

### **Venia para contraer matrimonio. Oposición.**

Por Luis Moisset de Espanés

Cam. Concepción del Uruguay, sala Civil y Com., 23 noviembre 1982, "B., J.O. s/ disenso"

Concepción del Uruguay, 23 de noviembre de 1982.

CONSIDERANDO: En el juicio de disenso, el a quo resuelve conceder la venia solicitada, considerando se ha demostrado que, tanto el peticionante, como la persona con que pretende casarse, cuentan con medios de subsistencia.

De ello se agravia el oponente vencido, manifestando que no se ha acreditado que el menor cuente con la capacidad y los medios necesarios, cuestionando a esos efectos la idoneidad de un testigo, el mérito de la declaración de otro, la presunta inestabilidad del empleo del menor y la inhabilidad de los recibos ofrecidos como prueba de la relación laboral.

El menor cumplirá 21 años el próximo mes de marzo de 1983 (partida).

Desde el mes de febrero de 1981 convive con la persona con que desea casarse en buen ambiente y relación, de acuerdo al informe de la asistente social de la Defensoría de Concordia.

El defensor de menores se pronuncia favorablemente, señalando las particularidades apuntadas, y la conveniencia de regularizar la relación concubinaría.

Por vía de principio, son los padres del hijo menor, mayor de 18 años, quienes están obligados a fundar la oposición y acreditar la causal que invocan (art. 224 de la ley 2393 de matrimonio civil).

Dicha norma prevé como última causal de negativa paterna "*la falta de medios de subsistencia de la persona que pretende casarse con el menor*" -inc. 3º, 2ª parte, conf. reforma ley 17.711- por lo que mientras su texto no sea modificado, no daría lugar para negar el matrimonio al varón menor que no los tiene, si los posee la mujer con la que va a contraer matrimonio (Conf. Belluscio "Derecho de Familia", T. I, p. 568).

Aun cuando las consideraciones precedentes nos llevarían a confirmar sin otros fundamentos la resolución apelada, tampoco resultan atendibles los reparos de la recurrente. Pues, prescindiendo de la testigo que manifiesta tener interés en el pleito, la prueba aportada acredita que el menor trabaja como chofer en una empresa que transporta obreros a Salto Grande y tiene instalado un taller mecánico en su casa. Hechos que no se refutan y que se consideran suficientes para satisfacer los recaudos legales, sin que pueda exigírsele además la prueba de que la empresa continuará prestando ese servicio cumplido el contrato respectivo, como se pretende, o negar fuerza probatoria a los recibos de sueldos con fundamento en que no se detallan las deducciones previstas por las leyes laborales y previsionales.

Por ello, y oído el defensor de menores, se

RESUELVE: Confirmar la sentencia apelada.

Costas de la alzada a la apelante vencida (art. 85 C.P.C.C.)

Cook. Caffa. Zalazar (Secretario).

## **El matrimonio de menores y los 'medios de subsistencia'**

por

Luis Moisset de Espanés

---

Sumario:

I.- Introducción.

II.- El caso que comentamos.

III.- Norma aplicable.

a) Medios de subsistencia y aptitud de adquirirlos.

b) Contrayente que debe poseer los medios de subsistencia.

IV.- Conclusión.

---

### **I.- Introducción**

El menor que tiene aptitud nupcial y desea contraer matrimonio necesita la conformidad de su representante, es decir de los padres que ejercen la patria potestad, o en caso de falta o incapacidad de los padres, la conformidad del tutor o curador<sup>1</sup>. Si los representantes legales niegan el consentimiento, el menor podrá solicitar al juez “venia supletoria”<sup>2</sup>. En tal caso el derecho argentino prevé que el representante suministre las causas

---

<sup>1</sup>. En el Código de Vélez el punto estaba resuelto por las arts. 168 y 173. Posteriormente la ley 2393, en vigencia desde noviembre de 1888, trata el problema en su art. 10.

<sup>2</sup>. En el derecho peruano el matrimonio de los menores está regulado por los arts. 244 a 247. Se requiere también el asentimiento del representante: pero la negativa de los

de su oposición<sup>3</sup>, para que el magistrado las valore y, en definitiva, decida si concede o niega al menor autorización para celebrar las nupcias. La ley enumera las causales en que puede fundarse la oposición, y una de ellas es la “falta de medios de subsistencia de la persona que pretende casarse con el menor”.

