

CAPITULO II DE LOS IMPEDIMENTOS

ARTICULO 166	25
1. Los impedimentos matrimoniales	26
2. Funciones de los impedimentos	27
3. Parentesco por consanguinidad	28
a) Antecedentes	28
b) Interpretación	28
4. Adopción	30
a) Antecedentes	30
b) Interpretación	32
b.1) Derecho vigente	32
b.2) Adopción plena	33
b.3) Adopción simple	34
5. Parentesco por afinidad	35
a) Interpretación	35
b) Derecho extranjero	36
6. Falta de edad	37
a) Antecedentes	37
b) Valoración	39
c) Impedimento de falta de edad de los divorciados que no han cumplido veintiún años	40
d) Interpretación	40
e) Derecho extranjero	40
7. Ligamen	41
a) Interpretación	41
8. Crimen	42
a) Antecedentes	42
b) Interpretación	42
9. Privación permanente o transitoria de la razón	44
a) Antecedentes	44
b) Interpretación	46
c) Derecho extranjero	47
10. Sordomudo que no puede expresarse inequívocamente	49
a) Antecedentes	49
b) Interpretación	50
11. No mención del impedimento eugenésico	51
12. Supresión del impedimento de plazo de espera	51
ARTICULO 167	53
1. Dispensa del impedimento de falta de edad	53
a) Antecedentes	53
b) Interpretación	54
ARTICULO 168	57
1. Asentimiento para el matrimonio de los menores de edad	57
a) Antecedentes	57
b) Interpretación	58
c) El impedimento es impeditivo	59
d) Legislación proyectada	60
ARTICULOS 169 Y 170	63
1. Juicio de disenso	64
a) Antecedentes	64
b) Interpretación	64
2. Procedimiento	66
ARTICULO 171	67
1. Falta de aprobación de las cuentas de la tutela o curatela	67
a) Antecedentes	67
b) Interpretación	67

CAPITULO II

DE LOS IMPEDIMENTOS

CAPITULO III
DE LOS IMPEDIMENTOS

Art. 166 Son impedimentos para contraer el matrimonio:

- 1) La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación;**
- 2) La consanguinidad entre hermanos o medio hermanos;**
- 3) El vínculo derivado de la adopción plena, en los mismos casos de los incisos 1, 2 y 4. El derivado de la adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí, y adoptado e hijo del adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada;**
- 4) La afinidad en línea recta en todos los grados;**
- 5) Tener la mujer menos de dieciséis años y el hombre menos de dieciocho años;**
- 6) El matrimonio anterior, mientras subsista;**
- 7) Haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges;**

- 8) La privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere;
- 9) La sordomudez cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera.

Norma complementaria

Art. 6° de la ley 23.515 — Deróganse los artículos 26 y 27 de la ley 19.134

1. Los impedimentos matrimoniales

En la redacción vigente de los artículos del Código Civil, el número 166 corresponde al artículo 9 de la derogada ley 2393, del cual conserva sin modificaciones lo referente a los impedimentos de consanguinidad y de afinidad, la introduce de detalle en el de crimen, eleva la edad núbil, incorpora el parentesco por adopción desplazándolo de la ley 19.134 (art. 6° de la ley 23.515) con importantes reformas en cuanto al emergente de la adopción simple, configura claramente el impedimento de privación de la razón e incorpora el confuso de sordomudez.

Tal como la derogada ley 2393, no se menciona la calificación en impedimentos dirimentes e impedientes, esta última categoría suprimida en el derecho canónico, pero la concepción de unos y otros es la misma, esto es, los impedimentos dirimentes acarrear la anulación del vínculo contraído con algunos de ellos, y en los artículos 168 y 171 figuran impedimentos cuya violación no la provoca. Los impedi-

mentos incluidos en la enumeración del artículo 166 son dirimientes aunque el impedimento de sordomudez requiere consideración en particular al respecto.

2. Funciones de los impedimentos

La función preventiva de los impedimentos opera a través de la oposición al matrimonio y de la denuncia, previstas en los artículos 176, 177, 179 y siguientes, la primera, y 178 y 185 la segunda, y del deber jurídico del oficial público de negarse a la celebración (art. 195). Además de la sanción de nulidad, hay sanciones civiles para el contrayente (indemnización en los términos del art. 225 a favor del contrayente de buena fe). Las sanciones penales están, lógicamente, previstas en el Código Penal, cuyos artículos 134, 135 inciso 1 y 136, primero y segundo párrafos son aplicables sin alteración alguna ya que los impedimentos incluidos en las diferentes figuras penales descriptas se tipifican por comportar la anulación con nulidad absoluta del vínculo, lo que corresponde a la violación de los impedimentos de los incisos 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 166. En cuanto al artículo 137 del Código Penal, el elemento constitutivo de la figura es el consentimiento del representante legal para el matrimonio de menores que no han llegado a la edad núbil, cuyo matrimonio es pasible de nulidad relativa.

3. Parentesco por consanguinidad

a) Antecedentes

Los incisos 1 y 2 del artículo 9 de la derogada ley 2393 constituyen el antecedente mediato del texto analizado, incluido en todos los proyectos legislativos y textos con media sanción que incluían el tema. La diferencia entre los incisos 1 y 2 consiste en la supresión de las referencias al parentesco “legítimo” e “ilegítimo”, desactualizadas en su terminología a partir de la ley 14.367 y tácitamente derogadas en virtud de la ley 23.264 que emplea los términos “matrimonial” y “extramatrimonial”, suprimiendo toda diferencia entre las filiaciones, con extensión al parentesco.

Se trata de un impedimento de consagración universal y de razones que se imponen a la más superficial reflexión.

b) Interpretación

La actual amplitud para el ejercicio de las acciones de filiación disminuye el riesgo de que se presenten situaciones de hecho en que la imposibilidad de deducirlas impida la determinación de la existencia del impedimento. No obstante, la hipótesis no es descartable porque las acciones de estado caducan, el establecimiento de la verdadera filiación de una persona puede depender de la previa impugnación de aquella de que goza y casi todas las acciones son de sujeto activo único o únicos. Por ejemplo, si para demostrar que dos personas dispuestas a contraer matrimonio son medio hermanos fuera necesario establecer que la novia es hija extramatrimonial del padre matrimonial del novio, sería necesario que su progenitor la reconociera o que se accionara por reclama-

ción de la filiación. En ambos casos es indispensable destruir previamente la filiación matrimonial de que gozara (arts. 250 y 252) y esta acción sólo podría ser entablada por la misma hija, porque la impugnación por el marido de la madre habrá caducado al vencimiento del término de un año desde la inscripción del nacimiento o desde que tuvo conocimiento de él, arrastrando la de sus herederos (art. 259), y el verdadero progenitor no es titular de la acción. De esta manera, si la novia no entabla la impugnación, su verdadera filiación permanecerá oculta y tampoco resultará cognoscible la existencia del impedimento.

