

El matrimonio de los menores y la autorización paterna

por

Luis MOISSET de ESPANÉS

(A.D.C., 1983-IV, p. 1515-1527)

SUMARIO:

I.- Introducción. Homenaje al maestro don Federico de Castro.

II.- Antecedentes históricos.

III.- Derecho comparado:

- a) Francia.
- b) España.
- c) Chile.
- d) Tendencias modernas.
- e) Un código de países socialistas.

IV.- Derecho argentino:

- a) El Código de Vélez.
- b) Ley de Matrimonio civil y posteriores reformas.
- c) El fallo que comentamos.

V.- In memoriam.

I.- Introducción. Homenaje al maestro Federico de Castro.

Creía haber concluido los borradores de un comentario a fallo sobre la venia para contraer matrimonio, y estaba colocando las citas de Derecho español, cuando en "el Castán"¹ encontré la mención de un trabajo sobre el tema cuyo autor era don Federico de Castro, publicado hace tres décadas en el Anuario de Derecho Civil².

Busqué el artículo, para citarlo, y me encontré con un estudio tan completo, y de tanto interés, que su lectura me apasionó y dejé otras cosas de lado para leerlo

¹. José Castán Tobeñas: "Derecho civil español, común y foral", Obra clásica de la literatura jurídica española, ha contribuido durante más de cuatro décadas a la formación de estudiantes y profesionales. Su consulta resulta indispensable en cualquier estudio de Derecho español.

En este caso trabajamos con el tomo V, Derecho de familia, volumen I (Relaciones conyugales), 8ª ed., Reus, Madrid, 1961.

². Federico de Castro y Bravo: "El matrimonio de los hijos", A.D.C., 1954-I, pp. 35-60.

detenidamente.

El pensamiento del maestro coincidía en sus grandes líneas con las ideas que yo había esbozado en la nota a fallo, pero sustentaba sus tesis con una seria y profunda investigación y -al mismo tiempo- me brindaba explicación a algunos problemas que yo meramente había intuido, como el vinculado con la posición que adopta la corriente de pensamiento "liberal", y que se refleja en varios códigos decimonónicos, que de manera aparentemente paradójal consagran a favor de los padres un "potestad absoluta", y cierran las puertas a todo recurso en los casos de negativa de asentimiento.

La verdad es que luego de leer un estudio tan documentado y profundo, que prácticamente agotaba el tema, estuve a punto de desistir de mi comentario, y si no lo hice fue por el deseo de aprovechar la oportunidad de rendir un emocionado homenaje a quien fue uno de mis maestros cuando cursé estudios en España.

"Don Federico", como le llaman cariñosamente sus amigos, es el más destacado jurista español de su generación; catedrático de Derecho Civil durante muchos años en la Universidad Complutense, culminó su carrera como Juez de la Corte Internacional de La Haya.

El Anuario de Derecho Civil es fruto de su esfuerzo, y el Seminario de Estudios Jurídicos, de calle Medinaceli, ha reunido semana a semana, las tardes de los miércoles, a un grupo selecto de juristas y jóvenes estudiosos que, bajo la dirección de don Federico, ha formado una verdadera escuela. Todavía hoy la figura patriarcal del maestro congrega a su alrededor a discípulos agradecidos, que lo rodean con veneración y afecto³.

Su palabra rectora continúa orientándolos, no sólo en la búsqueda del saber jurídico, sino también -y muy especialmente- en la recta línea de conducta que debe seguir un hombre de bien.

No es éste el momento de narrar anécdotas personales, por lo que me limito a recordar que durante mi paso por el Seminario, yo también me beneficié con sus consejos.

II.- Antecedentes históricos.

Los ordenamientos jurídicos más primitivos, con una organización patriarcal de la familia, se han caracterizado por la total sujeción de todos los miembros a quien ejercitaba la jefatura familiar (padre, abuelo o tío), y la necesidad de la autorización de quien ejercía esa jefatura, para celebrar matrimonio.

³. Estas líneas fueron escritas en marzo de 1983, cuando el maestro aún vivía. Hemos preferido dejarlas inalteradas.

La Historia nos recuerda que en Roma el poder del "pater familia" era tan absoluto que le permitía disponer incluso de la vida de las personas sujetas a su potestad, y en materia matrimonial su oposición impedía que se contrajeran las nupcias, sin que pudiese entablarse recurso alguno frente a su negativa. Destaquemos, además, que la situación de "alieni iuris", sometidos a la potestad paterna, podía alcanzar a personas mayores de edad.

