

# EL MATRIMONIO DE LOS MENORES DE EDAD: DISPENSA JUDICIAL VS. ASENTIMIENTO DE LOS REPRESENTANTES LEGALES

## MARRIAGE OF MINORS: JUDICIAL DISPENSATION VS. PARENTAL CONSENT

*Andrea Isabel Fornagueira (\*)*

**Resumen:** La Ley 26.579 modifica la mayoría de edad y unifica la mínima para contraer matrimonio a los dieciocho años. La nueva regulación legal ha desvirtuado el asentimiento de los representantes legales en forma independiente como requisito para que los menores de edad puedan contraer matrimonio, ya que se encuentra comprendido actualmente en el juicio de dispensa judicial, al haber desaparecido la categoría de los menores que, aun cuando contaban con la edad nupcial, no habían alcanzado la mayoría.

**Palabras clave:** Matrimonio - Menores de edad - Dispensa Judicial - Asentimiento de los representantes legales.

**Abstract:** The Law 26579 modifies the majority and unifies the minimum age for marriage at the age of eighteen. The new legal regulation has removed the effect of parental consent on a independently way as a requirement for minors to marry, as it is currently included in the trial of judicial dispensation, having disappeared the category of minor that, even when they had the marriageable age, had not reached majority.

**Keywords:** Marriage - Minority - Trial of Judicial Dispensation - Parental Consent.

**Sumario:** I. Introducción.- II. La capacidad de hecho.- III. Representación.- IV. La plena capacidad de hecho a los 18 años.- V. Edad mínima para contraer matrimonio.- VI. Matrimonio contraído por menores de edad: Dispensa judicial y Asentimiento de los representantes legales:

---

(\*) Abogada, Profesora Asistente por concurso de las asignaturas Derecho Privado I y Derecho Civil I en la Escuela de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

a) Dispensa judicial - a.1.) La dispensa judicial en el régimen anterior - a.2.) La dispensa judicial en el régimen actual - b) Asentimiento del representante legal: b.1) El asentimiento y el régimen anterior - b.2) El asentimiento y el régimen actual. - VII. Conclusión.

## **I. Introducción**

La Ley 26.579 (Boletín Oficial 22 de diciembre de 2009) ha modificado el Código Civil en cuanto a la edad para alcanzar la mayoría y con ello la plena capacidad de hecho, disminuyéndola de veintiuno a dieciocho años (artículo 126, Código Civil).

Además, también ha sido reformado el art. 166 del Código Civil, referente a los impedimentos para contraer matrimonio (inciso 5), unificando la edad mínima en dieciocho años.

Sin embargo, no ha sufrido una modificación sustancial el artículo 168 del Código Civil en cuanto al asentimiento para casarse de los menores de edad (sólo se ha suprimido la parte que decía “aunque estén emancipados por habilitación de edad”, institución que fue derogada por esta misma ley); ni tampoco se ha reformado el artículo 167 del Código Civil, que prescribe la necesaria dispensa judicial para aquellos que pretendan casarse por debajo de la edad mínima estipulada.

Ello trae aparejado la superposición de dos institutos para una misma finalidad: autorizar el matrimonio de un menor de edad.

El propósito del presente trabajo es determinar si realmente coexisten ambas formas de autorización o si, por el contrario, alguna de ellas ha sido virtualmente derogada por el nuevo régimen.

Para ello, cabe precisar primero algunos conceptos generales, para luego exponer los fundamentos y arribar a una conclusión sobre este tema.

## **II. La capacidad de hecho**

Podemos definir la capacidad en general como la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones y ejercer los actos que no le estén prohibidos. Este concepto amplio, determina la existencia de dos clases de capacidad: la de derecho y la de hecho.

La capacidad de derecho es el grado de aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones.

La capacidad de hecho es la aptitud o grado de aptitud de las personas naturales para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones.

La incapacidad de hecho, su contracara, ha sido impuesta legalmente, a los fines de evitar que ciertas personas, que se encuentran en inferioridad de condiciones, -ya sea por inmadurez (por nacer y menores), falta de salud mental (dementes) o por no poder expresarse en la forma que exige la ley (sordomudos analfabetos)- realicen por sí mismos actos que les sean perjudiciales.

La ley establece así una consideración abstracta, pues no toma en cuenta la voluntad psicológica de la persona, sino la voluntad jurídica que le imputa, en tanto no llegue a la edad en que se lo considera mayor (1)

### III. Representación

La falta de aptitud para ejercer los derechos es suplida legalmente a través de la denominada representación legal y necesaria, consagrada legislativamente en los artículos 56 y 57 del Código Civil. El primero dispone que “Los incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley”, estableciendo el segundo artículo quiénes están obligados a serlo.

