacidad de obrar y esta incluye la de entender y querer, puesto que tienen plena capacidad jurídica en virtud del artículo 12 de la CDPD. Precisamente, en atención al artículo 12 de la CDPD, lo que hay que hacer es prestar los medios de apoyo necesarios para cooperar con los deseos, voluntades y preferencias de las personas con discapacidad, sin vedar su capacidad jurídica³⁵.

3.1.3 El dictamen médico

Cuando el Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente matrimonial, dude de la

³⁴ RUIZ ALCARAZ, S.: op. cit., pp. 40-42.

³⁵ RUIZ ALCARAZ, S.: op. cit., pg. 52.

capacidad natural de los contrayentes, acude a lo previsto en el artículo 56.II del CC. Este precepto ha sido modificado por la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y acaba de entrar en vigor el 30 de abril de este mismo año. Para entender mejor la nueva regulación en este punto, se estudiará lo previsto por la redacción que estaba vigente hasta hace pocas semanas y por la redacción que acaba de entrar en vigor.

En la versión vigente hasta el 30 de abril, si hay constancia de una deficiencia mental, intelectual o sensorial, quien esté tramitando el acta o expediente matrimonial tendrá que recabar un dictamen médico que acredite la capacidad natural para consentir el matrimonio del contrayente. La finalidad es que un médico valore la deficiencia, dictaminando si incide en las capacidades intelectivas y volitivas del contrayente para entender y querer el matrimonio. El dictamen es elaborado por los funcionarios del Cuerpo de Médicos Forenses (art. 245 y 378 RRC) y, partiendo de la base que han de ser médicos quienes elaboren el dictamen, lo que no se precisa es si cualquier médico podría hacerlo, o si debería ser un médico especializado, ya sea un psiquiatra o un neurólogo; otra opción que podría entrar a valorar el legislador es si el dictamen debería elaborarse por un psicólogo, en vez de un médico, o si deberían hacerlo conjuntamente. El dictamen se puede solicitar en cualquier fase del procedimiento, pero el momento idóneo para hacerlo es durante la audiencia por separado y reservada de cada contrayente ante el instructor del expediente (art. 246 RRC)³⁶.

A pesar del carácter imperativo del artículo 56.II del CC, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de marzo de 2018, entendió que *“la ausencia de informe médico no determina per se la nulidad del matrimonio”* puesto que *“lo decisivo es la capacidad para expresar un consentimiento matrimonial referido a la persona del otro contrayente”*. Consecuentemente, el dictamen médico se considera una de las formalidades del expediente matrimonial y su omisión no implica necesariamente la nulidad del matrimonio, porque aunque el contrayente esté afectado por una deficiencia, las personas mayores de edad se rigen por la presunción de capacidad del artículo 322 del CC. Por el contrario, esta presunción, lógicamente, no opera en las personas

³⁶ RUIZ ALCARAZ, S.: op. cit., pp. 33-37.

incapacitadas judicialmente; no obstante, la incapacitación no implica la falta de capacidad natural, y se presume que las personas con discapacidad tienen la aptitud para prestar el consentimiento salvo prueba en contrario, es decir, salvo que se acredite en el dictamen médico que no entienden y quieren contraer matrimonio. Sin embargo, el dictamen carece de efectos vinculantes para el instructor del expediente matrimonial, tal y como establece la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 1 diciembre de 1987. Con base en la resolución, es posible que el instructor declare favorablemente sobre la celebración del matrimonio, aunque el médico no lo recomiende y viceversa, siempre y cuando esté fundada en la *“apreciación y examen directo y personal”* de los contrayentes en la audiencia prevista por el artículo 246 del RRC. Asimismo, la DGRN, en la Resolución de 9 octubre de 1993, establece que ante la duda razonable de si los contrayentes tienen o no capacidad natural, ha de prevalecer el *ius connubii* porque la *“limitación, postergación o denegación de este derecho ha de fundarse en la certeza racional absoluta del obstáculo o impedimento legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido”* y que si la DGRN tuviera que decidir entre autorizar un matrimonio eventualmente nulo o restringir el derecho a contraer matrimonio, escoge la primera opción, pues *“siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio”*.