Estas observaciones, extensibles a otras hipótesis, ponen de manifiesto que continúa la cuestión antes planteada sobre si debe darse preeminencia al régimen legal de determinación de la filiación o si cabe prescindir de él ante la necesidad de hacer valer el impedimento de parentesco por consanguinidad. Un importante argumento en que se basaba la respuesta favorable al primer extremo de la alternativa, consistente en la última oración del artículo 9 que remitía la prueba del parentesco a lo prescrito en las disposiciones del Código, ha dejado de ser invocable porque la redacción vigente de la norma no incluye esta disposición; pero no hay otra vía para demostrar la concurrencia de la circunstancia definitoria de la prohibición matrimonial. Por lo tanto, considerando que ésta es de mayor trascendencia para los interesados directos, para su futura descendencia y para la sociedad, que el régimen legal de determinación del parentesco en el caso concreto, opinamos con Spota que es admisible el ejercicio de las acciones necesarias al solo efecto de poner de

relevancia la existencia del impedimento¹. Como argumento corroborante, es invocable el artículo 19 de la ley 19.134 que admite el reconocimiento y el ejercicio de la acción de filiación extramatrimonial para determinar la filiación biológica del hijo adoptado con adopción plena con la única finalidad de establecer el impedimento de parentesco por consanguinidad. La *ratio legis* que justifica una excepción de tal importancia es válida también para los supuestos incluidos en los dos primeros incisos del artículo 166.

El impedimento por consanguinidad es dirimente y el matrimonio celebrado, violándolo, sería anulable de nulidad absoluta (art. 219).

4. Adopción

a) Antecedentes

El impedimento de parentesco por adopción registra la historia de esa institución. Limitado por la ley 13.252, en su artículo 17, a los efectos de la adopción simple, única organizada por la misma, comprendía: a) el adoptante con el adoptado o alguno de sus descendientes; b) el adoptado con el cónyuge del adoptante y el adoptante con el cónyuge del adoptado; c) los hijos adoptivos del mismo adoptante entre sí, y d) el adoptado con un hijo del adoptante. Los impedimentos desaparecían con la revocación de la adopción. La ley 19.134, al incluir dos formas de adopción y caracterizándose la plena por la sustitución de la filiación de origen por

¹ SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil*, T. II, Vol. 1 (11), Buenos Aires, 1962, N° 24.

la adoptiva, con la única excepción de la subsistencia de los impedimentos matrimoniales con la familia de sangre, y la simple por la producción de efectos propios de hijo legítimo entre el adoptado y el adoptante, el régimen de impedimentos fue el siguiente: el hijo adoptado con adopción plena quedó sometido a un doble juego de impedimentos por razón de parentesco, el consanguíneo y el que tenía con los consanguíneos del adoptante, exactamente lo mismo que si fueran también consanguíneos suyos; para la adopción simple, los impedimentos estaban establecidos por el artículo 26 entre: a) el adoptante con el adoptado o alguno de sus descendientes y entre los hijos adoptivos entre sí; b) el adoptado con el cónyuge del adoptante y el adoptante con el cónyuge del adoptado. En cuanto a los efectos de la violación del impedimento, la ley 13.253 ejemplificó uno de los casos de matrimonios prohibidos sin sanción expresa de nulidad a que se aplicaban, según la opinión personal del intérprete, la doctrina de la especialidad de las nulidades matrimoniales con la consiguiente validez del vínculo, o la de la subsidiariedad con la consiguiente invalidez por violación del artículo 18 del Código Civil. La ley 19.134, por el contrario, dispuso expresamente que el matrimonio con los impedimentos resultantes de la adopción simple estaban afectados de nulidad absoluta (art. 27) y que las prohibiciones matrimoniales subsistían a pesar de la revocación de aquélla (art. 28 *in fine*). Los principales interrogantes planteados por la ley 19.134 consistieron: en la omisión de referencia expresa a los impedimentos en cuanto a la adopción plena, habiéndose entendido que surgían del artículo 14; en no aclarar qué hijos adoptivos en adopción simple no podían contraer matrimonio entre sí, habiéndose interpretado que quienes fueran

adoptivos de un mismo adoptante; y en no establecer impedimento entre el hijo adoptado en adopción simple y el hijo de sangre del adoptante, posible silencio involuntario por parte del legislador pero que el carácter estricto de las prohibiciones legales impedía suplir.

El proyecto aprobado por la Cámara de Diputados se limitó a decir: "El vínculo por adopción mientras subsista". La insuficiencia de la norma fue unánimemente criticada², también en la posición en mayoría de Comisión del Senado. El texto definitivo es el propuesto por Belluscio, reproducido en la propuesta de minoría de Comisión del Senado; se le aproximó mucho el del proyecto de los senadores Menem, Sánchez y Gass, menos completo que el texto vigente porque no contemplaba la adopción plena pero con una proposición interesante según la cual y siempre dentro de la adopción simple, si los adoptados de un mismo adoptante contrajeran matrimonio entre sí o con un descendiente del adoptante, el matrimonio sería válido extinguiéndose de pleno derecho el vínculo de adopción. Una disposición análoga no tan clara se leyó en el proyecto Pedrini y fue incompleta la del senador Leconte por no distinguir entre las adopciones.

b) Interpretación

b.1) *Derecho vigente*. Los impedimentos emergentes de la adopción se encuentran íntegramente legislados en el inciso 3 del artículo 166. Correlativamente han sido derogados

² BELLUSCIO, *...observaciones al proyecto...*, en la Ley Actualidad del 4 de noviembre de 1986; SCALA, *op. cit.*, etcétera.

en forma expresa los artículos 26 y 27 de la ley 19.134 (art. 6° de la ley 23.515).

b.2) *Adopción plena*. Sobre el hijo adoptado en adopción plena recaen los impedimentos establecidos en los incisos 1, 2 y 4 (parentesco por consanguinidad y parentesco por afinidad) con respecto a su familia de origen de los que, con obvio fundamento, no ha sido exceptuado, conservando su vigencia los artículos 14 y 19 de la ley 19.134 (“La adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales ...”; “Después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres de sangre ni el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquéllos, con la sola excepción de la que tuviere por objeto la prueba del impedimento matrimonial del artículo 14”).

Además, sobre el hijo adoptado en adopción plena recaen los impedimentos de los citados incisos 1, 2 y 4 del artículo 166 con respecto a los consanguíneos y al cónyuge del o los adoptantes como si él fuera un hijo de sangre de éste o éstos. El impedimento es dirimente sancionándose su violación con la nulidad absoluta del matrimonio (art. 219).

La adopción plena es irrevocable pero susceptible de nulidad (art. 30 de la ley 19.134): desaparecida la razón del impedimento por la sentencia que la anula desaparece la prohibición legal. No ha sido expresamente prevista la consecuencia antedicha en materia de adopción plena pero se desprende claramente de las propias de la nulidad de los actos jurídicos.

b.3) *Adopción simple*. Sobre el adoptado en adopción simple subsisten todos los impedimentos por consanguinidad y afinidad con respecto a su familia de origen, ya que los derechos y deberes que resultan del vínculo de sangre no quedan extinguidos por la adopción con excepción de la patria potestad (art. 22, ley 19.134 y 306 inc. 5, ley 23.264).

