

Informe de Investigación

Título: El Matrimonio del menor de edad

Rama del Derecho: Derecho de Familia.	Descriptor: Menores.
Palabras clave: Menor de Edad, Matrimonio, Emancipación, Matrimonio de Personas, Impedimentos, Emancipación y Curatela.	
Fuentes: Doctrina, Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 07 – 2011.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina	2
a) El de la persona menor de quince años (Matrimonio).....	2
b) Capacidad de actuar.....	3
a- La capacidad de actuar y las figuras jurídicas primarias.....	3
b- La capacidad de actuar en cuanto efecto jurídico.....	3
c- Capacidad de actuar y subjetividad.....	4
d- Diverso relieve de la capacidad jurídica y de la capacidad de actuar.....	4
c) CONTRATO DE MATRIMONIO DE LOS INCAPACES.....	4
d) LA EMANCIPACIÓN.....	6
Origen y evolución histórica de la emancipación.....	6
Fundamento legal.....	6
Formas de emancipación.....	7
Emancipación por matrimonio.....	7
Emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad.....	8
Emancipación judicial.....	9
La vida independiente del menor.....	10
Estatuto jurídico del menor emancipado.....	10
e) El matrimonio de menores.....	11
1. Consideraciones previas.....	11
2. La «pubertas praecox» y sus consecuencias jurídico-sociales.....	13
3. Concepto, naturaleza y caracteres del matrimonio precoz.....	16
4. Fines del matrimonio precoz y su tutela.....	18
5. Sistema matrimonial de menores.....	19
f) Emancipación y curatela.....	21
Definición. Historia.....	21
Establecimiento y organización de la curatela.....	23



Posible revelación de la emancipación voluntaria	26
3 Normativa	27
De los Impedimentos, Revalidaciones y Dispensa.....	27
4 Jurisprudencia.....	29
a) Sanción disciplinaria al notario por omitir acreditar comparecencia de la madre en ejercicio de la patria potestad a conceder su asentimiento al matrimonio de la menor contrayente	29
b) Sanción disciplinaria por falta de requisitos de matrimonio con menor de edad	31

1 Resumen

Sobre el **matrimonio de la persona menor de edad**, se recopila doctrina, normativa y jurisprudencia, en las cuales se describen los siguientes subtemas: el matrimonio de la persona menor de quince años, la capacidad de actuar, el contrato de matrimonio de los incapaces, la emancipación, origen y evolución, fundamento legal, formas, emancipación por matrimonio, por concesión de quienes ejercen la patria potestad, emancipación judicial, la vida independiente del menor, entre otras.

2 Doctrina

(Impedimentos que implican nulidad absoluta o dirimentes)

a) El de la persona menor de quince años (Matrimonio)

[Brenes]¹

La edad a partir de la cual la persona está capacitada para casarse, no es la misma en todas partes, porque el desarrollo físico y mental del individuo depende en mucho, respecto al tiempo, del punto geográfico en que se vive. Así se observa que mientras que en los países del norte tal desarrollo es lento, en los tropicales marcha con más rapidez. A pesar de eso, el período generalmente escogido por los legisladores —marcado ya por los romanos—, es la pubertad, que en los varones se fija en los catorce años y en las mujeres en los doce; diferencias de tiempo que depende de la circunstancia de que el desarrollo del hombre es más lento que el de la mujer. Antes de esas épocas insensato sería autorizar la unión, por carecerse todavía de la necesaria aptitud mental para darse cuenta exacta de la trascendencia del acto y de las obligaciones a él



consiguientes.

El vicio consiguiente a la violación del precepto relativo a la edad por haberse contraído matrimonio antes de llegar alguno de los contrayentes al período mínimo señalado por la ley, es susceptible de desaparecer si cumplido dicho período, las partes continúan sin separarse por espacio de un mes, cuando menos, debido a que entonces ya no habría razón para decretar la nulidad.

Una circunstancia que también suele tomarse en cuenta para tener por revalidado el matrimonio, es la de que la esposa resulte embarazada antes de cumplirse la edad legal para casarse. Lo que se debe a que un hecho semejante demuestra plenamente la aptitud del menor para llenar el fin de la reproducción de la especie.

b) Capacidad de actuar

[Pérez]²

Como se ha visto, la capacidad jurídica indica el momento de la relevancia de la figura subjetiva, el momento en el cual viene reconocida al sujeto la posibilidad genérica y abstracta de ser destinatario de todos los efectos predispuestos por las normas del ordenamiento jurídico. La capacidad de actuar, en cambio, se refiere a un momento diverso de la subjetividad: el momento de su eficacia.

a- La capacidad de actuar y las figuras jurídicas primarias

La capacidad de actuar designa la posibilidad que el Derecho reconoce al sujeto, que se encuentra en los presupuestos de hecho previstos para su reconocimiento, de revelar y hacer valer intereses en el mundo del Derecho, determinando con su propio comportamiento la aplicación de las normas y el nacimiento de los efectos por ellas predispuestos.

En otras palabras, la capacidad de actuar es la posibilidad de realizar personalmente comportamientos que provocan la constitución de efectos jurídicos.

b- La capacidad de actuar en cuanto efecto jurídico

Los efectos jurídicos se concretan en comportamientos cargados de una valoración de posibilidad o necesidad jurídica. La capacidad de actuar indica la existencia de una valoración de posibilidad de los comportamientos con los cuales se puede provocar el movimiento de los mecanismos jurídicos, a través de los cuales los intereses prácticos previstos por el Derecho pueden obtener su realización. En cuanto con posibilidad pertenece a la zona normativa del efecto, o sea, a la figura secundaria de la norma jurídica. Todo efecto jurídico está subordinado a la existencia de los presupuestos de hecho a los cuales el Derecho, por considerarlos importantes, atribuye consecuencias. Los presupuestos de hecho de la capacidad de actuar son, precisamente, las condiciones de las que depende su reconocimiento (la edad, la salud).

La capacidad de actuar, al igual que la capacidad jurídica tiene un carácter general y preliminar; se trata de una posibilidad general referida a todo sector de la actividad humana jurídicamente relevante. Por lo tanto es anterior a las concretas posibilidades a través de las cuales se manifiesta, tales como la capacidad procesal, la capacidad negocial, etc.

c- Capacidad de actuar y subjetividad

También la capacidad de actuar tiene estrecho vínculo con la subjetividad; sin embargo, no se identifica con ella como ocurre con la capacidad jurídica, pues, como se ha visto, se refiere más bien al momento de la eficacia de la figura subjetiva, pero no a su existencia. En otras palabras, puede existir personalidad jurídica sin que a la persona se encuentre atribuida la capacidad de actuar, tal es el caso del menor de edad. El vínculo entre subjetividad y capacidad de actuar se comprende por el hecho de que de capacidad de actuar sólo puede hablarse en relación con un sujeto de Derecho.

d- Diverso relieve de la capacidad jurídica y de la capacidad de actuar

El diverso relieve que tienen la capacidad jurídica y la capacidad de actuar resulta comprensible si se toma en cuenta la posición subjetiva que cada una de ellas representa frente a la norma jurídica. Mientras que no puede constituirse ningún efecto jurídico si no existe un sujeto que pueda llegar a ser destinatario de este efecto, o sea, un sujeto con capacidad jurídica, no ocurre lo mismo con relación a la capacidad de actuar. Existen normas, tales como las que generan los llamados derechos de la personalidad que presuponen un sujeto, pero no un sujeto capaz de actuar; existen además normas en las cuales la figura primaria no consiste en un comportamiento humano, tales como las normas que atribuyen efectos a hechos no humanos, por ejemplo la disposición que considera que se extingue la obligación cuando perece la cosa cierta y determinada, debida pura y simplemente o a término, que era objeto de ella, caso en el cual no se plantea el problema de la capacidad de actuar. Por último existen normas que aun teniendo como figura primaria un comportamiento humano no exigen la capacidad de actuar. Se trata de actos en los que la validez y eficacia no resultan afectadas si son realizados por un sujeto incapaz de actuar. Queda aclarado, en resumen, como la falta de capacidad de actuar, por regla general, no impide que la norma jurídica tenga aplicación, influyendo en algunos casos solacntc sobre la estabilidad de los efectos, como ocurre en los casos de negocios jurídicos realizados por incapaces que son anulables.

Queda así demostrado el diverso relieve de las figuras de capacidad jurídica y capacidad de actuar.

c) CONTRATO DE MATRIMONIO DE LOS INCAPACES

[Colin]³

Nos ocuparemos, principalmente, en este capítulo, del contrato de matrimonio de los menores, y trataremos después del de las personas provistas de consejo judicial y de las sujetas a interdicción.

1.º Menores (915)



Derogaciones del derecho común. El adagio «Hábilis ad nuptias, hábilis ad pacta nuptalia».—Como es sabido de derecho común, el menor no emancipado no asiste a los actos que conciernen a sus sentimientos particulares; el padre o el tutor obran por su cuenta. Por otra parte, el art. 904 prohíbe al menor hacer donaciones' entre vivos. Ninguna de estas dos reglas podía aplicarse al contrato de matrimonio. De aquí que nuestros antiguos autores admitieran, en esta materia, tres derogaciones al derecho común de la menor edad, derogaciones que subsisten aún hoy y que están enunciadas en el art. 1.398, concebido así: «El menor, hábil para contraer matrimonio, es hábil para celebrar todas las convenciones de que es susceptible este contrato; y las convenciones y donaciones que haya hecho son válidas siempre que en el contrato haya sido asistido por las personas cuyo consentimiento es necesario para la validez del matrimonio.

Las tres derogaciones contenidas en este texto son las siguientes :

1°. *El menor debe consentir por sí mismo la celebración de su contrato de matrimonio. No está legalmente representado por su padre o su tutor.*—Añadiremos que no es necesaria la presencia efectiva del menor, pero, en caso de ausencia, es preciso que su representante esté provisto de un poder especial y auténtico.

2°. *El menor debe estar asistido por las personas cuyo consentimiento es necesario para la validez de su matrimonio*, es decir, de sus padres, del que de éstos sobreviva, y, a falta de ellos, de sus ascendientes, y, si éstos últimos han fallecido, del consejo de familia, conforme a los artículos 148, 149, 150, 158 y 159. Como se ve, y en esto consiste la derogación a los principios, si el menor está sujeto a tutela no le asiste el tutor, en contra de la regla que hace de éste el mandatario legal del menor para todo lo que concierne a sus intereses patrimoniales; los asistentes del menor son los que deben consentir al matrimonio. Esta derogación se justifica fácilmente. Casi todos los que consenten el matrimonio hacen alguna liberalidad al hijo. Además, ¿no son éstos los que tienen derecho a habilitar al menor para un acto que tanto interesa a la familia? Finalmente, su consentimiento ¿no está con frecuencia influido por la consideración de las garantías del porvenir que resultan para el futuro hogar de las estipulaciones del contrato de matrimonio?

El art. 1.398 exige que las personas llamadas a habilitar al menor asistan al contrato. No basta, pues, que otorguen su consentimiento, es necesario que estén presentes al acto, bien en persona o bien por un mandatario con poder especial y auténtico (Civ., 20 de mayo de 1854, D. P. 54. 1. 207, S. 54. 1. 437; Req., 16 de junio de 1879, D. P. 80. 1. 451, S. 80. 1. 166). Sin embargo, respecto al consejo de familia, no es necesario que esté representado en el acto, basta que dé su consentimiento por una deliberación que contenga el texto del contrato de matrimonio (Civ., 30 de noviembre de 1908, D. P. 1909. 1. 418).

3°. El menor, con este consentimiento y asistencia, puede dar a su cónyuge todo lo que la ley permite que el esposo mayor de edad dé al otro esposo (arts. 1.095 y 1.398).