Con el tiempo la situación fue evolucionando, y en época de Augusto se dictó la Lex Julia, que admitía -frente a la oposición del padre- que las hijas *mujeres* recurriesen ante el príncipe⁴, lo que tiene cierto sentido porque con el casamiento la hija mujer salía de la potestad de su padre para ingresar a la familia de su marido⁵; los varones, en cambio, continuaban sujetos a la potestad del "pater", ya que el matrimonio no los emancipaba.

Se consideraba tan importante la venia paterna, que la sola ausencia del progenitor llegaba a impedir que se celebrase el matrimonio, lo que fue mitigado luego, admitiendo que si la ausencia excedía de tres años ya no se requería el asentimiento⁶.

Con el correr del tiempo veremos evolucionar las ideas, y admitir que -pese a la negativa de quien ejercía la potestad- la posibilidad de suplir esa autorización por venia judicial, concedida primero solamente a las mujeres, se extendió a todos los hijos⁷ cuando mediaban razones que hiciesen aconsejables las nupcias.

Este cambio de rumbo se acentúa por influencia del cristianismo, en especial de la Iglesia Católica, cuya doctrina se inclinó siempre en favor del matrimonio, considerando que si la persona era núbil, su edad no constituía impedimento para que contrajese nupcias, resultando suficiente el *libre* consentimiento del sujeto, aunque fuese menor, doctrina proclamada en varios concilios e incorporada a las Decretales⁸.

⁴. Eugene Petit: "Tratado elemental de Derecho romano" (traducción al castellano de la 9ª ed. francesa), ed. Albatros, Buenos Aires, 1958.

Señala en pag. 151, nota 6, que "la tendencia a validar el matrimonio hecho sin el consentimiento del jefe de familia se manifiesta, ante todo, desde las leyes Julia y Papia Popea".

⁵. Ver autor y lugar citados en nota anterior, también Castro y Bravo, trabajo citado, p. 39 y nota 10.

⁶. Digesto 23.2.9: "... El hijo del que cayó prisionero del enemigo, si su padre no vuelve en un plazo de tres años, puede contraer matrimonio (Ulpiano)".

Digesto 23.2.10: "Cuando el padre está ausente y se ignora su paradero, se duda con razón qué debe hacerse. Y si transcurren tres años ignorándose dónde está y si vive, no se prohíbe que sus descendientes de ambos sexos contraigan matrimonio (Paulo)".

⁷. Esta solución se encuentra incorporada al Digesto 23.2.19, con mención de la Ley Julia y de una Constitución de los emperadores Severo y Antonino, permitiendo que los padres sean "compelidos por los próconsules y gobernadores de las provincias a darles estado matrimonial y constituirles la dote... (Marciano)".

⁸. Ver José Castán Tobeñas, obra citada en nota 1, p. 117.

Permítanos aquí el lector una pausa; estas líneas las habíamos escrito antes de leer el trabajo de don Federico de Castro. Advertíamos, además, que el pensamiento "liberal" que inspiró los códigos decimonónicos daba al problema una solución totalmente distinta, retornando al concepto de la potestad "absoluta" e indiscutible del padre, sin admitir recurso alguno frente a su negativa, posición que nos parecía algo contradictoria, y carente de fundamento, pues coartaba totalmente la "libertad matrimonial" de los hijos, lo que en alguna medida puede considerarse en pugna con los principios que inspiran al liberalismo.

Nos habíamos limitado a verificar el hecho, pero no comprendíamos las causas del fenómeno, aspecto en el cual nos resultaron de gran utilidad las investigaciones del jurista español.

Pudimos entonces comprender que luego de un largo período en que predomina en los reinos medievales de Occidente la solución canónica, comienzan a aparecer diversos factores que contribuirán a restablecer la exigencia de la autorización paterna para el casamiento de los menores, entre los cuales los principales han sido el humanismo renacentista, con su admiración por el mundo clásico; la reforma protestante, con su abierta pugna y rechazo de las doctrinas católico-romanas; el deseo de los nobles y aristócratas de mantener sus linajes; y el afán de los monarcas de consolidar su poder temporal.

