

ley 205



# Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

**REGIMEN JURIDICO DEL MENOR EMANCIPADO**

**T E S I S**

Que para obtener el título de

**LICENCIADO EN DERECHO**

presenta:

**JORGE HUMBERTO HURTADO GONZALEZ**

México, D. F.

1982



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

# TESIS CON FALLA DE ORIGEN

# INDICE

	PAG.
CAPITULO PRIMERO	
GENERALIDADES	
1. Concepto de persona.	1
2. Clasificación.	3
3. Capacidad jurídica.	13
4. Personalidad	29
5. Atributos de la personalidad.	36
CAPITULO SEGUNDO	
LA REPRESENTACION	
1. Concepto.	60
2. Teorías sobre la representación.	65
3. Diferentes formas de representación.	68
4. Crítica de la doctrina mexicana sobre la representación	74
CAPITULO TERCERO	
PATRIA POTESTAD	
1. Concepto.	79
2. Fundamento de la autoridad paterna.	81
3. Naturaleza jurídica.	83
4. Caracteres de la relación paterno-filial.	86
5. Contenido.	88
6. Sujetos.	90
7. Efectos:	
A) Sobre la persona del hijo.	91
B) Sobre los bienes del hijo.	92
C) Con relación a quien ejerce la patria potestad.	95

	PAG.
8. Suspensión y extinción de la patria potestad	98

#### CAPITULO CUARTO

##### EMANCIPACION

1. Antecedentes históricos.	
A) Roma	102
B) México	
a) Derecho prehispánico.	109
b) Epoca colonial.	115
c) Códigos Civiles de 1870 y 1884.	123
d) Ley de Relaciones Familiares de 1917.	128
e) Código Civil de 1928. Sus reformas por virtud del Decreto de 31 de diciembre de 1969, publicado en el Diario Oficial el 28 de Enero de 1979.	132
2. Naturaleza y efectos	
A) Concepto.	140
B) Sistemas.	148
C) Efectos.	154
D) Capacidad del emancipado sobre sus bienes y sobre su persona.	160
3. Importancia de la emancipación en la actualidad.	175

#### CAPITULO QUINTO

##### DERECHO COMPARADO

1. Código de Napoleón.	178
2. Código Civil Español.	190
3. Código Civil Colombiano.	195
4. Código Civil Italiano.	200
5. Código Civil Argentino.	202
6. Códigos Civiles de Alemania y Suiza.	204
7. Código Civil Cubano.	205

SINOPSIS

PAG.

207

CONCLUSIONES

218

BIBLIOGRAFIA

221

LEGISLACION

224

## P R O L O G O

El presente trabajo tiene por finalidad despertar el interés por enmendar el fundamento jurídico que sustenta el criterio de que el ser humano se encuentra prácticamente imposibilitado para actuar directamente en las relaciones de Derecho, en tanto no alcance la mayoría de edad.

Creemos que la realidad actual de nuestra sociedad exige una llamada de atención a los legisladores, a efecto de que permitan a los menores que han alcanzado determinada edad una incorporación más decidida y fructífera en la comunidad, en la que un elevado porcentaje de su población, si no es que la mayor parte de ella, todavía no alcanza la mayoría de edad y, por consiguiente, la capacidad de ejercicio para conducirse sin la representación de los padres o tutores en las relaciones comerciales, laborales y, en general, en el tráfico jurídico.

Es por ello que pugnamos por actualizar la olvidada y, por tanto, casi inoperante figura de la emancipación a las condiciones actuales de la vida en sociedad, que reclama el reconocimiento de los valores y aptitudes de la adolescencia a las oportunidades de la comunidad y a su realización progresiva en un marco jurídico cada vez más justo.

La emancipación como estado intermedio entre la minoría de edad y la plena capacidad, inicia progresivamente al menor en el uso de su libertad, confiriéndole capacidad para disponer por su propia voluntad y bajo ciertas limitaciones de su persona y de sus bienes, lo que sin duda alguna se traduce para él en una experiencia sumamente provechosa, ya que le permite tener un acceso directo a la vida económica, social y jurídica del país.

Este trabajo es, ante todo, una pequeña contribución a las ideas que deben presidir el futuro para lograr una mayor participación de los menores de edad en nuestro desarrollo comunitario

nacional, sin que ello represente una eliminación de todas las - instituciones protectoras que se han establecido para salvaguardar sus intereses. Se trata simplemente de crear un marco jurídico que fortalezca la figura del menor, mediante su participación gradual y sistemática en el campo jurídico, reduciendo el excesivo matiz paternalista de nuestra legislación familiar, con lo -- que pensamos se reforzará la vida en general del menor que ha -- llegado a la adolescencia, por el ejercicio paulatino y responsable de su libertad, así como por su plena integración en la sociedad desde esa etapa de su vida en que el ordenamiento jurídico le repute como emancipado -independientemente de su estado civil-, tan sólo por haber alcanzado determinada edad, la que estimamos puede ser a los catorce años.

Con esto, los menores de esa edad, por su falta de madurez física y mental, seguirán siendo sujetos necesitados de protección y cuidados especiales por parte del Derecho.

Para una mejor comprensión de este trabajo, hemos hecho -- una breve referencia a diversas instituciones jurídicas que se - hayan íntimamente ligadas a nuestro tema de tesis, como son por ejemplo la representación y la patria potestad, pues es por todos conocido que los menores se encuentran sometidos a la autoridad de los padres o, en su defecto, a la del tutor. Comentamos también la emancipación en el antiguo Derecho Romano, en diferentes etapas de la Historia del Derecho Mexicano y en otras legislaciones, no con el fin de demostrar que se ha realizado una investigación exhaustiva sobre la materia, sino para conocer las diversas formas como se ha regulado la figura de la emancipación.

En este estudio podemos advertir a través de la historia, - el cambio de criterio de las generaciones en cuanto a la dignidad del menor, con lo cual se ha logrado limitar las facultades absolutas de los padres sobre sus hijos, tanto en su persona como en el manejo de sus bienes.

## CAPITULO I

### G E N E R A L I D A D E S

CONCEPTO DE PERSONA.- Etimológicamente el término persona proviene del etrusco phersu, que pasa al latín como personare, vocablo con el que originalmente se significaba la máscara que utilizaban los actores romanos en las representaciones teatrales, con objeto de acrecentar el volumen de su voz para ser escuchados por todos los espectadores.

Al paso del tiempo este concepto evolucionó y con él se designaba a los personajes que eran representados en las obras.

Por una transformación gradual que fue sufriendo el vocablo "persona" en el antiguo Derecho Romano, ésta connotación terminó por referirse al ser humano individualmente considerado, de cualquier sexo o edad, que reuniera determinadas condiciones jurídicas.

El Derecho, al incorporar este concepto dentro de su terminología jurídica, varió su significado. En efecto, con el término persona se designa en el campo jurídico a todo sujeto susceptible de derechos y obligaciones, es decir, a todo sujeto que resulte facultado u obligado al realizarse los supuestos previstos en el ordenamiento jurídico.

Al referirse el maestro Eduardo García Maynez al concepto jurídico de persona, dice que "se da el nombre de sujeto o persona a todo ente capaz de tener facultades y deberes." (1)

Para Rafael de Pina la persona "es el ser de existencia física o legal capaz de derechos y obligaciones". (2)

Julien Bonnetcase aludiendo a la persona o sujeto de derecho, manifiesta: "No puede concebirse una regla de derecho o una institución jurídica, sin un sujeto de derecho. Este es un ser susceptible tanto de beneficiarse con sus disposiciones,

- 1.- INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO.- Vigésima Nave na Edición. Edit. Porrúa. 1969 Pag. 271.
- 2.- DERECHO CIVIL MEXICANO. Tomo I. Porrúa. 1978. Pág. 200.

como de sufrir eficazmente su coacción y de cumplir sus mandamientos". (3)

"La persona es el centro imprescindible alrededor del cual, se desenvuelven otros conceptos jurídicos fundamentales, como la noción y la existencia misma del Derecho objetivo y del Derecho subjetivo, la obligación, el deber jurídico y la concepción de toda relación jurídica. Todos estos conceptos básicos en la dogmática y en la realidad del Derecho, no podrían encontrar una adecuada ubicación en la sistemática jurídica -- sino a través del concepto "persona". (4)

A pesar de que el concepto de persona o sujeto de derecho es uno de los conceptos jurídicos fundamentales más debatidos en la Filosofía Jurídica, todavía los tratadistas no han logrado emitir una definición que tenga aceptación general.

A diferencia de la doctrina tradicional que mira en la persona jurídica a cualquier ser o entidad capaz de tener derecho y obligaciones, Hans Kelsen afirma que la noción "persona" es una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva.

En rigor de verdad - continúa diciendo el citado autor, - la "persona" solo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. (5)

Para Kelsen, la persona o sujeto de derecho es la personificación del orden jurídico objetivo, que regula la conducta del hombre que origina consecuencias de derecho, tanto en forma individual como colectiva.

Este autor considera que el concepto jurídico de "persona" es indivisible, por lo que resulta erróneo hacer la distinción entre personas físicas y colectivas; éstas no son no--

- 3.- ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL. Edit.Cajica.Tomo I. Pág.230
- 4.- GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho Civil.Edit.Porrúa.Segunda Edición 1976. Pág. 305.
- 5.- TEORIA PURA DEL DERECHO.Edit. Universitaria de Buenos Aires 1977. Pág. 124.

ciones jurídicas, sino el centro común o receptáculo de las consecuencias de derecho que se originan por el encuadramiento de su conducta a la hipótesis normativa. En resumen, define a la persona como "un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto". (6)

CLASIFICACION.- Conforme a la legislación y la doctrina, las personas se dividen en dos grupos: físicas y colectivas. En el primer grupo se ubica al ente individual, o sea al hombre y dentro del segundo, a las agrupaciones o conjuntos de individuos, llamadas por los tratadistas personas morales, jurídicas colectivas o abstractas.

Bonnetcase, al igual que otros juristas, utilizan la locución "persona jurídica" para aludir a los sujetos de naturaleza colectiva al afirmar: "El sujeto de derecho se designa con el término técnico de persona. A este respecto se distinguen, por una parte, las personas físicas, que corresponden a los individuos, al ser humano como se diría en sociología; por la otra, las personas morales o jurídicas, que se reducen a grupos o establecimientos destinados a desempeñar un papel social y provistos, para el efecto, de los atributos de la personalidad física compatibles con su estructura y sus fines propios". (7)

"No habría inconveniente en aceptar el uso del calificativo "jurídica", siempre que no se pretenda reservarlo a la persona moral, en oposición al concepto de persona física. La personalidad, de la cual gozan las personas físicas y las personas morales, es en uno y otro caso, un concepto de derecho; en otras palabras, la personalidad es jurídica en ambos supuestos. En cuanto la personalidad no sea jurídica, el concepto es extraño al Derecho". (8)

6.- KELSEN, HANS. Opus Cit. Pág. 127.

7.- Opus Cit. Pág. 230.

8.- GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Opus Cit. Pág. 321.

PERSONA FISICA.- Tradicionalmente, en el campo jurídico, se ha aceptado designar como persona física al ser humano (hombre o mujer), individualmente considerado, en su carácter de sujeto de derechos y obligaciones.

Al abolirse la institución de la esclavitud, mediante la cual se negaba la calidad de persona a los hombres que no reunían determinados requisitos, todo individuo de la especie humana, por el simple hecho de existir y desde el momento de su nacimiento, es considerado como sujeto de derecho. Sin embargo, es preciso apuntar que el ordenamiento jurídico otorga tal distinción, sin considerar a la persona humana en su integridad, sino únicamente con el propósito de regular su conducta que provoque consecuencias jurídicas, no así su conducta moral, ética, social, religiosa etc. "El hombre es sujeto de derecho porque su vida y su actividad relaciónanse con los valores jurídicos". (9)

Kelsen niega que la personalidad jurídica sea una consecuencia necesaria de la calidad de hombre, al afirmar: "Si -- bien el hombre es persona, no por ello la persona es el hombre. El hombre, que es un objeto esencialmente distinto del derecho, el hombre de la biología y la psicología, no está, en realidad, en tal relación con el derecho, que pudiese ser objeto de la ciencia jurídica. El objeto de la ciencia jurídica no es el hombre sino la persona. Y la distinción de hombre y persona constituye uno de los conocimientos metódicos más importantes de dicha ciencia. Sin embargo, a pesar de que en todo momento y -- lugar se insiste en esta distinción, se está aún lejos de haber extraído de ella todas las consecuencias posibles. Compruébase esto en la distinción entre personas "físicas" y personas "jurídicas", sosteniéndose que las personas físicas son los hombres y las personas jurídicas todos aquellos sujetos de derecho que no son hombres". (10)

9.- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Opus Cit. Pág. 276.

10.- Opus Cit. Pág. 276.

En torno a la polémica surgida entre los estudiosos del Derecho, en el sentido de precisar si el concepto de persona es una manifestación necesaria de la naturaleza intrínseca del --- hombre, que se impone al orden normativo o, por el contrario, -- si es una creación de la norma jurídica por la cual se pudiera atribuir este concepto a las cosas o animales, el maestro Galindo Garfias afirma que: "Es cierto, el concepto jurídico "persona" en cuanto a sujeto de la relación, es una noción de la técnica jurídica; pero su constitución obedece a una necesidad lógica formal y a la vez a una exigencia imperiosa de la vida del hombre que vive en relación con sus semejantes. En la medida en que esas relaciones humanas interesan al derecho, la persona -- humana se convierte en persona en el mundo de lo jurídico, como sujeto de derechos y obligaciones. El derecho ha constituido un instrumento conceptual que se expresa con la palabra "persona" -- (sujeto de derechos y obligaciones) instrumento creado en función del ser humano para realizar en el ámbito de lo jurídico -- aquella porción de fines de su existencia que el derecho se ha encargado de proteger, a través del ordenamiento jurídico. (11)

"Kant apunta la idea de que no es posible definir a la persona (se refiere al ser humano), como no nos coloquemos en -- el plano de la Etica, es decir, que a la persona no se le entiende examinándola en su ser, sino dándonos cuenta de que entraña -- una idea ética... que los seres racionales se llaman personas -- en tanto que constituyen un fin en sí mismos, un auto fin es -- decir, algo que, por consiguiente (por virtud de esa idea ética) encierra albedrío y que la persona es un ser enteramente diverso de las cosas, diverso por su rango y dignidad... subrayando -- que persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir y que debe cumplirlo por propia determinación, aquel ser que tiene su fin en sí mismo, y que, precisamente por eso posee dignidad a diferencia de todos los demás seres, de las cosas, que -- tienen un fin "fuera de sí", los cuales sirven como meros medios

para fines ajenos y por tanto, tienen precio". (12)

El maestro Rafael Preciado Hernández señala "la persona, filosóficamente hablando, es el hombre real, individual, en -- quien se singularizan la razón y la libertad, y que por esto -- mismo se reputa el sujeto natural del orden normativo". (13)

PERSONA COLECTIVA.- Como ha quedado apuntado anteriormente, el ordenamiento jurídico no nada más considera al ser -- humano individualizado como único ente capaz de ser titular de facultades y deberes, de participar en el escenario del derecho como sujeto activo o pasivo de sus relaciones (dada su existencia natural y capacidad de razonamiento, voluntad y libertad), sino que también ha otorgado la calidad de persona a algunas -- agrupaciones de hombres que se reúnen para la consecución de -- determinados fines.

Castán Tobeñas ha definido a las personas morales di-- ciendo que con este nombre se designa a aquellas entidades for- madas para la realización de los fines colectivos y permanentes de los hombres, a las que el derecho objetivo reconoce capaci- dad de tener derechos y obligaciones. (14)

Roberto de Ruggiero define a la persona moral como -- "toda unidad orgánica, representante de una colectividad organi- zada de personas o de un conjunto de bienes, a las que para el -- conseguimiento de un fin social durable y permanente, se reconoce por el Estado capacidad de derechos patrimoniales". (15)

De las anteriores definiciones se desprende -- como lo -- señala el maestro Rojina Villegas -- que la justificación de las personas colectivas, se encuentra en haber sido reconocidas por el Derecho para la realización de fines jurídicamente tutelados, mismos que pueden ser de índole económico, cultural, filantrópi- co, político, etc., que serían de imposible o difícil consecuu-

- 12.- CITADO POR GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Opus Cit. -- Pág. 301 y 302.
- 13.- LECCIONES DE FILOSOFIA DEL DERECHO.- Edit. Jus. 1978 Pág. 86
- 14.- CITADO POR PINA, RAFAEL DE. Opus Cit. Pag. 246.
- 15.- INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL. Tomo I Pág. 433, Institu- to Editorial Reus. Madrid.

ción, sin la combinación de recursos humanos y de bienes, en razón de que estos fines tienen generalmente el carácter de permanentes, por lo que exceden a la vida del ser humano.

Bonnecase trata de averiguar la naturaleza jurídica de las personas colectivas y señala que estas "se reducen a grupos o establecimientos destinados a desempeñar un papel social y -- provistos, para el efecto, de los atributos de la personalidad física compatibles con su estructura y sus fines propios; en -- estas agrupaciones o establecimientos, los individuos que forman parte de ellos, desaparecen jurídicamente en provecho de -- una especie de ser abstracto; éste adquiere por ese hecho una -- individualidad que lo coloca frente a la regla de Derecho, en -- la misma situación que la persona humana". (16)

Bonnecase concibió diferencias entre la persona física y colectiva; al respecto comenta: "Desde luego, las personas morales se diferencian entre sí y no presentan en ninguna manera, ni en su estructura orgánica, ni en sus orígenes, la unidad que caracteriza a las personas físicas. Se distinguen dos categorías principales de personas morales: 1o. Las personas morales de -- Derecho Público; 2o. Las personas morales de Derecho Privado".- (17)

En nuestra opinión, el concepto de persona moral (al -- igual que el de persona física), es una creación de la técnica jurídica para designar a determinadas entidades la titularidad de derechos y obligaciones. En este orden de ideas, no debe -- existir distinción alguna entre la persona individual y la colectiva, toda vez que la "persona" es un concepto elaborado por el ordenamiento jurídico, sin tomar en consideración su realidad material o corporalidad, sino únicamente la posibilidad de participar como sujeto en las relaciones de Derecho.

16.- Opus Cit. Pág. 230  
17.- Idem. Pag. 240

Así Luis Legaz Lacamba dice ... "No hay diferencia jurídica alguna entre la personalidad jurídica individual y la colectiva; desde el punto de vista del Derecho, es irrelevante - que el sustrato de la personalidad humana única o una pluralidad de personas humanas unificadas idealmente por el orden jurídico, como es irrelevante también que esta pluralidad de personas constituya a su vez o no, una persona ( en el sentido de Scheler) o se trate por lo contrario de una entidad que deba - a la ley toda su realidad." (18)

Mediante esta creación, el Derecho reconoce y organiza a un nuevo ente jurídico, distinto de los individuos que lo -- integran, con capacidad para actuar en el campo jurídico en -- forma individualizada a imagen y semejanza del hombre. A estas entidades incorpóreas se les denomina personas en un sentido - figurado; no se trata de una ficción, como antiguamente se consideró, sino de una "máscara" con la que actúan esas agrupaciones de hombres ya que la persona colectiva vive una realidad, - sociológica, teleológica y jurídica. En consecuencia, el Derecho objetivo reconoce la existencia de estas agrupaciones atribuyéndoles la misma personalidad que a la persona humana; las dota de derechos y obligaciones y las regula, a fin de que sus integrantes con la unidad de esfuerzos y recursos puedan alcanzar los fines que se han propuesto.

Desde el punto de vista técnico-jurídico, los presupuestos de las personas colectivas son: a) la agrupación de -- hombres b) el objeto o fin jurídicamente protegido y c) la -- existencia de un ordenamiento jurídico que reconozca dicha personalidad.

Tradicionalmente las personas colectivas se dividen en públicas y privadas. Conforme al artículo 25 del vigente Código Civil para el Distrito Federal, dentro del primer grupo que dan ubicadas las entidades del sector público (Estado ó Nación,

18.- CITADO POR GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Opus Cit. -- Pág. 322.

Municipios, Entidades Federativas, etc.) y dentro del segundo - a las del sector privado (Asociaciones, Sociedades, Fundaciones, etc).

El precepto legal en cita determina: "Son personas morales: I.- La Nación, los Estados y los Municipios; II.- Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley: - III.- Las sociedades civiles o mercantiles; IV.- Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal; ---- V.- Las sociedades cooperativas y mutualistas, y VI.- Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines - políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera - - otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley."

Las personas colectivas participan de las relaciones - jurídicas por conducto de sus órganos representativos, siendo reguladas por las leyes respectivas, por su escritura constitutiva y por sus estatutos.

Aunque este estudio no pretende ser una investigación exhaustiva sobre la naturaleza jurídica de las personas morales, a continuación ~~trataremos~~ de exponer en forma breve las principales teorías que se han elaborado al respecto.

1).- Teoría de la Ficción.- Esta teoría fue elaborada - el siglo pasado y entre los juristas más destacados que la sostuvieron se encuentran Ducrocq, Bonnecase, Savigny, Puchta, - Laurent, etc. Sostiene que las personas morales son una ficción del derecho, en razón de que carecen de una existencia real o natural; son abstracciones personificadas porque su existencia escapa a la apreciación de los sentidos y porque solamente a - través de una abstracción puede decirse que estas personas nacen, se desarrollan y mueren. Para los sostenedores de esta - - tesis, las llamadas personas jurídicas colectivas "son seres - creados artificialmente, capaces de tener un patrimonio", ya - que la persona o sujeto de derecho sólo puede serlo el ser humano, única entidad dotada por la naturaleza de voluntad y libertad propias, requisitos esenciales para que existan derechos y obligaciones.