Nuestros antiguos autores resumían estas tres derogaciones en un adagio, cuya traducción contiene el art. 1.398: Hábilis ad nuptias, hábilis ad pacta nuptalia (Broudeau sur Louét, carta M, núm. 9.º; Lebrún, Communauté, libro I, cap. III, núms. 16 y 17; Pothier, Communauté, núm. 306).

d) LA EMANCIPACIÓN

[Blanco]⁴

Origen y evolución histórica de la emancipación

El término *emancipatio* designó en Roma, de acuerdo con su etimología, el modo de liberar al *filius* de una rígida estructura familiar centralizada en torno a una patria potestad de carácter perpetuo. El *paterfamilias* gozaba, entre sus atributos, de la facultad de excluir al hijo del grupo familiar, sin que ni su edad ni sus condiciones de madurez fueran datos a tener en cuenta. Sólo el hecho de convertirse en *sui iuris* o persona de propio derecho le situaba en el estado de capacidad correspondiente a sus años.

Más próxima al concepto moderno de emancipación fue la institución romana de la *venia aetatis*, surgida en tiempos de Constantino, que nada tenía entonces que ver con la *emancipatio*, ya que autorizaba a los *sui iuris* mayores de veinte años tratándose de varones y de dieciocho en el caso de las mujeres, a solicitar del príncipe la declaración anticipada de la plena capacidad de obrar que estaba fijada en los veinticinco años.

La concepción medieval de la familia giraba, principalmente, en torno a la idea de una explotación económica del patrimonio común. De ahí que el fundamento de la emancipación no residiera tanto en el carácter absoluto y perpetuo del patriarca sino en la independencia de la propia comunidad familiar, al considerarse la *separata economia* elemento esencial y decisivo de la patria potestad.

La recepción del Derecho romano justinianeo encarnada en las Partidas del Rey Alfonso X, devolvió la emancipación a sus viejos cauces como forma especial de extinción de la patria potestad basada en la concesión voluntaria del *paterfamilias*.

Este régimen se mantendrá, en su esencia, hasta el Código civil, aunque no estará exento de importantes modificaciones; como la introducción, en 1505, de la emancipación por matrimonio, a través de la Ley 47 de Toro; los sucesivos controles impuestos, por el Auto de Felipe V en 1713 y la Ley de Gracias al Sacar de 1838, al procedimiento emancipatorio; y la regulación de la mayoría de edad (como forma legal de emancipación, por la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 1870 que borró la frontera entre ambos estados civiles apuntada por el Proyecto de García Goyena de 1851. Confusión que se reflejó en la redacción definitiva del Código civil y se ha mantenido hasta / nuestros días.

Fundamento legal

El cordón umbilical que ligaba a la emancipación con la patria potestad comenzó a resquebrajarse a medida que el poder paterno iba siendo recortado. Pero el auténtico impacto que alteró el rumbo de la emancipación fue provocado por la fijación de la mayoría de edad como causa general y automática de extinción de las instituciones protectoras. A partir de este momento la emancipación pasó de ser esencialmente un modo de salir de la patria potestad a convertirse en un medio limitado de adelantar la edad de la mayoría, con el fin de ajustar a la realidad la rigidez y

abstracción que toda regla general lleva consigo. Se consolida así esta institución como un estado civil de capacidad anticipada cuyo espacio de operatividad vendrá definido por la edad de la mayoría. Al mismo tiempo y como consecuencia lógica se extinguen las funciones protectoras que resultan ya innecesarias.

Formas de emancipación

Existen en nuestro Derecho vigente tres formas de emanciparse: como efecto personal y automático del matrimonio, por concesión voluntaria de los padres, y como medida adoptada por el Juez. Esta simplificación de causas comporta un doble punto de partida:

a) aplicar la emancipación al menor de edad en general con independencia de la institución que lo tenga a su cargo. Se trata, simplemente, de extender a la emancipación judicial el mismo ámbito subjetivo existente para la emancipación por matrimonio. Suprimiéndose con ello la innecesaria institución del beneficio de la mayoría de edad que no es sino una forma de emancipación judicial para los menores sometidos a tutela.

b) deslindar la emancipación tanto del estado civil de la mayoría de edad -a pesar del insistente empeño legislativo en considerarla como causa de emancipación en el art.314 CC- como de la situación de hecho del menor que vive independientemente de sus padres regulada por el art. 319 CC.

Emancipación por matrimonio

Esta forma de emancipación de clara inspiración germánica (Heirat mach mündig) se consagró, con carácter general, en nuestro Derecho por la Ley 47 de Toro, manteniéndose a través de la Novísima Recopilación (10,5,3) y la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 1870 (art.46) hasta su definitiva consagración en el Código civil.

Su complicada regulación en la primitiva redacción de 1889 ha desembocado, tras la Reforma de 7 de julio de 1981 en una mayor simplificación de su normativa.

El actual art.316 del Código civil reza lacónicamente: "El matrimonio produce de derecho la emancipación".

Detrás de tan breve aserto se esconden múltiples cuestiones derivadas de su remisión al Título IV del Libro I que regula el matrimonio. Todas ellas han sido minuciosamente tratadas en la medida necesaria para poder interpretar los términos del citado precepto.

¿Qué matrimonios gozan de eficacia emancipadora?

a) los válidamente celebrados, ya sea en forma civil o religiosa. Sin duda el matrimonio canónico que se ajuste a los requisitos de la legislación civil.

b) los afectados de alguna causa de nulidad, en tanto dicha nulidad no se declare judicialmente.

c) los que declarados nulos reúnan los requisitos necesarios para ser considerados matrimonios putativos (art.79 CC).

La nueva capacidad matrimonial regulada por la ley de 7 de julio de 1981, que exige la mayoría de edad o emancipación en los futuros contrayentes, ha disminuido sensiblemente el ámbito de operatividad de esta causa de emancipación reducida ahora, básicamente, a las hipótesis excepcionales de dispensa judicial de la edad (art.48,2° CC). Ya que en otros casos -esto es, a partir de los dieciséis años- se acudirá en la práctica a la / emancipación por concesión más rápida y económica.

Emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad

Desde sus orígenes y prácticamente hasta los tiempos actuales la emancipación por concesión de los padres ha servido de paradigma a las restantes causas emancipatorias. Es cierto que conforme a su viejo concepto era ésta la emancipación propiamente dicha y que las demás formas surgieron en función de ésta, pero las profundas alteraciones sufridas por aquél primer concepto nos sitúan ante una institución que permite al menor de edad obtener, de manera anticipada, un reconocimiento de su capacidad de obrar, generalmente judicial y excepcionalmente parental. Este desplazamiento de la emancipación familiar por la judicial ha estado impulsado por los frecuentes abusos y fraudes que han alejado aquélla de sus fines propiamente dichos, así como por una constante y creciente intervención judicial en las funciones protectoras. La emancipación voluntaria ha sido, en cierto modo, destronada y relegada a un segundo plano que, en ocasiones, ha significado una total desaparición del marco legalmente vigente, como ya ha ocurrido en Italia, Francia y Portugal.

Su mantenimiento en nuestro Derecho, tras la Reforma de 13 (de mayo de 1981, obliga a un pormenorizado análisis de la patria potestad distinguiendo entre la titularidad y el ejercicio de esta función, dadas las implicaciones que su disección tiene frente a la emancipación de los hijos. Es necesario ponderar la exigencia del ejercicio actual de la patria potestad como criterio legitimador para adoptar la decisión de emancipar (art. 317 CC) y el efecto extintivo de la titularidad de dicha función que la emancipación, una vez concedida, lleva consigo (art.169,25 CC). La trascendencia de tal medida y la consagración constitucional (arts.14,32 y 39 CE) y legal (art.156,15 CC) del principio de igualdad de los padres en el ejercicio conjunto de la función parental debe tender a exigir, en la medida de lo posible, la presencia de ambos en la emancipación del hijo.

Una cuestión no menos importante consiste en determinar el papel desempeñado por el menor en la emancipación voluntaria. En un primer momento más que un sujeto del procedimiento el emancipado constituyó un mero objeto del mismo. Paulatinamente su ausencia total de participación dio paso primero a una exigencia de no oposición y más tarde a una prestación positiva de su consentimiento. Pero en cualquier caso éste no pasaba de ser más que el beneplácito a la decisión unilateralmente tomada por los padres. Esto que podía admitirse -aunque con ciertas reservas- dentro de la vieja concepción de la emancipación como causa de extinción de la patria potestad, no se ajusta, sin embargo, a su idea actual como estado civil de capacidad que incide directa y principalmente sobre la esfera del menor, único interesado en ella. Partiendo de tal premisa no hemos dudado en calificar la emancipación voluntaria como un negocio bilateral donde

la voluntad del hijo que aspira a lograr un mayor grado de autonomía es tanto o, si cabe, más importante que la de los padres que si bien pierden definitivamente la titularidad de su función, ésta se encuentra ya bastante limitada por la creciente capacidad del hijo a ella sometido (arts.154, 164,45,166,32, etc. del Código civil).

La prestación de su consentimiento por el menor constituye, pues, un requisito esencial sin el cual el negocio emancipatorio no nace a la vida jurídica.

Goza, además, la emancipación de un carácter solemne que puede manifestarse a través de dos variedades formales optativas de igual rango: la escritura pública y la com parencia ante el Juez encargado del Registro (art.317 in fine del Código civil). Y como acto concerniente al estado civil de las personas es inscribible en el Registro Civil (art.1,45 de la Ley de 8 de junio de 1957) para producir efectos contra terceros (art.318, 15 CC).

No obstante su dilatada tradición histórica, no existen, a nuestro entender, grandes movimientos que justifiquen la vigencia actual de esta causa de emancipación, ausente, la mayoría de las veces, de un control judicial necesario, sobre todo si tenemos en cuenta que responde, con frecuencia a fines ajenos al suyo propio que no es otro que reconocer la independencia del hijo que quiere vivir con la autonomía que sus condiciones de madurez le permiten.

Emancipación judicial

Esta forma de emancipación es quizás la única que conserva en la actualidad un fundamento propio y un importante ámbito de operatividad que va en aumento. Esta circunstancia y el hecho de su reciente creación, por la ley de 24 de abril de 1958, denotan una vez más el profundo cambio experimentado por la emancipación a lo largo de su prolongada existencia, de cuyo concepto originario no conserva más que el nombre.

La escasa operatividad de esta forma de emancipación que en su versión original intentaba, básicamente, paliar los posibles abusos que pudieran derivar de la indirecta dependencia del mejor de la persona con quien contraía nuevo matrimonio el progenitor viudo, ha desembocado en una extensión de su ámbito, tras la Reforma de 13 de mayo de 1981, a las numerosas situaciones de crisis familiar o matrimonial. El importante logro llevado a cabo por esta reforma, que a su vez ha incorporado esta forma de emancipación al Título XI del Libro I, es, a nuestro entender, sólo el primer paso hacia la total generalización de la emancipación judicial que acabará por sustituir definitivamente a la consesión voluntaria por parte de los padres. Depositando exclusivamente en poder del Juez la facultad de emancipar.

El taxativo elenco de causas recogido por el artículo. 320 CC, que aunque amplía su viejo contenido sigue limitado su ámbito objetivo de aplicación, debe ser reemplazado por la adopción de una fórmula general en la línea de lo dispuesto por el art. 321 CC, que unificaría al mismo tiempo la infructuosa dicotomía entre emancipación judicial y beneficio de la mayoría de edad, carente totalmente de sentido.