En cuanto a la modificación que entró en vigor el 30 de abril, el artículo 56.II queda redactado de la siguiente manera:

“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”

La modificación favorece el ejercicio del *ius connubii* de las personas con discapacidad, se da prioridad a la provisión de apoyos para la obtención del consentimiento y, además, se reserva el dictamen médico para situaciones excepcionales, en las que el estado de salud de la persona con discapacidad impida la interpretación y recepción del consentimiento. Ya no se hace mención a las deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales sino a estados de salud, aunque la anterior expresión ya se adecuaba a las definiciones de discapacidad de la CDPD. Este nuevo tratamiento de la discapacidad y el matrimonio obedece a las exigencias de los artículos 12 y 23 de la CDPD³⁷. El objetivo es evitar la limitación de la capacidad de actuar de las personas con discapacidad, acudiendo a los medios necesarios para obtener su voluntad. Aunque no lo mencione el precepto, lo considero compatible con la idea de la adaptación de la institución del matrimonio a un lenguaje comprensible para las personas con discapacidad, con el fin de facilitar esa emisión, interpretación y recepción del consentimiento y no coartar el derecho a contraer matrimonio, reservando como última opción el dictamen médico y, por ende, la denegación de la aptitud para contraer matrimonio.

Sin embargo, y centrándonos de nuevo en el dictamen médico, la existencia de un informe que pueda limitar la aptitud de una persona al ejercicio de sus derechos, ¿es respetuoso con lo previsto con la CDPD?. Aunque se haya limitado el uso del dictamen médico para casos evidentes, categóricos y sustanciales, sigue siendo un modelo que restringe la capacidad de las personas con discapacidad, que hay que recordar que es plena, sin limitaciones, sin distinguir entre capacidad natural, de obrar o jurídica. Mantener este sistema, aunque de forma residual, no cumpliría con las exigencias del artículo 12 de la CDPD. Sin embargo, surge una nueva incógnita para los casos en los que sea imposible interpretar y recibir el consentimiento: si se eliminara la comprobación de la capacidad, ¿habría que aceptar el consentimiento de una persona con discapacidad cuando sea claro que no puede prestarlo?. El consentimiento es un

³⁷ RUIZ ALCARAZ, S.: op. cit., pp. 48-52.

requisito esencial para contraer matrimonio, ya que se podría considerar la base del mismo la voluntad de los contrayentes de formar un vínculo entre los dos. Podría pensarse que con este deseo sería suficiente, pero el matrimonio no deja de ser una figura jurídica que despliega numerosos efectos, tanto personales como patrimoniales, de manera que hay que entender estas consecuencias y quererlas. Asociar esa falta entendimiento a las personas con discapacidad es discriminatorio y no respeta la capacidad para ejercer sus derechos. Sin establecer una distinción entre personas con o sin discapacidad, el instructor del expediente previo en la audiencia debería de asegurarse que los contrayentes entienden el concepto jurídico del matrimonio y sus consecuencias, y, una vez entendido, asegurarse de que quieren contraer matrimonio, que consienten. Y en el supuesto de que alguno de los contrayentes fuera una persona con discapacidad, debería de acudir a los medios de apoyo previstos por la CDPD y la Ley 8/2021, como complemento para obtener el instructor el pleno convencimiento de que se está prestando el consentimiento. En cualquier caso, es cierto que, aún contando con los medios de apoyo, si se tiene la certeza de que la persona con discapacidad ni entiende ni quiere el matrimonio, no se podría autorizar la celebración del matrimonio por falta de consentimiento, aunque en caso de duda, habría que aplicar el criterio favorable al *ius connubi*, de acuerdo con lo establecido por la DGRN en la Resolución de 9 octubre de 1993.

3.2 La capacidad para formar pareja de hecho en las legislaciones autonómicas

Los modelos familiares evolucionan a la vez que lo hace la sociedad y el Derecho debe de adaptarse a las nuevas realidades. Aunque el matrimonio sea el modelo familiar predominante, desde hace unos años se puede observar que la tendencia a contraer matrimonio disminuye, mientras que la sociedad demanda otros tipos de convivencia, concretamente la unión de hecho, cuya tendencia aumenta³⁸. Sin embargo, y a pesar de tratarse de una figura admitida en nuestro ordenamiento jurídico, carece de una regulación estatal específica que unifique el régimen jurídico de la unión de hecho, limitándose el legislador estatal a intervenciones parciales en algunas materias,

³⁸ De acuerdo con los datos facilitados por el Instituto Nacional de Estadística, disponible en: <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/10/&file=01018.px> (fecha de última consulta: 26 de abril de 2021).

quedando el grueso de la regulación en manos de las Comunidades Autónomas, cuyo resultado ha sido la publicación de leyes heterogéneas entre sí³⁹. Por esta razón, no se puede establecer un único concepto de unión o pareja de hecho, puesto que cada Comunidad Autónoma lo concibe de una manera distinta, lo que no impide extraer algunas características comunes, como la convivencia estable entre dos personas, sean del mismo o distinto sexo, ligadas por una relación afectiva y libre.