Así el humanismo renacentista, impulsado por la admiración que sentía por las artes y ciencias del mundo clásico, revitalizará las soluciones jurídicas del Derecho romano, contenidas en las Pandectas de Justiniano, "redescubiertas" algún tiempo antes, y en lo que hace al punto que nos ocupa estimará correcta la necesidad de que los menores cuenten con "autorización paterna", mitigada con el recurso a la justicia en los casos en que la negativa fuese infundada⁹.

Con relación a la influencia protestante, nos permitiremos reproducir un párrafo de Calvino, que cita don Federico de Castro¹⁰, en el cual refiriéndose a los "papistas", dice que:

" ... han ordenado leyes para confirmar su tiranía; las cuales son, en parte malas contra Dios, en parte injustas contra los hombres, como son las que siguen: que los matrimonios celebrados por los jóvenes que están bajo el poder de sus padres, sin el consentimiento de sus dichos parientes, queden firmes e inmutables".

Por su parte la aristocracia, procurando consolidar los linajes y evitar alianzas

⁹. Conf. Castro y Bravo, trabajo citado: "La idealización de las instituciones clásicas romanas rescita el culto de la "patria potestas" ilimitada" (p. 39).

¹⁰. Trabajo citado en nota 2 (p. 39, nota 4); se menciona allí una obra de Calvino titulada "Institution de religion chrétienne", IV, 19, 37.

desventajosas, robustecerá la potestad paterna, para evitar los matrimonios "inconvenientes" y, pese a la influencia de la Iglesia, mirará con simpatía que se reimplanten los viejos principios del Derecho romano que otorgaban a los padres poderes casi absolutos sobre la familia.

Finalmente en la etapa en que las monarquías absolutas prevalecen sobre los nobles, como paso previo al surgimiento de las naciones modernas, los reyes -en esa lucha contra la nobleza- entenderán que es resorte suyo intervenir cuando los padres niegan injustificadamente autorización para un matrimonio, y dar una licencia supletoria.

III.- **Derecho comparado**

a) **Francia**

La evolución que hemos reseñado encuentra claro exponente en la opinión de autores como Pothier, que se ocupa extensamente del problema en su "Tratado de las personas y las cosas"¹¹, expresando primeramente que los hijos sometidos a potestad paterna no pueden tomar ningún estado¹² sin su consentimiento, prohibición que tiene carácter absoluto cuando se trata del ingreso a comunidades religiosas, y tratando luego con detenimiento de la necesidad que tienen todos los hijos -aun mayores de edad, e incluso las viudas- de solicitar el consentimiento paterno para contraer matrimonio¹³.

Desarrolla extensamente el punto, distinguiendo la situación de los hijos mayores, de la correspondiente a los menores; en el primer caso la falta de consentimiento paterno podría provocar la desheredación y revocación de las donaciones, pero entiende que se libran de tales penas si han solicitado "respetuosamente" el permiso en dos oportunidades, aunque les haya sido negado. En cambio, respecto a los hijos menores la falta de consentimiento constituiría un vicio que provocaría la nulidad del matrimonio¹⁴.

Pensamos que estas opiniones de Pothier reflejan la doctrina dominante a fines del siglo XVIII, en vísperas de la Revolución Francesa.

El Código civil de 1804 guardó silencio sobre el particular, pero la mayor parte de los autores continuaron entendiendo que los hijos sometidos a potestad necesitaban

¹¹. Ver "Oeuvres", T. 9, París, 1846.

¹². Librado citado en nota anterior, N° 131, p. 50.

¹³. Obra citada en nota 11; N° 135 y siguientes, p. 52 y ss.

¹⁴. Autor y obra citados, N° 37, pp. 53 y ss.

de manera indispensable la licencia paterna para casarse, en actitud aparentemente reñida - como hemos dicho antes- con la concepción liberal en boga.

Don Federico de Castro explica con agudeza la razón de esta paradoja; la burguesía liberal, que ha puesto fin a la monarquía, pretende afirmar frente al Estado - sucesor de los reyes- la primacía absoluta de los derechos "individuales", tanto se refieran a la "propiedad", como a las "potestades familiares"¹⁵.