Esta clase de representación es legal, porque emana de la voluntad del legislador, dejando de lado la del incapaz y también es necesaria porque no puede faltar (2).

### IV. La plena capacidad de hecho a los 18 años

La Ley 26.579 ha reducido la mayoría de edad a los dieciocho años.

El Senador Nacional Rubén H. Giustiniani (3) –autor del proyecto-, fundamenta esta modificación, entre otros motivos, en la adecuación de la normativa interna a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que fuera aprobada por nuestro país por Ley 23.849 (Boletín Oficial 22/10/90) y que fuera incorporada expresamente con jerarquía constitucional en el artículo 75 inciso 22) de la Constitución Nacional y refiere que la mayoría de las legislaciones extranjeras han fijado en dieciocho años la edad para alcanzar la adultez (vg. España, Alemania, Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, Noruega, Francia, Italia, Perú, Israel, Hungría, México, Ecuador y Costa Rica).

Reseña el referido legislador que el Código Civil argentino, en su redacción original prescribía como mayoría de edad la de veintidós años. Tal disposición fue reformada por la ley 17.711 (Adla, XXVII-B, 1810), del año 1968, que la disminuyó a los veintiún años. Luego reflexiona: “Cuarenta años han pasado desde entonces y las condiciones de vida de los jóvenes han variado sustantivamente desde los aspectos social, económico, cultural y político. El contexto internacional y nacional permite incorporar más tempranamente a los jóvenes a una vida activa. Esta realidad confronta con una legislación que impide a los menores de 21 años desde abrir un negocio, alquilar un departamento, comprarse un auto, salir del país sin autorización de los padres o casarse, no obstante otras leyes le permiten realizar actividades de gran responsabilidad como elegir al presidente de la Nación o los excluyen de beneficios provisionales como el derecho a pensión tratándose de un causahabiente a partir de los dieciocho años”.

(1) ALTERINI, Atilio A., *Derecho Privado, 1º curso*, ed. Cátedra, Buenos Aires, 1968, p. 144.

(2) RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Tomo I, 3ª edición actualizada, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 134.

(3) [http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=995/08&nro\\_comision=&tConsulta=3](http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=995/08&nro_comision=&tConsulta=3), fecha de la consulta: 01/09/2011.

## V. Edad mínima para contraer matrimonio

La ley 26.579 también ha unificado la edad mínima para contraer matrimonio, al establecer, en el artículo 166, inciso 5°) del Código Civil: “Son impedimentos para contraer matrimonio: (...) 5°) Tener menos de dieciocho (18) años”.

Recordemos que el régimen anterior establecía una edad diferenciada, al disponer como edad mínima dieciséis años en la mujer y dieciocho en el varón.

Es decir, como principio general, sólo pueden contraer matrimonio los mayores edad.

Ahora bien, ¿qué sucede con aquéllos jóvenes que desean casarse y se encuentran por debajo de esa edad mínima? Esta situación no ha sido modificada por la nueva legislación y es, precisamente, la que ha motivado el presente trabajo, por lo que veremos cómo funcionaba en el régimen anterior y cuáles son los inconvenientes que se presentan en el actual.

## VI. Matrimonio contraído por menores de edad: dispensa judicial y asentimiento de los representantes legales

### a) Dispensa judicial

Esta institución, prevista en el art. 167 del Código Civil, regula la situación de los que pretenden contraer matrimonio, no reuniendo el requisito de la edad mínima exigida por ley. En efecto, el artículo referido dispone (según Ley 23.515, no habiéndose reformado en manera alguna desde entonces) que: “Podrá contraerse matrimonio válido en el supuesto del artículo 166, inciso 5°, previa dispensa judicial. La dispensa se otorgará con carácter excepcional y sólo si el interés de los menores lo exigiese previa audiencia personal del juez con quienes pretendan casarse y los padres o representantes legales del que fuera menor”.

La dispensa, es, entonces, la gracia otorgada por el juez, por excepción y en interés de aquéllos que no cumplen con el requisito legal de edad mínima, a efectos de que puedan contraer matrimonio (4).

Tal como sostiene María Josefa Méndez Costa (5), el interés de los menores es la única pauta valedera para apreciar una dispensa de la edad núbil, aplicando, entonces, el estándar jurídico consagrado en el artículo 3°) de la Convención sobre los Derechos del Niño. Daniel D’Antonio (6) indica que esta excepción al impedimento de falta de

---

(4) CORDOBA, Marcos M., *Aporte en BUERES*, Alberto (Director) Y HIGHTON, Elena I. (Coordinadora), *Código Civil y Normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Tomo 1B-Artículos 156/494-Familia, Ed. Hammurabi, José Luis Desalma editor, 1ª edición, 1ª reimpresión, Buenos, Aires, 2003, p. 45.