La legitimación que actualmente se re conoce al menor para acudir al Juez solicitando la emancipación podría considerarse como el germen de un futuro derecho del menor a re clamar para sí una independencia de vida acorde con su grado de madurez. Su exclusiva justificación en

la utilitas del menor devolvería a la emancipación un fundamento propio, y dejaría de servir a fines ajenos que no en pocos casos constituyen auténticos fraudes le gales.

La vida independiente del menor

La búsqueda del origen histórico de la vida independiente remonta necesariamente a la teoría romana de los peculios, ampliamente recogida por las Partidas y confirmada por la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 1870. La redacción originaria del Código Civil inspirada en tal doctrina reguló las distintas situaciones con trascendencia jurídica en que pueden hallarse los bienes de los hijos atendiendo al título de su adquisición y a la circunstancia de que el hijo viva o no en compañía de los padres. Una de dichas situaciones era la regulada por el viejo art. 160, 2º del Código civil en el que se reputaba emancipado respecto a determinados bienes, al hijo que vivía con independencia de los padres.

La Reforma de 13 de mayo de 1981 no sólo ha incorporado esta disposición al Título relativo a la emancipación, sino que ha extendido su ámbito a todos los efectos personales y patrimoniales del menor. Ambas circunstancias han contribuido a acentuar las discrepancias en torno a la determinación de su naturaleza jurídica. En nuestra opinión el supuesto regulado por el art. 319 del Código Civil no constituye una causa más de emancipación ni siquiera de carácter especial, sino una situación de hecho con sustantividad propia y autonomía frente a la emancipación. No se trata de un estado civil de capacidad por razón de edad que comporta la extinción de la patria potestad, sino de una hipótesis de sus pensión de la misma, sujeta a la propia voluntad de sus titulares.

Su consideración como una de las vicisitudes de dicha función familiar, en razón del modo de vida del hijo, limita su eficacia subjetiva a los sometidos a ella, excluyendo su aplicación analógica al tutelado.

En la misma línea que lo regulado por el art. 319 del Código civil, el art. 5 de la compilación aragonesa recoge en su párrafo tercero la vida independiente del mayor de ca torce años no sólo cuando exista beneplácito de sus padres sino cuando concurra una justa causa, incluso en contra de su voluntad.

Estatuto jurídico del menor emancipado

Mediante la emancipación el menor de edad adquiere un estado civil distinto que altera su posición tanto frente a sus protectores como frente a terceros. Sus lazos de dependencia se rompen al tiempo que su esfera de actuación se amplía.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho francés y en el portugués, donde tras las últimas reformas el menor emancipado ha sido asimilado prácticamente al mayor de edad, nuestro Derecho, lejos de seguir esta trayectoria, no cesa de imponer al emancipado nuevas restricciones a su capacidad de obrar. La Reforma de 13 de mayo de 1981 ha supuesto, en este sentido, un claro retroceso, con excepción del reconocimiento de su capacidad procesal. La contradicción que envuelve emancipar y sujetar a tantas limitaciones llevo a los proyectos codificadores a abogar por

una amplia eficacia de la emancipación, en un momento en que el paso de la minoría de edad a la emancipación era mucho más brusco, ya que el menor carecía del protagonismo que hoy le caracteriza. No se entiende, sin embargo, que la misma Reforma amplíe considerablemente la capacidad del menor sujeto a patria potestad (v.gr.art.164,4- CC), equiparando, incluso, su consentimiento a la autorización judicial exigida a los padres para disponer de sus bienes (art.166 CC) , y al mismo tiempo disminuya la capacidad del emancipado.

Los innumerables problemas que plantea la incoherente regulación de la capacidad del emancipado que, por otra parte, reducen en gran medida la utilidad y vigencia actual de la institución, exigen una inmediata y profunda reforma para adecuar su eficacia a la capacidad general del menor. Al mismo tiempo hacen prácticamente imposible reconducir a unas líneas generales conclusivas la abundante casuística analizada en el capítulo final de este trabajo. Es obligado descender al caso concreto para decidir sobre la capacidad o incapacidad del emancipado, examinando las diversas hipótesis de su actuación en las áreas fundamentales del Derecho civil (Obligaciones y contratos, Reales, Familia y Sucesiones) y de otras ramas del ordenamiento, como el Derecho laboral, mercantil y procesal.

Por todo ello hemos defendido una mayor aproximación de la capacidad del emancipado a la plena capacidad del mayor de edad, haciendo expresa excepción de algún acto de especial trascendencia para él.

Sólo esta ampliación de su eficacia ayudaría a recobrar el sentido y finalidad de esta institución que, en la actualidad, únicamente sirve como instrumento de objetivos ajenos.

e)El matrimonio de menores

[Medizábal]⁵

1. Consideraciones previas

Ligada estrechamente a las exigencias de la naturaleza humana y al desenvolvimiento de la vida de los hombres, la familia constituye, ante la invalidez y total indefensión del ser humano durante los primeros ciclos cronológicos de su devenir existencial, ese *útero social* que, en sustitución del biológico, permitirá el total y armónico desarrollo de su personalidad.

En cuanto a su estructura, la familia constituye una comunidad de destino para quienes libre y voluntariamente se sienten vocacionalmente atraídos para forjar, mediante su personal esfuerzo, una nueva vida en común. Vida en común estable y firme, responsablemente asumida con una finalidad evidente que se encuentra garantizada *erga omnes* por el Derecho.

No obstante, existen ciertas cuestiones que yacen en el campo de las ciencias sociales y en el del Derecho sin que se les conceda una gran importancia, hasta que de pronto, sin saber cómo, se transforman en objeto de creciente interés y motivo de honda preocupación. Y entre éstas destaca la problemática que plantean esas familias *ciertamente inmaduras* que integradas por una pareja de distinto sexo menores de edad, son ciertamente incapaces para desempeñar, respecto de los

hijos habidos, la función de *útero social*.

Nos encontramos ante la consecuencia directa de una alteración evidente e inmediata del transfondo social que la sirve de soporte, aun cuando también converjan aquellos sutiles imponderables que se nos presentan como el preludio de una real y profunda crisis institucional de la familia que, quizá por aparentar aún formalmente su indestructible solidez, no se percibe en toda su tremenda magnitud.

Definida la familia como *principium urbis et quasi seminarium reipublicae*, es evidente que independiente del matiz público que en sus orígenes históricos la caracterizó, siempre fue, además, base y piedra angular del ordenamiento social. No sólo porque constituye la *célula social*, sino porque en su seno nacen, crecen y se forman las virtudes cívicas, que son, en última instancia, fiel reflejo de esos fundamentos espirituales en que se afirma la fortaleza y la prosperidad de toda comunidad política. El nivel moral de una nación depende, sin la menor duda, del buen funcionamiento de la institución familiar, así como la paz social y la estabilidad política están subordinadas a la continuidad de sentimientos, ideas y tradiciones que únicamente la familia conserva y es capaz de transmitir.

En un mundo que viene a ser cada vez más complejo, debido a la aceleración del ritmo de los cambios que se producen en todos los dominios, los problemas correspondientes a la vida matrimonial de los menores se multiplican, pero, salvo contadas excepciones, tales problemas, lejos de ser percibidos como problemas específicos, fueron considerados en general en relación con la problemática familiar y, por este motivo, cuando no fueron recubiertos con un manto de silencio, pasaron totalmente desapercibidos.

Desde las perspectivas civil y canónica, la edad para contraer matrimonio se circunscribió, en el plano personal, al impedimento dirimente de la menor edad y al requisito de la previa licencia, y, en el ámbito de lo patrimonial, a la posibilidad de administrar los bienes propios y los de la sociedad conyugal. Esas otras cuestiones conexas y que revisten una gran trascendencia jurídica y social, por cuanto que afectan al desenvolvimiento de la familia ya constituida por menores de edad, se desconocen, quizá por estimarse ajenas al ámbito disciplinar en que la familia y el matrimonio se regulan con carácter general.

El ritmo del cambio social al incidir en las estructuras socio-económicas ha provocado su transformación, con las consiguientes repercusiones en el medio familiar. Repercusiones que proyectadas al campo doctrinal, han producido un clima de intenso desasosiego, presidido por la exigencia de un replanteamiento total de la función paternal y por el deseo de superar los indudables problemas que, latentes o evidentes, hoy tiene planteada la sociedad.

La Iglesia Católica, que no podía quedar marginada frente a tales circunstancias, hizo oír su autorizada voz en el Concilio Vaticano II, al señalar el novísimo concepto de la *paternidad responsable*.

Esta nueva concepción de la paternidad referida a la procreación y la educación de los hijos, quiebra esencialmente cuando sus progenitores por no haber logrado alcanzar la necesaria madurez personal— no puedan intervenir con el consejo, con la orientación que ilumina la luz de una experiencia que no tienen y que sólo el amor será incapaz de regular hacia el fin de superar en los hijos el deber educativo.

Así como para ejercer cualquier función docente se exige de quien ha de impartirla determinados



condicionantes que acrediten la idoneidad para la misión que ha de desempeñarse, no sucede lo mismo respecto de quienes, por el hecho biológico de la procreación, están obligados, primaria y esencialmente, a educar al hijo que por deseo nace. Si generalmente los adultos ignoran la tremenda responsabilidad que al efecto contraen, cuando no carecen de los más elementales condicionantes para cumplir con esta obligación, ¿que sucederá respecto de los progenitores menores de edad? Gravísima cuestión es ésta que no puede dejarse al arbitrio de los particulares y que requiere, sin la menor duda, la puesta a punto de una protección jurídica que, desde esta perspectiva, ha de venir impuesta por el principio de cooperación que fundamenta también el Derecho de Menores.

De cuanto venimos exponiendo se puede concluir afirmando la imposibilidad de que los padres, menores de edad, puedan cumplir con la excelsa misión que toda paternidad responsable impone en orden a la educación de sus hijos.

La precocidad sexual de los menores y la cada vez más extendida práctica, entre ellos, de relaciones prematrimoniales, plantea situaciones de hecho y unas consecuencias ante las que el orden jurídico no puede inhibirse ni desconocerlas.

2. La «pubertas praecox» y sus consecuencias jurídico-sociales

Ante los cambios, cada vez más profundos, que experimentan los grupos sociales y especialmente el integrado por las generaciones de menor edad, incluso en los aspectos más elementales de la convivencia, se constata la quiebra de los valores tradicionales que se vieron sustituidos por un inmoderado afán de lo más inmediato, así como la influencia, no precisamente modélica, de los medios de comunicación social que contribuyen a difundir y a propagar cuanto acontece y menos digno de ser imitado es.

Actualmente, el ser humano alcanza la plenitud sexual con una anticipación notoriamente superior a la de épocas precedentes. Aunque esta anticipación sexual sea un hecho fisiológicamente verdadero y de enorme significado, no puede dudarse el que ese despertar del cuerpo a las atrayentes realidades de la vida sexual se encuentra favorecido, tanto por un prematuro despertar de la conciencia, incitada por la desorbitada viveza de las imágenes eróticas tan al uso en la sociedad, como por una alimentación más sana y racional que fortalece el cuerpo e impulsa con mayor ímpetu el desarrollo biológico. Factores que, a su vez, potencian de forma negativa la corrupción de costumbres en la sociedad adulta, irrumpiendo, insensiblemente, pero con fuerza arrebataadora, sobre el complejo glandular que rige la evolución vital y la constitución de quienes se encuentran con una pubertad recién estrenada. Así se produce un avance meramente biológico en el desarrollo evolutivo de los menores que da lugar a la *pubertas praecox*, por no sincronizar este desarrollo con un correlativo desarrollo intelectual, moral y emocional.