Entre los argumentos que han esgrimido los juristas en contra de esta teoría, se encuentra el de que es falso que el carácter de sujeto de derecho se encuentre determinado por la voluntad, o facultad de querer y proponerse fines, toda vez -- que los recién nacidos y los enajenados mentales no reúnen estos requisitos, y sin embargo son considerados por el Derecho-Objetivo como personas. Por otra parte, es falso también que - las personas colectivas sean una ficción creada por la ley para las relaciones patrimoniales, ya que estas entidades poseen derechos extrapatrimoniales, como son por ejemplo el derecho - al nombre, domicilio, derechos honoríficos, etc., y demás porque resultaría inexplicable la existencia del Estado como persona jurídica, porque una ficción no puede ser creadora de - - otras ficciones.

2).- Teoría del Patrimonio Afectación o de los Derechos sin Sujeto.- El mayor representante de esta teoría es el jurista alemán Brinz; para este autor existen dos clases de patrimonios: el del ser humano considerado en su individualidad, o -- también llamado patrimonio personal; y los patrimonios de destino o impersonales, los cuales constituyen la esencia de las personas morales. En efecto, para Brinz las personas colectivas son un conjunto de bienes que, formando una universalidad propia e independiente del ser humano y organizados por el Derecho, forman una entidad capaz de tener facultades y deberes, en atención al fin que persiguen. Es decir, las personas morales - para este autor, no son una ficción del Derecho, sino personificaciones de patrimonio afectos a la realización de un fin y carentes de titulares. En consecuencia, los derechos y obligaciones de las personas morales no pertenecen a alguien, sino a algo (al patrimonio adscrito a un fin).

Esta teoría ha sido combatida fundamentalmente debido a que resulta contradictorio hablar de derechos sin sujeto que los ejercite, ya que, como lo apunta el maestro García Maynez, todo derecho es facultad jurídica de alguien, así como toda --

obligación necesariamente supone la existencia de un obligado.

Una segunda objeción a esta teoría, surge en la distinción que hace de patrimonio de persona física y patrimonio de destino o afectación, en virtud de que los primeros se encuentran igualmente destinados a la consecución de uno o gran variedad de fines que el individuo se proponga. La finalidad del patrimonio no es una distinción, sino una característica común a todos ellos.

Por otro lado, existen personas jurídicas carentes de patrimonio, sin perder por ello su calidad de sujetos de derecho, ya que esta calidad no se encuentra condicionada por el orden normativo a la existencia del patrimonio.

Por último diremos que esta teoría no puede explicar al Estado como persona jurídica colectiva, así como todos sus derechos derivados de su soberanía, que carecen de contenido patrimonial.

3).- Teoría Realista.- Surge en oposición a la teoría de la ficción y se compone de un conjunto de doctrinas que, aunque difieren en algunos puntos de vista, coinciden en que el ser humano no es el único sujeto de derecho, sino que las personas colectivas reúnen todos los requisitos exigidos por el orden normativo para participar en las relaciones jurídicas. Esta teoría afirma que la persona colectiva no es un simple agregado de personas o bienes, sino que constituyen una unidad real con subjetividad jurídica, patrimonio y voluntad propia, distinta de los individuos que la componen. Establece una gran semejanza entre las personas colectivas con la persona física.

Entre los juristas más destacados que la sostienen se encuentran Otto Von Gierke, Jellinek, Jean Dabin, Zitelmann, etc.

Dentro de la teoría realista, la tesis mejor elaborada ha sido la del jurista alemán Otto Von Gierke, conocida como "Teoría del Organismo Social Fundado en la Voluntad Colectiva".

Sostiene que las personas morales tienen una existencia real, - que surge espontáneamente por la voluntad del hombre o por circunstancias histórico-sociales; existencia que es independiente de la intervención del Estado, ya que el reconocimiento que éste otorga es declarativo y no constitutivo de las personas colectivas. Estos sujetos de derechos y obligaciones se forman por la fusión de las distintas voluntades individuales, para la realización de fines superiores a las posibilidades de la persona física. Para Gierke la persona colectiva es un organismo social biológico que no se contrapone a los miembros - que la integran, sino que se mantiene en íntima relación orgánica con ellos.

4).- Teoría Formalista.- Es la que goza de mayor aceptación en la actualidad, encontrándose representada por Francisco Ferrara y Hans Kelsen. Estos autores sostienen que las personas colectivas no son una ficción, sino una realidad del mundo jurídico; que su existencia como sujetos de derechos y obligaciones la deben a la creación que de ellas hace el Derecho Objetivo.

Ferrara apunta que tanto la persona física como las personas jurídicas colectivas son un producto del orden jurídico; que adquieren la calidad de sujetos de derecho no en atención a su naturaleza, sino por virtud del reconocimiento que con carácter constitutivo hace de ambas entidades la ley.

Por su parte, Kelsen señala que tanto la persona física como la colectiva, constituyen la personificación del sistema jurídico, y que surgen a consecuencia de la necesidad que éste tiene de imputar en un centro común las facultades y deberes que contienen su conjunto de normas.

C A P A C I D A D J U R I D I C A

El concepto capacidad jurídica se haya íntimamente ligado al de persona, toda vez que constituye una de sus características esenciales. Toda persona, por el hecho mismo de su existencia, debe tener capacidad jurídica, ya sea total o parcial.

Bonniecse define a la capacidad diciendo: "este término designa la aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho de familia o patrimonial, y para hacer valer por sí misma los derechos de que esté investida. La capacidad, concebida con este alcance general es, en suma, la expresión de la actividad jurídica íntegra de una persona". (19)

"La capacidad es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes, y hacerlos valer. " (20)

La doctrina tradicionalmente aceptada distingue dos especies de capacidad: de goce y de ejercicio. La capacidad de goce suele conceptuarse como la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones y a la de ejercicio como la aptitud de actuar, negociar y obrar, o bien, como la aptitud para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones.

El ordenamiento legal otorga capacidad de goce al ser humano desde el momento de su nacimiento (artículo 22 del Código Civil).

Esta especie de capacidad está ligada a todo hombre, sin tomar en cuenta su edad, sexo o nacionalidad.

La capacidad de ejercicio consiste en la posibilidad jurídica de la persona para hacer valer directamente o a través de un representante voluntario, los derechos de que sea titular, así como cumplir con sus deberes.

19.- BONNECASE, JULIEN. Opus Cit. Pág. 377

20.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. Derecho de las Obligaciones, Edit. Cajica. 1979. Pág. 327.

"La capacidad de derecho supone para Castán Tobeñas una posición estática del sujeto, mientras que la de ejercicio denota una capacidad dinámica, siendo la primera, como observa Ferrera y recuerda el autor que se acaba de citar, "La aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la abstracta posibilidad de recibir los efectos del orden jurídico; la segunda, la capacidad de dar vida a actos jurídicos, de realizar acciones con efecto jurídico, ya produciendo la adquisición de un derecho u obligación, ya su transformación o extinción, ya su persecución en juicio". (21).

"La capacidad de goce es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación. En una fórmula más breve ya reproducida, se dirá que la capacidad de goce es la aptitud de ser titular de un derecho. La noción de capacidad de goce se identifica, pues, en el fondo, con la noción de la personalidad. Estos términos son equivalentes; no se concibe la noción de persona sin la capacidad de goce. . . si bien es cierto que la capacidad de goce de una persona nunca puede ser suprimida, también lo es que se le puede hacer sufrir restricciones; si se prefiere, no existen incapacidades de goce generales, pero, por el contrario, hay incapacidades de goce especiales, forzosamente muy limitadas en número, pues parece que atenta contra la esencia misma de la personalidad.

La capacidad de ejercicio se opone a la capacidad de goce y puede definirse como la aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, figurando efectivamente en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inheren

tes a dicha situación, siempre por sí misma... la capacidad de ejercicio es la aptitud de la persona para adquirir y para ejercer derechos por sí misma. Mientras el legislador sólo puede - afectar la capacidad de goce con prudencia y parsimonia, so pena de desconocer la esencia de la personalidad, por lo que hace a la capacidad de ejercicio puede afectarla libremente; pues, como veremos después, al instituir el legislador las incapacidades de ejercicio, no tiene otro objeto que el de proteger a la persona". (22)

En rigor, todas las personas en la actualidad tienen - capacidad de goce en mayor o menor grado, ya que, de lo contrario, se les imposibilitaría para actuar en el mundo jurídico.- En cambio, por lo que se refiere a la capacidad de ejercicio, - ésta puede faltar y sin embargo, la persona seguirá siendo - - poseedora de la capacidad de goce, ya que ésta descansa precisamente sobre la calidad de persona que tiene el sujeto. Sobre esta cuestión, el maestro Rafael Rojina Villegas apunta: - "Es la capacidad de goce el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas y, sin embargo, existir la personalidad".(23)

El supuesto contrario no puede ni siquiera pensarse, - es decir, que se tenga capacidad de ejercicio careciendo de la de goce, pues, precisamente ésta constituye su fundamento; la capacidad de ejercicio necesariamente presupone la de goce.

De lo anteriormente señalado fácilmente se infiere que es la capacidad de ejercicio la que constituye uno de los elementos de validez del negocio jurídico.

"La capacidad de goce es el producto de luchas políticas

22.- BONNECASE, JULIEN. Opus Cit. Págs. 377, 378 y 379

23.- DERECHO CIVIL MEXICANO. Tomo I. Porrúa. 1975. pág. 431.

que se ha sostenido por siglos, y de ahí que hoy día, ningún - país civilizado niegue totalmente esta capacidad, si bien es - cierto que en función también de razones políticas y de seguridad nacional, se establecen algunas restricciones a la misma, - originándose la incapacidad parcial de goce". (24)

Dos instituciones que limitaron considerablemente la - capacidad de goce han sido, sin duda alguna, la esclavitud en - el antiguo Derecho Romano y la muerte civil en Francia a prin - cipio del Código de Napoleón. Estas dos instituciones - como - justificadamente lo señala el maestro Rojina Villegas - no su - primieron totalmente la capacidad de goce, en razón de que no - lograron extinguir los deberes jurídicos de la persona. Tanto - el esclavo como el individuo que entraba al régimen de la muer - te civil seguían siendo responsables y castigados por los deli - tos que cometieran; este último, además, gozaba de capacidad - para celebrar determinados contratos que garantizan su subsis - tencia.

Nuestro Código Civil en su artículo 22 establece: "La - capacidad de las personas físicas se adquiere por el nacimien - to y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un - individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y - se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presen - te código".

Respecto al precepto antes transcrito es necesario se - ñalar que los efectos jurídicos a que hace referencia son los - relativos a la facultad del ser concebido para recibir heren - cías, legados o donaciones. Tales facultades se encuentran con - tenidas en los artículos 1314 y 2357. El primero de ellos esta - blece: "Son incapaces de adquirir por testamento o por intesta - do, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebi - dos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los con

cebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337". Por su parte, el segundo de los preceptos invocados señala: "Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337".

En lo conducente, el multicitado artículo 337 que establece los requisitos para que el ser concebido pueda adquirir derechos patrimoniales por testamento, intestado o donación -- ( a diferencia de otras muchas legislaciones, incluyendo la -- francesa y alemana), determina: "Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del -- seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil..."

Sobre este particular, el maestro Rafael Rojina Villegas apunta: "... Tenemos aquí la función importantísima que -- tiene reconocer personalidad al embrión humano bajo la condición resolutoria de que no nazca viable, es decir, que no viva veinticuatro horas o no sea presentado vivo al Registro Civil. No creemos que sea una condición suspensiva la relativa a la viabilidad, pues entonces la personalidad no existiría sino hasta el nacimiento viable. Ahora bien, en este caso no podría explicarse como puede ser heredero o donatario el ser que sólo está concebido. En cambio, si afirmamos que el concebido es persona, pero que su personalidad está sujeta a una condición resolutoria negativa: que nazca viable, quedará perfectamente explicado que fue persona desde el momento de la concepción, extinguiéndose su personalidad con efecto retroactivo (como ocurre en el caso de que se cumpla la condición resolutoria), si nace no -- viable, es decir, si se realiza justamente ese hecho futuro e incierto ( que nazca no-viable) y que funge como condición resolutoria. Si no se realiza dicha condición, será evidente que -- la personalidad existió desde la concepción y no desde el nacimiento". (25)

Continuando con el maestro Rojina Villegas, es conveniente destacar que señala diversos grados de capacidad de goce, los cuales se comentan a continuación:

- 1.- El grado mínimo de capacidad de goce corresponde - al ser concebido pero no nacido, bajo la condición de que viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil. Por este mínimo grado de capacidad de goce, el ordenamiento jurídico facultaa al embrión humano para ser titular de derechos subjetivos exclusivamente de índole patrimonial. Evidentemente, dentro de la esfera jurídica del ser - concebido pero no nacido, no se incluyen todos - - aquellos derechos subjetivos no valorizables en dinero, tales como los derechos del estado civil, -- los derechos de petición, acción, los derechos políticos, etc.
- 2.- El segundo grado de la capacidad de goce, aumentada considerablemente en relación con la anterior, - corresponde a los menores de edad. Este grado de - capacidad de goce es casi equivalente a la del mayor de edad en pleno uso y goce de sus facultades - mentales. Desde luego los menores de edad tienen - plena capacidad de goce para ser titulares de derechos y obligaciones de carácter patrimonial; sin embargo, carecen de ella en cuanto a ciertos derechos subjetivos. Estas restricciones que sufren los menores en su capacidad de goce son las siguientes:
  - a) Derecho para contraer matrimonio, ya que la edad mínima para celebrarlo en el hombre es hasta los 16 años y en la mujer hasta los 14 (art. 148).
  - b) Derecho para adoptar, que se adquiere hasta los-

25 años de edad (art. 390).

- c) Derecho para ser tutor, ya que sólo los mayores de edad pueden serlo (art.513).
- d) Derecho para reconocer a un hijo nacido fuera de matrimonio, ya que para ésto los menores requieren tener la edad mínima para contraer matrimonio, más la edad del hijo que se va a reconocer (art.361).
- e) Derecho para legitimar a un hijo, el cual, sólo lo tienen los menores que reúnan los mismos requisitos señalados en el inciso anterior (art.-354).
- f) Derecho para hacer testamento, mismo que solo se puede ejercer a los 16 años (art.1306).
- g) Derechos políticos que se adquieren al cumplirlos 18 años de edad, tanto en el hombre como en la mujer (art. 34 Constitucional).

En cuanto a esta última restricción, así como también respecto a la del derecho de adoptar, el maestro Raúl Ortíz -- Urquidí señala "... estimamos que no es éste su lugar, ya que -- la restricción para adoptar no solo la tiene el menor, sino -- también el mayor que no ha cumplido veinticinco años de edad -- (art.390) y ya también que los derechos políticos (votar y ser votado) siendo, como evidentemente que lo son, exorbitantes -- del Derecho Civil, no es éste el sitio en que deben ser considerados, pues de hacerlo habría también que considerar el derecho para ser nombrado (no electo, que es distinto) funcionario o empleado para el desempeño de determinados cargos de la administración pública (Derecho Administrativo) y para los que se exige que el interesado sea ciudadano mexicano y por ello -- que por lo menos haya salido de la minoridad. Tal sería también el caso de las restricciones que por falta de edad correspon--

diente tienen los menores para ser titulares de derechos y --- obligaciones derivados de un contrato de trabajo o para ser tiulares de derechos agrarios, pero cuyas restricciones quedan también fuera de la órbita del Derecho Civil, ya que respectivamente corresponden al Derecho del Trabajo y al Derecho Agrario."

"En cambio, el profesor Rojina dejó de considerar dos-claros casos de restricciones que indudablemente caen dentro - del campo del Derecho Civil: I, la que tiene el menor para ser curador (art. 622, en relación con la fracción I del 503) y - II, la que tiene asimismo el menor para ser representante del- ausente (art. 660 en relación con la propia fracción I del -- 503)" (26).

3.- El tercero y grado máximo de la capacidad de goce, lo encontramos en el mayor de edad en pleno uso de sus facultades mentales, o sea, que no se encuen--tra en ninguna de las hipótesis señaladas en el -- artículo 450 del Código Civil, tales como la falta de inteligencia por locura, imbecilidad, por el -- uso persistente de drogas enervantes, etc. Sin em- bargo, es necesario señalar que en el orden patri- monial estas perturbaciones de la inteligencia no- afectan la capacidad de goce, ya que el interdicto sigue siendo titular de derechos y obligaciones de carácter pecuniario; las limitaciones que éste su- fre se presentan en sus relaciones familiares, toda vez que no estará facultado para contraer matrimo- nio, ejercer la patria potestad, no podrá ser tutor o curador y, en general, desempeñar representacion- alguna.

Por lo que toca a la iniciación de la personalidad, es oportuno apuntar que desde nuestro particular punto de vista el ser humano la adquiere desde el momento en que nace vivo y - -

viable. No participamos de la opinión del maestro Rojina Villegas, en el sentido de que la personalidad existe bajo una condición resolutoria negativa desde el momento en que el individuo es concebido.

Creemos que la personalidad individual tiene lugar con el nacimiento del ser humano, siempre y cuando éste nazca con vida y se cumpla cualquiera de los dos supuestos que establece el artículo 337 del Código Civil (que viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil).

El hecho de que el embrión humano pueda ser constituido heredero, legatario o donatario, debe entenderse como lo ha considerado la generalidad de la doctrina, una medida de protección establecida por la legislación civil en favor del nasciturus. La legislación penal por su parte, protege también al ser concebido contra todo ataque a su vida, tipificando el delito de aborto.

Dentro de las restricciones a la capacidad de goce que nuestro ordenamiento jurídico impone a los mayores de edad figura en materia civil, la que se encuentra contenida en el artículo 390 y que consiste en la incapacidad de éstos para adoptar a un menor o interdicto, antes de cumplir los veinticinco años de edad.

Entre las limitaciones a la capacidad de goce que tanto para los mayores como menores de edad señala nuestra legislación civil, se encuentran las siguientes:

Artículo 158.- La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo.

Artículo 503.- No pueden ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela;
- III. Los que hayan sido removidos de otra tutela por -- haberse conducido mal, ya respecto de la persona, -- ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;
- IV. Los que, por sentencia que cause ejecutoria, hayan sido condenados a la privación de este cargo o a -- la inhabilitación para obtenerlo;
- V. El que haya sido condenado por robo, abuso de confianza, estafa, fraude o por delitos contra la honestidad;
- VI. Los que no tengan oficio o modo de vivir conocido -- o sean notoriamente de mala conducta;
- VII. Los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado;
- VIII. Los deudores del incapacitado, en cantidad considerable, a juicio del juez, a no ser que el que nombre tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda, declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento;
- IX. Los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia;
- X. El que no esté domiciliado en el lugar en que deba ejercer la tutela;
- XI. Los empleados públicos de hacienda que, por razón de su destino, tengan la responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto;
- XII. El que padezca enfermedad crónica contagiosa;
- XIII. Los demás a quienes lo prohíba la ley.

Artículo 1680.- No pueden ser albaceas, excepto en el caso de ser herederos únicos:

- I. Los magistrados y jueces que estén ejerciendo jurisdicción en el lugar en que se abre la sucesión;
- II. Los que por sentencia hubieren sido removidos otra vez del cargo de albacea;
- III. Los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad;
- IV. Los que no tengan un modo honesto de vivir.

Artículo 2276.- Los magistrados, los jueces, el Ministerio Público, los defensores oficiales, los abogados, los procuradores y los peritos no pueden comprar los bienes que son objeto de los juicios en que intervengan. Tampoco podrán ser cesionarios de los derechos que se tengan sobre los citados bienes.

Artículo 2280.- No pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados:

- I. Los tutores o curadores;
- II. Los mandatarios;
- III. Los ejecutores testamentarios y los que fueren nombrados en caso de intestado;
- IV. Los interventores nombrados por el testador o por los herederos;
- V. Los representantes, administradores e interventores en caso de ausencia;
- VI. Los empleados públicos.

De igual forma, existen restricciones a la capacidad de goce no comprendidas dentro del Derecho Civil, tales como la prohibición a las asociaciones religiosas denominadas iglesias para adquirir, poseer o administrar bienes raíces, ni capitales impuestos sobre ellos; a las instituciones de beneficencia, pública o privada, para adquirir más bienes raíces que los indispensables para su objeto, inmediata o directamente destinados a él; la relativa a las sociedades comerciales, por acciones, para adquirir, poseer o administrar fincas rústicas;

así como también la prohibición a los extranjeros de adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas ubicadas en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, pudiendo adquirir el dominio de tierras y aguas en territorio nacional no comprendidas dentro de esos límites, únicamente conviniendo ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus Gobiernos por lo que a aquéllos se refiere, según lo previsto en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En resumen, la incapacidad de goce consiste en la privación de un derecho concedido a la generalidad de las personas, con el propósito de proteger intereses de orden público. Por el contrario, la razón jurídica de la incapacidad de ejercicio consiste en salvaguardar intereses de ciertos grupos de personas, que por diversas causas (minoridad, adicción a las drogas o a las bebidas embriagantes, o falta de posibilidad de comunicar su voluntad) carecen del discernimiento necesario para deliberar sobre las consecuencias de sus actos (27).