(5) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, en MÉNDEZ COSTA, FERRER, D’ANTONIO, *Derecho de Familia*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2008, T. I, p. 290.

(6) D’ANTONIO, Daniel Hugo, *La Ley 26.579 -mayoría de edad- y la capacidad de los menores-*, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 1ª ed. 2010, p. 134.

edad se sustenta en que la aptitud nupcial constituye un presupuesto de la personalidad cuya regulación legal no puede obstaculizar el natural y jerarquizado derecho a unirse en pareja y procrear.

En Córdoba, son competentes para su tramitación los Tribunales de Familia, en virtud de lo dispuesto por el inciso 2º) del artículo 16 de la Ley 7.676 (Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba 29 de julio de 1988), en lo referido a “otras autorizaciones” (7).

El artículo analizado dispone que la dispensa se otorgará “previa audiencia personal del juez con quienes pretendan casarse y los padres o representantes legales del que fuera menor”. El juicio debe sustanciarse con la participación necesaria de los contrayentes (sean ambos menores o uno de ellos mayor de edad) (artículo 167, Código Civil), los representantes legales de los incapaces (artículo 167, Código Civil), el representante promiscuo (artículo 59, Código Civil), debiendo también participar el Ministerio Público Fiscal, debido a que está en juego el estado de familia.

El juez deberá considerar las circunstancias que rodean la pretensión, valiéndose de todo tipo de pruebas, entre otras: estudios psicológicos de la personalidad del menor, encuestas sociales y familiares; y resolverá conforme al interés superior del adolescente, respetándose su condición de sujeto de derecho, el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, su edad, grado de madurez y demás condiciones personales (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3, Ley 26.061).

#### ***a.1.) La dispensa judicial en el régimen anterior***

Por lo dicho anteriormente, sólo podía contraer matrimonio una persona que se encontraba por debajo de la edad nupcial, previa dispensa judicial.

#### ***a.2.) La dispensa judicial en el régimen actual***

Esta solución se mantiene inalterable, salvo, claro está, que se eleva la edad en la cual la mujer debe pedir la dispensa judicial para poder contraer matrimonio.

### **b) Asentimiento del representante legal**

El artículo 168 del Código Civil, según la ley 23.515, disponía que “Los menores de edad, aunque estén emancipados por habilitación de edad, no podrán casarse entre sí ni con otra persona mayor sin el asentimiento de sus padres, o de aquél que ejerza la patria potestad, o sin el de su tutor cuando ninguno de ellos la ejerce o, en su defecto, sin el del juez”, precepto que se reafirma con lo establecido por el inciso 1º) del artículo 264 quáter del Código Civil: “En los casos de los incisos 1º, 2º y 5º del artículo 264 se requerirá el consentimiento expreso de ambos padres para los siguientes actos: 1º) Autorizar al hijo para contraer matrimonio”. Esta norma comprende a los padres casados, separados de

---

(7) BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia - FERREYRA de DE LA RÚA, Angelina, *Leyes 7.675 y 7.676 Provincia de Córdoba - Organización y Procedimiento del Fuero de Familia*, editorial La Ley, 1ª edición, Buenos Aires, 2007, p. 27.

hecho, separados personalmente, divorciados vincularmente, con matrimonio anulado y extramatrimoniales que hubieran reconocido al hijo.

Su fundamento se encuentra en la protección que tienen los menores de edad, en virtud de su falta de madurez en el desarrollo psicofísico y que hace la ley les restrinja la capacidad de hecho y, por ende, se les asigna una persona (o personas) para el ejercicio de los derechos (el/los representante/s legal/es), sobre todo en un acto tan trascendente como el matrimonio.

Este artículo 168 ha sido modificado por la Ley 26.579, que ha suprimido sólo la parte que establecía: “aunque estén emancipados por habilitación de edad”, por haber dejado sin efecto esta institución en virtud de que se otorgaba a partir de los dieciocho años de edad, por lo que deviene superflua (ver modificación del artículo 131 y derogación del inciso 2) del artículo 264 quáter).

Comentario aparte merece la consideración acerca de que debió modificarse también la parte que dice “o de aquél que ejerza la patria potestad”, ya que este precepto se contrapone con lo dispuesto por el artículo 264 quáter, que requiere el consentimiento (asentimiento, con mayor precisión, ya que la palabra “consentimiento” debe ser reservada para las partes del acto jurídico, en este caso, los contrayentes) de ambos padres, ejerzan o no la patria potestad, que ya desde el año 1986 había sido observado por la doctrina (8).

### ***b.1) El asentimiento y el régimen anterior***

Antes de la reforma introducida por la Ley 26.579, existían jóvenes que, a pesar de estar por encima de la edad nupcial prescripta por la ley (recordemos: dieciséis años para la mujer y dieciocho años para el varón), aún eran considerados menores de edad (ya que la mayoría se adquiría al cumplir veintiún años).