Por tanto, cuando nos referimos a la precocidad sexual, la expresamos en un sentido de real asincronía que se produce entre las variadas facetas que integran la personalidad evolutiva del menor. *Asincronía, que es fiel reflejo de una situación desequilibrada entre el sentimiento y la razón.*

Esta situación de desequilibrio desde la perspectiva jurídica ha pasado totalmente desapercibida y es la que hemos de considerar ahora desde nuestra concepción del Derecho de Menores.

La falta de madurez psicológica de la adolescencia es la que ha producido en la sociedad industrializada la precocidad matrimonial. Los menores de ambos sexos, casi con su pubertad recién estrenada, se lanzan velozmente hacia el matrimonio por motivos de seguridad psicológica. No quieren correr el riesgo de la *soledad* y *se las arreglan para que la compañía sea todo lo duradera posible*.

Este afán de seguridad, de comprensión y de afectividad, que no encuentran en quienes, obligados a ello, son incapaces de ofrecérselo, les impulsa a afrontar la mayor de todas las responsabilidades: el matrimonio sin la debida madurez psicológica. La consecuencia lógica, en la mayoría de los casos, es el fracaso de la vida en común. Y es este fracaso el antecedente próximo de graves problemas personales que trascienden al plano social, con indudables repercusiones jurídicas.

El concepto de problema social, como tantos otros conceptos sociológicos, se nos presenta con una gran ambigüedad en su significado, que resulta inadecuado para el conocimiento científico. El carácter científico de la Sociología exige un rigor terminológico que no se puede soslayar.

Elemento esencial de todo problema social es que exista una discrepancia entre las normas sociales vigentes en un grupo y las condiciones reales de vida social del mismo. Y aun cuando no se haya establecido, hasta el presente, ningún índice capaz de medir dicha discrepancia de forma objetiva y con validez universal, sí puede realizarse en un momento determinado del tiempo y del espacio, con cierta aproximación.

Al hacer hincapié en la existencia de una situación que constituye, por sí misma, un problema, estamos afirmando que su origen está en la misma sociedad y que entendido en sentido lato, es indiferente que las causas del problema sean estrictamente sociales como que tengan consecuencias sociales.

Todo problema social se define, en cada situación real, por las personas que constituyen el grupo social en cuestión. Si bien existen problemas sociales que, por violar normas universalmente aceptadas, son percibidos por todos sin excepción alguna, aquella aceptación es poco frecuente, toda vez que la mayor parte de las veces los problemas son percibidos por un número muy limitado de personas. También acontece, de hecho, que lo que constituye un problema social para unos sea una situación deseada por otros. De aquí se desprende que la definición de un problema social depende, en gran medida, de las circunstancias que lo tipifiquen. No por ello hemos de adoptar una cómoda postura relativista, ya que todo problema social existe tanto en la realidad como en la percepción y toma de conciencia del mismo por parte del observador.

De esta última consideración deviene la apreciación bifronte de todo problema social: una subjetiva y otra objetiva, aunque ambas puedan estar en desacuerdo. Esto, claro está, al margen de los problemas sociales latentes, en los que la citada discrepancia, aun existiendo, no es percibida. Por ello, el investigador no debe limitarse a la situación definida como problemática social evidente, sino que ha de ahondar especialmente en el análisis de la situación que aún yace latente, sin manifestarse plenamente.

La discrepancia entre realidad y norma será percibida o no percibida, en función al impacto que se produce en el contexto social. El nivel de consciencia se produce en relación directa con la dinámica social, porque únicamente a través de su propio dinamismo la sociedad es capaz de desvelar su problemática: confía en su propio esfuerzo para resolverla, supuesto que no se produce

en una sociedad inhibida, estacionada, estática, por la consecuente desconfianza que tiene para resolver los problemas que se plantean, en su seno, por sus propios medios.

En resumen, el elemento esencial de todo problema social es la discrepancia existente entre el mundo normativo y el de la realidad social; esta discrepancia surge o afecta a un grupo social; consiguientemente, los miembros del grupo la definen dentro de dicho contexto, y una vez definida, el referido problema se convierte en evidente. En caso contrario, quedará en forma latente; esta forma que dependerá de la percepción social del problema y ésta, a su vez, de la creencia en la posibilidad de corregir la situación planteada.

La precocidad matrimonial, de problema social que es, trasciende al campo jurídico por dos razones evidentes:

- a) El matrimonio, modo constitutivo de la familia, está regulado por el Derecho. El matrimonio precozmente contraído también es un modo constitutivo de la familia regulado por el Derecho.
- b) Las relaciones conyugales entre menores originan, a través de la generación, seguida del hecho del nacimiento, las relaciones paterno-filiales.

Por ello, el matrimonio precozmente contraído, para nosotros, constituye un problema social por cuanto que evidencia una desorganización social, y además es un problema esencialmente jurídico, porque tanto las relaciones conyugales como las paterno-filiales se encuentran tremendamente condicionadas.

La desorganización social evidencia una situación en la que se producen fallos en el sistema social, que hacen muy difícil o imposibilitan la realización satisfactoria de los objetivos comunes o individuales de sus miembros menores de edad. Estos últimos aceptan las normas del sistema social —el matrimonio— y acomodan sus conductas a ellas; no obstante, los fallos estructurales del sistema social producen unas consecuencias no deseadas.

Si el matrimonio ha de crear un clima de seguridad ambiental, una situación de independencia que ha de verse enriquecida por la afectividad y la armonía de los llamados a vivir juntos, y la familia constituida sobre estas bases ha de ser idónea para educar a los hijos, no reúne tales condiciones la que se contrae a impulsos de una pubertad precoz y por motivos de seguridad psicológica.

Ni que decir tiene que cuando el matrimonio entre menores es la consecuencia impuesta por la moral social para tratar de paliar las consecuencias de unas relaciones prematrimoniales, muchísimo menos será capaz este matrimonio remedio para afrontar con éxito sus responsabilidades.

La familia, institución enraizada en la propia naturaleza humana y que responde a las necesidades naturales del amor, de la procreación, de la asistencia y de la cooperación, es un verdadero organismo ético y social que está regulado por las normas religiosas, morales, costumbristas y jurídicas, pero la familia constituida por quienes aún no alcanzaron su pleno desarrollo psicológico, intelectual, moral y emocional, por muy regulada normativamente que esté, es inestable, siendo imposible que sea capaz de forjar ese clima de seguridad que todo hogar independiente requiere y que para ser considerado como tal ha de ser la expresión de una auténtica armonía conyugal. El ambiente de seguridad que el hijo precisa para desenvolver su personalidad y para encontrar la protección necesaria frente a la hostilidad del mundo exterior es inexistente.

La familia, que es objeto de nuestro análisis —la que está constituida por unos cónyuges de personalidad inmadura—, no puede afrontar por sí misma la educación de la prole. Con ello, culposamente responsables los contrayentes, y dolosamente la sociedad que permite tal desafuero, hacen que resalte en sus exactas dimensiones y en toda su envergadura, lo que constituye un problema social de indudable trascendencia jurídica.

Este desafuero no ha tenido, hasta la fecha, solución. La totalidad de la doctrina civil y canónica lo desconoció por considerarlo extraño a las cuestiones propias de los respectivos Derechos. La toma de conciencia del problema jurídico que plantea el matrimonio precozmente contraído, desde la perspectiva doctrinal del nuevo Derecho de Menores, es por sí misma positiva, porque evidencia la preocupación por encontrar el remedio adecuado.

Así planteada la cuestión, su regulación jurídica habrá de producirse salvaguardando la libertad individual, pero asegurando, además, los ulteriores efectos que del ejercicio de tal libertad se derivan. Aseguramiento que concebimos en función del principio de cooperación y que con carácter coadyuvante habrá de incidir en el matrimonio contraído precozmente por menores, para favorecer y estimular en el logro y estabilidad de su vida en común a estos contrayentes.

Concebido este matrimonio como institución característica del Derecho de Menores, habrá de regularse su desenvolvimiento por normas de interés o de orden público, ya que únicamente así será posible armonizar los contrapuestos intereses que entran en juego.

No se trata de defender, tal como hiciera Kant desde el campo filosófico, el matrimonio contraído en temprana edad, sino de afrontar un problema preexistente para prevenir sus consecuencias.

3. Concepto, naturaleza y caracteres del matrimonio precoz

El eje y fundamento de la familia lo constituye el matrimonio, tanto en su individualizada consideración, en cuanto que crea ese específico vínculo jurídico entre los cónyuges, como en los que consiguientemente se originan por el hecho biológico de la procreación.

Así como el matrimonio, en su consideración genérica, es institución básica del Derecho de familia, cuando los que intervienen en el acto o negocio jurídico que determina su nuevo estado personal son menores de edad, con capacidad legal para hacer nacer una situación jurídicamente objetiva, esta situación ostenta un carácter singular que la configura como institución propia del Derecho de Menores.

El aspecto jurídico del matrimonio precoz se centra esencialmente en la necesidad de tutelarle para asegurar su sólida estructuración. Es evidente la extraordinaria importancia que para el Estado tiene el matrimonio precozmente contraído, en orden a prevenir los riesgos y la grave perturbación social que derivarían de él, en el supuesto de que no interviniera tutelando su desenvolvimiento y las mismas condiciones de su existencia.

Definimos el matrimonio precoz como la unión íntima de dos adolescentes de distinto sexo en una convivencia de carácter permanente que, con arreglo a la Ley, hace nacer una- situación jurídicamente objetiva y esencialmente tutelada.

Esta noción del matrimonio, como convivencia íntima y permanente de adolescentes de diferente sexo, se refiere al mismo como vínculo duradero y estable, pero han de considerarse, además, aquellos requisitos que exige la ley para que tal unión se pueda considerar jurídicamente válida con el carácter de matrimonio, pese a la temprana edad de los contrayentes. Se trata, evidentemente, de una convención o negocio jurídico bilateral que expresamente contiene la idea de institución, pero no de la estrictamente matrimonial, sino de una de carácter singular que se encuentra esencialmente tutelada, en razón a la circunstancia de la menor edad que concurre en los sujetos.

Para una mejor comprensión del matrimonio precoz han de considerarse sus fines, que podemos clasificar en subyacentes y aparentes.

Los fines subyacentes de este matrimonio, consecuencia directa de la masificación social resultante de la industrialización, son:

De orden:

- **Psico-sociológico:** El deseo de autonomía o de promoción social. Temor a la soledad y a la incompreensión. El afán de lograr el status social del adulto.
- **Económico:** La necesidad de ser autosuficientes. El deseo de lograr por su propio esfuerzo un nivel digno de vida.
- **Somático:** Interés en regularizar las relaciones sexuales. La anticipación en el desarrollo del sexo.

Los fines aparentes del matrimonio precoz coinciden con los que son usuales a la institución, es decir, la generación y la educación de la prole, el mutuo auxilio y el remedio contra la concupiscencia.

Los aspectos natural, religioso y civil del matrimonio se encuentran, en cierta medida, complementados por las notas que cualifican al matrimonio precoz y que determinan la necesidad jurídica de su tutela.

Sucede frecuentemente que una institución jurídica, establecida para cumplir unos fines determinados, encuentra después en la realidad otras utilidades secundarias que no se tuvieron en cuenta al fundarla y sin que por ello se dude de su validez. No se trata, por tanto, de poner en duda la validez del matrimonio precoz, aun cuando por sus finalidades subyacentes parezca que a ellas se reduzcan los móviles que comportan su existencia legal, sino de asegurar el cumplimiento de sus verdaderos fines mediante la regulación de su tutela.

Desde esta perspectiva, al enjuiciar el problema que la educación de los hijos plantea en el seno de un matrimonio precoz, ha de afirmarse rotundamente que esto constituye y es causa directa de un conflicto entre *padres adolescentes y los hijos procreados por ellos*. Y es indudable que esta situación conflictiva ha de repercutir directa e inmediatamente sobre la sociedad, porque esta educación del hijo precisa el aporte de una maduración totalmente diferente de la fisiológica.