En cuanto al fin de la capacidad de goce o capacidad jurídica, el invocado artículo 22 del Código Civil determina: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte..." Sin embargo, es necesario tener presente, como lo señala el maestro Ortíz Urquidi, que la capacidad de goce en el individuo se puede prolongar hasta después de su muerte; tal es el caso del que es declarado ausente cuando en realidad ya está muerto.

Respecto a la mayoría de edad para la obtención de la capacidad de ejercicio, nuestro Código Civil determina en su artículo 646: "La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos".

27.- Véase: BEJARANO SANCHEZ, MANUEL. Obligaciones Civiles. Edit. Harla. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Págs. 125 y 126.

En el artículo 647 establece: "El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes".

Ahora bien, el individuo puede estar incapacitado por no tener la suficiente madurez de juicio, como es el caso de los menores, o bien, porque no se encuentre en pleno uso y goce de sus facultades mentales. En estos casos, el Derecho declara incapaz a la persona con objeto de protegerla. Para tal efecto, ha creado instituciones como la patria potestad, tutela y curatela, en donde el representante legal actúa en nombre y por cuenta del incapaz, de tal suerte que las consecuencias jurídicas de los actos que realice afectan el patrimonio y status jurídico de éste, pues como dice el maestro Rojina Villegas "¿De qué serviría al menor o al enajenado mental ser titular de derechos, si no pudieran ejercitarlos o hacerlos valer por conducto de un representante?"

En cuanto a los diversos grados de la capacidad de ejercicio, siguiendo la clasificación que de ellos hace el maestro Ortiz Urquidi, salvo en lo relativo al punto tercero que estimamos procedente, se encuentran los siguientes:

1o.- El grado mínimo de la capacidad de obrar corresponde al concebido pero no nacido y al mayor de edad sujeto a estado de interdicción.

2o.- El segundo grado corresponde al incapacitado que no disfruta de su cabal juicio, pero que tiene intervalos de lucidez, ya que, si bien es cierto que carece de aptitud para participar directamente en la vida jurídica, el artículo 1307 hace una excepción al señalar: "Es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, con tal de que al efecto se observen las prescripciones siguientes".

3o.- En este grado creemos se encuentra el menor no emancipado, ya que si bien es cierto carece de aptitud para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones personalmente, también lo es que puede administrar por sí mismo los bienes que haya adquirido por su trabajo (artículos 428, 429 y 537).

Otro de los derechos concedidos por la ley al menor no emancipado que puede ejercer personalmente, se encuentra inserto en el artículo 496 del Código Civil, que estatuye: "El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido dieciseis -- años. El juez de lo Familiar confirmará la designación si no tiene justa causa para reprobarla. Para reprobar las ulteriores designaciones que haga el menor, el juez oirá el parecer del Consejo Local de Tutelas. Si no se aprueba el nombramiento hecho por el menor, el juez nombrará tutor conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente".

4o.- El siguiente grado lo ocupa el menor emancipado, toda vez que el artículo 643 preceptúa: "El emancipado tiene -- la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita -- durante su menor edad:

I.-De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.

II.-De un tutor para negocios judiciales.

5o.- El último grado corresponde al mayor de edad, ya que según el artículo 647 del Código Civil, dispone libremente de su persona y de sus bienes.

En la anterior clasificación se aprecia claramente que la capacidad de ejercicio puede adelantarse por virtud de la emancipación, misma que en nuestro ordenamiento jurídico únicamente la puede obtener el menor de edad al contraer matrimonio.

Nuestra legislación contempla dos tipos de incapaces: -- los que tienen incapacidad natural y legal y los que tienen in capacidad legal solamente.

El artículo 450 del Código Civil establece: "Tienen in capacidad natural y legal :I.- Los menores de edad; II.- Los -- mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos; III.- Los sordomudos que no saben leer ni escribir; IV.- Los ebrios --

consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes".

Respecto a los que tienen incapacidad legal solamente, los artículos 451 y 643 prescriben que los menores de edad --- emancipados por razón de matrimonio, tienen incapacidad legal para enajenar, gravar o hipotecar sus bienes raíces sin autorización judicial, así como también para realizar negocios judiciales sin la representación de un tutor.

La capacidad de ejercicio constituye uno de los requisitos de validez del negocio jurídico; en efecto, la fracción I del artículo 1795 determina que éste puede ser invalidado:-- "Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas".

Cuando se realizan actos jurídicos por incapaces, se sanciona esta esteriorización de la voluntad con la nulidad relativa del acto; sin embargo, se permite su convalidación mediante la ratificación o confirmación, que puede llevarse a cabo directamente por el incapaz, cuando haya superado su incapacidad, o bien por conducto de su representante, en los casos - en que éste se encuentre facultado por la ley para celebrar el acto jurídico afectado de nulidad.

El artículo 637 del Código Civil dispone que la nulidad relativa sólo puede ser invocada, sea como acción o excepción, por el mismo incapacitado o por sus legítimos representantes, - pero no por las personas con quienes contrató, ni por los fiadores que se hayan dado al constituirse la obligación.

Entre otros supuestos, el artículo 2230 establece que la nulidad por causa de incapacidad sólo puede invocarse por - el incapaz. Esta disposición debe relacionarse con el artículo 1799, ya que éste señala que: "La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común".

Por disposición de la ley, tanto la declaración de nulidad como la confirmación del acto jurídico nulo por falta de capacidad de ejercicio tiene efecto retroactivo.

La capacidad de ejercicio, a diferencia de la de goce, no se adquiere únicamente con el nacimiento, sino que comienza a la mayoría de edad, en nuestro caso, a los dieciocho años, y obviamente, termina con la muerte. Sin embargo, debemos tener presente que esta capacidad puede dejar de existir por decisión judicial, que declare a la persona sujeta a estado de interdicción, siempre que se de alguno de los supuestos previstos en las fracciones II, III y IV del artículo 450 del Código Civil.

P E R S O N A L I D A D

El concepto de personalidad se encuentra íntimamente vinculado al de persona. Como ya vimos, se define el concepto de persona como todo ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones; en cambio, la personalidad se muestra como una proyección de la persona en el mundo jurídico, proyección que consiste en la aptitud o idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, atendiendo a diversos factores, como pueden -- ser la minoría o mayoría de edad, su estado de salud mental, -- nivel cultural, etc. La personalidad puede o no tenerse, sin -- que esto represente el desconocimiento de la calidad de persona.

Respecto a la personalidad se han formulado varias -- teorías, entre las que se encuentran la formalista, la jusnaturalista y la ecléctica.

La teoría formalista sostiene que la personalidad es -- un concepto formal de la ciencia jurídica, toda vez que existe en el hombre no en atención a la naturaleza de éste, sino gracias al reconocimiento que de ella hace el ordenamiento jurídico.

Tratando de apoyar esta teoría, algunos juristas han -- argumentado que en determinados momentos de la historia, como en el primitivo Derecho Romano, se ha negado la personalidad -- a algunos seres humanos, como los esclavos y los que eran condenados a la muerte civil y, por otra parte, se ha otorgado -- tal carácter a animales y a las cosas.

Sin embargo, tal "argumento no es válido por sí mismo, sólo prueba que en el período en que se negaba a los esclavos o se concedía a los animales irracionales o a las cosas inanimadas la calidad de personas, el procedimiento técnico -- aplicado en la norma de derecho, obedecía a consideraciones sociales o filosóficas que entonces prevalecían, ya sea para privar de derechos a los esclavos o para obtener determinadas consecuencias, ampliando la aplicación del término a animales o cosas, para regular a través de esa vía indirecta, la conducta de los hombres; porque en esta etapa primitiva del desarrollo del Derecho, la palabra "persona" carecía de una connotación precisa y lo mismo se usaba para referirse al ciudadano romano, a un territorio y aún al pueblo romano". (28)

La teoría jusnaturalista afirma que la personalidad es una cualidad inherente al ser humano; que no se debe al reconocimiento del orden jurídico, ya que esta cualidad no es susceptible de renuncia o desconocimiento porque se estarían violando los principios supremos del orden natural.

Ciertamente esta teoría tiene el mérito de señalar que con la negación de la personalidad en el hombre se incurre en injusticia, puesto que se atenta contra su dignidad, pero desconoce que para que el hombre tenga personalidad es requisito indispensable el reconocimiento del orden jurídico.

La teoría ecléctica dice que si bien es cierto que con la negación de la personalidad se incurre en injusticia, tam-

bién lo es que el hombre, por el sólo hecho de su existencia, no posee personalidad, sino que es necesario además el reconocimiento del Derecho, pues no tendría importancia para la vida jurídica que el hombre existiera sin reconocerle su personalidad.

"El concepto de personalidad, íntimamente ligado al de persona, no se confunde sin embargo con ésta; porque la personalidad es una manifestación, una proyección del ser en el mundo objetivo. En el lenguaje ordinario, se dice que una persona tiene o no personalidad o que tiene, de acuerdo con su modo de ser, mayor o menor personalidad, sin que esto implique la negación de su categoría de persona. . . Los conceptos de personalidad y de capacidad de goce, no significan lo mismo aunque se relacionan entre sí; la personalidad significa que el sujeto puede actuar en el campo del derecho. Diríamos que es la proyección del ser humano en el ámbito de lo jurídico. Es una mera posibilidad abstracta, para actuar como sujeto activo o pasivo, en la infinita gama de relaciones jurídicas que pueden presentarse.

La capacidad alude a situaciones jurídicas concretas - (para celebrar tal o cual contrato, para contraer matrimonio con determinada persona, para adquirir este o aquel bien mueble o inmueble, etc.)." (29)

De lo anterior se desprende que una persona puede carecer de capacidad de goce ( para ejercer la patria potestad, - "

contraer matrimonio, enajenar o adquirir un bien mueble o inmueble, etc.), sin que esto implique el desconocimiento o menoscabo de su personalidad.

El propio maestro Galindo Garfias ha señalado que "la personalidad es única, indivisa y abstracta. La capacidad de goce es múltiple, diversificada y concreta".

"En tanto que el Derecho es impotente para crear a los seres humanos, es decir a las personas físicas, puede construir y ha construido un dispositivo o instrumento que se denomina personalidad, a través de la cual, las personas físicas y las personas morales, jurídicas o colectivas, pueden actuar en el tráfico jurídico (comprando, vendiendo, tomando en arrendamiento, adquiriendo bienes, etc.) como sujetos de las relaciones jurídicas concretas y determinadas. . .

La persona en el sentido técnico es el ser humano, puesto que sólo la conducta del hombre es objeto de la regulación jurídica. En cambio, la personalidad es una cualidad que el Derecho toma en cuenta para regular dicha conducta, un presupuesto normativo respecto de la persona referida al derecho" (30).

En el antiguo Derecho Romano sólo se reconocía personalidad al hombre que poseía tres estados. El Estado de libertad, ciudadanía y familia (Sui Juris o Pater Familias). Al hombre que llegaba a perder su libertad y ciudadanía se le suprimía ipso-facto su personalidad mediante la "Máxima Capitis Diminutio", reputándosele cosa. En caso de que solamente perdiera la ciudadanía le era impuesta la "Media Capitis Diminutio", restringiéndole parcialmente su personalidad.

"El origen de la personalidad del sujeto individual de derechos se coloca, según las diversas doctrinas formuladas a este respecto, bien en el momento de la concepción, bien en el del nacimiento (ya puramente o retrotrayendo los efectos jurí-

dicos al momento de la concepción), bién en el momento en que el nacido muestra aptitud para seguir viviendo separadamente - del claustro materno" (31).

La doctrina generalmente aceptada ha venido sosteniendo que la personalidad del hombre comienza en el momento en -- que el feto ha salido completamente del claustro materno, toda vez que durante el período de la gestación el nacidurus no puede considerarse una persona por ser parte integrante de la propia madre.

Sobre este particular, el maestro Rojina Villegas escribe: " Nosotros pensamos lo contrario, pues para ser heredero, legatario o donatario, se necesita tener personalidad jurídica, ya que por tales calidades se adquieren derechos patrimoniales. No puede explicarse esta adquisición mediante la teoría de la representación diciendo que los padres, o si el padre ha muerto, la madre, representan al ser concebido pero no nacido, porque su representación a su vez está fundada en la existencia del representado. De manera que la teoría de la representación descansa en la admisión previa de que el embrión humano es persona, de que tiene una capacidad mínima pero bastante para considerarlo sujeto de derechos. Y es de gran trascendencia, - por ejemplo, en el derecho hereditario, que el ser concebido - pueda heredar, si nace viable, por cuanto que los bienes pueden seguir una trayectoria muy distinta, si pasan del autor de la herencia al ser concebido que nazca viable y después muera; o bien, si los bienes del de cujus no pasan a él, porque no nació viable. . . (32).

En franca oposición a la tesis del maestro Rojina Villegas y por ende en adhesión a la opinión de la mayoría de los -

- 31.- PINA, RAFAEL DE. Derecho Civil Mexicano. Tomo I, - Edit. Porrúa 1978 Pág. 209.
- 32.- COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. Tomo I. Edit. Porrúa. 1979. Págs. 160 y 161.

juristas, consideramos que la personalidad en el hombre se inicia con el nacimiento, tal como lo establece el artículo 22 del Código Civil. El hecho de que al concebido se le tenga por nacido para determinados efectos jurídicos de carácter patrimonial, no debe entenderse como el principio de la personalidad, supuesto que aún no existe la persona capaz de ser titular de derechos, sino que tal disposición constituye una medida cautelar o precautoria que ha adoptado el Derecho objetivo, por sí dicho ser en formación llega a tener vida propia separadamente de la madre. En otras palabras, el Derecho con miras a proteger al ser concebido, conserva en su favor la expectativa de derechos que está en posibilidad de adquirir cuando nazca como persona a la vida jurídica; esto es, al cumplirse cualquiera de los dos supuestos de viabilidad previstos en el artículo 337 del Código Civil, a los que se alude al final del siguiente párrafo.

Respecto a la posibilidad de ser designado heredero o legatario, nuestro Código Civil contiene disposiciones que ordenan la suspensión de la partición de la herencia hasta en tanto se verifica el parto, a fin de corroborar si se cumplió la condición resolutoria (que nazca viable), es decir, que el feto viva veinticuatro horas después del alumbramiento o sea presentado vivo al Registro Civil.

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 22 de nuestro Código Civil vigente, la personalidad de la persona física y por consiguiente de la capacidad, se extingue con la muerte, la cual debe probarse con el acta respectiva de defunción que levante el Juez del Registro Civil, en base al certificado de defunción expedido por médico titulado.

Tratándose de personas ausentes en las que se ignore si viven o han muerto, la ley establece un procedimiento para declararlas judicialmente ausentes. En caso de que se desconozca su paradero en un lapso de diez años, el Juez que conozca de la causa emitirá una resolución provisional declarándolas presuntivamente muertas para todos los efectos legales,

cesando en ese acto la personalidad de los desaparecidos. Esta resolución provisional quedará firme en el momento en que se compruebe la muerte de las personas; si éstas llegaren a presentarse con posterioridad a dicha resolución, todos los efectos jurídicos originados por la presunta muerte se destruyen con carácter retroactivo.

## A T R I B U T O S D E L A P E R S O N A L I D A D

En mi concepto, los atributos de la personalidad son - todas aquellas cualidades inherentes a las personas, que sirven para individualizarlas y consecuentemente distinguirlas de las demás.

Respecto a las personas físicas, dichos atributos son los siguientes: a) nombre; b) domicilio; c) estado civil; d) nacionalidad y e) patrimonio.

Por lo que toca a las personas colectivas, éstas tienen los mismos atributos que las físicas salvo, desde luego, en cuanto al estado civil. Por lo que se refiere al nombre, las personas colectivas tienen el equivalente, es decir, la denominación o la razón social.

El Nombre.- "El nombre, en los pueblos primitivos, era único e individual: cada persona sólo llevaba un nombre y no lo transmitía a sus descendientes. Este uso sobrevivió por mucho tiempo en algunos pueblos, principalmente en los griegos y hebreos. En cambio, los romanos poseían un sistema de nombres sabiamente organizado, pero que no es conveniente explicar aquí por ser demasiado complicado (véase Henri Michel, *Le droit de cite romaine*; Marouardt et Mommsen, *Manuel des antiquités roamines*, - T. XIV, pp. 9-33). Sus elementos eran el nomen o gentilium - llevado por todos los miembros de la familia (gens) y el prae-nomen, o nombre propio de cada individuo". (Planiol, *ob. cit.*, T.I., pag. 199). (33)

El nombre es la conjunción adecuada de vocablos, por la cual se particulariza o identifica a una persona de las demás - que integran el grupo social. Los vocablos que constituyen el nombre de la persona física son: el nombre propio o de pila, -- que generalmente lo imponen los padres a su arbitrio en base a

33.- CITADO POR ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil. Tomo I Pág. 194.

costumbres religiosas y el nombre patronímico o de familia (apellidos paterno y materno).

El nombre de pila (Juan, Pedro, Enrique, etc.), tiene como principal finalidad individualizar a la persona dentro del grupo familiar y es impuesto por los padres en el momento de formular el Acta de Nacimiento en el Registro Civil.

El nombre patronímico o de familia representa el elemento esencial del nombre, no es arbitrario como aquél, sino que se determina por los apellidos de los ascendientes, por lo que sirve para indicar la pertenencia a cierto grupo familiar.

El nombre de familia se adquiere por la filiación consanguínea (matrimonial o extramatrimonial), por la filiación adoptiva, así como también por sentencia judicial pronunciada en juicio de rectificación de acta de nacimiento por cambio de nombre o por decisión administrativa, tratándose de hijos cuya paternidad y maternidad se ignore.

El hijo nacido dentro de matrimonio debe llevar los apellidos paterno y materno, de sus padres (los cónyuges).

El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho a llevar el apellido paterno de sus progenitores, si ambos lo reconocen, o los dos apellidos del que lo reconozca (art. 389-I del Código Civil).

El hijo legitimado, o sea, el nacido de personas no unidas en matrimonio, pero que posteriormente lo celebran, debe llevar el apellido de sus padres, cuando éstos lo reconozcan, ya sea que el reconocimiento se haga antes o después de celebrado el matrimonio o en el momento mismo de su celebración. (arts. 354, 355 y 357 del Código Civil).

El adoptado tiene derecho a llevar los apellidos del adoptante (arts. 395 y 396 del Código Civil).

Los recién nacidos expósitos (de padres desconocidos), llevarán el nombre y apellidos que a su arbitrio, les fije el Juez del Registro Civil al formular su acta de nacimiento.

El nombre cumple una función sumamente importante en el ámbito del Derecho, toda vez que mediante este instrumento se identifica a las personas a quien se atribuye un conjunto de derechos y obligaciones.

**NATURALEZA JURIDICA DEL NOMBRE.**- Los juristas discuten acerca de la naturaleza jurídica del nombre; por lo tanto, son varias las teorías que se han formulado al respecto, debido fundamentalmente a que a este atributo de la personalidad se le ha estudiado desde distintos puntos de vista.

Haremos a continuación una breve exposición de ellas.

- a) El nombre como una institución de policía civil.- Ante la discusión de los autores en torno a si la persona adquiere sobre el nombre un derecho o, por lo contrario, una verdadera obligación que la constriñe a usar precisamente ese signo de identidad que le atribuye el ordenamiento jurídico, Planiol participa de esta segunda opinión. Afirma que el nombre es una designación oficial que cumple una función de policía civil, supuesto que no se toma en cuenta tanto en interés de la persona, sino en el de la sociedad, en razón de que las medidas que tienden a protegerlo, han sido establecidas con la finalidad de identificar a las personas dentro del grupo social, para poder referir a ellas consecuencias jurídicas determinadas y que, por consiguiente, el nombre constituye una institución de derecho público.

"Contra esta opinión, se argumenta diciendo que la función del nombre no se agota en la sola individualización del sujeto, porque esta finalidad se cumple también atribuyendo a la persona un número, como acontece por ejemplo en los registros fiscales o del Seguro Social. En esos casos basta que el sujeto

cite el número de clasificación que le corresponde, para lograr que se cumpla la única finalidad para la que ha sido establecida administrativamente la clasificación numeral. Por otra parte, este sistema de identidad puede variar sin que con ello se alteren situaciones jurídicas de ninguna especie.

El nombre en cambio, es inherente a la persona y en principio debe ser inmutable, alude además a la filiación de quien usa un determinado apellido, de allí que no sea exacto que las medidas de protección al nombre sólo se establezcan en interés general". (34).

- b) El nombre como derecho real de propiedad.- Para el tratadista Nicolás Coviello, el nombre "no puede considerarse ni como un derecho de propiedad, ni como un derecho patrimonial cualquiera; porque el nombre no es un objeto exterior a la persona, ni tiene por sí valor patrimonial, es por el contrario un derecho de índole esencialmente personal. La persona, en cuanto es tal, no debe confundirse con otras, ni en el bien ni en el mal, y por eso tiene derecho a conservar aquel signo que según los usos sociales se reputa idóneo para mantenerla distinta. Derívase de aquí que es un derecho inalienable e intransmisible, e incapaz de otros modos de adquisición, fuera de los originarios. Del fin práctico propio de él, se infiere que, una vez adquirido, no puede cambiarse arbitrariamente; de otro modo, lo que debe servir para diferenciar, resultaría fuente inagotable de confusiones. De aquí que el derecho al nombre, además de tener importancia en las relaciones de derecho privado, la tiene también en las de derecho público: además de ser un derecho, es también un deber, porque el interés --

público exige que una persona no se confunda con otra". (35).