Deseamos acotar, de paso, que a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos -como el peruano, cuyo art. 245 es terminante<sup>4</sup>- aun en los casos en que los padres están eximidos de dar razones de su oposición, la doctrina argentina se muestra proclive a permitir que el menor recurra a la justicia, pues se estima que en ningún caso tal negativa puede ser arbitraria, pues entrañaría un “abuso del derecho” en el ejercicio de la patria potestad. Así se ha dicho que *“el principio no tiene caracteres absolutos y siempre podrá acudir al juez a fin de obtener la venia supletoria cuando existan causas de extrema gravedad que hagan aconsejable su otorgamiento”*.<sup>5</sup>

---

ascendientes no requiere fundamento alguno y contra ella no hay recurso judicial.

<sup>3</sup>. “Art. 24 (ley 2393 - texto ordenado por la ley 17.711).- Los representantes legales están obligados a expresar los motivos de su oposición; pero los padres quedarán exentos de esa obligación cuando se tratare de varones menores de dieciocho años y de mujeres menores de quince.

La oposición sólo puede fundarse:

- 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”.

Éste era el texto vigente cuando se juzgó el caso que comentamos. Desde junio de 1987 la ley 23.515 derogó a la ley 2393.

4. “Art. 245 (Código de Perú de 1984).- La negativa de los padres o ascendientes a otorgar el asentimiento no requiere fundamentación. Contra esta negativa no hay recurso alguno”.

5. Guillermo R. GARBINO, comentario al art. 24 de la ley 2393, en “Código Civil comentado, concordado y anotado”, de Belluscio-Zannoni, T. 1, p. 662, ed. Astrea, Buenos Aires, 1978.

Se cita como ejemplo el caso de una menor de quince años, a quien, pese a la oposición del padre, la justicia concedió autorización para casarse para subsanar las consecuencias de las relaciones sexuales mantenidas con su novio, que habían ocasionado que a éste se le imputara el delito de estupro.

Creemos conveniente señalar que en Perú un jurista tan destacado como Max Arias Schreiber expresa sus dudas sobre la bondad del art. 245 y estima que debería ser modificado exigiendo que se den los motivos que justifican la oposición, porque no son aceptables las negativas caprichosas, y propiciando también la posibilidad de interponer recursos ante la justicia porque tal actitud podría “ser un caso de ejercicio abusivo del derecho”<sup>6</sup>.

## II.- El caso que comentamos.

El caso que motiva nuestro comentario se produjo hace dos décadas, cuando todavía estaba en vigencia la ley 2393, que en 1987 fue derogada por la ley 23.515, pero conserva interés porque el nuevo texto legal que se incorporó al Código civil como art. 169, en su inciso 4º conserva la misma redacción que la norma que se aplicó en aquella oportunidad<sup>7</sup>.

Un menor de edad, varón, pretende contraer matrimonio y el padre se opone, dando como motivo la falta de medios de subsistencia, tanto del menor como de su futura esposa, vale decir fundándose en la causal prevista en el inciso 3º, art. 24 de la ley de Matrimonio Civil<sup>8</sup>.

En primera instancia se concede autorización al menor, por considerar que

---

6. Ver Max Arias Schreiber Pezet, “Exégesis del Código civil peruano de 1984”, T. VII, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, comentario al art. 245, p. 100.

7. “Art. 169 (Código civil argentino - Texto ordenado por ley 23.515).- En caso de haber negado los padres o tutores su asentimiento al matrimonio de los menores, y éstos pidiesen autorización al juez, los representantes legales deberán expresar los motivos de su negativa, que podrán fundar en:

1º) La existencia de alguno de los impedimentos legales;  
2º) La inmadurez psíquica del menor que solicita autorización para casarse;  
3º) La enfermedad contagiosa o grave deficiencia psíquica o física de la persona que pretende casarse con el menor;  
4º) La conducta desordenada o inmoral o la falta de medios de subsistencia de la persona que pretende casarse con el menor”.

8. Ver nota 3.

Como hemos dicho la causal conserva vigencia en el actual art. 169 del Código Civil (ver nota 4).

ambos novios poseían medios de subsistencia; el padre apela, y la Cámara confirma la sentencia, otorgando venia supletoria para el casamiento, cuando solamente faltaban cuatro meses para que el menor alcanzase la mayoría de edad.