Además, sobre el adoptado con adopción simple recaen impedimentos matrimoniales que, junto a efectos sucesorios (art. 25 de la ley 19.134), demuestran que la proyección de la adopción se extiende más allá de adoptante y adoptado. Estos impedimentos aparecen claramente enumerados y comprenden al adoptante con el adoptado, sus descendientes y su cónyuge, al adoptado con el cónyuge del adoptante, a los hijos adoptivos de un mismo adoptante, y al adoptado con el hijo de sangre del adoptante. Han sido superadas las carencias y deficiencias del artículo 26 de la ley 19.134, expresamente derogado.

La adopción simple es revocable y pasible de nulidad (arts. 28 y 30 de la ley 19.134). En ambos casos, los impedimentos emergentes de la misma desaparecen al extinguirse el vínculo. Esta importante consecuencia está expresamente dispuesta en la oración final del inciso 3 y comporta la derogación tácita por incompatibilidad de contenidos, del precepto con que termina el artículo 28 de la ley 19.134 en cuanto hace a la subsistencia de los impedimentos matrimoniales a pesar de la revocación de la adopción simple. Obsérvese que la revocación puede resultar imposible si no hay motivos de indignidad o de negación injustificada de alimentos y la muerte del adoptante o el adoptado impide el acuerdo al respecto. En tal hipótesis la perduración del impedimento resulta inevitable.

La doctrina se muestra acertadamente favorable a la no subsistencia de los impedimentos por adopción cuando ésta es revocada³.

El impedimento por razón de adopción simple es dirimente con sanción de nulidad absoluta para el matrimonio celebrado con el mismo (art. 219). La norma es correcta pues "mientras la familia adoptiva subsiste, dada su asimilación a la constituida sobre los lazos de sangre, hay que interpretar que el orden público —aunque no el orden natural— está tutelado con la nulidad"⁴.

5. Parentesco por afinidad

a) Interpretación

No existe ninguna diferencia entre el impedimento por parentesco por afinidad en el régimen vigente y en el derogado de la ley 2393. Las cuestiones planteadas con respecto a la afinidad cuando el parentesco consanguíneo en cuestión era extramatrimonial (por ejemplo, prohibición del matrimonio entre la viuda y el hijo extramatrimonial del cónyuge difunto) han desaparecido con la unidad de las filiaciones y el parentesco que consagró la ley 23.264. Los efectos previstos para el matrimonio putativo (arts. 221 y 222) no consideran al parentesco por afinidad creado por las nupcias y subsistente durante la vigencia de la unión viciada. El silencio de la norma debe interpretarse como excluyente del im-

³ Ver BELLUSCIO, Augusto César, *Derecho de Familia*, T. I, Buenos Aires, 1974, N° 174.

⁴ MAZZINGHI, Jorge Adolfo, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, 1971, T. I, N° 40.

pedimento que queda entre los efectos del matrimonio válido extinguidos por la sentencia de anulación. Idénticos resultados es preciso atribuir a la sentencia de divorcio. Según se ha hecho notar, los adoptados con adopción plena o simple continúan afectados por el impedimento por afinidad que corresponde a su parentesco consanguíneo. El cónyuge del adoptante pleno está impedido de contraer matrimonio con el hijo adoptado de su consorte difunto pues la situación de aquél es la misma de un hijo de sangre. La prohibición del matrimonio entre el cónyuge del adoptante simple y el adoptado y entre el cónyuge del adoptado y el adoptante simple, expresamente dispuesta en el inciso 3 del artículo 166, es similar a la afinidad⁵. El impedimento por afinidad es dirimente con sanción de nulidad absoluta (art. 219).

b) Derecho extranjero

Algunas legislaciones extranjeras consideran que el fundamento ético del impedimento por afinidad existe en la línea colateral cuando el vínculo se ha disuelto por divorcio. Los artículos 162 y 164 del Código Civil francés, por ejemplo, prohíben el matrimonio entre cuñados admitiéndose la dispensa. En Bélgica rigen normas similares pero el impedimento cesa con la muerte del cónyuge que causó la afinidad. El inciso 4 del artículo 242 del Código de Perú establece el impedimento por afinidad en el segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio que produjo este parentesco se disolvió por divorcio y el ex cónyuge vive.

⁵ BELLUSCIO, *Derecho* cit., T. II, N° 438.

6. Falta de edad

a) Antecedentes

La redacción del inciso 5 del artículo 166 del Código Civil según la ley 23.515, culmina una evolución que registra tres etapas a partir de la ley 2393, a saber: en el inciso 4 del artículo 9 de la ley matrimonial se estableció como edad mínima para contraer matrimonio, la de doce años en la mujer y catorce en el varón, conforme al derecho de la Iglesia Católica vigente en ese momento; en el artículo 14 de la ley 14.394 la edad nupcial fue elevada a los catorce y dieciséis años para la mujer y el varón respectivamente, adecuándolas a las establecidas por el Código de Derecho Canónico de 1917; el inciso analizado del vigente artículo 166 efectúa una nueva elevación fijando la edad núbil en los dieciséis años para la mujer y dieciocho para el varón. En la etapa comprendida entre la norma de 1954 y la actual, la Argentina ratificó la convención de Nueva York de 1962 (ley 18.444) cuyo artículo 2 dispone que los Estados partes de la misma adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio, aspecto que ya era derecho efectivo en nuestro país.

La doctrina anterior a la ley 23.515 se había pronunciado con matices con respecto al tema. Aceptada la edad de catorce y dieciséis años por algunos autores, en el entendimiento de que es suficiente un grado mínimo de evolución sexual y mental como requisito para adquirir el derecho a contraer matrimonio y que las limitaciones a la libertad de celebrarlo deben mantenerse en un nivel de prudencia al que

respondía la ley en ese entonces⁶, era propiciada por otros la elevación “ya que en las condiciones actuales de la sociedad argentina no puede sostenerse como razonable la posibilidad de que contraiga matrimonio un varón de dieciséis años o una mujer de catorce. La evolución de la civilización hace que demande cada vez mayor tiempo la preparación de los jóvenes para afrontar un paso tan trascendental como el matrimonio; la ley civil tiene derecho a exigir que la unión matrimonial se concierte en un momento en que puedan darse mínimas garantías de organización de un hogar estable y de dirección adecuada de los hijos, las que no pueden existir a las edades contempladas (por la ley 14.394)”⁷. Incluso se señalaron aportes científicos que comprueban que el acceso a la plena madurez para el matrimonio se cumple en la faz final postpuberal y que la función reproductiva en sí misma llega a su madurez cuando se completa el crecimiento: “mientras tanto, la inmadurez orgánico-sicológica de los progenitores repercute desfavorablemente sobre ellos y su prole, que debe soportar toda su vida signos de empobrecimiento orgánico”⁸.

Las mencionadas posiciones doctrinarias se reflejaron en los proyectos de reforma del Código Civil: los de Bibiloni y 1936 fijan la edad núbil en los dieciséis años para la mujer y los dieciocho para el varón, mientras que el proyecto de 1954 mantiene el límite en los catorce y dieciséis años respectivamente. Durante el trámite parlamentario de la ley 23.515, el diputado Pedrini propuso fijar la edad núbil en los dieciocho

⁶ MAZZINGHI, *Derecho* cit., T. I, N° 46.