Al igual que este autor, nosotros estimamos también -- que no se puede considerar al nombre como un derecho de propiedad, puesto que no tiene un contenido de carácter pecuniario -- que lo haga valuable en dinero (salvo tratándose de personas -- morales), ni su titular tiene sobre él una facultad de libre -- disposición ya sea sobre el apellido o sobre el nombre propio o de pila.

El derecho al nombre es un derecho subjetivo extrapatrimonial, que no puede ser objeto de contratación ni puede -- transmitirse hereditariamente y que otorga la facultad de impedir que cualquier persona interfiera en la esfera jurídica de quien tiene derecho a llevarlo, usurpando o haciendo uso ilegítimo de un nombre que no le pertenece. Por lo tanto, el derecho al nombre queda clasificado, " no dentro de las facultades jurídicas que implican la posibilidad de interferencia en una -- esfera jurídica ajena mediante la ejecución de actos autorizados por la norma, sino dentro de aquel grupo de derechos subjetivos que consisten en impedir que otro sujeto interfiera en -- nuestra esfera jurídica, en nuestra conducta, o en nuestra persona." (36).

- c) El nombre como interés jurídicamente protegido.-Como lo señala el maestro Rojina Villegas, la naturaleza jurídica del nombre se puede estudiar desde -- otro punto de vista, aplicando las ideas del jurista Rudolf von Shering, quien sostiene que los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos.

Conforme a la tesis de este autor, los intereses jurídicos que protege el Derecho no se encuentran determinados por la apreciación subjetiva que de ellos haga el titular, sino --

35.- CITADO POR ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Págs. 506 y 507.

36.- Idem. Pág. 507.

considerando una apreciación objetiva que se sustenta en las - necesidades de tipo espiritual, moral o económico que imperen en la sociedad en una época determinada; esto es, que los intereses tutelados por el Derecho valen independientemente de la apreciación del sujeto, supuesto que así lo ha establecido el legislador en función del interés general.

"Es indudable que el nombre encaja en esta definición de Shering: se trata de un interés jurídicamente protegido, por que no sólo cumple las finalidades personalísimas del sujeto y se le protege en función de sus intereses individuales, sino también representa intereses generales que es necesario proteger. Las medidas de seguridad y de orden íntimamente ligadas con la determinación de las personas, sobrepasan los intereses personales del sujeto. Para el derecho penal, el nombre tiene una función de orden público; para la policía el nombre es un medio necesario de identificación; para el Registro Público de la Propiedad el nombre es indispensable para poder hacer el registro de las propiedades o de los derechos reales; lo mismo podemos decir para el Registro Civil y en general para que se puedan determinar los actos jurídicos de las personas. . . " - (37).

- d). El nombre como voluntad jurídicamente protegida.- Esta teoría postulada por Windscheid, define al Derecho como una voluntad jurídicamente protegida. Ha sido criticada fundamentalmente por cuanto que el Derecho objetivo no está al servicio de la voluntad individual; cuando la protege, lo hace en razón de intereses jurídicos objetivos, según lo apuntado en el inciso precedente.

Visto el nombre desde el punto de vista de esta teoría, podemos enfatizar que no se trata de una cuestión regulada por

la voluntad caprichosa del sujeto, que por lo tanto pueda cambiar a su libre arbitrio, sino de una cuestión regulada por el Derecho para proteger intereses que escapan al ámbito de la voluntad. Sólo en ciertos casos que implican la modificación en el estado civil de las personas, la voluntad puede tener efectos en cuanto al nombre. Ello acontece por ejemplo, cuando la mujer al contraer matrimonio agrega a su apellido el de su consorte; o bien, en la legitimación o reconocimiento de hijos y en la adopción, aunque en estos casos no se trata de la voluntad del que tiene derecho al nombre, sino de la voluntad de sus padres.

- e) El nombre como derecho de la personalidad.- Entre los autores que defienden esta teoría se encuentran Nicolás Coviello, Francesco Messineo, Ferrara, etc. Aducen que el derecho al nombre es un atributo de la persona y que como tal, es inherente a la personalidad, en principio inseparable del sujeto. . . "Que por lo tanto, el derecho que sobre él ejerce - su titular, tiene caracteres especiales derivados de la función de identidad o de la expresión, en el mundo jurídico, de la personalidad misma a quien - pertenece, que sitúa a aquélla, en la posibilidad de aparecer como sujeto en quien concurre un conjunto de relaciones jurídicas, permitiendo con certeza atribuirle capacidad o incapacidad, un cierto estado civil y político, en tal manera que el nombre es el instrumento idóneo para situar al sujeto, frente a todo el ordenamiento jurídico". (38)

El maestro Galindo Garfias en su obra "Derecho Civil", apunta que el derecho al nombre es un derecho subjetivo de ejercicio obligatorio, con los siguientes caracteres: es absoluto-

por ser oponible a todas las demás personas; no es valuable en dinero por no formar parte del patrimonio de la persona a quien pertenece; es imprescriptible ya que no se pierde porque deje de usarse en un determinado tiempo; es intransmisible por voluntad de su titular, sólo se adquiere en forma derivada V.gr., por el matrimonio; es la expresión de la filiación, y por lo tanto signo de adscripción a un determinado grupo familiar; -- impone a quien lo lleva la obligación de ostentar su personalidad bajo el nombre que consta en el acta del Registro Civil; -- en principio es inmutable; y tiene como fuente principal de su regulación jurídica la costumbre. (39).

Por lo general el nombre es inmutable; sin embargo, -- nuestra legislación establece excepciones al respecto en los siguientes casos:

- a) Por legitimación (art. 354)
- b) Por reconocimiento (arts. 360 y 369)
- c) Por adopción (art. 369)
- d) Por sentencia judicial que declare la paternidad - o maternidad (arts. 345 y 349).
- e) Por sentencia que decreta la modificación (art. 135 fracc. II).

D O M I C I L I O

Este vocablo encuentra su raíz etimológica en el griego domus que significa casa o morada y el latín domicilium.

Nuestra legislación define al domicilio como el lugar donde reside una persona física con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios y, a falta de uno y otro, el lugar en que se halle (art. 29 Código Civil).

"Los tratadistas de nuestro derecho civil observan -- acertadamente que el análisis del artículo 29 del Código Civil para el Distrito Federal en su concepción del domicilio revela la existencia de dos elementos: uno real y físico y otro psicológico; el real es una situación de hecho que se refiere al lugar donde reside; y el psicológico se contrae al propósito de establecerse en él, naturalmente con el abandono de cualquier otro domicilio anterior manifestado con el acto volitivo de -- establecer ese domicilio en el nuevo lugar designado, pues de lo contrario, debe entenderse que la persona de que se trata -- tiene el propósito o la intención de contar con dos domicilios, lo que está prohibido por la ley. (Anales de Jurisprudencia, -- números 357 a 632. Año XVI, T. LX. 2a. época. Enero-marzo, 1949)." (40).

El domicilio no se desplaza con la persona, sino que -- permanece inmutable en el lugar donde la persona se ha establecido por más de seis meses; transcurrido este tiempo, para -- destruir esta presunción legal, se requiere que la persona acuda ante la autoridad municipal de su anterior y de su nueva residencia, dentro de un término de quince días, manifestando de buena fe que no desea cambiar su domicilio (art. 30 del Código Civil).

De acuerdo con el precepto enunciado, sólo en aquellos casos extremos en que no sea posible determinar la residencia de la persona, la ley le reputa como domicilio el lugar donde tenga el principal asiento de sus negocios o, a falta de éste, el lugar donde se encuentre.

Mientras el nombre individualiza a la persona, el domicilio ayuda a completar su identificación considerando el ámbito territorial donde ésta radica habitualmente, para el efecto de asignarle determinadas consecuencias de Derecho, sin que esto represente en forma alguna, una relación jurídica entre la persona y el lugar.

El maestro Rojina Villegas manifiesta que "Es evidente que las relaciones jurídicas nunca pueden establecerse entre personas y cosas. Toda relación de esta especie no es otra cosa que la articulación de todos los elementos simples que concurren en el proceso jurídico: personas, objetos de derecho, supuestos jurídicos y consecuencias de derecho. Idealmente se van vinculando los distintos elementos simples que se encuentran potencialmente enunciados en la norma jurídica, merced a la realización de un supuesto de derecho que pone en movimiento todo el mecanismo normativo". (41).

Al igual que tratándose del nombre, la legislación penal establece que incurre en delito la persona que para eludir la práctica de una diligencia judicial o una notificación de cualquier clase o citación de una autoridad, oculte su domicilio, o designe otro distinto o niegue de cualquier modo el verdadero (art. 249-II Código Penal).

Frecuentemente son usados, en forma indebida, como sinónimos los términos residencia y domicilio, por lo que conviene apuntar sus diferencias. La residencia es la estancia transitoria de una persona en algún lugar determinado, sin el pro-

pósito de establecerse en él; carece de la fijeza que caracteriza al domicilio y nunca es impuesta por la ley. "La residencia puede servir, por ejemplo, para hacer notificaciones judiciales e interpelaciones. La residencia también se toma en cuenta para levantar determinadas actas del registro civil, por ejemplo, - el acta de defunción". (42).

El domicilio en cambio, es el centro alrededor del cual se desenvuelve la vida jurídica de la persona, subsiste aún --- cuando el sujeto se desplace de él temporalmente y, en casos - excepcionales, es impuesto por la ley.

Los más destacados tratadistas de nuestro Derecho señalan que los efectos o consecuencias jurídicas del domicilio se pueden resumir en los siguientes puntos:

- a) Determina el lugar donde la persona debe recibir - emplazamientos, interpelaciones, notificaciones, etc. (arts. 114 y 117 del Código de Procedimientos Civiles).
- b) Fija el lugar donde la persona debe cumplir sus -- obligaciones (art. 2082 del Código Civil).
- c) Precisa la competencia de los jueces (art. 156 del Código de Procedimientos Civiles).
- d) Determina el lugar en que habrán de practicarse -- ciertos actos del estado civil, por ejemplo, el levantamiento del acta de nacimiento, celebración -- del matrimonio, etc.).
- e) Establece la centralización de los bienes de una - persona en caso de juicios universales como en la quiebra, concurso o herencia (arts. 157 y 739 del Código de Procedimientos Civiles).

Por lo que respecta a la persona colectiva, el Código Civil adoptó un criterio diferente al de la persona física para establecer su domicilio, ya que es obvio que en aquélla, --

42.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Edit. Porrúa 1979 Pág. 188.

Éste no reúne los elementos objetivo y subjetivo. El artículo-33 del ordenamiento en cita estatuye:

"Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración.

Las que tengan su administración fuera del Distrito -- Federal, pero que ejecuten actos jurídicos dentro de su circunscripción, se considerarán domiciliadas en el lugar donde los - hayan ejecutado, en todo lo que a esos actos se refiera.

Las sucursales que operen en lugares distintos de donde radica la casa matriz, tendrán su domicilio en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales".

De nuestro Código Civil, se desprende que existen diversas clases de domicilio: real, legal, voluntario y convencional.

Domicilio real es aquel en que radica una persona con el propósito de establecerse en él.

Domicilio legal es el lugar que la ley le fija a una persona para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no se encuentre allí presente - (art. 31). Se reputa domicilio legal: Del menor no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto; del menor que no esté bajo la patria potestad y del mayor incapacitado, - el de su tutor; de los militares en servicio activo, el lugar en que están destinados; de los empleados públicos, el lugar - donde desempeñan sus funciones por más de seis meses. Los que por tiempo menor desempeñen alguna comisión no adquirirán domicilio en el lugar donde la cumplen, sino que conservarán su domicilio anterior, y de los sentenciados a sufrir pena privativa de la libertad por más de seis meses, la población en que - la extingan (art. 32).

Domicilio voluntario es el que elige la persona por su libre arbitrio, pudiendo cambiarlo cuando lo desee. El artículo 30 faculta a la persona que resida en un lugar por más de seis meses, a conservar su domicilio anterior si declara dentro del término de quince días, tanto a la autoridad municipal de la anterior como de la nueva residencia, que no desea perder su domicilio y adquirir otro.

Domicilio convencional es aquél que señala una persona para el cumplimiento de determinadas obligaciones (art. 34). - Sólo tiene valor para efectos jurídicos específicos.

E S T A D O   C I V I L

El estado civil de la persona es la situación jurídica en que ésta se encuentra, en relación con su familia. Mientras el nombre individualiza a la persona y el domicilio la ubica - en un determinado espacio, el estado civil precisa su posición en el seno de la comunidad social denominada familia, para - - atribuirle efectos jurídicos.

El estado es un atributo de la personalidad y sirve -- para determinar, en relación con la familia, la situación en - que se encuentra la persona dentro de ella; comprende las calidades de hijo, padre, esposo, soltero, casado, etc.

Se llegó a discutir en la doctrina si el estado civil se identifica con la capacidad de la persona. Sobre esta cuestión Bonnacase señaló la radical diferencia que existe entre - ambos atributos de la personalidad, al apuntar que el estado se distingue esencialmente de la capacidad de la persona, en virtud de que en el estado se considera al sujeto en sus relaciones con el grupo social, sin tomar en cuenta su aptitud para - adquirir o ejercitar derechos y obligaciones; mientras que en la capacidad se le considera en sí mismo, en su estructura jurídica, atendiendo a diversos factores, como son su edad o salud mental. (43)

"Pueden darse casos en los que la persona pierda su -- estado social o de familia, conservando su personalidad, pero jamás podrá despojársele totalmente de su capacidad de goce, - conservando, a pesar de ello, su calidad de sujeto de derecho". (44).

El estado civil se adquiere desde el momento del nacimiento y, de acuerdo con las opiniones de nuestros distinguidos

43.- VEASE: ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Edit. Porrúa. 1979. Pág. 170

44.- Idem. Pág. 171.

tratadistas, presenta las siguientes características: a) es indivisible, ya que toda persona tiene un solo estado civil; b) es inalienable, toda vez que es un valor extrapatrimonial, de lo que resulta que no puede ser objeto de transacción, compromiso o enajenación; c) es imprescriptible, ya que este derecho subjetivo no se adquiere o se pierde por el transcurso del tiempo y d) puede ser objeto de posesión, en caso de que la persona - de cuyo estado se trata ostente pública y permanentemente un - estado civil (estado de hijo).

No obstante que el estado civil no es un bien valuable en dinero, ciertos derechos que de él derivan tienen un contenido patrimonial, por ejemplo, el derecho a heredar y el de recibir alimentos.

El estado civil o también llamado estado de familia, - tiene su origen en el hecho jurídico del nacimiento, así como también en actos de voluntad como son el matrimonio, divorcio, concubinato, adopción, etc. Comprende las relaciones matrimoniales, la filiación y el parentesco.

De acuerdo con el artículo 39 de nuestro Código Civil, el estado civil de las personas se prueba con las constancias expedidas por el Registro Civil; a falta de éstas, el propio ordenamiento establece que el estado civil puede comprobarse - en forma supletoria con documentos o testigos.

Tratándose de las pruebas de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio, el artículo 341 estatuye: "A falta de - actas o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. . . "

"En el derecho, la posesión es un estado de hecho que revela un poder físico del hombre sobre las cosas y que produce consecuencias jurídicas. Este concepto que pertenece al orden patrimonial y que se manifiesta a través de datos apreciables por los sentidos (actos que revelan un poder físico sobre

las cosas), ha sido extendido por analogía a un estado jurídico extrapatrimonial, por cuanto que también es susceptible de posesión, como situación de hecho en el que el poseedor se ostenta públicamente y privadamente con todas las calidades y prerrogativas del titular legítimo de un cierto estado civil o político." (45).

De conformidad con el artículo 343 del Código Civil, - las circunstancias que prueban la posesión de estado de hijo de matrimonio son: I.- Que el individuo haya sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad; II.- Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste; III.- Que el padre lo haya tratado como a hijo nacido en su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y ; IV.- Que el presunto padre tenga la edad exigida por el artículo 363.

Por lo que toca a las acciones de estado civil, el Código de Procedimientos Civiles preceptúa, en su artículo 24, - que éstas "tienen por objeto las cuestiones relativas al nacimiento, defunción, matrimonio o nulidad de éste, filiación, reconocimiento, emancipación, tutela, adopción, divorcio y ausencia, a atacar el contenido de las constancias del Registro Civil para que se anulen o rectifiquen.

Las acciones de estado civil fundadas en la posesión de estado producirán el efecto de que se ampare o restituya a quien lo disfrute contra cualquier perturbador."

Respecto al estado civil de las personas, la ley otorga dos acciones: la de reclamación y la de desconocimiento de-

estado. Por virtud de la primera, una persona puede ejercitar - la acción correspondiente para que, mediante una resolución judicial, se le reconozca o legitime el estado de que se trata y de cuyos beneficios jurídicamente no goza. Mediante la segunda, cualquier persona interesada puede obtener la declaración judicial por la cual se impida a un individuo atribuirse un estado ( o beneficiarse de él) que no le pertenece.

## NACIONALIDAD

El Estado político comprende la nacionalidad y la ciudadanía. Mediante estas calidades se determina la posición que guarda una persona respecto a la nación.

"La nacionalidad es un vínculo jurídico establecido -- entre el individuo y el Estado, que produce obligaciones y derechos recíprocos; la ciudadanía es una calidad especial que co rresponde a los nacionales" (46)

De acuerdo con la anterior definición de la nacionalidad se deriva un conjunto de derechos y obligaciones de carácter político, surgidos entre una persona y el Estado al que pertenece. La nacionalidad debe ser única, quedando excluida desde luego - la posibilidad de ostentar una doble nacionalidad por los problemas jurídicos que esto implica.

Corresponde a la constitución de cada país determinar los requisitos que deben concurrir en la persona para tener la calidad de nacional. El artículo 30 de nuestra Constitución -- Política establece dos formas para adquirir la nacionalidad mexicana: por nacimiento y por naturalización.

"A). Son Mexicanos por nacimiento:

- I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de los padres.
- II. Los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano o de madre mexicana.
- III. Los que nazcan a bordo de embarcaciones mexicanas sean de guerra o mercantes.

B). Son mexicanos por naturalización:

46.- PINA, RAFAEL DE. Derecho Civil Mexicano, Tomo I.- Edit. Porrúa 1978. Pág. 223.

- I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de - Relaciones Exteriores carta de naturalización y
- II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicana y tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio - nacional".

Conforme al precepto antes transcrito, existen tres - - criterios para determinar la nacionalidad: a) el nacimiento -- dentro del territorio nacional; b) la nacionalidad de los pa-- dres, y; c) el matrimonio de la mujer o varón extranjeros con mujer o varón de nacionalidad mexicana, siempre y cuando el ex tranjero se domicilie dentro del territorio nacional.

Por su parte, el artículo 33, por exclusión, determina que son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30.

En relación con este precepto, el maestro Arellano Gar cía formula dos observaciones:

1a. "El extranjero no es necesariamente el nacional de otro país; basta con que no tenga la calidad de mexicano.

2a. No sólo es extranjero como lo establece el artículo 30 Constitucional el que no posee las calidades determinadas en el artículo 30 sino el que la ha perdido de conformidad con el artículo 37 de la propia Constitución". (47)

El invocado artículo 37 Constitucional establece:

" A).- La nacionalidad mexicana se pierde:

I. Por adquisición voluntaria de una nacionalidad- extranjera;

II. Por aceptar o usar títulos nobiliarios que impli quen sumisión a un Estado extranjero .

III. Por residir, siendo mexicano por naturalización

durante cinco años continuos en el país de su origen,  
y

- IV. Por hacerse pasar en cualquier instrumento público, -  
siendo mexicano por naturalización, como extranjero,  
o por obtener y usar un pasaporte extranjero."

El inciso B) de este mismo precepto enuncia diversos --  
supuestos de pérdida de la ciudadanía mexicana, lo que de ninguna  
manera deber ser confundido con la pérdida de la nacionalidad.

La mayor parte de los tratadistas del Derecho internacion  
al privado, concuerdan en la existencia de dos tipos de nacional  
lidad: la original o de origen y la derivada o por naturalización.

Se considera que la nacionalidad originaria, es aquella-  
que se adquiere por el sólo hecho de su nacimiento, de acuerdo -  
con los requisitos marcados por las leyes de cada Estado.

La nacionalidad derivada o por naturalización, es aque--  
lla que se adquiere en forma voluntaria, después de llenar el --  
sujeto, los requisitos que le impone el Estado al cual quiere --  
pertener.

"Al nacer un individuo, su desarrollo incipiente le impi  
de manifestar una voluntad que lo ligue a un Estado determinado.  
En esa virtud, el país interesado en él substituye su voluntad -  
omisa y le señala una nacionalidad que, por ser la primera, sue-  
le conocerse como "nacionalidad originaria". La suplencia de -  
la voluntad de la persona física se opera conforme al criterio -  
adoptado por el o por los Estados interesados en asimilar a su -  
población nacional al nacido en su territorio (jus soli) o al na-  
cido de sus nacionales (jus sanguinis). El Estado es libre de --  
adoptar, conforme a sus necesidades y conforme al criterio de --  
los que orientan su gobierno, el jus soli o el jus sanguinis, o  
exigir una yuxtaposición de ambos, o bien, establecer los dos al  
unísono con los requisitos y modalidades que al Estado le con- -  
venzan, en la inteligencia de que el jus soli y el jus sanguinis  
puedan combinarse con el jus optandi y el jus domicili. . . " (48).