A diferencia del matrimonio, formar pareja de hecho no es un derecho que esté específicamente previsto por la Constitución, lo que no quiere decir que la unión de hecho no tenga cobertura constitucional. Por un lado, el derecho a establecer uniones de hecho está implícitamente previsto en el derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 de la CE, siempre que se respete y mantenga el orden público⁴⁰. Por otro lado, el artículo 39.1 de la CE establece un mandato a los poderes públicos para que aseguren la protección social, económica y jurídica de la familia y, con base en este precepto, el Tribunal Constitucional entiende que el concepto de *“familia no constriñe, en términos exclusivos y excluyentes, a la fundada en el matrimonio, debiendo subsumirse también en el mismo a familias de origen no matrimonial (STC 222/1992)”*, si bien es cierto que *“esta igualdad entre una y otra clase de familias no impone una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y las no matrimoniales (STC 184/1990)”*⁴¹. Por tanto, se puede afirmar que la unión de hecho está amparada constitucionalmente, al constituir un modelo de familia, pero que no tiene el mismo tratamiento jurídico que el matrimonio; de ahí que ambas instituciones —familia y matrimonio— estén previstas en preceptos diferentes de la CE⁴². Este mismo análisis podría hacerse con el artículo 23 de la CDPD, aunque en él se hace referencia de manera conjunta al matrimonio y a la familia. No obstante, y siguiendo una línea argumentativa relativa a que el matrimonio, como institución jurídica de mayor relevancia, implica unas consecuencias de mayor calibre que la unión de hecho, que las personas con discapacidad son plenos titulares del derecho a contraer

³⁹ GARCÍA RUBIO, M. P.: “Las uniones de hecho en España. Una visión Jurídica”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006, pg. 116-117. Recuperado en: http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/10/113_138%20GARCIA.pdf

⁴⁰ DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “Uniones de hecho”, *Boletín Del Ministerio De Justicia*, núm. 1914, 2002, pág. 11. Recuperado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=232544>.

⁴¹ STC de 21 de abril de 1997 (rec. núm. 74/1997).

⁴² DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: op. cit., pp. 11-12.

matrimonio y que son personas con plena capacidad jurídica —art. 12 CDPD—, el Comité de los derechos de las personas con discapacidad haría una interpretación favorable, entendiendo que el concepto de familia y los derechos contenidos en el artículo 23 de la CDPD, también serían aplicables a la unión de hecho.

Al igual que el matrimonio, la unión de hecho produce efectos personales y patrimoniales en la pareja, aunque de distinto tipo. Por eso es preciso imponer una serie de requisitos para poder formalizar la pareja de hecho, como la edad o la inexistencia de vínculo matrimonial previo, entre otros. Estas exigencias son muy variadas entre las distintas legislaciones autonómicas, así como la capacidad para poder ser pareja de hecho.

3.2.1 Ausencia de regulación estatal sobre la pareja de hecho

El desarrollo de las políticas de protección de la familia del artículo 39.1 de la CE, está encomendada a los poderes públicos, concretamente, a los poderes públicos estatales. La regulación jurídica de la familia es una competencia exclusiva del Estado, al tratarse de aspectos del ámbito civil, amparándose en el artículo 149.1.8ª de la CE. La unión de hecho, como institución perteneciente al Derecho familia, tiene naturaleza jurídico-privada y ha de ser regulada e introducida en el Código Civil o elaborar una ley específica para esta materia. La omisión del legislador español en darle un tratamiento uniforme y completo a la unión de hecho, no significa que haya ignorado su existencia; es así que regula algunas materias puntuales⁴³, como por ejemplo, el derecho a la pensión de viudedad de la pareja de hecho (art. 221 LGSS).