⁷ BELLUSCIO, *Derecho* cit., T. I, N° 176.

⁸ Idem.

años para uno y otro sexo. El texto con sanción de Diputados mantuvo las edades de la ley 14.394. Por su parte, la Comisión de Legislación General, Minoridad y Familia criticó, en el despacho de mayoría y siguiendo conceptos de Belluscio⁹, un límite que consideró superado en prudencia por la edad de dieciocho años para varón y mujer, máxime teniendo en cuenta que existe posibilidad de dispensa. En su defecto, se inclinó por las pautas del Proyecto de 1936. La minoría de la citada Comisión se mantuvo en las edades de catorce y dieciséis años. Fue una propuesta del senador de la Rúa la que determinó que, finalmente, fuera aumentada. Fundó su alternativa en la finalidad de garantizar mayor libertad y discernimiento en el compromiso que se asume, dado que ahora, acotó, se permitirá celebrar un nuevo matrimonio¹⁰.

b) Valoración

El criterio que predominó es plausible. La exigencia de mayor edad para la celebración de las nupcias pone de relieve que no se trata sólo de aptitud sexual, sino que la felicidad de los cónyuges depende de la madurez síquica y afectiva con que se decide el futuro personal, que el interés de la prole exige de sus progenitores las aptitudes adecuadas para satisfacer sus deberes para con ella y que el interés social se encuentra también comprometido en que las uniones se concierten con máxima reflexión.

⁹ Esta y otras referencias a la posición de la Comisión de Legislación General y de Familia y Minoridad del Senado de la Nación figuran en Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación del 16 de mayo de 1987.

¹⁰ Ver Diario de Sesiones del Honorable Senado de la Nación del 7/8 de mayo de 1987, p. 187.

c) Impedimento de falta de edad de los divorciados que no han cumplido veintiún años

Nos remitimos infra al comentario del artículo 133.

d) Interpretación

El impedimento de falta de edad es dirimente, con sanción de nulidad relativa si es violado (art. 220, 1) y ofrece el único ejemplo de prohibición legal matrimonial susceptible de dispensa (art. 167).

e) Derecho extranjero

Las legislaciones extranjeras presentan un panorama variado que refleja las peculiaridades de cada sociedad (caracteres raciales, historia, religión). La tendencia moderna se inclina decididamente por elevar la edad núbil¹¹. Entre las legislaciones más recientes, la ley italiana de 1975 ha modificado la establecida en el Código de 1942 aumentándola a la edad de la mayoría, con un sistema riguroso de dispensa que permite excepcionalmente el matrimonio a partir de los dieciséis años (art. 84). Tampoco son hábiles para contraer matrimonio los menores de edad en la legislación española vigente salvo que estuvieran emancipados (art. 46, 1, la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años, art. 315) y la dispensa hace accesible el matrimonio a quienes tengan catorce años cumplidos (art. 48).

El nuevo Código de Derecho Canónico (1983) no ha modificado las edades de catorce y dieciséis años cumplidos pero

¹¹ Ver el derecho extranjero en BELLUSCIO, *Derecho* cit., T. I, N° 180.

dispone expresamente que cada Conferencia Episcopal puede establecer una edad superior (canon 1083), lo que posibilita que se proceda así para el caso de los católicos argentinos.

7. *Ligamen*

a) Interpretación

El impedimento de ligamen (vínculo anterior subsistente), propio de la monogamia, no ha recibido modificación alguna con la ley 23.515 en forma directa pero sí importantísima indirectamente, dada la introducción del divorcio vincular en nuestro derecho. La misma ley ha consagrado en el artículo 213 las hipótesis de disolución del matrimonio, consistentes en la muerte de uno de los cónyuges, el matrimonio que celebrare el cónyuge del muerto presunto y la sentencia de divorcio vincular a lo que ha de agregarse la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio (art. 216)¹².

También recuperan su aptitud nupcial los consortes de un matrimonio anulado para quienes están prohibidas nuevas nupcias mientras la sentencia no haya sido dictada aunque ambos hayan actuado de mala fe, no obstante, si las nuevas nupcias se hubieran contraído antes de la sentencia, quedarían convalidadas únicamente en este último supuesto pues a la unión corresponde entonces la categoría de concubinato, pero es suficiente que uno solo de los contrayentes

¹² D'ANTONIO, Daniel Hugo, *Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515. Separación personal. Divorcio vincular, etcétera*, Santa Fe, 1987, comentario al artículo 213.

del matrimonio viciado haya obrado de buena fe para que el segundo matrimonio resulte afectado por el impedimento de ligamen, conforme a las fórmulas iniciales de los artículos 221 y 222 que extienden la eficacia del matrimonio anulable hasta la sentencia de nulidad. La referencia al cónyuge de buena fe, como exclusivo sujeto de los efectos positivos de la unión viciada en el segundo texto citado, no impide que las mismas consecuencias recaigan sobre el otro contraente¹³.

El impedimento es dirimente con sanción de nulidad absoluta (art. 219).

8. Crimen

a) Antecedentes

El impedimento de crimen conserva la esencia del dispuesto en el inciso 6 del artículo 9 de la derogada ley 2393. Las diferencias con el texto del inciso 7 del artículo 166 según la ley 23.515 son solamente terminológicas y la fórmula vigente, que es la del proyecto con media sanción de la Cámara de Diputados y de Comisión en minoría del Senado, ha mejorado la sustituida con una redacción más técnica.

b) Interpretación

La precedente observación es importante al poner de relevancia la actualidad de la rica doctrina elaborada sobre el

¹³ En el mismo sentido MAZZINGHI, *Derecho* cit., N° 41.

impedimento¹⁴. Esta elaboración coincide en interpretar gramatical y estrictamente la norma, como corresponde, exigiendo que para la existencia de impedimento entre el homicida y el cónyuge de su víctima, aquél debe ser autor de homicidio doloso (el “autor voluntario” de la ley 2393) o cómplice o instigador (razonablemente equiparado a autor material y ahora mencionado en forma expresa), consumado, con sentencia condenatoria, en principio, siendo indiferente la existencia de relaciones adúlteras con el consorte de la víctima o de ánimo de celebrar nupcias con el mismo.

No se ha previsto el supuesto de conyugicidio, de manera que el autor o autora del homicidio doloso del consorte, así lo haya ejecutado para contraer matrimonio con un tercero, es hábil para hacerlo siempre, es lógico, que éste haya permanecido ajeno al crimen¹⁵.

Tampoco han sido superadas algunas cuestiones opinables que siguen resueltas según la doctrina predominante, por ejemplo, la posibilidad de demostrar la autoría en sede civil; la eficacia para anular el matrimonio, de la sentencia y aun del descubrimiento del delito posteriormente a la celebración de aquél; la permanencia de la prohibición legal pese al cumplimiento de la pena, del indulto, de la prescripción de la acción penal y de la pena, de la amnistía.

El impedimento es dirimente con sanción de nulidad absoluta (art. 219).