De acuerdo con lo antes transcrito, existen dos criterios principales para determinar la nacionalidad de origen, -- siendo el primero el llamado Jus Soli, o derecho del suelo, -- que otorga la nacionalidad por el lugar del nacimiento del individuo.

El otro sistema es conocido bajo el nombre de Jus Sanguinis, el cual se basa en el derecho de la sangre, los lazos de unión de la misma en la familia, pasando a segundo término el hecho donde ocurrió el nacimiento del individuo; es decir, en este sistema es factor determinante para la nacionalidad el vínculo de filiación del padre o de la madre.

La nacionalidad es susceptible de ser cambiada durante la vida de las personas físicas, en virtud de muy diversas circunstancias. Al hecho de adquirir una nueva nacionalidad, diferente de la nacionalidad de origen, es a lo que se conoce con la denominación de "naturalización", o sea la nacionalidad no originaria.

"La naturalización es, para nosotros, la institución jurídica en virtud de la cual una persona física adquiere y -- disfruta de la condición jurídica de nacional con las modalidades propias de los que no poseen la nacionalidad originaria, -- en su caso, en virtud de la adquisición de la nacionalidad de un Estado con posterioridad al nacimiento" (49)

Tratándose de menores de edad, la legislación mexicana otorga a los hijos de extranjero naturalizado sujetos a la patria potestad, la nacionalidad mexicana ex-officio si tienen su residencia en territorio nacional. Este otorgamiento automático de nacionalidad, queda sujeto a condición resolutoria de que al llegar a su mayoría de edad, opten dentro del año siguiente por su nacionalidad de origen (Artículo 43 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización).

## P A T R I M O N I O

Comúnmente se ha definido este atributo de la personalidad como un conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero.

De este modo, el patrimonio de las personas se integra siempre por un conjunto de bienes, derechos y obligaciones --- susceptibles de valoración económica.

Como elementos del patrimonio encontramos el activo -- y el pasivo. El primero de dichos elementos está formado por - aquellos bienes y derechos que son apreciables en dinero y, el segundo, por un conjunto de obligaciones o deudas que también son valorables económicamente. La diferencia entre el activo - y el pasivo nos permite conocer el haber patrimonial de una -- persona.

El patrimonio es un atributo de la personalidad, ya que sólo las personas pueden tenerlo por ser sólo ellas capaces de ser titulares de derechos y obligaciones. Toda persona necesariamente debe tener un patrimonio por modesto que se suponga - su activo, ya que como lo señala el maestro Ortiz Urquidi, los harapos del pordiosero o los alimentos que el salvaje, desnudo, se lleva a la boca allá en la montaña para subsistir lo consti-tuyen. (50)

Fundamentalmente existen dos teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del patrimonio: la clásica o subjetivista que considera al patrimonio como un reflejo de la -- personalidad y la objetivista o económica, que supone la existencia de patrimonios sin sujeto como una individualidad jurídica propia destinada a la realización de un fin específico reconocido por el Derecho, sin tomar en cuenta que esté unido o no a una persona.

El patrimonio puede ser visto desde dos puntos de vista. Desde un punto de vista económico, viene a ser el conjunto de obligaciones y derechos en su apreciación pecuniaria y desde el punto de vista jurídico, como el conjunto de relaciones de esa naturaleza, activas y pasivas, pertenecientes a un sujeto - - susceptibles de valoración económica.

Para la teoría clásica o subjetivista, también llamada con el nombre de teoría del patrimonio - personalidad, el patrimonio se manifiesta como una cualidad sustantiva de la personalidad; lo define como un conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas que corresponden indivisiblemente a una persona, constituyendo una universalidad jurídica. Para esta teoría la noción de patrimonio emana y se encuentra estrechamente vinculada a la noción de persona. Supone que el patrimonio no sólo comprende bienes presentes, sino también los bienes en -- potencia o por adquirir; en otras palabras, considera que puede integrarse no necesariamente con una riqueza actual, sin -- tan solo con la posibilidad del sujeto de adquirirla, llegando por ello a confundir los conceptos de patrimonio y capacidad.

Conforme a la doctrina moderna o del patrimonio afectación, el patrimonio no se confunde con la personalidad, ni se le atribuyen a éste las características de indivisibilidad e inalienabilidad que sustenta la teoría clásica. Según estas características nunca una persona puede tener dos o más patrimonios o disponer de este atributo enajenándolo totalmente, - ya que esto último sería tanto como admitir que puede enajenarse la personalidad.

El patrimonio para esta teoría es un conjunto de bienes, derechos y obligaciones que se encuentran inseparablemente ligados y destinados a la realización de un fin determinado reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, como lo es por ejemplo el patrimonio de familia, el del ausente, - el hereditario, la sociedad conyugal, etc. (51)

51.- Véase: ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Págs. 15, 16 y 17.

Por lo tanto, esta teoría considera que pueden -- existir en una misma persona distintos patrimonios, como conjuntos de bienes, derechos y obligaciones tenga afectados a la -- realización de fines jurídico-económicos.

Desde nuestro particular punto de vista, en la actualidad la generalidad de la doctrina se inclina en aceptar la teoría clásica o del patrimonio-personalidad, salvo en lo relativo al principio absoluto de indivisibilidad del patrimonio y de - que toda persona sea titular de él por la sola posibilidad de- que llegue a adquirir bienes.

Para nosotros el patrimonio es un atributo de la- personalidad, pero su contenido no es exclusivamente pecunia-- rio; siendo esto lo que permite reforzar el principio de que - toda persona es titular de un patrimonio. En la configuración- del patrimonio interviene un conjunto de relaciones jurídicas- y toda relación jurídica tiene o puede tener una repercusión - económica, aparte de que no puede negarse la existencia de un - patrimonio moral, que el hombre estima tanto como el puramente material o económico y que el Derecho no deja de tener en cuenta para tutelarlo. (52).

CAPITULO II

L A R E P R E S E N T A C I O N

1.- CONCEPTO.

Antes de abordar el concepto de la representación, considero conveniente señalar que esta figura fue desconocida durante la época clásica del derecho romano. Principalmente durante la legislación justiniana empiezan a surgir algunos de sus caracteres, lográndose con ello que el padre de familia pudiera adquirir derechos y asumir obligaciones a través de sus esclavos, los cuales, al igual que sus hijos, estaban incapacitados para adquirir la propiedad; la transmisión de ésta, dada la organización de la familia romana, operaba por medio del padre de familia, al que se encontraban sujetos por la patria potestad.

En torno a los antecedentes de la representación, el maestro Ernesto Gutiérrez y González apunta en su obra que desde épocas muy remotas ha prestado servicios indudables a la humanidad. "Ya en la antigua Grecia - continúa diciendo el citado autor - hubo una institución llamada "progenia", que permitía a individuos que no formaban parte de la polis, actuar válidamente en ésta, por medio de un ciudadano griego. Se usaba una tablilla en donde se inscribían los nombres de un ciudadano griego y de un extranjero; esa tablilla se dividía en dos, y cuando el no griego iba a la polis, presentaba su mitad al griego que detentaba la parte restante, y entonces éste o sus sucesores, realizaba por el extranjero todos los actos que las leyes de la polis le prohibían a dicho extranjero". (53)

El precitado autor define a la representación diciendo que: "Es el medio que determina la ley o de que dispone una persona capaz, para obtener, utilizando la voluntad de otra persona capaz, los mismos efectos jurídicos que si hubiera actuado - el capaz, o válidamente un incapaz". (54)

Al referirse el maestro Raúl Ortiz-Urquidi a este concepto, apunta: "En términos generales podemos decir con el maestro Trinidad García que la representación, en su más amplio sentido, envuelve la actuación en nombre de otro. El que celebra materialmente el negocio, es el representante, y aquél en cuya persona o patrimonio repercuten los efectos del negocio - celebrado en su nombre, es el representado". (55)

"Hay representación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un contrato (o en general un acto jurídico) de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y en el patrimonio del representado, como si él mismo hubiera celebrado el contrato (o ejecutado el acto): se produce una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero". (56)

La representación es una creación del orden jurídico, por virtud de la cual una persona facultada por un acuerdo de voluntades o por disposición de la ley, realiza válidamente un acto o negocio jurídico ocupando el lugar de otra.

El representante es aquella persona que realiza el acto en nombre de otro, de tal suerte que, no obstante que participa en la celebración del mismo, no forma parte de la relación jurídica, puesto que los efectos de ésta repercutirán exclusivamente en la persona o patrimonio del representado. Mediante-

54.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. Opus Cit. Págs. 335 y 336.

55.- ORTIZ-URQUIDI, RAUL. Derecho Civil, Edit. Porrúa. 1977. Pág. 255.

56.- BORJA SORIANO, MANUEL. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. Edit. Porrúa 1939. Pág. 350.

el fenómeno jurídico de la representación el representante es un tercero extraño a la relación jurídica; a esto se debe que las consecuencias derivadas del acto se imputen al representado, como si éste lo hubiera ejecutado.

Ciertamente, por regla general la declaración de voluntad es una conducta de quien tiene interés jurídico en emitirla, por lo que se dice entonces que la voluntad se declara en nombre propio. Sin embargo, puede suceder por diversas circunstancias que una persona no declare para sí, sino para otra, de tal manera que los efectos de la declaración no se producirán en la esfera jurídica de quien la hace, sino en la del sujeto interesado, surgiendo así la declaración emitida por medio de representante.

De igual forma, aunque por regla general los derechos se ejercen por su titular, el ordenamiento jurídico o el propio titular de los mismos puede conferir a otro sujeto la facultad o poder para ejercitarlos.

De acuerdo con los comentarios antes insertos, en nuestra opinión, la representación voluntaria consiste en una actitud de colaboración o ayuda de una persona en los negocios jurídicos de otra. Desde luego que no toda ayuda constituye representación, como es el caso, por ejemplo, de los Notarios Públicos que colaboran en la realización de actos jurídicos. Para que la representación se configure, es necesario que se cumplan los determinados supuestos previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

"Para que haya representación es necesario - escribe - Coviello - que una persona declare la propia voluntad en sustitución de la voluntad de otro, por lo que el representante no es un simple órgano transmisor de la voluntad de otro, ni siquiera cuando debe obrar dentro de los límites de las instrucciones recibidas, porque es la declaración de su voluntad lo que constituye el acto y las instrucciones que se le han dado

sólo sirven para juzgar si se excedió o no de sus poderes. Reconoce, no obstante, Coviello, que cuando las instrucciones son de tal grado circunstanciadas que no dan lugar absolutamente a la libertad de acción de la persona encargada de obrar en nombre de otra, no existe la representación". (57).

La figura de la representación se presenta invariablemente, sin excepción, en las personas morales, constituidas por la agrupación de individuos para la consecución de determinados fines, mismos que los realizan a través de sus representantes; es mediante la representación como estos entes colectivos intervienen en el ámbito jurídico para el logro de sus objetivos.

Asimismo, es por medio de la representación como la voluntad de una persona capaz substituye la de un menor de edad o la de un mayor sujeto a estado de interdicción, dada su incapacidad de discernimiento para actuar en el tráfico de los negocios jurídicos.

Salvo algunas excepciones expresamente determinadas por la ley, como por ejemplo el testamento y la confesión judicial que tienen el carácter de actos personalísimos, pudiera afirmarse que los actos jurídicos, inclusive los relativos al estado civil de las personas, pueden realizarse por conducto de un representante.

Así pues y como lo afirma el maestro Gutiérrez y González, por virtud de la representación se quebranta el principio jurídico de que "quien realiza el acto responde de las consecuencias de él". (58)

En efecto, las consecuencias jurídicas de los actos -- realizados por el representante no afectan en forma alguna a --

57.- PINA, RAFAEL DE. Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Edit. Porrúa. 1978. Pág. 273 y 274.

58.- DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. Pág. 337

su persona o patrimonio, sino a la persona o patrimonio del representado.

A todas luces resulta evidente que trátase de la clase de representación de que se trate (más adelante abarcaremos este tema), los efectos jurídicos de los actos ejecutados por el representante se imputan al representado. "Es verdaderamente una ficción legal lo que fundamenta este fenómeno, y se -- capta esta solución con mayor claridad si se recuerda que la -- ficción es un procedimiento de la técnica jurídica en virtud -- del cual se atribuye a algo, una naturaleza jurídica distinta -- de la que en rigor le corresponde, con el fin de obtener ciertas consecuencias de Derecho, que de otra manera no podrían -- alcanzarse". (59)

Para el maestro Borja Soriano, los efectos de la representación se explican no por una ficción legal, sino por una -- real y completa substitución de la personalidad del representado por la del representante, lo que quiere decir que "es la voluntad del representante substituyéndose a la del representado la que participa directa y relamente en la formación del acto-jurídico que producirá sus efectos en el patrimonio del representado". (60)

Más adelante se hablará sobre las teorías que tratan -- de explicar la naturaleza jurídica de la representación.

Son indiscutibles los enormes beneficios que se deri-- van de esta figura. Siguiendo al maestro Ortiz-Urquidí, soste-- mamos que la representación presenta una triple utilidad: I.-- Por ser una institución auxiliar de la incapacidad de ejerci-- cio, permite a los incapaces realizar actos jurídicos a través de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad o la tutela; II.- Faculta a los capaces para ejecutar en forma simultánea -

59.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. Opus Cit. Pág. 345.

60.- Opus Cit. Pág. 359.

actos jurídicos en diversos puntos geográficos, supliendo, si es el caso, la inexperiencia del representado en el negocio de que se trate y; III.- Cumple en determinados supuestos una función de utilidad o solidaridad social mediante la gestión de negocios.

## 2.- TEORIAS SOBRE LA REPRESENTACION.

Destacados juristas han elaborado diversas teorías entorno a la naturaleza jurídica de la representación. Las más sobresalientes de ellas son la de la ficción, la del nuncio, la de la cooperación de voluntades y la teoría de la substitución real de la personalidad del representado por la del representante.

TEORIA DE LA FICCION.- Surge en Francia gracias a la pluma del jurista Pothier, pudiéndose afirmar que esta tesis ha sido la clásica en esta materia. Además de este autor, entre los más destacados jurisconsultos que la sostuvieron se encuentran Laurent y Planiol.

Para esta teoría la representación se basa necesariamente en una ficción legal, puesto que ha sido indispensable recurrir a la abstracción para fingir que los negocios jurídicos celebrados por el representante se realizan personalmente y con la propia voluntad de representado, no obstante que éste no ha tenido materialmente participación alguna en la celebración de tales actos. Sólo por ficción puede considerarse que no es el representante, sino el representado quien ejecuta el acto jurídico, motivo por el cual se le hace responsable de las consecuencias que se deriven de la conducta jurídica de aquél.

La teoría de la ficción ve en el representante un simple instrumento del representado, toda vez que jurídicamente el primero no participa de los actos que materialmente celebra, de lo que resulta que los efectos de éste afectan en forma ex-

clusiva a la persona o patrimonio del segundo.

Desde mi particular punto de vista, esta teoría ha sido la que mejor explica la naturaleza jurídica de la representación de menores e incapaces.

Por otra parte, estimo oportuno apuntar que las disposiciones relativas a esta figura contenidas en nuestro vigente ordenamiento civil han estado inspiradas, desde el primero de nuestros Códigos expedido en el año de 1870, en la teoría que nos ocupa.

TEORIA DEL NUNCIO.- Es al autor alemán Savigny a quien debemos la exposición de la teoría del nuncio.

Para Savigny, el representante no es otra cosa que un simple emisario o mensajero; un instrumento utilizado para -- transmitir la voluntad del representado a otro sujeto. Concibe al nuncio o representante como un portavoz a quien se ha encomendado como misión principal la de reproducir o exteriorizar una voluntad ajena, de tal suerte que los requisitos y efectos del negocio jurídico los hace derivar de la persona del representado, pues sin una concreta declaración de su voluntad, -- la del representante quedará privada de todo efecto.

Entre las principales objeciones que brillantes tratadistas han argumentado en contra de esta teoría, se encuentran la de que no explica la representación de los menores o personas sujetas a estado de interdicción, ya que en estos casos -- no existe ninguna voluntad de los representados, así como -- también de que no considera para las cuestiones de capacidad -- y de vicios del consentimiento, sino únicamente a la persona -- del representado.

TEORIA DE LA COOPERACION DE VOLUNTADES.- La tesis de la cooperación fue postulada por el tratadista Mitteis. Para este autor, la naturaleza jurídica de la representación se explica en la concurrencia de las voluntades del representante y del representado en la formación del negocio jurídico.

Debe decirse que según esta teoría, para que el acto realizado a través de la representación tenga eficacia plena, es necesario determinar la voluntad del representado contenida en las instrucciones o indicaciones expresas que hubiere dado al representante, así como la voluntad de éste en lo que respecta a las omisiones que sobre tales indicaciones aquél hubiere incurrido. De este modo, tratándose de la representación para menores e incapaces y del mandato general, únicamente debe tomarse en consideración la voluntad del representante.

La tesis de Mitteis ha sido combatida "porque produce complicaciones sin número y con ellas se llega a tantas distinciones y subdistinciones que no hace sino hacer obtuso el problema". (61)

TEORIA DE LA SUBSTITUCION REAL DE LA PERSONALIDAD DEL REPRESENTADO POR LA DEL REPRESENTANTE.- Entre sus más importantes defensores se encuentran Julian Bonnecase, Colin y Capitant, Georges Ripert y Ludwing Ennccerus. Esta teoría goza de gran aceptación en la actualidad y sostiene que "es la voluntad del representante, substituyéndose a la del representado, la que participa directa y realmente en la formación del contrato, que producirá sus efectos en el patrimonio del representado". (62)

Dicho en otras palabras, los sostenedores de esta tesis afirman que no obstante que el representante celebra el negocio en nombre de sus representado, efectiva y jurídicamente no participa la voluntad de éste en la ejecución de tal acto; es única y exclusivamente la voluntad del representante y no la del representado la que se manifiesta en la celebración del negocio.

A mi modo de ver, esta teoría concibe a la representación como la figura por la cual el Derecho realiza la prolongación -

61.- Véase a ORTIZ-URQUIDI, RAUL, Opus Cit. Pág. 263.

62.- Idem, Pág. 263.

de la persona en la celebración de actos jurídicos que otra lleva a cabo en su nombre, toda vez que se crean relaciones jurídicas en contra o en favor de una persona que materialmente no ha tenido ninguna participación. En mi concepto, esta teoría ha -- sido la que mejor explica la representación entre personas capaces.

### 3.- DIFERENTES FORMAS DE REPRESENTACION.

La doctrina tradicional ha distinguido dos especies de representación: la otorgada por la ley y la convencional o voluntaria. Sin embargo, siguiendo al maestro Ortiz-Urquidí, aceptamos que existe un tercer tipo de representación a la que se le puede denominar "oficiosa", en atención a sus peculiares -- características.

REPRESENTACION LEGAL.- Tiene lugar cuando una persona-capaz se encuentra facultada, por un precepto legal, para realizar actos jurídicos en nombre y por cuenta de otra. Desde -- luego, en virtud de que esta representación es impuesta por la ley, independientemente de la voluntad de las partes (representado y representante), los actos mediante esta forma celebrados se consideran plenamente válidos por el ordenamiento jurídico, de tal suerte que producen todos sus efectos afectando a la persona y patrimonio del representado.

La ley establece este tipo de representación, principalmente para efecto de suplir la falta de capacidad de ejercicio en que se encuentran algunas personas, a consecuencia de determinados preceptos de la propia ley, que tienden a proteger a -- los menores de edad o a los mayores incapacitados, los cuales requieren forzosamente la intervención de una persona capaz para hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones.

Como ejemplos de representantes legales pueden citarse a los que ejercen la patria potestad o la tutela, al síndico -- en las quiebras, a los jueces que en representación del Estado libran sentencias, etc.

REPRESENTACION OFICIOSA.- Este tipo de representación se encuentra contemplada en el Libro Cuarto, Título Primero de nuestro Ordenamiento Civil, en los artículos que van del 1896 al 1909, cuyas disposiciones reglamentan a la gestión de negocios, vista exclusivamente como una fuente de las obligaciones. Por las características propias que esta figura jurídica presenta, resulta equivocado confundirla con la representación legal y más aún con la representación voluntaria, en razón de que no toma su origen de una obligación impuesta por la ley ni en la voluntad de las partes.

Para que se verifique esta representación es preciso - que una persona capaz (gestor oficioso), sin tener ninguna -- obligación y sin estar facultada para ello, realice en nombre y en completo desconocimiento de otra, hechos o actos jurídicos tendientes a beneficiarla o a evitarle un daño debido a -- su ausencia o impedimento para ejecutarlos. A causa de la gestión se originan derechos y obligaciones recíprocas entre el - gestor y el dueño del negocio, siempre y cuando éste haya recibido un beneficio; en caso contrario, únicamente el primero de ellos quedará obligado para con el segundo.

Como lo señala el maestro Ortiz-Urquidí, el artículo-- 1896 se encuentra inspirado en el artículo 2416 de nuestro Código Civil de 1884, el cual definía a la gestión de negocios en los siguientes términos "Bajo el nombre de mandato oficioso o de gestión de negocios, se comprenden todos los actos que por oficiosidad y sin mandato expreso, sino sólo presunto, desempeña una persona a favor de otra que está ausente o impedida de atender a sus cosas propias". (63).