Esta línea de pensamiento encuentra clara expresión en Demolombe, al manifestar que cuando el padre presta su consentimiento, o lo niega, "su expresión de voluntad es absoluta y soberana. No se puede apelar de ella ante nadie"¹⁶, e insistir que no necesita expresar los motivos de su decisión porque "es un acto de autoridad doméstica y de poder paternal"¹⁷, y todavía a fines del siglo XIX y comienzos del XX, el gran maestro francés Marcel Planiol continúa afirmando que si "un ascendiente rehusa su consentimiento, su decisión es definitiva; el hijo no tiene recurso contra ella y el Tribunal no podría reformarla. El ascendiente no tiene ni siquiera necesidad de dar los motivos de su negativa"¹⁸.

Esta doctrina, que concede total predominio a la voluntad paterna, es el camino seguido por la mayoría de los autores franceses, pero en varios casos sometidos a la justicia apunta la idea de que ningún derecho o facultad -ni siquiera las potestades familiares- puede ser ejercitado de manera irrazonable y arbitraria, y esos fallos deciden suplir la falta de autorización paterna, en especial cuando previamente la familia había consentido las relaciones de la pareja y luego muda de opinión, negándose a prestar consentimiento al matrimonio¹⁹, salvo que el padre probase la existencia de causas razonables que justificasen su negativa.

Entendemos que el camino seguido por la jurisprudencia está más de acuerdo con las realidades de la vida social.

b) Derecho español

Durante muchos siglos en España prevaleció la concepción del Derecho

¹⁵. Federico de Castro y Bravo, trabajo citado en nota 2, p. 40.

¹⁶. C. Demolombe, "Cours de Code Napoleon", T. 3 (Traité du Mariage, v. 1), 4ª ed., París, 1869, Nº 51, p. 74.

¹⁷. Autor y lugar citados en nota anterior.

¹⁸. Marcel Planiol, "Traité élémentaire de droit civil", 7ª ed., París, 1915, T. 1, Nº 769, p. 259.

¹⁹. Ver Luis Josserand, "El espíritu de los derechos y su relatividad" (trad. al castellano de Sánchez Larios y Cajica), ed. Cajica, México, 1946, p. 91 y ss.

canónico; la falta de consentimiento paterno no era un impedimento, ni provocaba la nulidad del matrimonio²⁰.

Recién a fines del siglo XVIII, y ya por influjo de concepciones liberales, apunta un cambio de rumbo en la Pragmática del 23 de marzo de 1776, exigiéndose el consentimiento del padre para el matrimonio de los hijos menores de veinticinco años²¹, aunque esta exigencia -como bien lo señala Castro y Bravo- se modera para impedir "*el abuso y exceso en que pueden incurrir los padres*"²², admitiéndose en caso de negativa que carezca de causa "justa y racional" un recurso ante la justicia real ordinaria.

Algunos años después, durante el reinado de Carlos IV, se sanciona la Pragmática del 10 de abril de 1803, con nuevas reglas para el matrimonio, que parece acentuar la exigencia del consentimiento paterno. al expresar:

" ... que ni los hijos de familia menores de veinticinco años, ni las hijas menores de veintitrés, a cualquier clase de Estado que pertenezcan, pueda contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien en caso de resistir el que sus hijos o hijas intentare, no estará obligado a dar la razón, ni explicar la causa de su resistencia o disenso".

Adviértase, sin embargo, que ante la negativa de los padres o personas encargadas de dar la licencia matrimonial, admite la posibilidad de un recurso judicial, solución que fue duramente criticada por García Goyena²³, cuya opinión destacamos porque influyó en el proyecto de 1851, cuyo artículo 53 no sólo dispone que los padres *no necesitan exponer la razón en que se fundan para rehusarla*, sino que agrega que contra su disenso *no se admitirá recurso alguno*²⁴.

Esta expresión del pensamiento liberal culmina con la Ley de 1862, que siguiendo la línea trazada en el Proyecto de 1851 priva de todo recurso contra la negativa de licencia, y la solución es receptada en el Código civil de 1889, que en su redacción originaria

²⁰. Ver Castán Tobeñas, obra citada en nota 1, p. 118.

²¹. Esta Pragmática fue incorporada a la Novísima Recopilación, Libro X, Título 2, Ley 9.

²². Ver Federico de Castro y Bravo, trabajo citado, pp. 44 y 45.

²³. Ver "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", ed. de Zaragoza, 1974 (reimpresión de la edición de Madrid de 1852), art. 53, pp. 34 y 35.