Ante la ausencia de una iniciativa legislativa estatal para regular la unión de hecho, surgen legislaciones autonómicas con vocación de suplir este vacío legal. Sin embargo, con base en el título competencial del artículo 149.1 de la CE, las Comunidades Autónomas no pueden establecer su propio Derecho Civil autonómico, salvo aquellas en las que existen derechos civiles forales o especiales; por tanto, para

⁴³ GARCÍA RUBIO, M. P.: “Las parejas de hecho en el derecho civil gallego o como la corrección política da palos de ciego”, *Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, vol. 16, núm.1, 2007, pág 5. Recuperado en: <http://hdl.handle.net/10347/7872>.

que estas legislaciones sean constitucionales han de limitarse a aspectos de carácter jurídico-público o administrativo, es decir, a regular la relación de las parejas de hecho con las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma correspondiente, incluso en algunos aspectos equiparándolo con el matrimonio. En cambio, el régimen económico y personal de la unión —cuestiones jurídico-privadas— se reserva al legislador estatal y a aquellas Comunidades Autónomas que tengan competencia para ello (art. 149.1.8ª CE)⁴⁴.

3.2.2 Reglas de capacidad para formar pareja de hecho en las legislaciones autonómicas

Actualmente, todas las Comunidades y Ciudades Autónomas españolas tienen su propia legislación regulando la pareja de hecho, cada una en atención a sus respectivas competencias. Aún así, se han presentado varios recursos y cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por la invasión de las Comunidades Autónomas de la competencia en legislación civil del Estado⁴⁵. El contenido de las distintas legislaciones autonómicas es muy diverso entre sí, ya que establecen conceptos, contenidos y requisitos variados. Centrándonos en los requisitos, cada Comunidad Autónoma fija, entre otras cuestiones, quiénes pueden o no formar pareja de hecho, entrando en juego la capacidad de las personas, lo que es dudosamente constitucional, por falta de competencias legislativas en la materia.

En cualquier caso, y sin entrar a analizar la constitucionalidad o no de las normas aprobadas por las Comunidades Autónomas, un repaso de las leyes autonómicas existentes pone de manifiesto que en lo relativo a la capacidad para consentir la constitución de la pareja de hecho, no hay un criterio único; por tanto, y a falta de una norma estatal que establezca la capacidad que han de tener las personas integrantes de la unión de hecho, es necesario hacer un análisis del tratamiento de la capacidad en la legislación de cada Comunidad Autónoma.

⁴⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La competencia para legislar sobre parejas de hecho”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pág. 67. Recuperado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=835573>

⁴⁵ GARCÍA RUBIO, M. P.: “Las uniones de hecho...”, op. cit. pág. 8.

En analogía con la capacidad natural para contraer matrimonio y lo previsto en el artículo 56.II del CC, lo lógico sería que las Comunidades Autónomas establecieran los mismos criterios y requisitos de capacidad para la unión de hecho. Sin embargo, solo hay dos legislaciones autonómicas que prevén un sistema de capacidad similar al de matrimonio. En cambio, otras normativas se limitan a no permitir la constitución de la pareja de hecho si no se posee capacidad de obrar, sin entrar a debatir si las personas con discapacidad entienden y quieren la unión de hecho. Excepcionalmente, algunas Comunidades Autónomas no hacen alusión a la capacidad como requisito, pudiendo entender que no está limitado su ejercicio por la capacidad de las personas, siempre y cuando presten su consentimiento. Por tanto, con base en estos criterios, se pueden clasificar las diversas legislaciones autonómicas en función del requisito de capacidad que establezcan: aquellas en las que no se contemplan requisitos de capacidad y aquellas en las que sí lo hay; a su vez, estas últimas se dividen en las que siguen un modelo similar al del matrimonio y las que directamente limitan el derecho a las personas incapacitadas.

Solo hay tres Comunidades Autónomas que no establecen requisitos relativos a la capacidad de las partes de la unión de hecho, ciñéndose a que quienes quieran formalizar una pareja de hecho, han de realizar una declaración de voluntad en la que presten su consentimiento, sin ninguna consideración de la aptitud para hacerlo. Este es el supuesto de Aragón⁴⁶, Baleares⁴⁷ y Cataluña⁴⁸.

Las Comunidades Autónomas que incluyen como requisito para constituir la unión de hecho la plena capacidad son el grupo más numeroso, pues hay un total de 13 legislaciones autonómicas que privan a las personas incapacitadas del ejercicio de su

⁴⁶ Extraído de los artículos 303 a 315 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesa y del Decreto 203/1999, de 2 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro Administrativo de parejas estables no casadas.