Resulta evidente que nuestro Código en vigor introduce en esta materia una modificación substancial, ya que rechaza - definitivamente que en la gestión de negocios pueda haber un - mandato oficioso o presunto.

La representación oficiosa, en principio, se encuentra sustentada en el ordenamiento jurídico que prohíbe el enriquecimiento sin causa, así como también en una idea de solidaridad social. Por consiguiente, la ley permite que cualquier persona capaz se inmiscuya en asuntos ajenos, siempre y cuando lo haga obrando conforme a los intereses del dueño del negocio.

La representación oficiosa en materia judicial se encuentra regulada en los artículos 49 al 52 de nuestro Código de Procedimientos Civiles.

REPRESENTACION VOLUNTARIA.- Se da esta representación mediante la suscripción del contrato de mandato, al cual nuestro Código Civil en su artículo 2546 define de la siguiente manera:

"El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga". Apoyándonos en esta definición, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la representación voluntaria siempre tiene su origen en el contrato de mandato.

En este acuerdo de voluntades, la persona que encomienda la realización en su nombre de un acto jurídico o de un número indeterminado de ellos toma el nombre de "representado", "mandante" o "poderdante"; por su parte, la persona que acepta la ejecución de la encomienda recibe el nombre de "representante", "mandatario" o "apoderado".

De acuerdo con las disposiciones que regulan a este contrato en nuestro Código Civil, se distinguen diversas especies de mandato: representativo, no representativo, general, especial y general amplísimo. Por lo que respecta a su forma, es un contrato formal en oposición a consensual, ya que aún el mandato de menor cuantía debe ratificarse por escrito, según lo prescriben los artículos 2552 y 2557 del Código Civil.

Mandato Representativo. En este tipo de contrato, también denominado por algunos juristas como mandato ostensible, el mandatario debe realizar el acto o actos jurídicos que se -

le hubieren encomendado, declarando y demostrando que obra a nombre y por cuenta del mandante, de tal suerte que los efectos jurídicos de los actos por aquél realizados no lo afectarán en su esfera jurídica o patrimonio; la relación o relaciones jurídicas se establecen únicamente entre el mandante y los terceros con quien el mandatario haya actuado.

Mandato No Representativo. En el mandato no representativo o también llamado del testafierro por algunos autores, el mandante encarga al mandatario la realización de actos jurídicos, pactando expresamente en el contrato que el segundo (mandatario) no hará figurar el nombre del primero (mandante) en los actos jurídicos encomendados, por así convenir a sus intereses, de esta manera, el mandatario al aceptar el poder quedará obligado a realizar el encargo obrando sólo por cuenta del mandante pero no en su nombre, toda vez que deberá actuar frente a los terceros como si el negocio fuera propio.

"El calificativo de "sin representación" a este mandato es un término ilustrativo, pues este mandato también produce los efectos de la representación entre mandante y mandatario, pero lo que significa con el calificativo es que no se sabe por el sujeto con el que contrata el mandatario, que lo hace a cuenta del mandante." (64)

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, refiriéndose al mandato no representativo comenta: "Este mandato origina lo que se conoce en Derecho como "simulación por interposición de persona"... , pero esta simulación no queda incluida entre las que se cometen en perjuicio de los acreedores para defraudarlos y en vista de la comisión de un hecho ilícito. Y yo en lo particular propongo que más que hablar de "simulación" se hable de reticencia". (65)

64.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. Opus Cit. Pág. 342

65.- Opus Cit. Pág. 343.

Mandato General. Conforme a lo preceptuado en los tres primeros párrafos del artículo 2554 del Código Civil para el Distrito Federal, el mandato general presenta tres subespecies: a) para pleitos y cobranzas; b) para actos de administración, y c) para actos de dominio.

Cualquier otro mandato que no encuadre dentro de estos párrafos tendrá el carácter de especial, según lo establece el precepto 2553 del invocado ordenamiento.

Pudiera definirse el mandato general, como aquel por virtud del cual el mandante faculta al mandatario para que realice todos los actos necesarios para atender el negocio que se le encomienda, siempre y cuando dichos actos se circunscriban a la categoría o subespecie del mandato general de que se trate.

El párrafo cuarto del citado artículo 2554 del Código Civil, estatuye que si se quiere limitar el objeto del mandato general, habrá que consignar las limitaciones; en caso de que no se consignen, el mandatario gozará de las más amplias facultades que comprenda el mandato general que se le hubiere otorgado. Sin embargo, es conveniente recordar que tratándose de leyes especiales que no sean el Código Civil, el mandatario general requerirá de una cláusula especial para ejercer determinadas facultades, como por ejemplo para desistirse del juicio de amparo (artículo 14 de la Ley de Amparo).

Como lo señala el maestro Francisco Lozano Noriega, -- para comprender con mayor claridad la diferencia entre el mandato general para actos de dominio, se hace necesario acudir a la teoría general de las obligaciones, en lo concerniente a los distintos patrimonios: a) De Derecho Común; b) De Explotación, y: c) De Liquidación. (66)

66.- Véase: LOZANO NORIEGA, FRANCISCO, Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos, Edit. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. 1970. Pág. 441.

El propio maestro Lozano Noriega comenta en su ya citada obra, que entre los mandatos generales existe una gradación o jerarquía, al afirmar: "Entre los mandatos generales encuentro una jerarquía; el código no lo dice. Sin embargo, yo entiendo que el mandato general para actos de dominio implica, necesariamente, el mandato general para actos de administración y el mandato general para pleitos y cobranzas. El mandato general para actos de administración incluye, también, el mandato general para pleitos y cobranzas. Porqué digo que involucra también el mandato general para actos de administración y al mandato general para pleitos y cobranzas. Por la sencilla razón de que el mandatario está facultado para realizar actos de disposición de cualquier tipo que sean, CONCEDIDO LO MAS, DEBE ENTENDERSE-CONCEDIDO LO MENOS." (67)

Mandato Especial.- A diferencia del mandato general, - el mandato especial es aquel que otorga el mandante para la realización de un acto jurídico o de una serie de ellos, con la finalidad de que el mandatario le atienda un asunto previamente determinado. Así pues, en el mandato especial las facultades de que goza el mandatario se encuentran restringidas, ya que sólo podrá realizar aquellos actos que expresamente le hayan sido autorizados por el mandante.

El mandato especial ya no abarca una categoría indeterminada de actos, y se agota o mejor dicho termina, con la ejecución por parte del mandatario del acto o actos que, perfectamente identificados, le fueron encomendados por el mandante.

Mandato General Amplísimo. Mediante esta especie del contrato en cuestión, el mandante, basado desde luego en la confianza ilimitada que le profesa al mandatario, autoriza a éste para realizar en forma genérica e indeterminada, toda clase de actos para pleitos y cobranzas, actos de administración y de dominio, en los términos del multicitado artículo 2554 del Código Civil.

#### 4.- CRITICA DE LA DOCTRINA MEXICANA SOBRE LA REPRESENTACION.

De manera introductiva a este tema, considero conveniente referirme, aunque sea en forma breve, a las críticas que han expresado dos de nuestros más destacados maestros de la Facultad de Derecho: Rafael Rojina Villegas y Ernesto Gutiérrez y -- González.

El primero de ellos, en su obra Compendio de Derecho Civil, correspondiente al tomo "Teoría General de las Obligaciones", hace un análisis acerca de las diversas teorías que se han elaborado para pretender justificar la naturaleza de la institución jurídica "representación". Como resultado de dicho estudio, el maestro llega a la conclusión de que ninguna teoría logra su cometido, puesto que no hay una de ellas que acredite los fundamentos por los cuales el representante puede obligar al representado, sino que todas esas teorías se concretan a tratar de explicar simplemente el fenómeno y como se suceden los hechos en la representación.

"En nuestro concepto, debe separarse radicalmente la representación voluntaria de la legal, no sólo en cuanto a la causa que las motiva, sino en cuanto al problema jurídico de su justificación, así como es evidente que la causa de la representación voluntaria es esencialmente distinta de la relativa a la representación legal, así también debe ser muy diversa la justificación que se proponga". (68)

Afirma el maestro Rojina Villegas que la justificación jurídica de la representación voluntaria no presenta ningún problema, toda vez que encuentra su sustentación en el principio de la autonomía de la voluntad del representado, quien en uso de su capacidad (de goce y de ejercicio), autoriza a otra persona para que en su nombre celebre actos jurídicos.

En cambio, en opinión del citado maestro, es en la representación legal en donde se presenta el problema para justificar esta institución, debido a los diversos factores que en ella intervienen, tales son:

a) Incapacidad de ejercicio, como es el caso de los menores, de los mayores sujetos a interdicción y los fallidos (concurados y quebrados); asimismo, ante la imposibilidad material de actuar jurídicamente (ausente) y la necesidad de unificar una representación sucesoria (herederos y legatarios).

b) Necesidad jurídica de que el incapacitado o imposibilitado para actuar haga valer sus derechos por conducto de otra persona ya que, de lo contrario, esto le ocasionaría la supresión de su capacidad de goce y consecuentemente de su personalidad.

c) Principio de autonomía legal por el cual el legislador, en base a los dos supuestos anteriores, impone al representado los efectos de los actos jurídicos que celebre su representante. (69)

La crítica expresada sobre esta figura jurídica por el maestro Ernesto Gutiérrez y González es en el sentido de emplear el vocablo de representación o mandato añadiéndole el título de "legal", en razón de que es jurídicamente imposible que pudiere existir un representante, apoderado o mandatario, como quiera que se le denomine, que fuese "ilegal"; la representación siempre se configura en los términos y condiciones impuestos por el ordenamiento jurídico. (70)

En síntesis, podemos afirmar que la doctrina mexicana es uniforme respecto a que los actos jurídicos pueden ser realizados por los representantes, salvo aquellos a los que la ley ha -

69.- Véase: COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. Tomo III. Edit. Porrúa 1974. Págs. 133 y 134

70.- Opus Cit. Pág. 335

conferido el carácter de estrictamente personales del interesado como son, por ejemplo, el de absolver posiciones cuando el articulante así lo exige, según lo establecido en el artículo 310 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; para otorgar testamento (art. 1295 del Código Civil); para ejercer derechos políticos; para que los cónyuges concurren a las juntas de avenencia en el juicio de divorcio a través de apoderados (art. 678 del Código de Procedimientos Civiles), etc.

De igual forma, la doctrina mexicana es uniforme en -- cuanto a que los actos objeto de la representación siempre deben ser jurídicos y no materiales, como lo acepta la doctrina alemana.

Es importante señalar también que los juristas mexicanos han diferenciado tres conceptos, que aunque guardan entre sí una relación muy estrecha, frecuentemente los utilizamos -- como sinónimos: poder, representación y mandato.

Por poder nuestra doctrina entiende la facultad que confiere una persona llamada representado, a otra llamada representante, para que ésta lleve a cabo a nombre y por cuenta del -- primero determinados actos jurídicos.

Esta facultad o poder puede derivarse de diversas fuentes: a) La ley, como sucede con el tutor y el titular de la patria potestad, quienes pueden realizar actos jurídicos en re--presentación del menor que representan; b) Resoluciones judiciales, como ocurre cuando el juzgador nombra a un representante - común de varias personas que en un litigio figuran como coactores o codemandadas, y ; c) Acuerdo de voluntades, como acontece en el contrato de mandato.

La representación es la acción de representar; toda re-presentación necesariamente presupone el otorgamiento de un po-der.

En tanto que el poder es la facultad para representar, - la representación ya constituye el ejercicio de esa facultad, o

sea, la representación es el acto por el cual una persona a -- quien se otorgó un poder obra a nombre y por cuenta de otra.

La representación puede configurarse por cualesquiera -- de las fuentes enunciadas para el poder, por lo que ésta puede ser de tres formas: legal, judicial y voluntaria.

El mandato, como ya lo hemos visto, "es un contrato -- por el que el mandatario se obliga a realizar por cuenta del man dante los actos jurídicos que éste le encarga" (art. 2546 Código Civil). (71)

Desde luego, atendiendo al propósito de este trabajo, -- la representación que más nos interesa es la representación legal.

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, tenemos -- como representantes legales a:

- 1.- Los que ejercen la patria potestad y los tutores -- (representación de los incapacitados).
- 2.- Los síndicos (representación de los sujetos a con -- curso o quiebra).
- 3.- Los albaceas (representación de los herederos).
- 4.- Los representantes de los ausentes (representación -- en el caso de ausencia).

Dentro de la representación legal, nuestra legislación -- civil prevee situaciones especiales que dan lugar a una repre -- sentación que pudiéramos calificar de provisional o interina, -- como acontece por ejemplo cuando el tutor encuentra que los in -- tereses de los incapaces sujetos a la misma tutela están en -- pugna, el juez al tener de ello conocimiento debe nombrar un -- tutor especial para la defensa de los intereses de los incapa -- citados. Otro caso en donde se presenta esta representación --

71.- Véase: SANCHEZ MEDAL, RAMON. De los Contratos Ci -- viles. Edit. Porrúa. 1978. Pág. 260 y 261.

porvisional se da cuando el juez nombra tutor para la representación del menor, por existir intereses encontrados entre éste y el titular de la patria potestad.

CAPITULO III

P A T R I A P O T E S T A D

1.- CONCEPTO

La patria potestad es una institución jurídica que en cuenta su origen en la filiación. Su finalidad primordial con siste en la protección de los menores no emancipados y de sus bienes, motivo por el cual el Derecho ha conferido su ejercicio en primer término a los progenitores, por considerar que son - éstos los que mejor pueden desempeñar esta delicada función.

En la actualidad, la patria potestad es una institución en donde se conjugan reglas de contenido moral y jurídico, íntimamente entrelazadas entre sí y por consecuencia inseparables, que facilitan la realización de los fines para los que fue - - creada. Esta institución aunque fortalece la unidad del grupo-familiar, no depende de la existencia del vínculo matrimonial, sino de la relación paterno filial (ya sea ésta consanguínea o civil), toda vez que se establece respecto de los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, e incluso respecto de los hijos adoptivos.

En el Derecho Romano primitivo la patria potestad sur- gía únicamente dentro de la familia legítima; no tomaba su - - origen del concepto de filiación, sino que exclusivamente seña- laba un poder de mando o autoridad suprema sobre la organiza- ción familiar. El pater familias o jefe del grupo familiar se hallaba investido de un conjunto de poderes y de derechos vita licios, que le otorgaban una autoridad absoluta sobre la mujer (manu), sobre los hijos (patria potestad) y sobre los esclavos (mancipium), a tal grado que poseía sobre ellos el derecho de - privarlos de la vida.

A través del tiempo las características que inicialmen- te presentó esta institución fueron suavisándose, hasta lle- gar en la actualidad a considerarse a la patria potestad como un conjunto de derechos y facultades que la ley otorga al pa--

dre y a la madre, excepcionalmente a otros ascendientes.

Diversas han sido las maneras en que destacados juristas han definido a la patria potestad. Bonnecase afirma que en sentido amplio este vocablo es "el conjunto de prerrogativas - y obligaciones legalmente reconocidas, en principio al padre - y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros respecto de los hijos menores considerados - tanto en sus personas como en sus patrimonios". (72)

En la definición de Bonnecase se hace figurar también a otros ascendientes distintos de los progenitores para que -- ejerzan la patria potestad y subsidiariamente a terceros. Anota este autor que en la actualidad esta institución no corresponde a la concepción antigua de "conjunto de prerrogativas en favor de los padres", sino que implica a cargo de éstos una obligación en el sentido verdadero del término, que se manifiesta en favor de los hijos.

Ambrosio Colín y Henri Capitant, definen a la patria potestad como "el conjunto de derechos que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos -- mientras éstos son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación, a que están obligados". (73)

El maestro Rafael de Pina sostiene que la patria potestad es "el conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria". (74)

72.- BONNECASE, JULIEN. Elementos de Derecho Civil, Edit. Cajica 1945. Vol. XIII. Pág. 431

73.- COLIN Y CAPITANT, Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo II Vol. I Pág. 19 Edit. Francesa. Madrid 1951

74.- DERECHO CIVIL MEXICANO. Tomo I. Pág. 373.

En las definiciones antes citadas podemos observar elementos comunes que sobresalen dándole el carácter de una institución especial en la cual concurren obligaciones y derechos; - que se ejercen sobre los hijos no emancipados y sus bienes, con el objeto principal de brindarles una adecuada protección y debida educación.

"El cuidado y protección de los menores, que corresponde desempeñar en manera original y por decirlo así natural, al padre y a la madre, atribuye un complejo de facultades y derechos a los progenitores para que en el ejercicio de esa autoridad, puedan cumplir esa función ético social que actualmente es la razón que funda la autoridad paterna.

En este sentido el concepto de patria potestad es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados. En esta manera, aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad".  
(75)

## 2.- FUNDAMENTO DE LA AUTORIDAD PATERNA

La fuente de la patria potestad radica en el hecho natural de la filiación. La ley ha conferido a los progenitores el ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de los deberes que lleva implícitos la patria potestad, al considerar que son ellos los idóneos para la protección, alimentación y educación de sus hijos menores no emancipados. Puede afirmarse que principalmente es en los padres donde están representados los intereses de sus hijos. "La patria potestad constituye así un campo en el que, la sociedad abandona sus derechos en las manos del padre y de la madre, considerados como jueces infalibles del interés del hijo en particular y de la familia en general".  
(76)

75.- GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Opus Cit. Pág. 656

76.- PLANIOL Y RIPERT. Tratado Práctico de Derecho Civil Frances. Tomo I. Pág. 313.

El artículo 414 de nuestro ordenamiento civil estatuye: "La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce: I. Por el padre y la madre; II. Por el abuelo y la abuela paternos; III. Por el abuelo y la abuela maternos".

Nuestro actual sistema jurídico otorga iguales prerrogativas y obligaciones tanto al hombre como a la mujer para el ejercicio de la patria potestad. Esta igualdad se encuentra sustentada en el principio de igualdad de derechos del marido y la mujer dentro del núcleo familiar. El Código Civil de 1884 otorgaba preferencia al padre en el ejercicio de la patria potestad, debido a que aquél tenía sobre la esposa un poder marital y por consiguiente también un poder paterno, mismo que ejercía en forma exclusiva.

Debido a que en la actualidad la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre, y considerando también el sentido gramatical del término "potestad" (idea de poder), algunos autores apuntan la conveniencia de sustituir dicha denominación para adecuarla con su verdadero significado. Dentro de las denominaciones que se han querido dar a esta parte del Derecho figuran "De la autoridad del padre y de la madre", "Poder parental", etc.

Nuestro ordenamiento civil no precisa en qué manera el padre y la madre deben ejercer el conjunto de derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad. Sin embargo, dada la semejante igualdad jurídica de que gozan, tanto en sus relaciones recíprocas como en la administración del hogar y con respecto a los hijos, debe entenderse que ambos deben ejercer la patria potestad de común acuerdo, mirando siempre a la protección de sus hijos menores, tanto en lo referente a su persona como en la administración de sus bienes.

En caso de desacuerdo entre los padres, es al juez de lo familiar a quien compete determinar las medidas convenientes para la adecuada protección del hijo.

La patria potestad no es ajena a la intervención del Estado. El conjunto de atribuciones que la ley confiere a los padres están en función del cumplimiento de un deber, que se hace consistir precisamente en la obtención de una finalidad determinada: la seguridad y educación de los hijos.

"La patria potestad no es renunciabile, puede perderse, de acuerdo con la fracción III del artículo 444 por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o por abandono de sus deberes en forma tal que se comprometa la seguridad, la salud o la moralidad de los hijos aún cuando no cayeren estos hechos bajo la sanción de la ley penal. Asimismo el artículo 447 del Código Civil establece en la fracción III que los jueces pueden imponer la suspensión del ejercicio de la patria potestad. De estos preceptos se desprende que en nuestro derecho, la patria potestad es una función que se ejerce por los padres en interés público, para hacer posible el cumplimiento de las finalidades superiores de la familia, en favor de los hijos". (77)

### 3.- NATURALEZA JURIDICA.

En nuestro sistema jurídico, la patria potestad se configura por un conjunto de facultades y deberes que la ley concede e impone a los padres y a falta de ellos a los ascendientes hasta el segundo grado en línea recta, con la finalidad de alimentar, proteger y educar convenientemente a sus descendientes menores no emancipados. A diferencia de lo que ocurre la mayoría de las veces en el campo jurídico, frente a este conjunto de derechos no se encuentra en contraposición un sujeto obligado, sino que dichos derechos se han conferido a los titulares de la patria potestad, con objeto de facilitarles el cumplimiento de las finalidades propias de esta institución. En este sentido, los mismos titulares de los derechos resultan ser

los responsables frente al Estado y la sociedad, de la observancia y cumplimiento de las obligaciones que conlleva la patria-potestad, para el logro de las finalidades que persigue.