De cuanto antecede, es posible circunscribir en el plano jurídico la cuestión planteada para deducir así el carácter singular de las relaciones que tienen su origen en el matrimonio precoz.

Aristóteles —al igual que Santo Tomás de Aquino, que en esta cuestión coincide con el ateniense— definió la familia, como comunidad instituida por la naturaleza para el cuidado de las necesidades de la vida, pero una comunidad familiar integrada exclusivamente por menores no podrá afrontar con éxito cuantas necesidades impone la vida cotidiana. No nos encontramos, pues, ante una realidad normalizada de vida en común que se encuentra ordenada por el Derecho, sino ante una situación formalizada jurídicamente.

A simple vista quizá pueda parecer sutil esta distinción, pero al profundizar en su análisis se comprobará que no es así. En efecto, si en función de las previsiones que adoptó el Código civil español para prohibir el matrimonio a los menores de edad no emancipados por anteriores nupcias que no hayan obtenido la pertinente licencia, consideramos sus consecuencias, éstas no pueden resultar más inoperantes e ineficaces. El Código civil pasa por alto de cuestión sustantiva, la que afecta al carácter singular de un matrimonio precozmente contraído y la de su consiguiente tutela.

La cuestión ha de centrarse esencialmente en la personalidad evolutiva de los menores, biológicamente aptos para la vida sexual, pero que precisan el aporte del medio circundante para alcanzar su pleno e integral desarrollo y de este aporte, además, para poder afrontar con posibilidades de acierto las responsabilidades de la vida en común.

La obra de la reproducción humana, en su más pleno y trascendental significado, exige una colaboración constante, una acción combinada y armónica de los cónyuges que, a todo punto, ha de lograrse. No se trata de coartar la libertad de los futuros contrayentes menores de edad, sino de tutelar el recto ejercicio de aquélla con el fin de prevenir, en orden al bien común, sus consecuencias.

4. Fines del matrimonio precoz y su tutela

Si entre los fines generales del matrimonio se encuentran unos que responden a una concepción *transindividualista* de índole biológico-social (la procreación de los hijos), y otros que responden a una concepción *individualista* (el complemento, auxilio recíproco y vida en común), todos ellos se presentan, entre sí, tan íntimamente relacionados, que resulta poco menos que imposible su consideración independiente.

Dar existencia corporal a las nuevas generaciones es un hecho de indiscutible trascendencia social y política que no se reduce a una mera procreación de los hijos, sino a su protección y educación. En función del matrimonio precoz, la precedente afirmación adquiere una dimensión totalmente inédita, al inquirir hasta qué punto unos progenitores menores de edad no emancipados, por sus exclusivos medios y posibilidades, podrán dar satisfacción a tales exigencias.

Teniendo en cuenta que el matrimonio precoz es la consecuencia directa de unas necesidades subjetivas de las que son titulares los contrayentes —pues no cabe desconocer que aquel matrimonio en que se basa la vida en común, viene a satisfacer unas necesidades físicas y espirituales de índole individual—, que no quedan extinguidas por el hecho de haberle celebrado, sino que a través de este matrimonio se proyectan hacia la sociedad y el Estado en demanda de que se garantice, en cuanto que sea posible, su pleno y armónico desenvolvimiento personal a fin de que sean capaces de afrontar, con las mayores posibilidades de éxito, cuantas cargas les

impone la comunidad de vida. Es evidente, asimismo, la carga que ha de asumirse por el Estado, a través del ordenamiento jurídico, para tutelar todo matrimonio precozmente contraído.

Pero esta función tuitiva no puede quedar reducida al aspecto anteriormente señalado, sino que ha de extenderse para asegurar, también, el que se dé cumplida satisfacción a las necesidades subjetivas fundamentales de los hijos engendrados por todo matrimonio precoz.

Al ser la sociedad la resultante de un entramado complejo de relaciones sociales en la que cada uno de los grupos que la componen se influyen mutua y recíprocamente, no es posible analizar uno de ellos aisladamente porque ello supondría deformar la propia realidad. Y esto es lo que acontecería si al estudiar la precocidad matrimonial no tuviéramos en cuenta el total entramado social.

El matrimonio precoz dejado a su suerte no asegura a sus miembros una armoniosa incorporación a la sociedad. Por ello, hemos de considerar que, al menos potencialmente, nos encontramos ante un grupo primario de descomposición social, al que debe aplicarse una especial terapia, mediante aquella ordenación jurídica que configurándole como institución singularizada del genérico instituto que regula el orden civil, sea posible su tutela por el Estado.

5. Sistema matrimonial de menores

Si en función del principio de la autarquía familiar, con carácter general, se pretende evitar toda intromisión del Estado en la vida de familia y se procura el robustecimiento de los vínculos que de ella nacen, con el fin de ampliar la esfera de sus atribuciones, no es menos cierto que esta concepción acerca de la relación de la familia con el Derecho, carece total y absolutamente de virtualidad al referirla a las que, mediante la celebración de un matrimonio precoz, comporta la existencia de una familia integrada por menores no emancipados. En este supuesto la intervención del Estado es obligada y debe acentuar e intensificar su acción tutelar de manera inmediata y directa.

En base a esta estimación y así como existen variados criterios en las legislaciones respecto de los requisitos formales que se exigen para que la celebración del matrimonio obtenga la correspondiente eficacia jurídica, cuando éste tenga lugar *precozmente*, es necesario que el legislador establezca, con carácter complementario, mayores exigencias que las usuales, circunscritas a determinar la capacidad legal de los menores para celebrarle.

La política tutelar del matrimonio precoz ha de abarcar todos los aspectos de la vida social y jurídica, en función de los presupuestos que exige la Justicia tutelar.

Aun cuando en líneas generales no se deja a la libre iniciativa de los contrayentes la forma de celebración del matrimonio, ante la relativa estabilidad que presentan ciertas uniones *puramente consensuales* con la consiguiente trascendencia jurídica que evidencia la *posesión de estado matrimonial*, nos encontramos ante una clara tendencia legislativa contraria al ritualismo. Esta cuestión es digna de ser analizada cuando al producirse entre menores, nos encontremos ante esa misma posesión de estado, pero referida a un matrimonio precoz.

Quizá la nota distintiva entre unas simples relaciones prematrimoniales y la posesión de estado de

precocidad matrimonial, reside en su estabilidad, ya que el mero consenso referido, en este caso, al orden moral y ante las consecuencias que de aquellas relaciones pueden derivarse, nos encontraríamos ante una situación irregular que daría lugar a la imposición de la correspondiente medida correccional.

De ahí que al configurar un nuevo sistema matrimonial de menores desde una perspectiva eminentemente tuitiva que se dirige esencialmente a cooperar para que los contrayentes y la familia por ellos creada puedan adaptarse socialmente, el Derecho deba regular de nueva planta este matrimonio, atendiendo las peculiares características que en él concurren.

En este primer período de la vida en común, la intervención estatal ha de dirigirse a asistir y a cooperar con la familia para que los jóvenes esposos sean capaces de descubrir lo que quieren, lo que creen y cómo podrán realizarse personalmente a través de sus relaciones recíprocas, con el fin de que tomen conciencia de sus responsabilidades de cara a la sociedad en que viven y en la que nacerán sus hijos.

En el tránsito hacia la consolidación de la necesaria autonomía funcional del matrimonio precoz, hay que tener en cuenta que uno al menos de los cónyuges, cuando no ambos, ha de completar su educación, formándose profesionalmente para alcanzar la necesaria independencia económica, liberando así al que con su esfuerzo y personal sacrificio ha de encararse con la realidad, afrontando obligaciones generalmente superiores a sus posibilidades.

No se puede ignorar el hecho del abandono en que se encuentran esos menores que precozmente contraen matrimonio durante sus años escolares, cuando son expulsados por sus padres de sus respectivas familias, como tampoco cuando, por un exceso de paternalismo, se subsumen irresponsablemente en el seno de aquéllas, las experiencias y dificultades que por sí mismos han de afrontar los menores, por ser propias de la vida en común por ellos iniciada y cuyo aprendizaje es imprescindible.

Evidentemente, la tutela del matrimonio precoz ha de establecerse dentro de un amplio marco referencial en el que ha de jugar un papel importante la iniciativa privada.

Las necesidades subjetivas de los menores no pueden ser consideradas en abstracto, sino que se concretan en exigencias de orden económico y social, no sólo a nivel personal, sino de grupo y muy particularmente la institución del matrimonio precoz que, desde esta perspectiva, es el sujeto de indudables necesidades subjetivas.

El horizonte jurídico, desde la perspectiva del Derecho de Menores, se amplía al regular de nueva planta el matrimonio precoz, como institución propia de interés público, al tomar en consideración la psico-sociología el carácter personalista y comunitario de la familia así creada.

La singular característica del matrimonio precoz exige que su tutela se defiera, por imperio de la Ley, desde el instante mismo de su celebración, extinguiéndose en el instante en que cualquiera de los esposos alcance la mayoría de edad.

El ejercicio responsable de la propia libertad, encaminado a estructurar, también responsablemente, esa relación humana fundamental que, vinculada a la función procreadora, hace referencia al bien común, exige que el matrimonio precoz haya de ser considerado como un don y un quehacer en el que los esposos menores, conscientemente y al unísono, desean perpetuarse a través de su propia familia.



Vale la pena que consideremos el valor que en sí misma tiene la familia así constituida, porque de esta consideración deviene la exigencia de que se coopere con ella, instrumentando la correspondiente tutela.

La protección jurídica que exige la familia precozmente constituida se dirige a posibilitar la asunción de unas responsabilidades que, por sus exclusivos medios, no cumplirían satisfactoriamente. Al definirla como una parte en la que germina la vida social, estamos señalando la necesidad de orientar su desenvolvimiento de forma totalmente vertebrada en su entorno social.

Aterra constatar la laguna que en este punto presentan las legislaciones contemporáneas, así como la negligente falta de sensibilidad social por parte de la doctrina. Nuestra postura, radicalmente diferente, se dirige a establecer la necesaria protección para estas familias a fin de que puedan ser un firme puntal de la sociedad de cara al futuro y no ese núcleo aislado y sumergido en el mundo crepuscular de la pobreza material y moral, de la privación cultural, de los prejuicios sociales y de la minusvalía psíquica o física.

El ordenamiento positivo de menores debe instrumentar, a tal efecto, una institución de asistencia y de cooperación que estimule, oriente, guíe y asesore a quienes, precozmente, contrajeron matrimonio, en la solución de los innumerables problemas que la vida en común ha de plantearles. Asistencia y cooperación que ha de extenderse, además, a la esfera de las relaciones paterno-filiales para que estos padres —cuya personalidad evolutiva aún no logró su pleno desarrollo— puedan afrontar con éxito la misión de atender y de educar a sus hijos.

Por su contenido, esta institución tutelar ha de ser de carácter subsidiario y coadyuvante, con el fin de favorecer el ejercicio de la libertad en un actuar responsable.

Por su finalidad asistencial y de cooperación ha de constituirse en instrumento que, al solucionar el grave problema social que todo matrimonio precoz plantea, no pueda ser utilizado para fomentarlo.

f) Emancipación y curatela.

[Colin]⁶

Definición. Historia.

La emancipación es un acto solemne o un beneficio de la ley que produce la consecuencia de libertad al menor de la patria potestad o de la tutela y de conferirle, con el gobierno de su persona, una cierta capacidad, por lo demás limitada a la «pura administración», en cuanto a su patrimonio.