⁴⁷ Extraído de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables y del Decreto 112/2002, de 30 de agosto, de creación de un Registro de Parejas Estables de las Islas Baleares.

⁴⁸ Extraído del artículo 234 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia y de la Orden JUS/44/2017, de 28 de marzo, por la que se aprueba el Reglamento del Registro de parejas estables de Cataluña.

derecho a constituir pareja de hecho, y son las siguientes: Andalucía⁴⁹, Asturias⁵⁰, Canarias⁵¹, Cantabria⁵², Castilla-La Mancha⁵³, Castilla y León⁵⁴, Ceuta⁵⁵, Extremadura⁵⁶, Galicia⁵⁷, La Rioja⁵⁸, Murcia⁵⁹, País Vasco⁶⁰ y Valencia⁶¹.

Las Leyes de parejas de hecho contienen, con carácter general, en los primeros preceptos, qué requisitos han de concurrir en las personas para constituir una unión de hecho; en este punto aluden a las personas que no estén legalmente incapacitadas mediante sentencia judicial firme, sean capaces o tengan plena capacidad, entre otras expresiones. En Andalucía⁶², Asturias⁶³, Extremadura⁶⁴ y Valencia⁶⁵, su legislación básica no contiene mención alguna a la capacidad, pero los Reglamentos que desarrollan la normativa y funcionamiento de los Registros sí requieren que quienes deseen ser pareja de hecho no estén incapacitados, o, sin establecerlo como requisito, precisan que se entregue un documento que acredite no estar incapacitado.

⁴⁹ Extraído del artículo 5 y 18.2 del Decreto 35/2005, de 15 de febrero, por el que se constituye y regula el Registro de Parejas de Hecho.

⁵⁰ Extraído del artículo 4 del Decreto 71/94, de 29 de septiembre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho.

⁵¹ Extraído del artículo 2.1.f de la Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Parejas de hecho en Canarias.

⁵² Extraído del artículo 4.f de la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

⁵³ Extraído del artículo 3 del Decreto 124/2000, de 11 de julio, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del registro de parejas de hecho de la comunidad autónoma de Castilla-la Mancha.

⁵⁴ Extraído del artículo 3.1.e del Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento.

⁵⁵ Extraído del artículo 5 del Reglamento regulador del registro de uniones de hecho.

⁵⁶ Extraído del artículo 4 del Decreto 35/1997, de 18 de marzo, de creación del Registro de uniones de hecho y del anexo de la Orden de 14 de mayo de 1997, por la que se regula el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

⁵⁷ Extraído del artículo 2 de la Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

⁵⁸ Extraído del artículo 3.1.g del Decreto 30/2010, de 14 de mayo, por el que se crea el Registro de Parejas de Hecho de La Rioja.

⁵⁹ Extraído del artículo 3.f de la Ley 7/2018 de 3 de Julio, de Parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Murcia.

⁶⁰ Extraído del artículo 2 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.

⁶¹ Extraído de <http://justiciaoberta.gva.es/es/registre-d-unions-de-fet>. (fecha de última consulta: 29 de abril de 2021).

⁶² Extraído de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho.

⁶³ Extraído de la Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables.

⁶⁴ Extraído de la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de hecho en Extremadura.

⁶⁵ Extraído de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana.

En relación con este último aspecto, son varias las Comunidades que exigen una declaración responsable de ambas partes de la pareja de no haber sido incapacitadas para prestar consentimiento válido para este acto: es el caso de Andalucía⁶⁶, Canarias⁶⁷, Cantabria⁶⁸, Galicia⁶⁹, Extremadura⁷⁰, País Vasco⁷¹ y Valencia⁷². Haciendo una interpretación favorable, que se tenga que declarar que no se está incapacitado para prestar su consentimiento, aunque sí lo esté para otras cuestiones, evitaría una plena exclusión de las personas incapacitadas para constituir unión de hecho, porque en atención a lo que se establezca en la sentencia de incapacitación se permitirá la formalización o no. En analogía con el criterio de la capacidad natural exigida para el matrimonio, la incapacitación, en el caso de estas Comunidades, no sería excluyente de la capacidad para consentir la unión de hecho si en la sentencia se recoge que tiene aptitud para hacerlo. Exceptuando estos casos, en el resto de Comunidades Autónomas se prohíbe el acceso a la unión de hecho a las personas con capacidad modificada.