"Es interesante observar, que la doctrina se refiere - siempre aquí a un derecho; pero no al derecho correspondiente al deber, esto es, a un derecho del hijo; sino por lo contrario, al derecho del mismo progenitor. De lo que resulta ante todo que la doctrina reconoce en el progenitor, aquella coincidencia de derecho y deber, que hemos visto es característica de las relaciones de Derecho Público. Y hemos visto, que la misma, se realiza por la preeminencia que en la relación tiene, frente a la voluntad, el momento de la finalidad; de manera que el imperativo jurídico, en lugar de plantearse en los términos "si quiere alcanzarse este fin deben observarse estas normas", se plantea en cambio en estos otros: "debe alcanzarse este fin, observando estas normas". (78)

En relación con este tema, el maestro Rafael Rojina Villegas apunta "...en las relaciones que originan la patria potestad y la tutela no se atribuyen iguales derechos al menor o al incapaz, frente a quienes ejercen la potestad ni a todos se imponen iguales deberes, sino que fundamentalmente las relaciones jurídicas se determinan de acuerdo con una jerarquía en la que los sujetos se encuentran en distintos planos, es decir, tenemos las relaciones de supraordinación y subordinación, respectivamente. Lo anterior no significa que quienes ejercen la patria potestad o tutela no tengan obligaciones frente a los menores o incapaces, pero los deberes que se les imponen son de naturaleza distinta a los que a su vez determina la ley respecto a los citados sujetos pasivos. Se trata en este caso de deberes que van indisolublemente ligados a las facultades y derechos que se reconocen en la patria potestad y tutela. Podemos decir que como estos derechos adquieren la categoría de funciones sociales, llevan en su propia estructura la doble naturaleza de ser derechos y deberes a la vez. Así es como se tiene --

por los padres el derecho y el deber de educar a sus hijos menores; de representarlos en juicio y en los actos jurídicos que celebren respecto a sus intereses". (79)

Los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, representan un poder directo del sujeto o sujetos autorizados por la ley para ejercerla, sobre la persona y patrimonio de sus descendientes; mientras éstos no se emancipen o adquieran la mayoría de edad.

A esta institución se le puede contemplar desde dos -- puntos de vista: a).- Interno, manifestado en un conjunto de deberes para la consecución de su objetivo fundamental, consistente en la protección de los hijos menores, y: b).- Externo, manifestado en un derecho subjetivo personalísimo que la ley otorga a su titular, para repeler cualquier ingerencia de terceros en relación con la familia.

Este derecho subjetivo personalísimo es de ejercicio obligatorio y por consiguiente no es susceptible de renuncia, en razón de que se otorga para cumplir una función social y en beneficio de los menores. El ejercicio de los derechos derivados de la patria potestad no depende de la voluntad de los padres o de los abuelos, en su caso, ya que imperativamente los ha impuesto la ley.

Dentro de su naturaleza jurídica especial, la patria potestad, si bien es cierto que corresponde a una institución de derecho privado, se ejerce en interés público. Debido a ello, el ordenamiento jurídico para proveer el cumplimiento de los deberes que esta institución implica, desconoce o ignora la voluntad de los ascendientes obligados a desempeñarla; sin embargo, gozan de cierta libertad - circunscrita por el Derecho - para determinar los mecanismos idóneos que les permitan llevar a cabo eficientemente esta función.

#### 4.- CARACTERES DE LA RELACION PATERNO-FILIAL

Las características de la relación paterno-filial, tomando en cuenta el origen de la patria potestad, juntamente con su finalidad y naturaleza jurídica, se pueden clasificar desde diversos puntos de vista. Considerando los más relevantes, podemos afirmar que los caracteres de esta relación son: I. Que es temporal; II. Que es irrenunciable; III. Que es intransferible por voluntad de quien ejerce la patria potestad; IV. Que es intransigible, y; V. Que es imprescriptible.

Por lo que toca a la primera peculiaridad de esta relación, no hay duda alguna de que ésta es temporal y no vitalicia, en razón de que, conforme a lo dispuesto en el artículo 443 de nuestro Código Civil, ésta subsiste únicamente mientras los -- incapaces no adquieran la mayoría de edad o se emancipen.

En cuanto a la segunda característica, de la lectura -- del artículo 448 del mismo ordenamiento jurídico, se desprende que la "patria potestad no es renunciabile". Sin embargo, este precepto señala dos casos excepcionales en que pueden excusarse las personas a quienes corresponde ejercerla: cuando tengan -- sesenta años cumplidos y/o cuando por su mal estado de salud -- no puedan atender su desempeño.

Diversas son las razones por las que, salvo las excepciones apuntadas, el legislador mexicano ha establecido la -- irrenunciabilidad de la patria potestad.

En primer lugar, estimo que esta determinación se encuentra soportada en la naturaleza jurídica de la institución, así como también en que su ejercicio es de interés público, -- dado que tanto el Estado como la sociedad se encuentran interesados en la protección y formación de los menores. Es por ello que la patria potestad se confiere no en calidad de privilegio a quienes deban ejercerla, sino en beneficio exclusivo de los incapaces.

El maestro Galindo Garfias escribe que el artículo 6o. del Código Civil permite la renuncia de derechos siempre que éstos sean privados y no afecten el interés público ni lesionen derechos de terceros. En el caso que nos ocupa la renuncia a la patria potestad y por consiguiente a los derechos y obligaciones inherentes a la misma, estaría perjudicando los derechos de los hijos sometidos a ella. (80)

Por lo que se refiere a la tercera característica, diremos que en principio la patria potestad es intransferible. Sin embargo, dicho principio encuentra una excepción en el artículo 403 del Código Civil, que dice así: "Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges".

La patria potestad, constituida por un conjunto de derechos personalísimos inherentes a la persona misma del progenitor, nunca podrá transferirse por voluntad de los particulares, sólo puede transmitirse como consecuencia de que un juez de lo familiar apruebe la adopción, lográndose con esto circunstancias más favorables para los intereses del menor.

Otra de las características de la patria potestad es que no puede ser objeto de transacción, debido a que todos los derechos y deberes que la configuran se encuentran fuera del comercio, no siendo susceptibles de valoración en dinero, salvo la obligación alimenticia; el derecho a heredar en la sucesión legítima y la facultad de renunciar al usufructo legal que, -- a quienes ejercen la patria potestad, otorga la ley respecto a determinados bienes de los menores.

Del artículo 2948 del Código Civil se desprende que no se puede transigir sobre la patria potestad, toda vez que el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones

que de ella derivan no se encuentran al arbitrio de los particulares, sino que imperativamente fueron implantados por la ley. Dice así el precepto en cita "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio".

Tratándose de derechos de contenido patrimonial, la ley permite la transacción en materia de alimentos, únicamente cuando éstos versen sobre cantidades ya causadas; así como también respecto a las cantidades correspondientes al usufructo legal a que tienen derecho los que ejercen la patria potestad, según lo estatuyen los artículos 2951 y 438 fracción III, respectivamente.

La última de las características se refiere a la imprescriptibilidad de la patria potestad. Los derechos y deberes derivados de la misma no se extinguen por el transcurso del tiempo, verbigracia, la obligación de dar alimentos y la acción que compete al hijo para reclamar su estado (Artículos 1160 y 347-Código Civil).

#### 5.- CONTENIDO

"La autoridad paterna se ejerce sobre la persona y los bienes del hijo. La atribución de esta función protectora de los hijos menores, descansa en la confianza que inspiran por razón natural, los ascendientes, para desempeñar esta función.

El derecho objetivo toma en cuenta consideraciones de orden natural, ético y social, para hacer de los padres las personas idóneas para cumplir esa misión". (81)

Dentro del contenido de la patria potestad, podemos señalar lo siguiente:

10.- Tiene un contenido de orden natural y en ocasiones

81.- GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Opus Cit. Pág. 663.

afectivo, derivado de la procreación o de la adopción, respectivamente.

2o.- Tiene también un contenido de carácter ético, derivado de la obligación que nuestro sistema jurídico impone a los hijos de honrar y respetar a sus padres. Dice así el artículo 411 del Código Civil: "Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y -- demás ascendientes".

Por lo que se refiere a la autoridad paterna, el contenido ético se hace consistir en el deber de los padres de formar convenientemente a sus hijos menores de edad, no únicamente desde el punto de vista físico, sino también en el aspecto moral e intelectual, de tal manera que éstos lleguen a ser hombres útiles a la sociedad.

Refiriéndonos nuevamente a los hijos, la ley les impone la obligación no nada más de respeto y obediencia hacia sus progenitores, sino además, la de atención, socorro y convivencia.- Esta última obligación a diferencia de las otras, se extingue al terminar la patria potestad; mientras esto no suceda, conforme a lo establecido en el artículo 421 de nuestro ordenamiento civil, el hijo no puede dejar la casa de sus ascendientes sin permiso de ellos o de la autoridad competente.

Entre los deberes primordiales de los ascendientes sobre sus descendientes sujetos a la patria potestad figuran el cuidado y guarda de los hijos; la dirección de su educación; el poder de corregirlos y castigarlos; el suministrarles alimentos; así como la representación legal de la persona del menor y la administración de sus bienes.

Dentro del contenido de la patria potestad existe un aspecto social, ya que los poderes conferidos al padre y a la madre constituyen "una potestad de interés público, en cuanto que realizando esa misión en interés del hijo, se cumple el interés de la colectividad representada por el Estado". (82)

## 6.- SUJETOS

En el conjunto de relaciones jurídicas que configuran esta institución, encontramos una situación de autoridad de -- los padres y una correlativa de subordinación de los hijos menores de edad. Como ya señalamos, el artículo 414 del Código Civil estatuye que la patria potestad sobre los hijos habidos en matrimonio se ejerce por el padre y la madre en primer lugar y, en caso de muerte, interdicción o ausencia de ambos, -- entrarán a ejercerla los abuelos paternos o maternos.

Es oportuno apuntar que respecto a la enumeración anterior no existe un orden de preferencia de los abuelos paternos sobre los maternos, ya que, conforme a lo prescrito por el -- artículo 418 del propio Código, será el juez de lo familiar el que determine quienes la ejercerán.

De lo antes expuesto se infiere, que en nuestro Derecho no existe la posibilidad de que, a falta de padres y abuelos paternos y maternos, ascendientes de tercero o ulterior grados y evidentemente de que terceras personas, sean las que ejerzan el conjunto de facultades y deberes relativos a la patria potestad. En este caso, los menores quedan sujetos a tutela.

Tratándose de los hijos nacidos fuera de matrimonio, si los dos progenitores han reconocido al hijo y viven juntos, -- ambos ejercerán la patria potestad. Si viven separados la ejercerán los dos, pero la custodia del hijo la tendrá el que primero lo hubiere reconocido y si ambos lo hicieren en el mismo acto, convendrán quien de los dos ejercerá la custodia. En caso de que no llegaren a un arreglo, el juez de lo familiar resolverá esta cuestión atendiendo a lo que creyere más conveniente para el hijo, oyendo previamente a los padres y al Ministerio Público (Art. 415 Código Civil).

Si los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separaren, continuarán ejerciendo ambos la --

patria potestad y designarán, de común acuerdo, quien ejercerá la custodia, si no hubiere acuerdo sobre este punto, el juez designará al progenitor que deberá tener la custodia de los -- hijos (art. 415).

Por último, tenemos el caso de los hijos adoptivos, sobre los cuales únicamente ejercerán la patria potestad la persona o personas que los hubieren adoptado (Artículo 419).

#### 7.- EFECTOS:

##### A).- SOBRE LA PERSONA DEL HIJO

No obstante que la patria potestad es en la actualidad una institución por virtud de la cual los progenitores ejercen una función protectora y formativa en beneficio de sus hijos, - nuestro sistema jurídico impone a estos una serie de obligaciones para con sus padres. La más importante de ellas y dentro - de la que se encuentran agrupadas todas las demás está prevista en el artículo 411 del Código Civil que dispone:

"Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y -- condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".

En efecto, la disposición antes transcrita tiene un -- contenido preferentemente ético, inspirada en el Decálogo cuyo -- mandamiento determina: "Honrarás a tu padre y a tu madre". Este deber de los hijos para con sus ascendientes no puede considerarse realmente como un efecto de la patria potestad, sino - de las relaciones paterno-filiales, ya que no se extingue con la emancipación o al alcanzar la mayoría de edad.

El contenido ético de este precepto se explica en razón de que carece de una fuerza coercitiva que permita a los - titulares del derecho exigir por la vía judicial su cumplimiento. Se trata de una norma moral reconocida y apoyada por el ordenamiento jurídico.

Desde luego, el deber de los hijos de honrar, respetar y obedecer a sus padres y demás ascendientes, se encuentra circunscrito a todos aquellos actos de carácter lícito, esto es, que no sean contrarios a disposiciones de orden público o a las buenas costumbres.

Otro de los efectos de esta institución sobre la persona del hijo, consiste en la obligación que éste tiene de vivir al lado de quienes ejercen la patria potestad, salvo que cuente con permiso de ellos o decreto de autoridad competente, pues de lo contrario se les imposibilitaría prácticamente a cumplir con los deberes que esta figura jurídica les impone, tales como los de vigilancia y corrección del hijo.

De igual forma, el hijo sujeto a la patria potestad se encuentra incapacitado para contraer obligaciones, así como para comparecer en juicio, sin el expreso consentimiento de los que la ejerzan o de la autorización judicial. Con esto, la ley pretende evitar al menor los daños que indudablemente le ocasionarían su nula o escasa experiencia en el tráfico jurídico.

### B).- SOBRE LOS BIENES DEL HIJO

La patria potestad no solamente produce efectos sobre la persona del menor, sino también sobre los bienes que a él pertenescan.

De los artículos 646 y 647 del Código Civil se desprende que el menor, en tanto no se emancipe, no puede disponer libremente de su persona ni de sus bienes, debido a su incapacidad de ejercicio.

En efecto, los titulares de la patria potestad son los legítimos representantes de los que están sujetos a ella, en toda clase de actos y contratos, en juicio y fuera de él; también son los administradores de los bienes del menor (Artículos 425 y 427 del Código Civil).

Sin embargo, debe tenerse presente que los bienes del hijo, mientras se encuentre sujeto a patria potestad, se dividen en dos clases: los que adquiere por su trabajo y los que adquiere por cualquiera otro título. La administración y el usufructo de los bienes de la primera categoría corresponden al hijo; en cambio, tratándose de los bienes de la segunda clasificación, la administración y la mitad del usufructo corresponde a las personas que ejercen la patria potestad (Artículo 430 del Código Civil). En este punto volvemos a encontrar la característica de obligación-derecho de esta institución, porque si bien la ley impone a los padres la obligación de administrar bienes, les otorga en cambio la mitad del usufructo de los mismos, indudablemente a manera de remuneración por los trabajos que la administración implica.

Si el hijo adquiere bienes por herencia, legado o donación, podrá excluirse a las personas que ejercen la patria potestad del usufructo de esos bienes si así lo determina el testador o donante.

El usufructo legal de los que ejercen la patria potestad se encuentra sujeto a las disposiciones que establece el Código Civil, en la parte relativa a las obligaciones del usufructuario con excepción de la obligación de dar fiador, fuera de los casos que establece el artículo 434 del Código Civil y que son: I.- Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra o estén concursados; II.- Cuando contraigan ulteriores nupcias, y III.- Cuando su administración sea notoriamente ruinoso para los hijos.

Por lo que concierne a la administración de los bienes del menor, cabe recordar la distinción entre actos de dominio, apuntada en el Capítulo Segundo de este trabajo.

La finalidad primordial que persigue la administración, en materia de patria potestad, reside esencialmente en la conservación de los bienes inmuebles y los muebles preciosos del

hijo, los cuales no se pueden enajenar ni gravar sin la autorización del juez de lo familiar, el que, podrá otorgar a los -- padres dicha autorización, siempre que acrediten la absoluta-necesidad o evidente beneficio para el menor.

Otras de las limitaciones contempladas en el artículo-436, con respecto a las facultades de los ascendientes sobre - los bienes de sus menores hijos son: Que no pueden celebrar -- contratos de arrendamiento por más de 5 años, ni recibir renta anticipada por más de 2 ; están impedidos para vender valores-comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor del que se cotece en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o renun-cia de los derechos de éstos, ni pueden dar fianza en represen-tación de los hijos.

En el artículo 437 nuestro ordenamiento civil señala - que el juez, que hubiere concedido una licencia para enajenar-un inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, debe-adoptar las medidas necesarias a efecto de que el producto de la - venta se destine al objeto previsto y el remanente se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

Los padres pueden renunciar a su derecho de percibir - la mitad del usufructo legal de los bienes pertenecientes al - hijo, siempre que la renuncia la formulen por escrito o de cual-quier otro modo que no deje lugar a duda; la renuncia que se - hace en favor del hijo se considera como donación.

El artículo 438 consagra los casos de extinción del de-recho de usufructo concedido a las personas que ejercen la pa-tria potestad. Estos casos son: I.- Por la emancipación deriva-da del matrimonio o la mayor edad de los hijos; II.- Por la -- pérdida de la patria potestad y III.- Por renuncia.

Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación - de dar cuenta de la administración de los bienes del hijo, siendo responsables civilmente de los daños y perjuicios que causen a aquél, por la mala administración que hubieren realizado.

C).- CON RELACION A QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD.

En relación con este punto, es conveniente recordar el carácter especial de la patria potestad que, si bien es cierto impone una serie de deberes a los ascendientes que la ejercen, - al mismo tiempo les otorga una serie de facultades, a fin de - que puedan cumplir con la gran responsabilidad que la ley ha - depositado en ellos, consistente en llevar a cabo la adecuada - protección y formación integral de sus menores hijos.

Los efectos jurídicos que produce esta institución, -- respecto de las personas que la ejercen y tendientes desde luego al mejor logro de los fines que persigue, son las siguientes:

- a) Tienen la obligación de suministrar alimentos a sus descendientes (Artículo 303);
- b) Deberán educarlos convenientemente (Artículo 422);
- c) De fungir como sus legítimos representantes y administradores de los bienes que les pertenezcan (Artículo 425);
- d) De corregir y castigar a sus hijos mesuradamente;
- e) El domicilio de los menores (no emancipados) sujetos a la patria potestad es el de las personas a cuya patria potestad están sometidos (Artículo 32 fracción I);
- f) Los ascendientes tendrán - la guarda de sus hijos menores no emancipados (Artículo 421);
- g) Tendrán también la facultad de otorgar o no su autorización para que el menor contraiga matrimonio (Artículo 149) y, finalmente,
- h) Tendrán el derecho de otorgar su autorización en la adopción (Artículo 397 fracción I).

La obligación alimenticia que deben cumplir los padres en favor de sus hijos no es específica de la patria potestad, - sino que su fuente radica en el parentesco. En efecto, debido a que la obligación de suministrar alimentos tiene su origen - en el parentesco, subsiste aún después de extinguirse la pa-

tria potestad, cualesquiera que sea la edad del hijo, quién a su vez tiene también la obligación de ministrarlos a sus padres, según lo prescriben los artículos 303 y 304 del Código.

La obligación de dar alimentos, conforme al artículo - 311 del propio ordenamiento, deber ser determinada de acuerdo con las posibilidades del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos.

Los padres deben de cumplir con esta obligación manteniendo al hijo en el seno del hogar, mientras que éste no se emancipe o alcance la mayoría de edad.

A los que ejercen la patria potestad corresponde suplir la incapacidad de sus menores, representándolos en toda clase de actos y contratos, toda vez que la ley les ha encargado velar por su bienestar, seguridad y por la protección de sus bienes.

El menor de edad no emancipado, dada su incapacidad de ejercicio, no puede contraer obligación alguna o comparecer en juicio, sin la expresa autorización de los ascendientes a cuya patria potestad se encuentre sometido. Los titulares de esta función, por disposición de la ley, ostentan el carácter de representantes legales de los menores y de administradores de sus bienes.

Otro de los efectos de mayor importancia, es la obligación a cargo de las personas que tienen al menor bajo su patria potestad de educarlo convenientemente. Esto implica la responsabilidad de los padres de hacer que sus hijos menores concurren a las escuelas constituidas o reconocidas por el Estado, a efecto de que reciban instrucción académica al cursar la educación primaria como mínimo; de vigilar que sus hijos frecuentem lecturas apropiadas para su correcta formación moral e intelectual; de brindar, con su conducta, buen ejemplo; así como responder del comportamiento de ellos frente a la sociedad.

Como complemento del deber-derecho de educar a los hijos se encuentra la facultad de los padres de corregirlos y castigarlos, mesuradamente, en los casos que su conducta así lo amerite.

Distinguidos autores han afirmado que para cumplir el deber de educación debe necesariamente otorgarse el derecho de corrección, en razón de que, en caso contrario, se dificultaría a los padres al grado de casi imposibilitárseles para cumplir el deber de educar e instruir a sus hijos.

En los pueblos antiguos, principalmente en el romano y germánico, el derecho de corrección fue establecido reconociendo a los padres la facultad de castigar a sus hijos en forma despótica, puesto que para ello el orden jurídico no fijaba ninguna limitación.

En la actualidad, considerando las orientaciones de la pedagogía moderna, se estima que más que el castigo, el amor y el buen ejemplo son el medio eficaz para la corrección y sana formación de los hijos.

Nuestro Código Civil, en su artículo 423, establece: "... los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente".

Por tener las personas titulares de la patria potestad la dirección, vigilancia y corrección de los menores a ella sujetos, nuestro sistema jurídico las responsabiliza de los daños y perjuicios que éstos llegaren a ocasionar debido a una falta de cuidado o vigilancia, aun cuando el hecho dañoso ocurra fuera de su presencia (artículo 1919 y 1922 del Código Civil).

## 8.- SUSPENSION Y EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD

Nuestra legislación civil prevé los casos en los que se suspende, se pierde ó se extingue la autoridad paterna; por lo tanto, cabe advertir los elementos distintivos de estas diversas causas por las que desaparece, ya sea temporal o definitivamente, la facultad de los padres de educar y dirigir a sus hijos, ya se trate de causas meramente pasajeras y subsana**bles** o de causas radicales y definitivas.