En los actos que sobrepasan su capacidad, el menor emancipado es asistido por un curador; en los actos más graves debe, como el menor ordinario, solicitar la aprobación de los poderes de alta tutela.

La emancipación existía en el Derecho romano, pero con un carácter y unos efectos muy diferentes



de los de hoy. Tenía como fin sustraer al hijo de la patria potestad, convertirle en sui juris, cosa útil en una legislación en que la patria potestad subsistía indefinidamente en tanto que vivía al padre. La emancipación no tenía, por lo tanto influencia sobre la capacidad de aquel que era objeto de ella más que cuando éste era púber; el impúber emancipado continuaba siendo incapaz y quedaba bajo tutela. En cuanto a la cúratela, no ofrece ésta nada de particular respecto de los menores emancipados. Como todos los menores que salían de la tutela se beneficiaban de la institución de la cúratela establecida a partir de Marco Aurelio para los menores púberes de menos de veinticinco años, a fin de poner un remedio a la precocidad de la pubertad, que podía dejar sin protección a menores demasiado jóvenes todavía. Nuestra emancipación actual se parece más a la *venia aetatis*, institución establecida para los casos excepcionales en que la prolongación de la cúratela hasta los veinticinco años podía presentar inconvenientes. La *venia* podía ser concedida a los varones a partir de los veinte años, y a las mujeres, a partir de los diez y ocho, y el que obtenía este beneficio se convertía en plenamente capaz, salvo que no podía ni enajenar ni hipotecar sus inmuebles.

Estas diversas reglas subsistieron, en general, en los países de Derecho escrito, salvo que el papel del curador que se daba a los púberes de doce a catorce años, emancipados o que habían salido de la tutela, únicamente cuando tenían bienes, se limitaba generalmente a asistir al menor en juicio, en la enajenación de inmuebles o en la constitución de hipotecas (Viollet, op. cit., pág. 591); Jean Meslé, op. cit., Prefacio, p. XXII). La *venia aetatis* no era, por lo tanto, empleada (Brissaud, Manuel, páginas 191, 192).

Otra cosa ocurría en los países de Derecho consuetudinario, en los que, como se recordará, la patria potestad terminaba a los veinticinco años, pero donde, en cambio, la minoridad y la incapacidad se prolongaban siempre hasta esa misma edad. La *venia aetatis* funcionaba allí como un medio de adelantar la edad de la capacidad bajo el nombre de emancipación, tanto en beneficio de los menores sometidos a tutela como en el de aquellos otros sometidos a la patria potestad. La emancipación se verificaba por rescripto del príncipe, es decir, en virtud de carta de la cancillería, con la conformidad de los padres y de los interesados manifestada ante el Juez. El menor emancipado se convertía en capaz para administrar sus bienes y cobrar sus productos. Pero necesitaba estar asistido de un curador para comparecer en juicio, para cobrar un capital, para enajenar un inmueble. Cuando abusaba de su capacidad podía serle retirada la emancipación; entonces se le nombraba un curador responsable encargado de administrar sus bienes, es decir, un verdadero tutor (Jean Meslé, op. cit., Prefacio, p. XXIII, cap. II, pág. 17 y siguientes; Argou, I. I, cap. IX, Des curateurs; Pothier, Des personnes, núms. 206-207, ed. Bugnet, t. IX, pág. 76 y siguientes).

Es, pues, en los países de Derecho consuetudinario donde se encuentra el origen de nuestra emancipación actual, a pesar de su nombre romano. También procede igualmente de estas regiones la regla actual de que la emancipación se produce de pleno derecho por el matrimonio del menor. La máxima «el matrimonio emancipa», en efecto, era seguida únicamente en los países de costumbres y en los países de Derecho escrito pertenecientes al territorio del Parlamento de París (Lyonesado, Forez, Beaujolais, pare de Aubernia). (V. Cout. de París, art. 239; Viollet, op. cit., pág. 568; Brissaud, op. cit., págs. 121, 124, 191).

Si nos fijamos en el Código civil, observaremos que después de algunos intentos de originalidad, se ha limitado, en los más de los casos, a codificar las antiguas prácticas consuetudinarias. Se trató en los trabajos preparatorios de conceder el beneficio de la emancipación de pleno derecho a los menores sin padre ni madre que hubieran llegado a la edad de dieciocho años, haciendo así de la emancipación una especie de escalón destinado a preparar a los menores para la capacidad



completa (Fenet, tomo X, págs. 564 y siguientes, 594); pero este ingenioso sistema fué abandonado. Hoy las diferencias mayores entre las reglas del Código y las del antiguo Derecho son, de una parte, la supresión de la intervención administrativa en la emancipación, que se ha convertido en un acto puramente familiar, aunque solemne, y de otra parte, la intervención de los poderes de la alta tutela, consejo de familia y tribunal, para inspeccionar los actos más importantes de la gestión del emancipado. Esta asimilación, completa en muchos casos, del menor emancipado al menor sometido a tutela, ha sido con frecuencia criticada, y no sin razón. Origina complicaciones y gastos inútiles. Frente al sistema de la ley francesa, demasiado formalista, funciona en Alemania un sistema acaso exageradamente simplista. Según el Código civil alemán (arts. 3.º, 4.º y 5.º), el menor que ha cumplido los dieciocho años, puede, si se le considera apto para regir su vida, ser declarado mayor por el Tribunal de tutelas (Cf. en el mismo sentido (Cód. civ. suizo, art. 15). Entre ambas concepciones legislativas acaso podría encontrarse un término medio.

Terminaremos estas generalidades haciendo constar que en Francia tiende a decrecer el número de emancipaciones. El número de actos de emancipación realizados ante los Jueces de paz, que fué de 9.273 en 1845, de 6.060 en 1870, ha descendido a 3.994 en 1899; en 1909 no fué más que de 3.134; en 1910 de 2.995; en 1911 de 2.957; cuando el número de las personas que alcanzan anualmente la mayor edad pasa de 600.000 {exactamente, 622.725, según el censo de 1911). Hoy, en la práctica, un menor nunca es emancipado más que en dos casos: en primer lugar, cuando se le quiere capacitar para el comercio; en segundo, cuando pierde a sus padres en una época próxima a su mayor edad y se quiere evitar la organización de la tutela. Es probable que el número de emancipaciones haya sido más considerable bajo el antiguo Derecho, sin duda porque la menor edad se prolongaba hasta los veinticinco años.

Establecimiento y organización de la curatela

Cómo se hace la emancipación. Hay dos clases de emancipación: la emancipación legal o tácita y la emancipación expresa o voluntaria.

1.a *La emancipación legal o tácita se produce de pleno derecho por el matrimonio del menor* (art. 476). El legislador considera con razón que el matrimonio es un estado que excluye la tutela y la patria potestad. Si el menor casado es varón, no se comprendería que su familia pretendiese conservarlo en un estado de dependencia completa cuando lo juzgó dotado de una madurez de espíritu suficiente para que pudiera casarse y adquirir él mismo la autoridad marital sobre su mujer, y, en seguida, la patria potestad sobre sus propios hijos. Y si, caso el más frecuente, el menor casado es una mujer, ésta encontrará en su marido un protector legal que reemplazará de un modo natural su padre y a su tutor.

Del principio de que la emancipación es una consecuencia inevitable del matrimonio del menor se desprenden varios corolarios:

A. Los padres, al autorizar el matrimonio del menor, no podrán formular ninguna reserva en cuanto a su emancipación. Toda estipulación contraria a la regla del art. 476 será nula y de ningún valor.

B. La emancipación se producirá cualquiera que sea la edad del menor, aunque se case antes de la edad en que la emancipación voluntaria sería posible.

C. La disolución del matrimonio por la muerte del otro cónyuge o por el divorcio no entraña la revocación de la emancipación. Otra cosa ocurrirá, creemos, en caso de nulidad del matrimonio.



Sin embargo, la anulación de la emancipación en este caso no podrá perjudicar a tercero que de buena fe haya contratado con el menor al que debía creer válidamente casado, v. por lo tanto, emancipado.

2.a *La emancipación voluntaria o expresa* es la que resulta de una declaración hecha a este efecto por el padre, la madre o el consejo de familia, según los casos, declaración que hemos calificado de solemne, porque ha de hacerse forzosamente ante el Juez de paz, acompañado del escribano, lo mismo si el Juez de paz se limita a inscribirla que si participa personalmente en calidad de presidente del consejo de familia de que emana (artículo 477, párr. 2.º, 478, párr. 2.º).

En este respecto hay que distinguir dos casos de emancipación voluntaria:

A. Si el menor tiene padre y madre puede ser emancipado por un acto de su voluntad desde la edad de quince años cumplidos. El padre es el que consiente la emancipación. A falta de padre, dice el art. 477, este derecho pasa a la madre. Esto significa que la madre viuda puede emancipar libremente a su hijo. Pero, ¿ocurrirá lo mismo si el padre no ha muerto, pero está loco, ausente, sufriendo interdicción o privado de la patria potestad. en una palabra, imposibilitado de ejercitar el derecho de emancipación? ¿Pasa entonces este derecho a la madre? Se ha discutido esto en otro tiempo. Las palabras empleadas por el artículo 477 (a falta del padre y no en defecto del padre) parecen indicar que sólo la muerte del padre puede transmitir a la madre la facultad de emancipar; pero este argumento queda destruido por el texto del art. 2.º del Código de Comercio, que al hablar de la autorización especial necesaria para que un menor pueda convertirse en comerciante, y, por lo tanto, de la emancipación que es igualmente necesaria para dicho fin, establece que la autorización es concedida por el padre o por la madre «en caso de muerte, interdicción o ausencia del padre». Por lo tanto, hoy se admite, en general, que el derecho corresponde a la madre en todos los casos en que hay para el padre imposibilidad de ejercitarlo.

Conviene añadir aquí dos observaciones:

a) El art. 477 se aplica seguramente al hijo natural (artículo 83, párr. 3.º). El derecho de emancipación corresponde a aquel de los padres que está investido de la patria potestad.

b) El derecho de emancipar es independiente del derecho de guarda y de tutela sobre el menor. Así, el padre puede emancipar válidamente al hijo cuya guarda, sin embargo, esté confiada a la madre; por ejemplo, a consecuencia de un divorcio. Y la madre viuda, no mantenida en la tutela de sus hijos menores, no pierde por ello el poder de emanciparlos. Se comprende que este derecho, ejercido en tales condiciones, puede fácilmente originar abusos. No puede menos de ser aprobada la jurisprudencia en virtud de la que los Tribunales se reservan la facultad de inspeccionar el uso que los padres hacen de su prerrogativa y de anular cualquier emancipación que les parezca concedida, no en interés del hijo, sino en la de aquel que le emancipa (V. en último lugar, París, 14 de noviembre de 1901, D. P. 1902. 2. 238). Es esta una afortunada aplicación del principio según el. que corresponde a la justicia vigilar el ejercicio de la patria potestad para impedir cualquier abuso.

B. Cuando el padre y la madre han muerto, o ambos están imposibilitados de ejercitar su derecho, puede el hijo ser emancipado por el consejo de familia, pero solamente a partir de la edad de dieciocho años cumplidos (art. 478). La edad de la emancipación es retrasada en este caso para evitar que el tutor pida una emancipación precoz a fin de librarse del peso de la tutela. Por el contrario, como puede temerse que el tutor no tome la iniciativa de la emancipación, sin embargo justificada, por miedo a adelantar la hora de la rendición de cuentas, la ley establece que si el tutor

no realiza las diligencias necesarias para obtener la emancipación, la iniciativa para la reunión del consejo de familia, a este efecto, puede proceder de cualquier pariente o afín del menor hasta el grado de primo hermano. El Juez de paz está obligado a acceder a su petición (art. 479).