¹⁴ Además de su exposición en los tratados de Derecho de Familia, señalamos especialmente: D'ANTONIO, Daniel Hugo, *El impedimento matrimonial de crimen*, en *El Derecho* 46, 819 y reproducido en *Banco de datos del Derecho de menores y de familia*, Rosario, 1983, p. 177 y ss.

¹⁵ MAZZINGHI, *Derecho* cit., T. I, N° 42.

9. Privación permanente o transitoria de la razón

a) Antecedentes

La disposición del inciso 8 del artículo 166 exhibe uno de los trámites más elaborados de la redacción definitiva de la ley 23.515. La conflictiva expresión “la locura” del inciso 7 del artículo 9 de la derogada ley 2393 fue reemplazada por fórmulas muy distintas en su expresión y contenido en los diferentes proyectos de los legisladores. En el del diputado Pedrini se propuso constituir en impedimento “la incapacidad por carencia de uso de razón, por enfermedad habitual o perturbación transitoria”; en el de los diputados Perl, Fappiano, Mac Karthy y Pedrini, “carecer de suficiente uso de razón”; en el de los diputados Horta, Macedo de Gómez y Piucill, “la insania mental por pérdida circunstancial o permanente de la razón”. El proyecto de los senadores Menem, Sánchez y Gass propició la expresión “la demencia declarada en juicio”. El proyecto con media sanción de la Cámara de Diputados, se inclinó en este sentido usando la fórmula “la interdicción por demencia declarada en juicio” e incorporó un texto con el número 175 —sugerido en el proyecto de Menem y otros— en el capítulo relativo al consentimiento matrimonial, del siguiente tenor: “Es inválido el consentimiento prestado por quien se encontrare en el momento de celebrarse el matrimonio, privado de razón”.

La crítica a esta caracterización del impedimento fue general, objetándosele el reducirlo a la interdicción por demencia desplazando la consideración de la enfermedad mental en sí misma, a pesar de que el reproducido artículo 175 erigía en causal de invalidez del matrimonio la falta de discernimiento que podría resultar de la demencia de hecho o de

otra causa. La mayoría de Comisión del Senado hizo suya la crítica de Belluscio: “No es valioso sustituir el actual impedimento de locura por el de interdicción por demencia, dejando de lado la situación del demente de hecho (no declarado tal en juicio) y la del interdicto curado pero no rehabilitado judicialmente. Aunque la situación del demente de hecho se traslada al artículo 175, incluyendo la privación accidental de la razón, no se trata sólo de un problema de validez del consentimiento prestado por el presunto insano, sino también del error de quien se casa con él, que es lo que normalmente ha dado lugar a juicios de nulidad de matrimonio por este impedimento”. Asimismo estimó más adecuado un texto que dijera “la privación permanente o transitoria de la razón”. La doctrina subrayó lo reprochable de que el oficial público estuviera obligado a celebrar el matrimonio a pesar de la evidencia de la locura de un contrayente por no hallarse interdicto¹⁶ y de que un padre no pudiera oponerse al matrimonio de su hijo en la misma situación¹⁷.

Estas hesitaciones reflejan las dificultades de interpretación que rodearon la del texto de la ley 2393. La doctrina y las resoluciones jurisprudenciales oscilaron entre entender por “locura” el estado de únicamente los dementes interdictos, otros por comprender la enfermedad mental al margen de la incapacidad declarada. Debe verse como un evidente progreso lógico la ubicación de una sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala A, sobre un voto de Aráuz Castex, que

¹⁶ SCALA, *op. cit.*, II.

¹⁷ VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Ley de matrimonio civil: observaciones al proyecto*, en La Ley del 28 de noviembre de 1986, V.

configuró el impedimento en la locura, la demencia, con total independencia de la interdicción¹⁸.

b) Interpretación

La “privación de la razón” significa falta de discernimiento¹⁹, elemento interno de la voluntad que es básico porque sin él no cabe hablar de intención ni de libertad. El discernimiento, enseña Llambías, es la versión jurídica de esa potencia del alma que los filósofos denominan “entendimiento” o “inteligencia”²⁰. Su carencia es verdaderamente obstativa de la voluntad y, por tanto, del consentimiento, de manera que el matrimonio celebrado sin discernimiento se ajusta mejor a la idea de inexistencia que a la idea de invalidez. La ley se ha inclinado por constituirlo en impedimento con sus funciones propias (oposición, denuncia, abstención del oficial público) con la sanción de nulidad relativa para el matrimonio celebrado violando la prohibición legal (art. 220, 2). La opción del legislador es aceptable porque aun la privación del discernimiento por enfermedad es susceptible de grados que deberán ser apreciados por el juez²¹. Además, la inexistencia despojaría tanto al contrayente privado de razón como al otro, que lo hubiera ignorado, de las ventajas de la buena fe.

La fórmula legal es sumamente amplia: están impedidos

18 La Ley 71, 340 y Jurisprudencia Argentina 1953-III, 444.

19 En igual sentido: ZANNONI, Eduardo A., *Régimen de matrimonio civil y divorcio. Ley 23.515*, Buenos Aires, 1987, p. 24.

20 LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Buenos Aires, 1984, T. II, N° 1368.

21 MAZZINGHI opina así con respecto a la privación de la razón por causas distintas de la enfermedad mental, *Derecho cit.*, T. I, N° 123.

de celebrar matrimonio el “débil mental” y el enfermo mental interdicto o no interdicto que carece de discernimiento en el momento del acto, el mentalmente sano que se encuentra privado de discernimiento por el efecto de una droga o de un accidente que le ha causado esa consecuencia. Correlativamente, es hábil para contraer matrimonio el que padece una enfermedad mental, interdicto o no interdicto, pero que goza de discernimiento en el momento de la ceremonia.

La interdicción del sujeto afectado trasciende en cuanto a la carga de la prueba: quien sostenga que consintió lúcidamente deberá probarlo, mientras que tratándose de un demente no interdicto o de otra causa de privación de la razón, es ésta la que deberá demostrarse.

La reglamentación de la acción de nulidad por este impedimento no armoniza con su caracterización porque parece circunscribir la figura del afectado por la falta de razón al demente interdicto, al mencionar al “incapaz” como sujeto de la acción, siendo los otros titulares aquellos que hubieran podido oponerse al matrimonio y el contrayente dotado de razón²².

c) Derecho extranjero

Es interesante acotar que el Código de Derecho Canónico vigente incluye otras situaciones distintas de la falta de razón pero vinculadas con ella como causales de anulación del matrimonio: así el “insuficiente uso de razón” (canon 1095, inc. 1) que en la doctrina de las condiciones internas del acto voluntario en derecho argentino correspondería a

²² D'ANTONIO, *Régimen legal* cit., comentario al artículo 220, 2°.

la primera causal obstativa del discernimiento, la inmadurez, conforme al párrafo inicial del artículo 921 del Código Civil, figura que aparece cubierta en nuestro régimen matrimonial por el impedimento de falta de edad pero no con total correspondencia; asimismo, la situación de “quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza síquica” (canon cit., inc. 3). Los comentaristas del Código ejemplifican estos supuestos con verdaderas patologías síquicas, generalmente próximas a enfermedades que llegan a privar de razón al paciente pero que no siempre culminan en semejante consecuencia. Estas normas canónicas tuvieron influencia en algunas propuestas legislativas previas a la sanción de la ley 23.515, aunque no siempre ubicadas en el tema de los impedimentos²³.