²⁴. Expresa García Goyena: "Nuestro artículo corta estos recursos escandalosos, evita mejor que dicha Pragmática *difamaciones de personas* o familias que en último resultado se identificaban, porque era muy raro el caso en que se declaraba por racional el disenso, y de este modo una niña de quince años con un seductor hábil se burlaba de la ley y de la naturaleza" (obra citada, p. 35).

establece la necesidad del consentimiento, sin admitir recurso contra la decisión de los padres.

El Concordato de 1953 con la Santa Sede va a motivar un cambio y cuando en 1958 se reforme el Código civil para adecuarlo a las previsiones del Concordato, se admitirá un recurso ante el Ordinario, que supla la negativa paterna.

Por último, la ley de julio de 1981 considera a la minoría de edad como un impedimento (art. 46), que puede ser dispensado por el Juez de Primera instancia a petición de parte (art. 48); al parecer ya no es necesaria, ni suficiente, la autorización paterna, aunque en el juicio de disenso deberán ser escuchados los padres o guardadores del menor.

c) Chile

Nos detenemos en el Código de Chile, obra del insigne polígrafo don Andrés Bello, porque ha servido de modelo a numerosos códigos americanos, entre los que se cuentan los de Ecuador, Colombia, El Salvador y Nicaragua.

El art. 112 del Código chileno de 1855 establecía, respecto a los menores, la necesidad del consentimiento paterno y, en caso de negativa, no era necesario que el padre expresase razón alguna²⁵, pero si se trata de curadores, de acuerdo a lo establecido por la Ley 7612, del 21 de octubre de 1943, deberán expresar la causa, y el menor podrá interponer recurso ante el juzgado competente²⁶.

El legislador chileno, en consonancia con las ideas que predominaban en esa época, ha considerado que la potestad de los padres debía ejercerse con amplitud y sin cortapisas.

d) Tendencias modernas

En la actualidad la evolución de las ideas tiende a restringir el ejercicio de las facultades de los padres, para impedir que resulte "abusivo", sometiéndolas a contralor de la justicia.

Además, se advierte una tendencia a elevar los límites de edad exigidos para contraer matrimonio, considerando que se necesita una mayor madurez para afrontar los

²⁵. En la actualidad, y desde 1952, el dispositivo se refiere a menores de veintiún años.

²⁶. El Código de Colombia consagra una solución similar en el art. 121, eximiendo a los padres de expresar la causa de su oposición, pero exigiendo la expresión de motivos al curador.

El Código de El Salvador soluciona el punto en el art. 112, liberando al padre de expresar la causa si los menores no han cumplido los dieciocho años; si son mayores de esa edad debe expresar la razón de la negativa, y hay recursos ante la justicia. Los curadores o tutores deben siempre dar razones de su negativa.

problemas que origina la vida en común; ese hecho, unido a la tendencia a disminuir la edad requerida para alcanzar la mayoría, hace que se reduzca considerablemente el número de personas con habilidad nupcial que son al mismo tiempo menores de edad.

Casi todos los códigos occidentales han fijado la mayoría de edad en veintiún años, y en la actualidad varios han rebajado ese límite a los dieciocho años; en cambio los viejos topes fijados por el Derecho canónico como expresión de la pubertad, habilitantes para contraer matrimonio (dieciséis años para el varón y catorce para la mujer), son elevados por las leyes civiles, con diversos matices, pero apuntando más bien a la edad de dieciocho años como mínimo, con lo que vendrían a coincidir la edad matrimonial con la mayoría de edad.

c) Un Código de países socialistas

A título ilustrativo mencionamos las disposiciones contenidas en el Código de Familia de la República Popular de Polonia, sancionado en 1964, y en vigencia desde el 1° de enero de 1965²⁷.

Notamos, en primer lugar, que los límites de edad exigidos a los contrayentes son muy altos: veintiún años cumplidos para el varón y dieciocho para la mujer (art. 10, inc. 1). Por supuesto que al alcanzar esa edad se adquiere plena habilidad nupcial.

Como excepción, y si median causas graves, podrá contraerse matrimonio por varones de sólo dieciocho años y mujeres de dieciséis, pero en tal caso la autorización tendrá que ser dada por la justicia, que para hacerlo deberá tener en cuenta si "el proyectado matrimonio podrá atender a los intereses de la familia que se ha de constituir", y está de conformidad con "el interés social" (ver también el inciso 1 del art. 10, Código de la Familia).