Atribución de la curatela.—Todo menor emancipado recibe un curador. Este curador es nombrado por el consejo de familia. El art. 480 lo dice expresamente. Es verdad que no se refiere más que al caso en que el menor está bajo tutela; pero como no hay otro texto relativo a la designación de curador, puede deducirse que la regla debe ser generalizada. El curador, por lo tanto, será siempre dativo. Aunque la emancipación proceda del padre, se verificará el nombramiento de curador por el consejo de familia.

Aunque la elección del consejo de familia es libre, pues ningún texto la limita, es evidente que en la práctica el consejo de familia designará casi siempre al padre o al ex tutor. Pero hay que observar que en este caso deberá elegir al mismo tiempo un curador ad hoc. En efecto, como el primer acto del curador será (art. 480) el de asistir al menor emancipado en la rendición de cuentas de la tutela o de la administración legal, es claro que el padre o el tutor no podrán rendirse cuentas a sí mismos. Hará falta, por lo tanto, para asistir al menor en esta ocasión, darle un curador ad hoc, lo que también se hará, por lo demás, en el curso de la curatela, siempre que se trate de un acto en el que el menor y el curador tengan intereses opuestos.

La regla de que no existe curatela legítima tiene dos excepciones, de las cuales una es cierta y la otra es negada por la doctrina:

1.a Cuando la emancipación se concede a un menor acogido, la ley de 27 de junio de 1904, art. 14, párr. 3.º y art. 15, instituye como curador en provincias al tesorero-pagador general, y en el departamento del Sena, al recaudador de la Asistencia pública.

2.a Se admite generalmente que la mujer casada, menor, emancipada por su matrimonio, tiene por curador legítimo a su: marido, con tal de que éste sea mayor. Sin embargo, esta solución no está fundada, en definitiva, en ningún texto. El argumento que se deduce a su favor del art. 506, según el que el marido es de pleno derecho tutor de la mujer incapacitada, no-se funda más que en una simple analogía. Esto es lo que da cierta fuerza a la opinión de algunos autores, según los cuales el marido no será curador de la mujer por la razón de que ésta no lo tiene, estando suficientemente protegida por la autorización marital, que le es necesaria para todos los actos de la vida jurídica. Prácticamente es cierto que no hay sitio para la curatela de la mujer casada menor, dado que ésta no hace nada por sí misma. En efecto, en la mayoría de los regímenes matrimoniales es el marido el que administra su patrimonio en calidad de mandatario legal, lo que hace inútil la intervención de un curador. Se comprende, por lo tanto, que las sentencias, y aun las mismas leyes (art. 2.208, párr. 3.º). no determinen de un modo preciso, cuando el marido interviene por su mujer, menor, si lo hace en calidad de curador o en calidad de marido.

El problema puede, sin embargo, presentar un interés práctico si se supone que la mujer menor vive bajo la separación de bienes. La mujer que viva separada de bienes, en efecto, administra por sí misma su patrimonio. Es verdad que necesita la autorización marital para los actos más importantes; pero su capacidad es más amplia que la de un menor emancipado. Por ejemplo, puede recibir un capital mueble y dar recibo del mismo. cosa que, como veremos, no puede hacer un menor emancipado sin la asistencia del curador. En este caso y en otros análogos. si el marido no puede intervenir, habrá que reunir el consejo de familia para darle a la mujer un curador ad hoc. La complicación nos parece inútil. Vale mucho más, creemos, reconocer que el marido es de pleno derecho curador de su mujer, menor.



Cualquiera que sea, por lo demás, la opinión que se adopte en este punto, hay, ciertamente, dos casos en los que la mujer casada, menor, deberá recibir un curador que no sea su marido. Ocurrirá esto:

A. En caso de separación de cuerpos, porque entonces desaparece la potestad marital, pues la autorización del marido no es ya necesaria para la mujer.

B. Cuando el marido de la mujer menor es menor él mismo. Algunos autores, sin embargo, sostienen que en este último caso será el curador del marido el que asista a la mujer en caso de necesidad, es decir, cuando vive bajo el régimen de separación de bienes y debe obrar en persona para la administración de los mismos.

¿Es la curatela un cargo obligatorio como la tutela? ¿Cuáles son las causas de excusa, de exclusión y de destitución de la curatela? La ley es muda acerca de estos puntos. Pero, en general, se admite que se pueden aplicar, por extensión, las reglas establecidas para la tutela en las Secciones VI y VII del título de la tutela.

Posible revelación de la emancipación voluntaria

Ya hemos dicho que la emancipación legal procedente del matrimonio es irrevocable, y, por consiguiente, subsiste, aunque el matrimonio termine antes de que el cónyuge haya alcanzado la mayor edad. Esta solución, completamente tradicional, se apoya hoy en el texto del art. 485, que al hablar de la revocación de la emancipación dice que será retirada, «siguiendo las mismas formalidades que se emplearon para conferirla», lo que excluye la posibilidad de una revocación de la emancipación conferida sin formalidades-, como una consecuencia atribuida por la ley al simple hecho del matrimonio.

Por lo que respecta a la emancipación voluntaria, el art. 485 permite al padre y a la madre, por medio de una declaración hecha ante el Juez de paz, o, en su defecto, al consejo de familia, por medio de una decisión, retirársela al menor que se haya mostrado indigno. Sólo un hecho puede ser alegado para demostrar esta indignidad. No es la mala conducta del menor, por escandalosa que pueda ser (París, 9 de enero de 1901, D. P. 1901. 2. 301; S. 1901. 2. 36), sino únicamente el hecho de que las obligaciones contraídas por el menor durante su emancipación hayan sido reducidas, o, por lo menos, que el Tribunal haya comprobado que dichas obligaciones eran excesivas hasta el punto de justificar una reducción (o una anulación).

El primer efecto de la revocación es, según el art. 486, que el menor vuelve a quedar bajo tutela. Observaremos, sin embargo, que no vuelve a caer bajo tutela, sino bajo la patria potestad cuando los padres viven todavía.

La revocación produce también otro efecto: el menor no podrá en adelante volver a ser emancipado. Sin embargo, hay que exceptuar el caso de que contraiga matrimonio.

Es inútil extenderse más acerca de esta revocación, medida muy rara, puede decirse que casi desconocida en la práctica.



3 Normativa

De los Impedimentos, Revalidaciones y Dispensa

Artículo 14.—Es legalmente imposible el matrimonio:

- 1) De la persona que esté ligada por un matrimonio anterior.
- 2) Entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad.

El impedimento no desaparece con la disolución del matrimonio que dio origen al parentesco por afinidad.

- 3) Entre hermanos consanguíneos.
- 4) Entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes; los hijos adoptivos de la misma persona; el adoptado y los hijos del adoptante; el adoptado y el excónyuge del adoptante; y el adoptante y el excónyuge del adoptado.
- 5) Entre el autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio de uno de los cónyuges y el cónyuge sobreviviente.
- 6) Entre personas del mismo sexo.

7) De la persona menor de quince años.

(Así reformado por el artículo 1° de la Ley N° 8571 del 8 de febrero de 2007)

Artículo 14 bis.- El matrimonio simulado será nulo.

(Así adicionado por el artículo 1° de la ley N° 8781 del 11 de noviembre de 2009)

ARTICULO 15.- Es anulable el matrimonio:

- 1) En el caso de que uno o ambos cónyuges hayan consentido por violencia o miedo grave, o por error en cuanto a la identidad del otro;
- 2) De quien carezca, en el acto de celebrarlo, de capacidad volitiva o cognoscitiva.

(Así reformado este inciso por el artículo 80 de la Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad No.7600 de 2 de mayo de 1996)

- 3) (Este inciso fue Derogado por el artículo 4° de la Ley N° 8571 del 8 de febrero de 2007)
- 4) Del incapaz por impotencia absoluta o relativa, siempre que el defecto sea por su naturaleza incurable y anterior al matrimonio; y
- 5) Cuando fuere celebrado ante funcionario incompetente.

ARTICULO 16.-

Es prohibido el matrimonio:

1) Del menor de 18 años sin el asentimiento previo y expreso de quien ejerza sobre él la patria potestad o tutela, salvo lo estipulado en el inciso 1) del artículo 21 de este Código;

2) (Anulado este inciso mediante resolución de la Sala Constitucional N° 2129 del 14 de febrero de 2008).

3) De los tutores o cualquiera de sus descendientes con los pupilos mientras no estén aprobadas y canceladas las cuentas finales de la tutela, salvo si el padre o madre difuntos del pupilo lo hubieran permitido expresamente en testamento u otro instrumento público; y

4) Sin la previa publicación o dispensa de los edictos legales.

(Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 5895 de 23 de marzo de 1976).

ARTICULO 17.-

El matrimonio celebrado a pesar de las prohibiciones del artículo anterior es válido.

ARTICULO 18.-

El matrimonio celebrado por las personas a quienes se refieren los incisos 1) y 2) del artículo 15, quedará revalidado sin necesidad de declaratoria expresa por el hecho de que los cónyuges no se separen durante el mes siguiente al descubrimiento del error, al cese del miedo grave o la violencia, o a que la persona recupere su capacidad volitiva o cognoscitiva.

(Así reformado por el artículo 80 de la Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad No.7600 de 2 de mayo de 1996)

Artículo 19.-

El matrimonio simulado no convalidará ninguna clase de derechos u obligaciones a los contrayentes.

Cuando se declare su nulidad, el juez en sentencia declarativa ordenará la cancelación de la inscripción registral, así como el estatus migratorio y las naturalizaciones otorgadas, todo a consecuencia del matrimonio simulado.

(Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 8781 del 11 de noviembre de 2009. Este artículo anteriormente había sido derogado en su totalidad por el artículo 4° de la ley N° 8571 del 8 de febrero de 2007)

ARTICULO 20.-

El matrimonio del impotente quedará revalidado cuando se dejaren transcurrir dos años sin reclamar la nulidad.

ARTICULO 21.-

Para la celebración del matrimonio del menor es necesario que cualquiera de sus padres en ejercicio de la patria potestad otorgue su asentimiento y no están obligados a motivar su negativa. La dispensa del asentimiento podrá ser suplida por el Tribunal, previa información sumarísima:

- 1) Cuando el menor haya sido declarado administrativa o judicialmente en estado de abandono; o si siendo huérfano, careciere de tutor; y
- 2) Cuando el asentimiento se niegue y sea necesario para evitar que el menor sufra los perjuicios que podría derivar de los delitos cuya acción o pena se extinguen con el matrimonio.

(Así reformado por el artículo 1º de la ley N° 5895 de 23 de marzo de 1976).

ARTICULO 22.-

Tratándose de menores sujetos a tutela, el tutor dará el consentimiento. Cuando los motivos en que el tutor funde su negativa no fueren razonables, el consentimiento podrá ser suplido por el Tribunal en la forma prevista en el artículo anterior.