En una fórmula clara y completa, el artículo 120 italiano según la ley de 1975, titulado *Incapacidad para entender y para querer*, dispone: “El matrimonio puede ser impugnado por aquel de los cónyuges que, aunque no interdicto, pruebe haber sido incapaz de entender o de querer, por cualquier causa aunque transitoria, al momento de la celebración del matrimonio”. Opera como causal de anulación.

El artículo 277, inciso 4 del Código Civil peruano, dice: “Es anulable el matrimonio... de quien no se halla en el pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera...” Aparte, en el artículo 274: “Es nulo el matrimonio... 1. Del enfermo mental aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto o aquél tenga inter-

²³ Proyectos de Perí, individual y con Fappiano, Mac Karthy y Pedrini; de Horta y otros; de Leconte.

valos lúcidos". La enfermedad mental crónica aun con intervalos lúcidos es impedimento (art. 241, inc. 3).

Importa tener presente que los proyectos de reforma del Código Civil incluyeron como impedimento, junto a la interdicción por demencia, la "perturbación enfermiza del espíritu excluyente del discernimiento o de la voluntad" no pasajera por naturaleza, y la embriaguez habitual y el uso "indebido y persistente" de "tóxicos enervantes".

10. Sordomudo que no puede expresarse inequívocamente

a) Antecedentes

La derogada ley 2393 contemplaba la situación del sordomudo en el artículo 10 refiriéndose a los que no saben hacerse entender por escrito (requisito de su interdicción, art. 153 del Código Civil) y exigiendo para su matrimonio el consentimiento del curador o el judicial supletorio. Se trató de un precepto pasible de crítica negativa que no le fue escatimada por la doctrina por involucrar a un incapaz de obrar con incapacidad absoluta y resultar imposible prácticamente la expresión de su voluntad.

El impedimento dirimente para el sordomudo que no sabe hacerse entender por escrito fue incluido en los Anteproyectos de Bibiloni y de 1954 y en el Proyecto de 1936.

La redacción de la ley reformadora sancionada por la Cámara de Diputados, continuando el inciso 8 del artículo 166 y después de lo relativo al interdicto por demencia, mencionaba a "quien encontrándose en estado de sordomudez, no pueda manifestar su voluntad de modo inequívoco". La Comisión del Senado, por mayoría, haciéndose eco de la

crítica de Belluscio, sostuvo que la consideración del sordomudo debía efectuarse en un inciso aparte y limitando el impedimento a aquel que no pudiera hacerse entender por escrito, única figura considerada en el Código Civil. Ninguna referencia al respecto apareció en el proyecto presentado al Senado por la Comisión en minoría.

b) Interpretación

Es obvio que el impedimento no se refiere al sordomudo interdicto por serlo, sino que éste queda incluido en el texto solamente si no posee otra forma de expresarse inequívocamente. La prohibición comprende, además, al que se encuentre en la mentada situación de hecho sin haber sido interdicto.

No se prevé sanción para el matrimonio que, más allá de toda posibilidad, se hubiera celebrado en violación del impedimento. No se encuentra, en efecto, en el contenido de los artículos 219 y 220. El vacío legal es comprensible porque el consentimiento inexpresado no es consentimiento y la falta de consentimiento determina la inexistencia del matrimonio y no su invalidez (art. 172). Zannoni participa de este criterio y señala que el legislador ha incurrido en error incluyendo la hipótesis entre los impedimentos porque cae de por sí dentro de la comprensión del artículo 172, es decir, conforma un caso de inexistencia matrimonial²⁴.

²⁴ ZANNONI, *op. cit.*, p. 24/25.

11. No mención del impedimento eugenésico

La prohibición matrimonial dispuesta en la ley N° 12.331 que recae sobre los que padecen enfermedad venérea en período de contagio, no ha sido incorporada al Código Civil continuando vigente en virtud de la citada ley. El artículo 187, inciso 4 se refiere a los certificados prenupciales.

12. Supresión del impedimento de plazo de espera

El impedimento impediende de los artículos 93 y 94 de la ley 2393 no ha sido reproducido por la ley 23.515. El régimen vigente de determinación de la paternidad matrimonial, según la ley 23.264, lo hace innecesario, si bien el problema que pretendía evitar también tenía solución antes de ésta.

Art. 167 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 pretenden casarse y los padres o representantes legales del que fuera menor.

1. Dispensa del impedimento de falta de edad

a) Antecedentes

La falta de edad es impedimento dispensable, en la ley argentina, desde la elevación de las edades mínimas para contraer matrimonio dispuesta en el artículo 14 de la ley 14.394. Se establecieron allí dos excepciones a la prohibición de celebrarlo con menor edad de la exigida, a saber, cuando la mujer hubiera concebido de aquel con quien pretendía casarse y en los supuestos contemplados en el artículo 132 del Código Penal, en que la autorización era acordada por el juez de la causa acatando las condiciones establecidas en dicha norma. Al margen del tecnicismo acertado o no del empleo del término “dispensa” para referirse a ambas hipó-

tesis o a alguna de ellas, importaba destacar que el impedimento encontraba vías de superación dentro del texto legal. Por tal motivo no constituyó una novedad el precepto de la Convención de Nueva York que exceptúa del requisito de falta de edad la hipótesis en que sea dispensado por autoridad competente, con causas justificadas y en interés de los contrayentes, si bien pudo discutirse el efecto derogatorio de esta norma, considerada autoejecutoria, sobre el derecho interno.

Los diversos proyectos de reforma de la ley matrimonial incluyeron las excepciones ya sea ajustándose a las figuras del artículo 14 de la ley 14.394 (Horta y otros, Menem-Sánchez-Gass, Comisión en minoría del Senado) como desprendiéndose de ellas y confiriendo, correlativamente, mayor margen decisorio al juez (Pedrini, Comisión en mayoría del Senado según propuesta de Belluscio).

b) Interpretación

El texto sancionado definitivamente elude la casuística del artículo 14 de la ley 14.394 y estructura la dispensa del impedimento de falta de edad con carácter excepcional según el criterio judicial que apreciará exclusivamente el interés de los menores, a instancia del incapaz, por sí mismo si es adulto o a través del Ministerio de Menores en caso contrario. El procedimiento es breve y consiste en una audiencia en que serán escuchados personalmente los pretendidos contrayentes y sus padres o representantes legales. Es razonable que el juez esté facultado para tomar las providencias que estime convenientes a los efectos de agotar su infor-

mación sobre la situación de hecho planteada y de profundizar su conocimiento de los directamente interesados.

La dispensa del impedimento de falta de edad no suple el asentimiento de los progenitores o del o los tutores que el artículo 168 exige para todo matrimonio de menores de edad. Parece sobreabundante requerir todo el trámite del juicio de disenso en el supuesto de que los representantes del o los menores rehúsen prestar su asentimiento, siempre que los extremos en que pueden fundar su negativa hayan sido considerados por la autoridad competente antes de hacer lugar a la dispensa. Pero conviene dejar constancia de ambas decisiones (dispensa y venia supletoria) en la resolución judicial.