En los siguientes incisos del art. 10 se establece la nulidad de los casamientos celebrados en violación de las edades mínimas, y los casos en que el matrimonio puede quedar confirmado, subsanándose la nulidad.

Se advierte, pues, que en estos sistemas el asentimiento paterno no desempeña ninguna función, y que el Estado interviene no en favor del matrimonio, sino con una orientación claramente limitativa.

El profesor polaco Czachorsky²⁸ estima que en casi todos los países socialistas europeos existen reglas más o menos similares, exigiéndose para el matrimonio una "edad conveniente".

²⁷. Hemos trabajado con la traducción francesa del Código polaco de la Familia, efectuada por Maciej Szepietowski, publicada en Varsovia, 1966, por Wydawnictwe Prawnicze.

²⁸. Witold Czachorsky, "Mariage", en "Introduction aux droits socialistes", Akadémiai Kiadó, Budapest, 1971, p. 538.

IV.- Derecho argentino

a) Código de Vélez

En materia matrimonial el codificador argentino decidió respetar las "costumbres de los pueblos", manteniendo la celebración religiosa para las personas católicas²⁹, y reconociendo como impedimentos los establecidos por las leyes canónicas (Art. 168 del Código civil).

Lo curioso es que, a renglón seguido, se aparta de la línea de pensamiento católico y, bajo la influencia de las corrientes de pensamiento liberal, exige el consentimiento de los padres para el matrimonio de los menores, eximiéndolos de exponer razones en caso de negativa, y no admitiendo recurso alguno contra esa decisión.

El viejo artículo 170 del Código civil es terminante:

*"Los padres no necesitan expresar la razón en que se funden para rehusar su consentimiento, y contra su disenso no se admite recurso alguno"*³⁰.

Excepcionalmente se exigía a los padres manifestar las causas de disenso cuando se hallasen "gozando del usufructo de los bienes particulares de su hijo" (art. 171 del Código civil); mientras que los tutores y curadores debían siempre expresar los motivos de su oposición, para su valoración por el juez (art. 173).

La falta de consentimiento paterno no provocaba la invalidez del matrimonio, pero permitía que los padres los sancionasen, privándolos de una parte de la legítima³¹. De manera concordante el viejo art. 131 disponía que los menores, cualquiera fuese la edad que tuviesen, se emancipaban si contraían matrimonio "*con tal que el matrimonio se hubiese celebrado con la autorización necesaria conforme a lo dispuesto en este Código*", grave sanción que mantenía sujeto a la potestad paterna al menor que lograba contraer matrimonio

²⁹. Ver el art. 167 del Código civil argentino, y en especial la nota, en la que expresa Vélez que "Las diversas comuniones cristianas, los cultos idólatras, las religiones que admiten la poligamia y las que autorizan el divorcio, están acordes en dar al matrimonio un carácter religioso...", agregando más adelante que "las personas católicas, como las de los pueblos de la República Argentina, no podrían contraer matrimonio civil. Para ellas sería un perpetuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país...".

³⁰. En la nota al art. 170 Vélez Sársfield cita como antecedentes los Códigos de Holanda (art. 90), Chile (art. 112), y el Proyecto de García Goyena (art. 53), señalando que el Código civil francés "guarda silencio sobre la materia", y destacando que adoptan una solución contraria la Novísima Recopilación y las leyes romanas (D. 23.2.3).

³¹. Disponía el viejo art. 172 del Código civil: "El hijo menor que se casase sin el consentimiento de los padres, cuando éstos no están obligados a manifestar los motivos de su disenso, puede ser privado por éstos, hasta de una cuarta parte de la legítima que le corresponde por la muerte de ellos".

burlando la negativa paterna.

b) Ley de Matrimonio Civil y posteriores reformas

Resulta más curioso todavía que la atenuación del rigor de estas normas es obra de legisladores liberales, que aproximadamente veinte años después de la sanción del Código, reemplazaron el Título Primero de la Sección Segunda, Libro Primero, por una ley de matrimonio civil, que lleva el número 2393, en la que se admite el recurso judicial contra la negativa de los padres a autorizar el matrimonio de los menores.