En cuanto a este grupo de Comunidades Autónomas que establecen como requisito la plena capacidad o no estar incapacitado judicialmente, es preciso añadir que, con la aprobación de la Ley 8/2021 y la desaparición de la incapacitación, la limitación impuesta a las personas con discapacidad se deja sin efectos. Con base en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 8/2021, “*las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto*”, por tanto, las personas anteriormente incapacitadas serán plenamente capaces para consentir la unión de hecho. De esta manera, las trece Comunidades Autónomas no pueden impedir que las personas con discapacidad constituyan pareja de hecho, siempre y cuando haya

⁶⁶ Extraído del artículo 18.2 del Decreto 35/2005, de 15 de febrero, por el que se constituye y regula el Registro de Parejas de Hecho.

⁶⁷ Extraído del artículo 9.1.f Decreto 60/2004, de 19 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias.

⁶⁸ Extraído del artículo 18.1.d del Decreto 55/2006 de 18 de mayo, por el que se regula la estructura y funcionamiento del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

⁶⁹ Extraído del artículo 11.2 del Decreto 146/2014, de 13 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, por el que se crea y se regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia.

⁷⁰ Extraído del artículo 4 del Decreto 35/1997, de 18 de marzo, de creación del Registro de uniones de hecho y del anexo de la Orden de 14 de mayo de 1997, por la que se regula el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

⁷¹ Extraído del artículo Anexo I del Decreto 155/2017, de 16 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento regulador del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

⁷² Extraído de <http://justiciaoberta.gva.es/es/registre-d-unions-de-fet>. (fecha de última consulta: 29 de abril de 2021).

consentimiento, al haber establecido un régimen basado en la capacidad de obrar —que queda extinta— y no uno similar al del matrimonio, en el que es necesario comprobar la capacidad natural, salvo que modificaran su legislación a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021.

A diferencia del resto de las Comunidades, la Ciudad Autónoma de Melilla y la Comunidad Autónoma de Madrid incluyen, aunque no de forma explícita, la capacidad natural como requisito para constituirse en pareja de hecho. El Reglamento Regulador del Registro de Parejas de Hecho de la Ciudad Autónoma de Melilla⁷³ prevé el mismo régimen de capacidad del matrimonio, concretamente en el artículo 4.1.c, estableciendo como requisito para formar pareja de hecho estar capacitado para el matrimonio, es decir, tener capacidad natural. Este precepto también precisa cómo se ha de actuar en el caso de las personas con discapacidad intelectual o mental, aunque para ello se utiliza la expresión “deficiencias o anomalías psíquicas”, lo cual tiene sentido puesto que el Reglamento se aprobó en el año 2008, cuando aún seguía vigente la versión del artículo 56 del CC de 1981, que usaba la misma expresión. En Melilla, cuando una persona esté afectada por deficiencia o anomalía psíquica, tiene que presentar una certificación médica en la que se acredite la capacidad para prestar el libre consentimiento; en esto difiere de lo previsto en el CC, en el que es la autoridad competente la que ha de recabar el dictamen médico.

La Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, sin hacer mención expresa a la capacidad matrimonial, establece en el artículo 2.1.a, como requisito personal, que no podrán constituir unión de hecho “*las personas afectadas por una deficiencia o anomalía psíquica que no les permita prestar su consentimiento a la unión válidamente*”. Este requisito no implica que las personas con deficiencias o anomalías psíquicas no puedan, bajo ningún concepto, formalizar una unión de hecho, solo lo restringe en aquellos casos en los que la deficiencia o anomalía le impida tener la aptitud para prestar consentimiento; por tanto, es un régimen que se asemeja a la capacidad natural para contraer matrimonio. En este caso, también se incluye la expresión “deficiencia o anomalía psíquica” por las mismas razones que en

⁷³Aprobado definitivamente por la Excm. Asamblea, con fecha 28 de enero de 2008. Publicación en el BOME núm. 4.474, de 1 de febrero de 2008.

Melilla, aunque en ambos casos se podría haber aprovechado la oportunidad para comenzar un cambio en el tratamiento de la discapacidad, utilizando términos más acordes con los derechos de las personas con discapacidad y lo previsto en la CDPD, ratificada por España en 2007, ya que mientras que el Reglamento Regulator del Registro de Parejas de Hecho de la Ciudad Autónoma de Melilla fue aprobado en 2008, la Ley de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid fue reformada en 2013 y podría haber modificado esta expresión, si bien es cierto que es entendible la utilización de esta expresión, puesto que en el propio Código Civil no llegó a modificarse hasta el año 2015.