El fallo de la alzada estima suficiente que el varón haya acreditado poseer ingresos adecuados, provenientes de un empleo como "chofer de una empresa", y de la atención de un taller mecánico que tenía en su propia casa, sin mencionar para nada los posibles ingresos de la futura cónyuge del menor.

### III.- Norma aplicable.

La doctrina nacional, de manera coincidente, estimaba que las causales de oposición que puede invocar el representante del menor se encuentran enumeradas de manera "taxativa" en el art. 24 de la Ley de Matrimonio Civil, norma que fue objeto de algunos retoques el año 1968, por la ley 17.711, pero mantuvo la expresión originaria que de manera muy clara señalaba que "sólo" podían invocarse las causales allí mencionadas<sup>9</sup>.

#### a) Medios de subsistencia y aptitud de adquirirlos.

Con relación a los "medios de subsistencia", el viejo inciso 5º de la ley 2393, que tuvo vigencia entre 1888 y 1968, fecha en que -como ya dijimos- la ley 17.711 introdujo algunos retoques de redacción, contemplaba como causal de oposición la "falta de medios de subsistencia y **de aptitud** para adquirirlos", y la doctrina consideraba que si no se daban ambas circunstancias de manera simultánea, la oposición resultaría infundada.

Nada decía la primitiva norma respecto a cuál de los contrayentes era el que debía poseer los "medios de subsistencia", por lo que solía llegarse a la conclusión de que bastaba que uno de ellos, cualquiera, tuviese ingresos adecuados, o "aptitud" para obtenerlos<sup>10</sup>, en línea de pensamiento semejante a la consagrada en el derecho chileno<sup>11</sup>, y en

---

<sup>9</sup>. El nuevo texto del art. 169 ya no dice que "sólo" se podrán invocar esas causales, por lo que puede pensarse que es posible alegar otras diferentes de las enumeradas.

<sup>10</sup>. Ver Alberto G. SPOTA, Tratado de Derecho Civil, Vol 1 (11), N° 94, p. 572-3.

<sup>11</sup>. "Art. 113 (Código chileno).- Las razones que justifican el disenso no podrán ser otras que éstas:

... 6º) No tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio".

el de otros Códigos que tomaron como modelo la obra legislativa de Bello<sup>12</sup>.

Algunos autores criticaron la previsión legal, considerando que la mención a la "**aptitud**" para adquirir bienes es una fórmula excesivamente amplia y difusa, pues toda persona sana, y con sus dos brazos, está en condiciones de ganarse la vida; pese a ello la autorización podía resultar inconveniente, si el sujeto era indolente, y no realizaba ningún esfuerzo para lograr ingresos que le permitiesen vivir decorosamente.

La crítica era injustificada; la "aptitud" para adquirir medios de subsistencia no es una situación de mera "potencialidad", ni tampoco de simple integridad física. Quienes criticaban el viejo inciso 5 del art. 24, olvidaban que "aptitud" es la "capacidad y disposición para el buen desempeño o ejercicio de un negocio, industria, arte, etc."<sup>13</sup>.

El hombre une en sí materia e intelecto, cuerpo y alma; su decisión voluntaria es *indispensable* para que pueda afirmarse que tiene "aptitud". No basta con que posea un cuerpo escultural, que tenga intactas sus dos piernas y sus brazos... Un demente o un abúlico, carentes de voluntad, jamás poseerán "aptitud para adquirir" sus medios de subsistencia; por el contrario, un lisiado, por un esfuerzo de su voluntad puede superar las limitaciones físicas y ¡estar en condiciones de hacer frente a la lucha por la vida!

Además, esa "aptitud" debía ser apreciada por el magistrado en cada caso concreto, atendiendo no solamente a las condiciones personales del sujeto, sino también a las características del medio ambiente en que iba a desempeñar sus actividades, la situación económica general, el índice de desocupación o la oferta de trabajo en el mercado.

Cabe sin embargo preguntarse: ¿le faltan, realmente, medios de subsistencia a quien tiene "capacidad y disposición" para obtenerlos? La respuesta no es fácil.

Pero hay algo más que conviene aclarar; tener medios de subsistencia no se reduce a las hipótesis de ser dueño de cosas que producen una renta; o estar empleado en relación de dependencia, y percibir un sueldo. También puede tener "medios de subsistencia" quien por su propia cuenta ejerce una profesión, arte u oficio, como el joven mecánico del caso que comentamos.