Art. 168 Los menores de edad, aunque estén emancipados por habilitación de edad, no podrán casarse entre sí ni con otra persona sin el asentimiento de sus padres, o de aquel 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.

1. Asentimiento para el matrimonio de los menores de edad

a) Antecedentes

El requisito del asentimiento paterno, tutelar o judicial para el matrimonio de los menores de edad figuró en los artículos 168, 177 y 373 del texto originario del Código Civil y en los artículos 10 y 13 de la derogada ley 2393. El antecedente legal más inmediato es este mismo artículo 10 en la redacción que le impuso la ley 23.264, referido a los menores con edad núbil, que se definió en cuanto a la exigencia del requisito para el matrimonio de los emancipados por habilitación de edad.

En forma similar pero no siempre idéntica, el impedimento y su sanción fue incluido en los proyectos de Pedrini, Horta y otros, en la sanción de Diputados y en la propuesta de Comisión en minoría de la Cámara de Senadores.

b) Interpretación

b.1) Necesitan asentimiento para contraer matrimonio todos los que no hayan cumplido veintiún años, sean mujeres mayores o menores de dieciséis o varones mayores o menores de dieciocho.

b.2) La emancipación por habilitación de edad (art. 131) no comporta la eximición del impedimento. En cuanto a los emancipados por matrimonio, es preciso remitirse al artículo 133 porque éste suspende su aptitud nupcial, cuando el matrimonio se ha disuelto por cualquier causa, hasta que lleguen a la mayoría de edad.

b.3) El artículo 168 debe interpretarse armónicamente con el régimen vigente de patria potestad que, sin duda, no ha querido modificarse al usar la expresión “aquel que ejerza la patria potestad”, dado que el asentimiento debe provenir de ambos progenitores a pesar de que el ejercicio de aquélla corresponda al que tiene la tenencia del hijo (art. 264, inc. 2 y 5, segunda oración).

Es necesario el asentimiento de quienes se especifican a continuación en sus respectivos casos:

b.3.1) Del padre y la madre conforme a lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 264 quater, es decir, del padre y la madre matrimoniales convivientes (inc. 1 del art. 264), del padre y la madre extramatrimoniales reconocientes, convivientes o no (inc. 5 del art. 264), del padre y la madre extramatrimoniales declarados o uno reconociente y el otro declarado, convivientes (interpretación integradora de las nor-

mas pertinentes)²⁵, del padre y la madre separados personalmente, divorciados, con matrimonio anulado o separados de hecho (párrafo inicial del art. 264 quater, su remisión al inc. 2 del art. 264, e inc. 1 del art. citado en primer término).

b.3.2) Del padre o madre matrimonial o extramatrimonial, reconociente o declarado, sobreviviente o que conserva la patria potestad si el otro progenitor está privado o suspendido en ella (art. 264, inc. 3); del padre o madre extramatrimonial único reconociente o único declarado (art. 264, inc. 4 y 6).

b.3.3) En defecto de padre y madre, del tutor.

b.3.4) En defecto también de tutor, del juez.

c) El impedimento es impediente. El matrimonio celebrado sin el requisito del asentimiento exigido, es válido y emancipa a los esposos que quedan sometidos a todos los efectos del matrimonio comprendiendo el régimen patrimonial matrimonial.

La sanción por la violación del impedimento está dispuesta en el segundo párrafo del artículo 131 del Código Civil en redacción de la ley 17.711 y consiste en la privación de la administración y disposición de los bienes recibidos o que reciban los cónyuges a título gratuito, bienes con respecto a los cuales continúa el régimen de los menores, salvo ulterior habilitación. La sanción no existe, por lo tanto, para

²⁵ Exponemos los fundamentos de esta opinión en nuestra obra *Bienes de los hijos. Administración. Disposición. Usufructo*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1987, N° 6, donde citamos asimismo las posiciones doctrinarias opuestas.

el menor que ya está habilitado y contrae matrimonio sin el debido asentimiento, lo que profundiza la crítica que merece la inútil acumulación de las dos formas de emancipación: la producida por el matrimonio y la determinada por una posterior habilitación de edad, cuando sería suficiente con que el asentimiento posterior a la celebración del matrimonio fuera anotado con nota de referencia en el acta respectiva²⁶.

d) El proyecto de unificación de la legislación civil y comercial, que tiene estado legislativo a la fecha (junio de 1987) y sanción de la Cámara de Diputados, fija la mayoría de edad en los dieciocho años (art. 126), suprime la habilitación de edad, modifica el artículo 133, como se verá en su lugar y en el artículo 264 quater menciona el requisito de la autorización paterno-materna para el matrimonio de la hija (inc. 1). Se efectúa de esta manera una omisión importante porque el varón puede contraer matrimonio antes de los dieciocho años si su edad es dispensada y, en principio, necesita asentimiento de sus progenitores (supra, com. al art. 167, b).

En el artículo 168, omite la frase "por habilitación de edad", de manera que los emancipados por matrimonio anulado o disuelto por divorcio o muerte del cónyuge, aparecen

²⁶ Sobre la "ulterior habilitación", ver nuestro trabajo *Situación jurídica de los emancipados por matrimonio y por habilitación de edad*, en *Jurisprudencia Argentina 1969 - Doctrina*, 409 y ss., II, a. En igual sentido, BELLUSCIO, *Tratado* cit., T. I, N° 211; RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael, *Los menores emancipados*, en *Jurisprudencia Argentina 1969 - Doctrina*, 556; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Código Civil anotado*, T. I, comentario al artículo 131, 3, etcétera.

ARTICULO 168

necesitando asentimiento paterno-materno, tutelar o judicial para contraer nuevas nupcias²⁷.

e) Las disposiciones de los artículos 187, inciso 2; 189 y 191, inciso 5, son correlativas del artículo 168.

f) Observa Busso que la intervención judicial en materia de autorización matrimonial puede revestir dos formas, una es supletoria y se presenta cuando el juez concede dicha autorización al menor que no tiene padre, madre ni tutor. La segunda se presenta cuando éstos se oponen al matrimonio²⁸ y se produce mediante el juicio de disenso legislado en los artículos 169 y 170.

El asentimiento judicial supletorio requiere un proceso de información voluntaria con intervención del Ministerio de Menores. La competencia es la que se indica para el disenso.

²⁷ En el artículo 306, el proyecto con media sanción suprime el calificativo "legal" aplicado a la emancipación.

²⁸ BUSO, Eduardo B., *Código Civil anotado*, T. II-A, Buenos Aires, 1958, comentario al artículo 10 de la ley 2393, N° 14.

Art. 169 En el 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:

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

Art. 170 El juez decidirá las causas de disenso en juicio sumarísimo, o por la vía procesal más breve que prevea la ley local.