4 Jurisprudencia

a) Sanción disciplinaria al notario por omitir acreditar comparecencia de la madre en ejercicio de la patria potestad a conceder su asentimiento al matrimonio de la menor contrayente

[Tribunal de Notariado]⁷

Voto de mayoría

"II.- En su sentencia la autoridad de primera instancia declaró con lugar el proceso disciplinario notarial incoado contra el notario y le impuso la corrección disciplinaria de tres meses de suspensión, debido a que al autorizar el matrimonio que relaciona la escritura número ochenta y ocho, omitió la comparecencia de la madre en ejercicio de la patria potestad de la menor contrayente, para expresar su asentimiento.-

El notario no expresó agravios, pero en su escrito de apelación expresa que si bien el numeral 139 del Código Notarial faculta al órgano disciplinario para sancionar, es lo cierto que no se le pueden imponer sanciones que coarten el ejercicio de su profesión sin un fundamento legal idóneo.- Que su actuación no encuadra dentro de los presupuestos que establece el citado numeral, además que la madre de la menor contrayente estuvo presente en el mismo acto del matrimonio y dio su asentimiento expreso para que su hija contrajera nupcias, hecho que le mereció fe a él como notario, prescindiendo de los documentos que demostraran el asentimiento, y en los autos consta declaración jurada ratificando su dicho.- Que el numeral 31 del Código de Familia no hace referencia a la manifestación expresa del referido asentimiento, lo que si es obligado en el



certificado de declaración de matrimonio, casilla # 17, y se le sanciona por una normativa que no establece en forma clara su deber como notario de consignar dicho asentimiento, y que el artículo 139 del Código Notarial es una norma en blanco, que faculta al juzgador a calificar de grave la situación en forma antojadiza.- Que su actuar fue de buena fe, su familia depende de sus ingresos y pide como prueba para mejor resolver, que se reciba el testimonio de los contrayentes y de la madre de la menor a fin de que aclaren si ésta última estuvo presente en el matrimonio y si otorgó su asentimiento.

III.- La sentencia apelada se encuentra a derecho y por eso ha de confirmarse.- El notario denunciado autorizó la escritura número ciento ochenta y ocho, el día dieciséis de marzo del dos mil dos, relativo al enlace matrimonial de Melvin Chinchilla y C.O., ésta última menor de edad a esa fecha, pues nació el doce de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro.- Los artículos 81 y siguientes del Código Notarial establecen que la escritura pública constará de tres partes: introducción, contenido y conclusión.-

La introducción estará compuesta por el encabezamiento, la comparecencia y las representaciones.- En la comparecencia se expresarán el nombre y los apellidos de los comparecientes, la clase de documento de identificación que porten con el número si lo tuviere, el estado civil, el número de nupcias, la profesión u ocupación, el domicilio y la dirección exactos, así como la nacionalidad si son extranjeros.- Finalmente, el artículo 92 inciso c) del citado cuerpo legal, indica que la autorización del instrumento debe contener la constancia de que firman el notario, así como los comparecientes o el motivo por el cual estos no firman.- En este asunto, conforme a lo antes expuesto, del examen del testimonio del instrumento que contiene el matrimonio civil, que es copia fiel y exacta de la matriz, no se desprende en parte alguna la comparecencia de la señora María Isabel Ortega Rojas, madre en ejercicio de la patria potestad de la menor contrayente C.I., por lo que es evidente que el denunciado infringió la prohibición contenida en el numeral 16 del Código de Familia, que en forma imperativa obliga al notario a no realizar el matrimonio de un menor de 18 años si no cuenta con el asentimiento previo y expreso de quien ejerza sobre él la patria potestad o tutela, como en este caso sucede con la contrayente menor de edad.- No es suficiente con que el notario diga que dicha señora estuvo presente en la ceremonia y que otorgó el asentimiento, así como de que aporte declaración jurada de ésta en igual sentido, porque lo que se requiere es que tal declaración de voluntad la recoja el notario y quede plasmada en el mismo instrumento en que asienta el matrimonio y quede documentada con la comparecencia y firma de la progenitora de la menor contrayente, toda vez que se trata de un instrumento público, con valor probatorio pleno, conforme lo establecen el párrafo final del artículo 369 y 370 del Código Procesal Civil.- El hecho de que dicha señora estuviera presente en el momento en que se celebró el enlace matrimonial y que por medio de declaración jurada diga que dio su asentimiento para el matrimonio de su hija menor de edad, no tiene la fuerza de eliminar la comisión de la falta en que incurrió el notario, que contrario a lo que él afirma, constituye una falta grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 del Código de Familia, ya que incumplió un deber funcional establecido por una ley especial, como es la del Código de Familia, en sus artículos 16 y 21, que requiere el asentimiento de quien ejerce la patria potestad de un menor para que éste contraiga nupcias, debiendo el notario abstenerse de prestar el servicio, de no contar con éste.- De ahí que no lleve razón el notario al decir que la normativa no está clara, al no requerir el asentimiento en forma expresa, ya que tratándose de un matrimonio civil, que la legislación de familia autoriza al notario para llevarlo a cabo, éste debe autorizarlo por medio de un acta de matrimonio contenida en un instrumento público, donde comparecen los contrayentes y testigos en su caso, a expresar su consentimiento los primeros, y en el caso de menor, quien ejerza la patria potestad, lo que queda manifiesto mediante la lectura, aprobación y firma de ese instrumento, el cual hace plena prueba de la



convención para la cual ha sido otorgado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 371 del Código Procesal Civil en relación a los artículos 2 y 31 del Código Notarial, sin que pueda suplirse la omisión en que incurrió el notario por una declaración jurada posterior de parte de quien no hizo la manifestación en el acto en que se celebró el matrimonio.- Finalmente, debe indicarse que este Tribunal lamenta la situación personal del denunciado al tener que hacer frente a una sanción como la que se le impone, pero ésta es congruente con la gravedad de la falta cometida, prevista en el numeral 139 antes citado, la cual califica de esa forma el incumplimiento de requisitos, condiciones o deberes propios del ejercicio del notariado, contemplados en las leyes, que para este caso, como se ha explicado profusamente, prescribe la legislación de familia, cuando uno de los contrayentes es menor de edad.- En cuanto a la prueba testimonial ofrecida en esta instancia debe decirse que ésta resulta inconducente a los efectos de la valoración de la falta denunciada por el Registro Civil, ya que es suficiente la documental.- Así las cosas, ha de confirmarse la sentencia recurrida, por haber autorizado el notario un matrimonio civil sin la comparecencia de la madre en ejercicio de la patria potestad de la menor contrayente para manifestar su asentimiento, lo que constituye falta grave por haber inobservado el notario un requisito que le establece una ley especial."

b) Sanción disciplinaria por falta de requisitos de matrimonio con menor de edad

[Tribunal de Notariado]⁸

Voto de mayoría

"IV.- El presente asunto se trata de un procedimiento disciplinario que se inicia con una queja interpuesta por el Registro Civil contra el notario público Carl Uriah Wolfe Walters en razón de haber celebrado el matrimonio de Ismael Sancho Sandoval con Francine de los Angeles Sánchez Muñoz, menor de edad, sin haber cumplido con todos los requisitos que exige la ley cuando se trata de un evento bajo estas circunstancias, propiamente, lo dispuesto en el artículo 21 del Código de Familia. En efecto, cuando uno de los contrayentes es menor de edad, es deber del notario que va a celebrar el sacramento, asegurarse de que todos y cada uno de los requisitos que establece la ley, se cumplan. Es decir, el notario debe realizar, además de la función propia, una investigación del entorno del menor de edad para establecer el consentimiento de los padres o tutor, según sea el caso. Bajo esa inteligencia, como así correctamente lo indica la sentencia que se impugna, tenemos que el artículo 16 del Código de Familia dispone que es prohibido el matrimonio bajo los siguientes presupuestos: 1) del menor de 18 años sin el asentimiento previo y expreso de quien ejerza sobre él la patria potestad o tutela, salvo lo estipulado en el inciso 1 del artículo 21 de ese mismo Código que indica que para la celebración del matrimonio del menor es necesario que cualquiera de sus padres en ejercicio de la patria potestad otorgue su asentimiento y no están obligados a motivar su negativa. Y continúa diciendo que la dispensa del asentimiento podrá ser suplida por el Tribunal, previa información sumarisima (el subrayado es propio), para el caso concreto: si siendo huérfano careciere de tutor. Así las cosas, no es de recibo el alegato del apelante, sobre el desconocimiento que dice tener de la ley, pues, según precepto constitucional, nadie puede alegar desconocimiento de la misma, y mucho menos, agrega quien redacta, un licenciado en leyes. En efecto el profesional en derecho que además ostenta también el título de notario en nuestro sistema jurídico, debe y está obligado a conocer todo nuestro ordenamiento jurídico y actualizar sus conocimientos día a día, de manera que, se repite, no comparte el Tribunal su defensa en lo que a este punto se refiere. Esa omisión en que incurrió el notario autorizante constituye un incumplimiento de un deber funcional establecido, según se dijo, en el artículo 21 del



Código de Familia, cuya sanción está prescrita en el artículo 144 inciso e) del Código Notarial. De manera que no es, como lo dice el denunciado, que no se causó daño a las partes ni a terceros, pues el atraso en la inscripción, por falta de requisitos, trajo como consecuencia que no se publicitara a terceros un acto tan trascendental como es el matrimonio civil de los contrayentes. Por lo anterior, sí hubo de parte de dicho profesional una transgresión al deber formal en el ejercicio del notariado, cual es no cumplir con todos los requisitos que exige la celebración de un matrimonio, cuando está de por medio un menor de edad, haciéndose acreedor a sanción disciplinaria. Situación que no varía, aún cuando el matrimonio se encuentre ya inscrito. En todo caso, tampoco la inscripción convalida la conducta del denunciado, pues el incumplimiento de uno de los requisitos formales dentro del matrimonio celebrado siempre se dio.

V.- Lo anterior tiene su razón de ser por lo siguiente. En estos casos, en razón de la falta, transgresión a las normas que regulan el procedimiento, que por cierto es formal, se procede únicamente a imponer la sanción que es dada por ley y no por discreción. Y es así, porque la falta, en este caso, falta de cuidado en el cumplimiento de requisitos, por sí misma, conlleva un daño a la seguridad jurídica, que debe permear en la función notarial y por ende de interés público. De ahí que le es prohibido al notario disponer de formas para celebrar un matrimonio. No obstante lo anterior, en razón de lo acontecido, y, únicamente, para no causar mayor perjuicio al profesional, este Tribunal se inclina por acoger el recurso en cuanto al monto de la sanción impuesta, y resuelve rebajar la misma a tres meses de suspensión, sin que proceda el mínimo, dado que, según consta en el expediente, no fue él, sino el Patronato Nacional de la Infancia, el que promovió las diligencias que resultaron necesarias para poder inscribir. En consonancia, se modifica la sentencia motivo de apelación, únicamente en cuanto impuso una sanción de seis meses de suspensión en el ejercicio de la función notarial, para en su lugar imponer tres meses de suspensión. En todo lo demás, se confirma."

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Brenes Córdoba, A. (1984). Tratado de las Personas. Volumen II Derecho de Familia. Cuarta Edición Actualizada por Gerardo Trejos. Editorial Juriscentro. San José, Costa Rica. P. 56.
- 2 Pérez Vargas, V. G. (1994). Derecho Privado. Tercera Edición. Litografía e Imprenta LIL, S.A. San José, Costa Rica. Pp. 42-44.
- 3 Colin, A. & Capitant, H. (1949). Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo VI: De los Régímenes Matrimoniales. Editorial Reus. Madrid. España. Pp 85-87.
- 4 Blanco Ledesma, M. J. (1985). La Emancipación. (Resumen de Tesis Doctoral). Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, España. Pp. 9-27.
- 5 Medizábal Oses, L (1977). Derecho de Menores. Teoría General. Ediciones Pirámide, S.A. Madrid. España. Pp. 205-218.
- 6 Colin, A. & Capitant, H. (1952). Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo II Volimen 1: Incapacidad Civil – Personas Jurídicas. Editorial Reus. Madrid. España. Pp 253-262.
- 7 TRIBUNAL DE NOTARIADO.- Sentencia número 35 de las nueve horas treinta minutos del veinticuatro de febrero de dos mil cinco. Expediente: 03-000916-0627-NO.
- 8 TRIBUNAL DE NOTARIADO.- Sentencia número 33 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veinte de febrero de dos mil tres. Expediente: 02-000022-0627-NO.