Tenemos así que el artículo 10 de la mencionada ley fija como edad nupcial la de catorce años para el varón y doce para la mujer, disponiendo que en el caso de ser todavía menores, necesitarán el consentimiento de sus padres, o del tutor o curador³².

El artículo siguiente admite el recurso ante la justicia, en caso de negativa de la persona que debía prestar el consentimiento, y luego en el Capítulo VI, artículos 20 y siguiente, se regulan las causales de oposición.

Hemos dicho que la ley 2393 "mitigó el rigor" de la potestad paterna, pero continuaba reconociendo que la persona más apta para apreciar las ventajas e inconvenientes del proyectado matrimonio era el padre, y admitiendo que no expresase los motivos de su oposición, si se tratase de hijos varones menores de dieciocho años, o mujeres que no habían cumplido todavía quince (art. 24 de la ley 2393, actualmente modificado por la ley 17.711)³³.

La norma es clara, y literalmente parece privar en estas hipótesis de recurso judicial frente a la oposición paterna, pero la evolución de las ideas operada a lo largo de este siglo en el concepto de patria potestad, que se refleja en el sistema jurídico argentino con la sanción de la ley 10.903, llamada de Patronato de Menores³⁴, que puso el acento sobre las "obligaciones" de los padres, que deben estar en armónico equilibrio con los "derechos" que se les reconocen para velar por la persona de sus hijos, ha conducido paulatinamente a la jurisprudencia a una interpretación muy amplia, sobre la base de que "ningún derecho puede

³². La ley 14.394, sancionada en diciembre de 1954, modificó la edad nupcial, estableciendo en su artículo 14: "Para contraer matrimonio se requiere que la mujer tenga catorce años cumplidos y el hombre dieciséis. Podrá contraerse válidamente con edad menor cuando hubiera concebido la mujer, de aquel con quien pretenda casarse".

³³. Art. 24 de la Ley de Matrimonio Civil (texto originario): "Los padres, tutores y curadores deben expresar los motivos de la oposición; pero los padres estarán exentos de esa obligación cuando se trate de un hijo varón menor de dieciocho años o mujer menor de quince años, excepto el caso en que estén gozando del usufructo de sus bienes...".

Se enumeraban luego, en cinco incisos, las posibles causales de oposición.

³⁴. La Ley de Patronato de Menores fue sancionada el 19 de septiembre de 1919.

ser ejercido de manera absoluta o arbitraria". Así encontramos fallos en que se concede autorización para contraer matrimonio a menores cuyos padres se oponen sin dar razones, invocando la facultad que les confiere el mencionado artículo 24 de la Ley de Matrimonio Civil³⁵.

La sanción para los menores que burlan la prohibición legal, y contraen matrimonio sin autorización, sigue siendo de carácter pecuniario, pero ya no afecta su porción hereditaria legítima, sino que se reduce a privarlos de la posesión y administración de sus bienes³⁶, y el viejo dispositivo del Código civil, que en tales casos negaba la emancipación, ha sido modificado en 1968 por la ley 17.711, que lo reemplazó por el siguiente texto:

" ... Si se hubieren casado sin autorización, no tendrán hasta los veintiún años la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto de ellos el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación..."³⁷.

La doctrina interpreta que esta sujeción se limita al aspecto patrimonial, y no alcanza a los bienes que el menor adquiriera con el producto de su trabajo.

En resumen, aunque los textos legales permitan al padre oponerse sin expresar motivos, cuando el hijo tiene menos de dieciocho o quince años (para los varones o mujeres, respectivamente), doctrina y jurisprudencia consideran que no se trata de un "derecho absoluto", y estiman que si la oposición no tuviese justificativo valedero, esa falta de autorización siempre podrá ser suplida por la venia judicial³⁸.

Además, se considera que los motivos de oposición paterna sólo pueden fundarse en algunas de las causales previstas en el artículo 24 de la Ley de Matrimonio Civil, cuyo texto expresa actualmente:

" ... La oposición sólo puede fundarse:

³⁵. En el caso se trataba de una menor de quince años, que había mantenido relaciones sexuales con su novio, hechas públicas a través de un proceso de estupro (citado por Belluscio y Zannoni, "Código civil, comentado, anotado y concordado", ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, T. I, p. 637, art. 10, Ley de Matrimonio Civil).