Éste es el supuesto en el cual se imponía la autorización de los representantes legales, interviniendo el juez sólo en los casos en que uno de los padres no diera su asentimiento o mediara imposibilidad para prestarlo (artículo 264 quáter, último párrafo, concordante con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Civil).

Esto es lo que se denomina venia supletoria (9) o también juicio de disenso (10), que es “el medio de superar la incapacidad del contrayente, a la vez que el de asegurar una mayor reflexión por parte de quienes no se hallen en condiciones de manejarse por sí mismos con entera libertad en la vida civil” (11).

---

(8) Ver MAZZINGHI, Jorge Adolfo, *Objeciones al Proyecto de Ley de Matrimonio Civil aprobado por Diputados*, La Ley, 1986-E-1104.

(9) Ley Provincial N° 7676.

(10) TAMINI, Martín A., CÓRDOBA, Marcos M., *Aportes en BUERES*, Alberto (Director) y HIGHTON, ELENA I. (Coordinadora), *Código Civil y Normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, ob.cit., pp. 54/56.

(11) BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia y FERREYRA de DE LA RÚA, Angelina, *Leyes 7.675 y 7.676 Provincia de Córdoba – Organización y Procedimiento del Fuero de Familia*, ob.cit., p. 24, citando a

En este caso, la ley faculta al menor a recurrir ante el juez para que supla la autorización que se niega o que no puede ser prestada por cualquier circunstancia. En caso de negativa, pueden invocarse como fundamento de la oposición los contenidos en el artículo 169 del Código Civil, vale decir la existencia de algunos de los impedimentos legales para contraer matrimonio (inciso 1°), la inmadurez psíquica del menor (inciso 2°), la enfermedad contagiosa o grave deficiencia física (inciso 3°) o la conducta desordenada o inmoral o la falta de medios de subsistencia (inciso 4°) de la persona que pretenda casarse con el menor.

Por último, el artículo 170 del Código Civil, determina que “El juez decidirá las causas del disenso en juicio sumarísimo o por la vía procesal más breve que prevea la ley local”.

### ***b.2) El asentimiento y el régimen actual***

Como vemos, la situación existente según la regulación anterior, cambia drásticamente al determinar, como principio general, que sólo pueden contraer matrimonio los que hubieren cumplido dieciocho años de edad.

En efecto, ha desaparecido la categoría de aquellas personas que, aun cuando superan la edad nupcial, todavía son menores de edad, al establecer la mayoría a los dieciocho años, que eran quienes estaban sujetos al asentimiento del representante legal para contraer matrimonio.

Sin embargo, la Ley 26.579 ha mantenido el instituto de la autorización, al no haber derogado el inciso 2) del artículo 264 quáter, ni el artículo 169, y al haber mantenido, en el artículo 131, el último párrafo -todos del Código Civil- que dispone: “Si se hubieran casado sin autorización no tendrán hasta la mayoría de edad la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto a ellos el régimen legal vigente de los menores”.

## **VII. Conclusión**

Como vemos, entonces, y tal y como surge del texto legislativo actual, los menores de edad, para poder contraer matrimonio deberían tramitar el juicio de dispensa judicial y, además, acreditar el asentimiento de sus representantes legales (ambos padres, o, en su defecto, el tutor).

Estimo que, al haber desaparecido la categoría de menores que, aun cuando alcanzan la edad nupcial, no habían llegado a la mayoría de edad que existía en el régimen anterior, ha perdido virtualidad el asentimiento de los representantes legales en forma independiente.

En efecto, la dispensa judicial -ahora requisito ineludible que deberá acreditar cualquier menor que quisiera contraer matrimonio-, es un juicio en el cual, en audiencia personal, el juez escucha a los futuros contrayentes y también a los representantes legales

---

BELLUSCIO, Augusto César y ZANNONI, Eduardo A., *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1978-1986, art. 131, p. 522 y bibliografía allí citada.

(artículo 167, Código Civil, la bastardilla es mía), por lo que esa oportunidad en la cual éstos podrán -si no estuvieran de acuerdo con la celebración del matrimonio- manifestar su oposición y articular los motivos de tal disconformidad (incluidos los contenidos en el artículo 169, Código Civil), resolviendo el juez, en definitiva, conforme al superior interés del niña, niño o adolescente, principio rector en todos los procesos de esta naturaleza.

Es por ello que considero que el asentimiento de los representantes legales se encuentra comprendido en el juicio de dispensa judicial como requisito para que los menores de edad puedan contraer matrimonio.

Esta interpretación evitaría un dispendio innecesario de actividad, tanto jurisdiccional como administrativa. ◆