1. Juicio de disenso

La negativa de los padres o tutores al matrimonio de los menores puede dar lugar al juicio de disenso si el interesado plantea la cuestión judicialmente.

a) Antecedentes

Los artículos 11, 23 y 24 de la ley 2393, este último redacción de la ley 17.711, constituyen el antecedente mediato de los textos aquí considerados. La necesidad de que se expresen motivos, cualquiera sea la edad del menor, fue propiciada en el Anteproyecto de Bibiloni, en el proyecto de 1936, artículo 346 y en el anteproyecto de 1954, artículo 422.

El proyecto que obtuvo sanción de la Cámara de Diputados de la Nación disponía en el artículo 170: "El juez decidirá de las causas de disenso en juicio privado e informativo. En caso de tratarse de menores de dieciocho años el juez deberá, previamente, requerir un informe pericial psicológico". La Comisión en mayoría del Senado objetó la expresión "juicio informativo" imposible de precisar y señaló, prudentemente, que no debe olvidarse "que se legisla para todo el país y no para la Capital Federal y las grandes ciudades" y que "es dudoso que en zonas rurales o poblaciones menores pueda acudir a sicólogos". El texto vigente es el de la propuesta de minoría de Comisión del Senado.

b) Interpretación

b.1) El juez civil es el competente. En la provincia de Santa Fe, son competentes los Tribunales Colegiados de Instancia única en lo Civil dentro de su competencia territorial.

b.2) La acción es promovida por el menor mismo según expresa claramente el párrafo introductorio del artículo 169, debiendo recordarse lo explicado en cuanto a la dispensa del impedimento de falta de edad (supra, comentario art. 167, b).

b.3) Tanto los padres como los tutores deben expresar los motivos de su negativa cualquiera sea la edad del menor.

b.4) Dichos motivos son variados porque resulta amplia la comprensión de los diferentes supuestos enunciados en el artículo 169. No obstante, la enumeración es taxativa a pesar de que se ha suprimido el adverbio "sólo" que la antecedería en el artículo 24 de la derogada ley 2393, por lo que restarán situaciones fácticas decididamente no invocables, como la diferencia de religión de los novios, la enfermedad grave no contagiosa, la enfermedad no contagiosa al cónyuge pero trasmisible hereditariamente a la descendencia.

Cabe destacar la acertada importancia concedida a situaciones de carácter síquico: la inmadurez síquica del apartado 2 y la grave deficiencia síquica del apartado 3. La primera se refiere al menor solicitante mientras que la enfermedad contagiosa, la grave deficiencia síquica o física, la conducta desordenada o inmoral y la falta de medios de subsistencia se refieren a la persona que pretende casarse con el menor que puede ser, obviamente, un mayor de edad.

b.4.1) Todos los impedimentos dirimentes o impeditivos son invocables, por lo tanto también la enfermedad venérea en período de contagio que aqueje al menor solicitante.

b.4.2) La falta de medios de subsistencia puede ser invocada, sea el solicitante mujer o varón, por la reciprocidad del deber de asistencia conyugal (art. 198).

2. *Procedimiento*

La ley prevé la aplicación del trámite del juicio sumarísimo o de la vía procesal más breve que ofrezca la ley local, giro de lenguaje empleado frecuentemente en las distintas reformas que han incidido últimamente sobre el Derecho de Familia y que resuelve en forma práctica la necesaria remisión a los códigos de procedimiento de las provincias. Es razonable que el juez requiera los elementos que estime necesarios para resolver el conflicto no pudiendo prescindir, en caso alguno, del contacto personal con los interesados directos. La resolución es apelable si así resulta de las normas procesales aplicables.

El juez actúa en un doble rol: jurisdiccionalmente defiende la libertad y el derecho del hijo a contraer matrimonio; en ejercicio del patronato, atiende a su felicidad futura. Si los motivos aducidos por los representantes legales del menor fueran arbitrarios pero existieran otros que hacen inconveniente el matrimonio, la autorización debe ser negada porque el conocimiento que el juez "tiene en el asunto no se limita a fallar la contienda en los términos en que la plantearon las partes, sino que se extiende el ejercicio de la tutela oficial de los menores e incapaces"²⁹.

²⁹ Idem, comentario al artículo 11 de la ley 2393, N° 11.

Art. 171 El tutor y sus descendientes no podrán contraer matrimonio con el menor o la menor que ha tenido o tuviere aquél bajo su guarda hasta que, fenecida la tutela, haya sido aprobada la cuenta de su administración.

Si lo hicieran, el tutor perderá la asignación que le habría correspondido sobre las rentas del menor.

1. Falta de aprobación de las cuentas de la tutela o curatela

a) Antecedentes

El impedimento mencionado constaba en el artículo 178 del Código Civil y en el artículo 12 de la derogada ley 2393. Fue criticado por la Comisión en mayoría del Senado. El texto que recibió sanción de la Cámara de Diputados y el de minoría de Comisión del Senado, conservaban la esencia de dicha redacción suprimiendo el calificativo “legítimos”, pero sin modificar aspectos cuya inadecuación había sido puesta en evidencia por la mentada crítica. El texto vigente registra esos necesarios cambios.

b) Interpretación

El impedimento consiste en la falta de aprobación de las

cuentas de la tutela y prohíbe el matrimonio entre el tutor o tutora y sus descendientes y la pupila o pupilo de aquél.

b.1) Las modificaciones introducidas al texto de la ley 2393 adecuan el impedimento a la unidad de la filiación consagrada por la ley 23.264, lo extienden a todos los descendientes del tutor (hijos, nietos), menores o mayores de edad. La prohibición abarca también a los hijos adoptivos del tutor y sus descendientes, incluso adoptivos por su asimilación a hijos de sangre (arts. 14 y 20 de la ley 19.134) y es extensivo, en iguales términos, al curador o curadora y sus descendientes con respecto al matrimonio con la pupila o pupilo (art. 475).

La redacción de la ley 23.515 conserva el requisito de que el tutor o curador haya tenido o tenga al menor bajo su guarda para la configuración del impedimento, el que no existe, por lo tanto, entre el tutor/a o curador/a y la pupila/o que no esté o haya estado bajo la guarda de aquél, lo que puede ocurrir en el supuesto previsto en los artículos 428 y 429 del Código Civil extensivos a la curatela.

Asimismo, la expresión "que ha tenido... bajo su guarda" parece rehusar la extinción del impedimento con la mayoría de edad del pupilo independientemente de la aprobación de las cuentas, conclusión no valiosa³⁰. Pero no es necesario esperar a la terminación natural de la tutela para que, aprobadas las cuentas, el matrimonio vedado sea permitido: la tutela puede extinguirse por excusación del tutor para lo cual el proyectado matrimonio será causal suficiente (art. 455).

³⁰ MAZZINGHI, *Derecho* cit., T. I, N° 54.

ARTICULO 171

b.2) El impedimento es impediante con la sanción patrimonial de pérdida de la “décima” a que tiene derecho el tutor o curador (art. 451), sanción que repite el artículo 453. Ha sido correctamente suprimida la mención de la responsabilidad penal del tutor o curador ya que no existe disposición que la establezca sin perjuicio de que proceda la aplicación del Código respectivo en caso de defraudación u otro ilícito penal.