³⁶. "Art. 13 (Ley de Matrimonio Civil).- Casándose los menores sin la autorización necesaria, les será negada la administración y posesión de sus bienes hasta que sean mayores de edad; no habrá medio alguno de cubrir la falta de autorización".

³⁷. Segundo párrafo del actual art. 131 del Código civil, de acuerdo a las modificaciones introducidas por la ley 17.711.

³⁸. Conf. Guillermo A. Borda, "Tratado..., Familia", 3ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1962, T. I, N° 136, pp. 117 y 118: " ... ni aun en este caso esa facultad tiene carácter absoluto ni puede ser ejercida arbitrariamente; de modo tal que si hubiera causas graves que aconsejaran la celebración del matrimonio, como sería el embarazo de la mujer, el juez puede otorgar la autorización que el padre niega infundadamente".

- 1º en la existencia de alguno de los impedimentos legales;*
- 2º en la enfermedad contagiosa o grave deficiencia física de la persona que pretenda casarse con el menor;*
- 3º en la conducta desarreglada o inmoral y en la falta de medios de subsistencia de la persona que pretenda casarse con el menor;*
- 4º si el varón tuviere menos de dieciocho años y la mujer menos de quince, la oposición del tutor o curador puede fundarse en cualquier motivo razonable que el juez apreciará libremente".*

Se ha sostenido que la enumeración tiene carácter taxativo, ya que la propia ley dice que "sólo puede fundarse" en las causas mencionadas³⁹.

c) El fallo que comentamos.

El menor que solicitaba autorización judicial para contraer matrimonio tenía veinte años cumplidos y le faltaban solamente cuatro meses para alcanzar la mayoría de edad; además, hacía ya un año y medio que convivía con la persona con quien deseaba casarse, "en buen ambiente y relación" según el informe de la asistente social de la Defensoría.

De acuerdo a nuestro sistema jurídico la oposición paterna solamente podría admitirse si se fundara en alguna de las causales previstas en el artículo 24 de la Ley de Matrimonio Civil, y se procuró fundamentarla en la falta de medios de "la persona que pretende casarse con el menor" (en este caso la futura esposa).

El Tribunal consideró probado que ambos contrayentes tenían medios de subsistencia, y puntualizó que el menor trabajaba como "chófer en una empresa" y tenía "instalado un taller mecánico en su casa".

Cabe preguntarse: Si la futura esposa, mayor, no tiene ingresos propios, pero el menor trabaja y puede sostener el hogar, ¿sería admisible la oposición del padre?

Creemos que en tal caso, aunque "la persona que pretende casarse con el menor" no posee bienes, ni ingresos propios, la subsistencia de la pareja está asegurada, lo que satisface el propósito tutelar de la previsión legal, y justifica la autorización judicial, aun frente a la oposición paterna.

La relación marital de hecho, y la armonía en que vive la pareja, sumados al escaso lapso que faltaba para que el menor alcanzase la mayoría de edad, son razones coadyuvantes para contribuir a la regularización, autorizando las nupcias.

³⁹. Conf. Eduardo Zannoni, "Derecho de Familia", ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, T. I, p. 236.

V.- **In memoriam**

Dije al comenzar que los borradores de estas notas fueron redactados en marzo de 1983; no había terminado de pasarlas en limpio cuando el 18 de abril me llegó la infausta noticia del fallecimiento de don Federico de Castro.

Fluir constante de la vida y misterio insondable de la muerte, que nos obligan a detenernos y reflexionar, acongojados, pero sin angustia. El maestro se ha ido, pero ha dejado a sus discípulos el ejemplo de una vida, en la que con verdadero amor y pasión procuró moldear "hombres de bien", inculcándoles el sentido de la responsabilidad, que debe prevalecer por sobre las urgencias de "triumfos personales".

En mi retina queda grabada la imagen del último encuentro, en noviembre pasado, cuando el maestro velaba solícito por la salud de Nela, la compañera de su vida, postrada por un cruel accidente; inolvidable escena de patética ternura.

En mi mente, con trazo indeleble, están marcados los consejos recibidos. Con palabra serena supo apaciguar mi inquietud frente a las turbaciones e infortunios de mi Patria: continuidad en el esfuerzo; humildad en la entrega; tolerancia y respeto al prójimo.

El espíritu y las enseñanzas de don Federico de Castro han de continuar iluminando nuestro camino.