La persona que sólo posee bienes de capital no fructíferos "*no tiene medios de subsistencia*", al menos permanentes, pues al cabo de un tiempo habrá consumido todo su capital; incluso aquel cuyos bienes producen rentas, puede encontrarse con la ingrata sorpresa

---

12. Por ejemplo Colombia (art. 126, inciso 6), y Ecuador (art. 88, inc. 6).

13. ver Diccionario de la Real Academia española, 21ª ed., 1992, p. 125, 3ª acepción del vocablo "aptitud".

de que la productividad merme y quien trabaja por cuenta ajena, puede quedarse sin empleo. En cambio el que tiene "aptitud" -es decir, capacidad y disposición- para adquirirlos, tiene asegurado su futuro y podrá enfrentar cualquier adversidad.

b) Contrayente que debe poseer los medios de subsistencia.

Pero, puede parecer superfluo extenderse en más consideraciones; la mención a la "falta de aptitud" ha sido suprimida por la ley 17.711, y a partir de ese momento el inciso 3º, habla de:

*" ... la falta de medios de subsistencia de la persona que pretenda casarse con el menor".*

La reforma no ha sido feliz en este punto.

Tampoco lo ha sido en la mención de que esa carencia de medios debe apreciarse en la persona que pretenda casarse con el menor. Basta leer lo que han escrito Belluscio, Borda, Mazzin- ghi y Spota, para advertir que cada autor interpreta esta cláusula con alcances diferentes, pensando unos que la indagación debe orientarse hacia el varón que, en nuestra organización social suele ser quien tiene a su cargo el mantenimiento del hogar, y llegando alguien a sostener, como ya lo hacía con anterioridad Spota<sup>14</sup>, que basta con que cualquiera de los contrayentes tenga medios de subsistencia, para que sea procedente la autorización judicial.

Esta última posición sería la solución deseable, aunque no surge del texto de la ley, cuyo tenor literal parece reducir la cuestión a las condiciones económicas del contrayente mayor.

Pero, ¿qué sucede si ambos son menores? ¿De qué frase o giro de la norma puede extraerse la conclusión que es el varón quien debe poseer medios de subsistencia? La insistencia de varios autores en estimar que es el varón quien debe acreditar que posee medios de subsistencia, no condice con los criterios hoy imperantes en el mundo jurídico, que procuran dar un trato igual a mujer y varón, ni con las efectivas necesidades de la nueva pareja, que serán atendidas si cualquiera de sus integrantes está en condiciones de hacerles frente.

En el caso que comentamos la autorización era solicitada por un varón menor; si el Tribunal se hubiese atendido estrictamente a la previsión del art. 24, debió examinar si la futura esposa -la persona con quien el menor pretendía casarse- tenía medios de subsistencia, y ¡en lugar de ello dedicó todo su esfuerzo a explicar que el menor había probado poseer

---

14. Ver nota 9.

ingresos!

¿Podría haber negado autorización para el matrimonio si el varón menor no hubiese brindado esa prueba, pero la futura esposa demostraba poseer medios de subsistencia? Día a día es más frecuente ver parejas en que la principal actividad económica la desempeña la esposa... ¿Es eso inmoral, o ilegal?

La ley 23.515 nada ha innovado sobre el punto, pero como procura acentuar la igualdad jurídica de ambos sexos, estimamos que en su interpretación deben dejarse de lado definitivamente aquellos criterios que procuraban poner exclusivamente a cargo del varón el “deber” de atender la subsistencia del núcleo familiar.

### **III.- Conclusión.**

En *resumen*, sería más correcto retornar al texto primitivo del inciso 5 del art. 24 de la ley de Matrimonio Civil, que permitía solucionar más adecuadamente los diversos problemas que podían presentarse, ya que se limitaba a referirse a “la falta de medios de subsistencia y de aptitud para adquirirlo”, sin distinguir si se trataba del contrayente mayor de edad, o del menor, ni tampoco el sexo del contrayente, como intenta hacer parte de la doctrina, ya que lo que interesa realmente es que el nuevo núcleo familiar pueda atender a sus necesidades y para ello es suficiente que uno de sus integrantes provea a su subsistencia.