Por último, faltaría hablar de la Comunidad Foral de Navarra, que se encuentra en una situación peculiar porque la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las Parejas Estables fue declarada, casi en su totalidad, inconstitucional y nula por la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril, mientras que el resto de la Ley Foral 6/2000 fue derogada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. Además, la Ley Foral 21/2019, en la disposición final primera, establece el plazo de un año para crear el Registro Único de Parejas Estables. Actualmente, se está elaborando un Proyecto de Decreto Foral por el que se crea y se regula el Registro Único de Parejas Estables de la Comunidad Foral de Navarra para dar cumplimiento a este mandato. Este Proyecto de Decreto Foral establece que para prestar el consentimiento hay que aportar una declaración sobre capacidad suficiente para su constitución⁷⁴; por tanto, si el Proyecto llegara a aprobarse, podría incluirse en el grupo de Comunidades Autónomas que exigen una declaración responsable. Cabría destacar que en el Ayuntamiento de Pamplona existe un Registro Municipal de Parejas Estables no casadas y la Ordenanza que lo regula establece el mismo régimen que el Reglamento Regulator del Registro de Parejas de Hecho de la Ciudad Autónoma de Melilla; es decir, si alguno de los comparecientes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquica, deberá aportar dictamen médico que acredite su capacidad.

⁷⁴ Disponible en: <https://gobiernoabierto.navarra.es/es/participacion/procesos/proyecto-decreto-foral-por-que-se-crea-se-regula-registro-unico-parejas-estables> (fecha de última consulta: 29 de abril de 2021).

Una vez analizados los diversos regímenes de capacidad en las legislaciones autonómicas, es el momento de analizar desde una perspectiva general la capacidad para constituir la unión de hecho. A pesar de que la capacidad exigida para el matrimonio, puede no ser la fórmula perfecta para incluir las normas de capacidad de las personas con discapacidad de la CDPD y de la Ley 8/2021, es la menos restrictiva para las personas con discapacidad, y es incoherente que las Comunidades Autónomas no hayan optado por adoptar este mismo modelo para la unión de hecho. En primer lugar, porque constituir pareja de hecho es un acto de menor entidad, y si una persona con discapacidad puede consentir el matrimonio, por qué no va a poder hacerlo respecto a una unión de hecho. Y, en segundo lugar, partiendo de la base de que deberían tener igual capacidad para el matrimonio que para la unión de hecho, la solución más racional que deberían haber adoptado las Comunidades Autónomas era acoger un régimen ya previsto a nivel estatal.

Con la entrada en vigor de la Ley 4/2017 y, por ende, de la nueva versión del artículo 56 del CC, las Comunidades Autónomas podrían aprovechar la situación para revisar su normativa y establecer un régimen de capacidad respetuoso con los derechos de las personas con discapacidad, estableciendo, al menos, un modelo similar al de la capacidad natural del matrimonio, en el que predomine la consideración favorable a la aptitud de las personas con discapacidad para poder constituir pareja de hecho y, en el caso de que lo precisen, contar con los medios de apoyo para hacerlo, acudiendo al dictamen médico excepcionalmente y como último remedio, impidiendo la formalización de la unión de hecho únicamente cuando no sea posible constatar la capacidad para entender y querer, es decir, cuando sea categórico que no hay consentimiento.

4. CONCLUSIONES

El nuevo tratamiento de la discapacidad gira en torno a la capacidad jurídica y a los sistemas de apoyo, y, con la aprobación de la Ley 8/2021, la capacidad jurídica en nuestro ordenamiento jurídico implica no solo la titularidad de los derechos, sino también su ejercicio, que en los casos de las personas con discapacidad precisará de los

medios de apoyo necesario para su desarrollo, limitados a las instituciones de la guarda de hecho, la curatela y la defensa judicial, y siempre en atención a sus voluntades, deseos y preferencias.

Desde esta nueva perspectiva, y centrandolo en el ejercicio de los derechos a contraer matrimonio y formar pareja de hecho, a las personas con discapacidad no se les permite ejercer ambos derechos con plena libertad. La restricción y, en algunos casos, la prohibición a contraer matrimonio o constituir unión de hecho por la presencia de deficiencias intelectuales o mentales es claramente una limitación al artículo 12 de la CDPD. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, para acceder a ambas instituciones, es esencial que los contrayentes otorguen válido consentimiento y puede darse la situación que las deficiencias mentales o intelectuales dificulten la interpretación y recepción del consentimiento.

Respecto al matrimonio, la limitación que establece es mucho menos restrictiva que en el caso de la unión de hecho, y a pesar de que el artículo 56 del CC fue reformado en 2017 para su adaptación a la CDPD y, en especial, al artículo 12 de la misma, se podría decir que el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio sigue estando limitado por su “capacidad”, es decir, desde que se limita el ejercicio de su derecho por la presencia de una deficiencia, ya no sería respetuoso con la CDPD. Sin embargo, es inevitable la necesidad de restringir el derecho a contraer matrimonio en aquellos casos en los que no haya consentimiento. Por tanto, considero que lo crucial es comprobar que una persona con discapacidad —o sin ella— está entendiendo y queriendo contraer matrimonio, a través de la audiencia prevista por el artículo 246 del RRC, en la que el instructor mantenga una conversación con el contrayente para corroborar su capacidad natural y, si es el caso de una persona con discapacidad, acudir a su medio de apoyo para facilitar la interpretación de su voluntad.

En cuanto a la unión de hecho, salvando aquellas Comunidades que no incluyen ningún requisito de capacidad o tienen el mismo régimen que el del matrimonio, es incoherente y totalmente discriminatorio que se restrinja o prohíba la constitución de pareja de hecho a las personas con discapacidad, no solo porque la unión de hecho sea

una institución de menor entidad que el matrimonio, sino porque es contrario al artículo 12 de la CDPD. Con la entrada en vigor de la reforma del artículo 56 del CC, las Comunidades Autónomas, con base en este precepto y tras la aprobación de la Ley 8/2021, podrían revisar su normativa y adoptar, al menos, el mismo régimen de capacidad que del matrimonio, aunque esto sea una solución a corto plazo, porque es necesario que el legislador estatal regule la unión de hecho, ya sea introduciéndola en el Código Civil o aprobando una ley específica, en la que incluya un régimen de capacidad al menos igual al del matrimonio, que garantice la posibilidad de constituirse como pareja de hecho a las personas con discapacidad, poniendo fin a la discriminación sufrida por las personas que viven en Comunidades Autónomas que prohíben este derecho a las personas con discapacidad. En cualquier caso, con la aprobación de la Ley 8/2021 se queda sin efecto la restricción del acceso a la unión de hecho a las personas incapacitadas, al desaparecer la figura de la incapacitación. No obstante, sigue siendo necesaria una regulación estatal, ya no solo por la adecuación de la institución de la unión de hecho a los derechos de las personas con discapacidad, sino también para dotar a la unión de hecho de un único régimen jurídico de naturaleza civil y no meramente administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La competencia para legislar sobre parejas de hecho”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003.

DE PABLO CONTRERAS, P.: “STS DE 29-04-2009. La incapacitación en el marco de la convención sobre derechos de las personas con discapacidad”, en AA. VV. (YZQUIERDO TOSLADA, M., Dir.): *Comentarios a Las Sentencias De Unificación De Doctrina. Civil Y Mercantil*, Vol. 3, Ed. Dykinson, S.L, 2009.

DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E.: “Uniones de hecho”, *Boletín Del Ministerio De Justicia*, núm. 1914, 2002.

GARCÍA RUBIO, M.P.: “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. X, 2018.

GARCÍA RUBIO, M. P.: “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018.

GARCÍA RUBIO, M. P.: “Las parejas de hecho en el derecho civil gallego o como la corrección política da palos de ciego”, *Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, vol. 16, núm.1, 2007.

GARCÍA RUBIO, M. P.: “Las uniones de hecho en España. Una visión Jurídica”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Matrimonio y Discapacidad", *Revista de Derecho Privado Y Constitución*, núm. 32, 2018.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos De Derecho Civil. Tomo IV: Familia*, 4ª ed., Ed. Dykinson, 2010.

MORENO QUESADA, B., y SÁNCHEZ CALERO, F. J.: *Curso De Derecho Civil IV: Derecho de Familia y Sucesiones*, 8ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

PAU PEDRÓN, A.: “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018.

PEREÑA VICENTE, M.: “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018.

RUIZ ALCARAZ, S.: "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", *Boletín Del Ministerio De Justicia*, núm 2215, 2019.

TORRES GARCÍA, T. F.: “Presentación”, *Revista Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018.