Así vemos, que la patria potestad puede suspenderse -- cuando quién la ejerce sufre alguna incapacidad que lo imposibilita para continuar desempeñándola, por encontrarse ausente o por resolución judicial que imponga esa pena; se pierde cuando el titular incurre culposamente en el incumplimiento de sus deberes y se extingue o acaba cuando se realizan determinados acontecimientos señalados por la ley, como son la muerte del titular, sin que haya otra persona en quien recaiga, y cuando la ley considera que el menor ha adquirido el suficiente discernimiento para dirigirse por sí solo y para administrar sus bienes. A continuación trataremos de exponer más ampliamente cada uno de estos términos.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 447 de nuestro Código Civil, la patria potestad se suspende por tres supuestos que son: I. Por incapacidad declarada judicialmente; - II.- Por la ausencia declarada en forma, y; III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Desde luego, la incapacidad a que se refiere el primer punto de este precepto es la que sufren los mayores de edad -- privados de inteligencia, ya sea por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos; la que tienen los sordomudos que no saben leer ni escribir; los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes. Saltan a la vista los motivos que tuvo el -

legislador para establecer dichos supuestos como causas para la suspensión de la patria potestad ya que, estando los sujetos que deben ejercerla, incapacitados para manejar sus propios intereses, con mayor razón lo están para desempeñar tan delicada e importante función, manejando intereses ajenos.

Para que opere la suspensión por cualesquiera de estas causas es necesario que medie una resolución judicial, en la que se declare la incapacidad de quien ejerce la patria potestad.

Por lo que concierne al segundo punto cabe señalar que, siendo un cargo personalísimo, la patria potestad no puede ser ejercida por medio de un representante. Por consiguiente, si el titular de la autoridad paterna se encuentra ausente, ignorándose si vive o ha muerto, procede la suspensión de la patria potestad con la correspondiente declaración de ausencia.

En relación con el tercero y último punto, la patria potestad se suspende cuando la persona o personas que la ejerzan cometan con sus hijos determinados actos que, sin ser delectivos, revelen en ellos cierta perversidad, o bien cuando no cumplan debidamente con las obligaciones que ese cargo les impone.

En el artículo 444 se establecen los casos de pérdida de la patria potestad. Estos son: I. Cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283; III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos-tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción de la ley penal, y; IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

A nuestro juicio, el primer supuesto señalado por este artículo no requiere comentario alguno, toda vez que se refie--

re a los casos expresos en los que se condena a dicha pérdida; mencionándose en la sentencia respectiva los motivos de la misma. Al ser condenado el padre dos o más veces por delitos graves, se hace indispensable privarlo del ejercicio de la patria potestad; incluso consideramos que hasta de cambiar al hijo a un lugar en donde no pueda percibir el mal ejemplo de su padre, ya que indudablemente el delito o delitos por éste cometidos - pueden afectar su sana formación.

En relación con el segundo punto, si las causas de divorcio fueren el adulterio; el hecho de que la mujer dé a luz a un hijo concebido antes de celebrado el matrimonio y que sea declarado judicialmente ilegítimo; la propuesta del marido para prostituir a su mujer; la incitación a la violencia hecho por un cónyuge para cometer algún delito; los actos inmorales con el fin de corromper a los hijos y la tolerancia en su corrupción; el abandono injustificado del domicilio conyugal; el hecho de cometer un delito infamante, castigado con una pena superior a dos años de prisión y el tener los hábitos de juego, embriaguez o drogadicción, si éstas amenazan con causar la ruina de la familia; el cónyuge culpable perderá la patria potestad. Si ambos fueren culpables ésta recaerá en el ascendiente que corresponda o se nombrará un tutor.

En los casos en que la causa fuere el abandono del hogar con causa justificada; la declaración de ausencia; la sevicia o amenazas; la negativa de un cónyuge de cumplir con sus obligaciones; la acusación calumniosa o la comisión de un acto que sería considerado como delito si se tratara de persona distinta, los hijos deben quedar bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a su muerte la recobrará el otro cónyuge. Si los dos fuesen culpables se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrandola el otro al acaecer aquella.

En los casos de enfermedad, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservará los-

demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, es decir, aquí no se pierde la patria potestad, se pierde la guarda que, como ya mencionamos, forma parte de ella.

Por lo que respecta al tercer supuesto señalado en el invocado artículo, nuestros tribunales de lo familiar están legalmente facultados para privar del ejercicio de la patria potestad o de modificar éste, a todas aquellas personas que efectúen con los menores actos de excesiva dureza, falta de atención, malos tratos y en general todos aquellos que pongan en peligro la seguridad, la salud o la moralidad de los hijos ya que, aun cuando no constituyen delitos propiamente dichos importan, en contra de quien los ejecuta, la indignidad del poder paterno, faltando en esta forma a los propios fines de la institución de que se trata.

En cuanto al cuarto y último punto del precepto, estimamos que no merece la pena el menor comentario, en razón de que son evidentes los motivos que tuvo el juzgador al incluir ese supuesto como pérdida de la patria potestad.

Por otra parte, es oportuno advertir que conforme a lo que determinan los artículos 445 y 446 del Código Civil, la madre o la abuela que contrae segundas nupcias no pierde por esto la patria potestad, pero el nuevo marido no tendrá derecho a ejercerla sobre los hijos del matrimonio anterior.

Por último, nos toca tratar lo relativo a la extinción de la patria potestad. Según lo previsto en el artículo 443 del mismo ordenamiento, las causas que dan lugar a ella son: I. La muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; II.- La emancipación derivada del matrimonio y aunque éste se disuelva, el cónyuge emancipado no recae en la patria potestad (Artículo 641 del Código Civil); III.- La mayoría de edad del hijo.

CAPITULO IV

EMANCIPACION

1. ANTECEDENTES HISTORICOS

A) ROMA

Con el propósito de comprender mejor la figura jurídica de la emancipación, considero necesario exponer, en forma breve, la estructura de la antigua familia romana.

A diferencia de otras destacadas sociedades primitivas en donde es efectivamente probable la existencia de un sistema matriarcal dentro del seno familiar, la constitución de la familia romana se caracterizó por su sistema estrictamente patriarcal. Debido a esta forma de organización, la estabilidad del hogar giraba exclusivamente alrededor del padre y por este motivo el parentesco sólo podía determinarse por línea paterna, llamado parentesco agnaticio.

"El paterfamilias y las personas colocadas bajo su autoridad paterna, o su manus, están unidos entre ellos por el parentesco civil llamado agnatio.

Esta ligadura subsiste a la muerte del jefe, lo mismo entre sus hijos que hechos sui juris, después de la muerte del padre, son jefes a su vez de nuevas familias, o domus, que entre los miembros de las cuales están formadas. Todas estas personas se consideran como pertenecientes a una misma familia civil..." (83).

La familia agnática comprende a todos los descendientes de un jefe de familia, ya sean estos habidos en matrimonio o introducidos a la familia por adopción, incluyendo a la madre, -

83.- PETIT, EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano, Pág. 96, traducción de D. José Fernández González. Editora Nacional, 1980.

siempre y cuando ésta se hubiere casado cum manu.

El parentesco agnaticio sólo se transmite por medio de los varones; a los descendientes de la hija casada cum manu no se les considera miembros de la familia de la mujer, por encontrarse bajo la autoridad del marido. En caso de que los hijos fueran emancipados por el jefe de la familia o entregados en adopción dejaban de ser agnados.

En los primeros siglos de Roma prevaleció en su Derecho Civil el parentesco agnaticio, el cual concedía importantes prerrogativas a los agnados, principalmente en derechos de tutela, de curatela y sucesorios. Al cabo del tiempo la legislación de este pueblo fue modificándose paulatinamente a favor de los parientes naturales o cognados. Este tipo de parentesco se establecía tanto en la línea paterna como en la materna, entre las personas descendientes unas de otras (línea directa) o descendientes de un mismo tronco común (línea colateral). No fue sino hasta con Justiniano cuando se suprimieron definitivamente los privilegios del parentesco agnaticio; en lo sucesivo fue el parentesco natural o cognado, el que determinó los derechos de familia.

La familia en el primitivo Derecho Romano se presentaba unida no por lazos de sangre, sino por un parentesco civil llamado "Agnatio", que constituía un vínculo de poder. Las personas que integraban la familia se hallaban sometidas al poder o soberanía de un jefe doméstico denominado paterfamilias.

"La familia se constituyó como un cuerpo independiente, antes de la ciudad, y fue la base de la estructuración político-social primitiva del pueblo romano. La ciudad de Roma, se consideró una confederación de gens, y cada gens como una confederación de domus. La familia o domus, en su constitución de monarquía doméstica, era indivisible como la religión del hogar. De generación en generación no había más que un jefe de familia: el paterfamilias que ejerce la autoridad del pater que --

significa poder.

Originalmente era el grupo de personas y cosas sobre las cuales un paterfamilias, ejercía el poder doméstico, como único jefe. En otro sentido, familia, es el conjunto de personas ligadas por el parentesco civil o agnaticio. Desde sus comienzos, en el derecho romano se encuentra un sistema patriarcal y solamente cuenta el parentesco por línea paterna. La soberanía en la domus es del padre o abuelo paterno" ( 84)

Las personas consideradas dentro de la familia se dividían en dos clases que eran: alieni juris y sui juris.

Eran alieni juris las personas sometidas a la autoridad de otro; en cambio, se llamaba sui juris a personas libres de toda autoridad. El sui juris es el jefe de familia o paterfamilias que podía ejercer, sobre los alieni juris, según fuera el caso, estos cuatro poderes: a) Autoridad sobre el esclavo: b) La patria potestas o autoridad paternal; c) La manus que era la autoridad del marido sobre su mujer y sus nueras cuando - - contrajeran matrimonio "cum manu", y d) El mancipium, que era la autoridad especial de un hombre libre sobre una persona libre. Las personas sui juris ostentaban el derecho de tener un patrimonio.

"El Centro de toda domus romana es el paterfamilias, - quien es dueño de los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes y titular de los iura patronatus sobre los libertos. Tiene la patria potestad sobre los hijos y nietos, y muchas veces, como veremos, posee mediante la manus un vasto poder -- sobre la propia esposa y las nueras casadas cum manu. Además, - es el juez dentro de la domus, y el sacerdote de la religión - del hogar. Como una especie de "monarca doméstico" puede imponer, inclusive la pena de muerte a sus súbditos, ejerciendo el

84.- FONDO HISTORICO, POLITICO Y SOCIAL DEL DERECHO ROMANO. Apuntes taquigráficos y de grabaciones en las clases impartidas por el Profesor M. Jiménez Parra. 1979.

terrible ius vitae necisque. Sin embargo, para medidas tan - - drásticas, el paterfamilias estaba bajo cierta vigilancia moral, por parte, primero, de la organización gentilicia; y luego, del censor. (85)

La organización familiar en Roma, estaba fincada en beneficio del paterfamilias, cuya autoridad no se extinguía al - cumplir el hijo la mayoría de edad, ni con motivo del matrimonio, excepción hecha de la hija, ya que ésta, al contraer matrimonio cum manu, pasaba a la potestad de su marido o al de la - persona que sobre él ejerciera la patria potestad.

Las personas sometidas al paterfamilias no podían ejercer la propiedad sobre ninguna clase de bienes; todas sus adquisiciones incrementaban al patrimonio de éste. Sin embargo, - con la creación de los peculios, el paterfamilias otorgaba a - su hijo o a su esclavo un conjunto de bienes o dinero para que con su trabajo los incrementara.

Con el surgimiento de los peculios el alieni iuris adquirió cierta capacidad para celebrar actos jurídicos de contenido patrimonial, ya que podía realizar operaciones con terceros a nombre del paterfamilias y hacer adquisiciones para él, - teniendo como base el peculio.

"El antiguo paterfamilias, en resumen, es la única persona que en la antigua Roma tiene plena capacidad de goce y -- ejercicio, y una plena capacidad procesal, en los aspectos activo y pasivo. Todos los demás miembros de la domus dependen de él y participan de la vida jurídica de Roma a través de él.

Los esclavos, los hijos o la esposa o nuera in manu, - adquieren sólo para el patrimonio del paterfamilias, en caso - de obtener algún beneficio por su trabajo, por donaciones, etc. Como consecuencia lógica de lo anterior, los delitos cometidos por quienes se encuentren bajo la autoridad de un paterfamilias - es decir, por los alieni iuris y los esclavos-crean, -

85.- MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. El Derecho Privado Romano. Edit. Esfinge, S.A. 1979. Pág. 196.

por parte de éste, el deber de indemnizar a la víctima o a su familia, deber al que pueden sustraerse mediante el abandono moral. En otras palabras, sólo el paterfamilias es realmente una persona. Los miembros de su domus reciben de él una capacidad-jurídica de segundo orden, reflejada, como la luz de la luna - es sólo reflejo de la solar." (86)

Con el paso del tiempo y gracias a los peculios que -- les fueron confiados y a la creciente frecuencia de la emancipación, el hijo filiusfamilias poco a poco fue logrando tener cierta independencia respecto del paterfamilias en cuanto a de rechos patrimoniales.

Originalmente el jefe de familia no podía por voluntad propia romper la potestad paterna y, por consiguiente, convertir a su hijo en un sui juris, ya que el Derecho en tal sentido no contempla la más remota posibilidad. Fue hasta la ley - de las XII Tablas en donde se reglamenta por primera vez la -- ruptura de la autoridad paterna, la cual se lograba cuando el - padre emancipaba a su hijo por tercera ocasión.

"La emancipación es el acto por el cual el jefe de familia hace salir al hijo de su potestad haciéndole sui juris"- (87)

En la antigua Roma, la emancipación era considerada -- como una facultad del paterfamilias para castigar a sus hijos- por su mala conducta. Estos, al ser emancipados, perdían los-- derechos sucesorios y la representación de su padre.

Más tarde se consideró a la emancipación como un privi legio para el hijo, toda vez que acababa con la autoridad paterna y le confería la capacidad para participar en la vida jurídica y administrar libremente sus bienes.

86.- MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. Opus Cit. Pág. 197.  
87.- PETIT, EUGENE. Opus Cit. Pág. 120

El padre que deseaba que el hijo dejase de estar bajo su autoridad le mancipaba a un tercero de buena voluntad (coemptionator), mismo que por un pacto de fiducia se obligaba a manumitirle en seguida. Después de una tercera mancipación quedaba destruída la autoridad paterna y por consiguiente el hijo manumitido obtenía la calidad de sui juris.

"Tratándose de una hija o de un descendiente más lejano, bastaba con una sola mancipación seguida de manumisión. Este procedimiento tenía un inconveniente, que era el de hacer pasar al tercero, con relación al emancipado, el papel de patrono, confiriéndole en detrimento del padre los derechos de tutela y de herencia que le estaban unidos.

Cuando quería remediarse esto, el tercero se comprometía por un pacto de fiducia a volver a mancipar al hijo a su padre después de la tercera mancipación. Entonces, estando el hijo in mancipo era cuando el padre le manumitía, reservándose el papel de patrono. Este acto tomaba el nombre de mancipatio, a causa de las mancipaciones, que servían para realizarlo."(88)

La emancipación traía para el emancipado consecuencias muy graves puesto que, al ser excluído de su familia civil, le era impuesta una capitis diminutio, perdiendo en consecuencia sus cualidades de agnado y gentilís, y debido a ello, sus derechos sucesorios. El emancipado quedaba unido a su antigua familia por la cognación (parentesco en línea directa o colateral que se establecía sin distinción de sexo).

La condición del emancipado durante el inicio del Imperio mejoró bastante debido a dos circunstancias: a) La gentilidad cayó en desuso, terminando el prestigio de las antiguas familias patricias así como su poder político, y; b) La exclusión de la familia civil no tenía ya el mismo carácter de decadencia.

Los pretores otorgaron iguales derechos hereditarios - para los hijos emancipados que para los sujetos a la autoridad paterna. A partir de esta época la emancipación pudo considerarse como un 'beneficio', ya que el menor de edad, convertido en sui juris, podía tener un patrimonio e incrementarlo con su trabajo y participar en la sucesión.

"La mancipation era ya conocida antes de la ley de las XII Tablas. Se realiza per aes et libram, por medio de cobre - y de la balanza. Es una venta ficticia, imaginaria venditio. Se hace de la manera siguiente:

El enajenante y el adquirente se reúnen delante de cinco testigos y un libripens oportabalanza. Todos deberán ser púberos y disfrutar del commercium. Es necesario también que la cosa de la cual se trata de transferir la propiedad esté presente, a menos que fuese un inmueble, en cuyo caso esta condición, que era incómoda e imposible de cumplir, no era exigida. El adquirente, entonces, coge con la mano la cosa objeto de la mancipación y declara ser su propietario según el Derecho Civil, por haberla comprado con ayuda del cobre y de la balanza. Finalmente, golpeaba en la balanza con una pieza pequeña de --cobre, que entrega al enajenante, para simular el precio, consumándose de esta manera la transferencia de la propiedad. La ley de las XII Tablas confirma expresamente las cláusulas formuladas en la declaración o nuncupatio del adquirente. En caso necesario, esta traslación puede ser probada por los testigos - que asistieron al acto". (89)

B) MEXICO.

a) Derecho Prehispánico.

Nos interesa conocer, aunque sea someramente, la estructura y organización de la familia precortesiana del pueblo azteca, con la finalidad de analizar en ella la patria potestad y apreciar la naturaleza, contenido y alcance de la misma. Del breve esbozo que haremos de esta institución, nos percataremos de las semejanzas que tenía con la patria potestad romana.

Antes de iniciar el estudio del derecho familiar imperante en el pueblo azteca, estimo conveniente transcribir algunos comentarios que a manera de introducción, sobre el derecho azteca en general, hace el maestro Guillermo Floris Margadant-S.: "tratándose de culturas neolíticas, en vía de transformar la escritura pictográfica en fonética, y caracterizadas por -- gobernantes arbitrarios, cuyo poder a menudo tomaba el lugar - del derecho, no es sorprendente que no encontremos en el derecho azteca códigos al estilo del de Hammurabi. Sin embargo, en vísperas de la conquista parece haberse presentado un modesto movimiento codificador, quizás más bien para el uso de los jueces que para la orientación del público en general, al que suele ligarse el nombre del rey-poeta de texcoco, Netzahualcōyotl. De las aproximadamente ochenta leyes que se le atribuyen, treinta y dos han llegado hasta nosotros en forma más o menos -- fehaciente. Por lo demás, el derecho se manifiesta en costumbres, a menudo íntimamente ligadas a la religión, tan conocidas de todos que no había necesidad de ponerlas por escrito. Sin embargo, la inclinación habitual de la gran masa indígena ante el poder de los miembros de la élite (el rey, los nobles, y en menor medida los sacerdotes y comerciantes) creaba gran incertidumbre para la posición jurídica de los humildes". (90)

90.- INTRODUCCION A LA HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO.-  
Edit. Esfinge.- Segunda Edición.- México 1976.  
Pág. 16.

Por su parte y también en lo concerniente al sistema jurídico de los aztecas, el maestro Lucio Mendieta y Nuñez apunta: "Los reyes y los jueces eran los legisladores; unos y otros, al castigar algún delito o al fallar en algún negocio, sentaban una especie de jurisprudencia, pues el castigo en materia penal se tenía como un ejemplo que era repetido más tarde en idénticas circunstancias y el fallo en cuestiones civiles, como una ley - que se observaba fielmente en posteriores ocasiones. Las principales disposiciones penales y las más importantes reglas que -- normaban los actos de la vida civil y pública, estaban escritas en jeroglíficos; algunos de ellos se han conservado hasta nuestros días. Estos jeroglíficos no tenían más fuerza que la de la costumbre, servían para conservar la tradición jurídica; pero - eran exclusivamente para el conocimiento de los jueces y no para hacer del dominio público las disposiciones legislativas. El derecho, entre los antiguos mexicanos era, por tanto, consuetudinario". (91)

"La escasez de códigos precortesianos se debe, inter alia, al hecho de que el clero (inclusive el culto humanista - Juan de Zumárraga) hizo quemar muchos documentos "paganos" . - (92)

Al tratar de adentrarnos a nuestro tema, es preciso señalar que, según investigaciones realizadas hasta la presente fecha, en esta época no se conoció ni reglamentó la institución de la emancipación; ésta fue conocida en nuestro país hasta la época colonial. No obstante esta circunstancia, es conveniente hacer referencia a las instituciones que de alguna forma tuvieron relación con el tema materia de esta tesis.

Así pues, es necesario hacer mención de la organización de la familia y de la patria potestad entre los aztecas.

91.- EL DERECHO PRECOLONIAL. Tercera Edición. Edit. Porrúa, 1976. Págs. 83 y 84.

92.- MARGADANT S., GUILLERMO F. Opus Cit. Pág. 16.

La familia descansaba en el matrimonio; era patriarcal, sin embargo, siempre se advertía la influencia de la madre, sobre todo en materia de educación. Se permitía la poligamia, - principalmente entre los reyes y nobles, aunque es de advertir se que la primera esposa gozaba de ciertos privilegios que - - también se manifestaban a favor de los hijos de ésta, sobre todo en la repartición de bienes a la muerte del padre.

La edad para contraer matrimonio era de veinte a veintidos años para el hombre y para la mujer de los quince a los -- dieciocho.

Si bien es cierto que la celebración del matrimonio no era un acto netamente religioso, debía cubrir determinados formalismos para su validez. "No estaba encomendada, propiamente, la ceremonia del matrimonio ni a representantes del poder público ni a los sacerdotes o ministros del culto; el matrimonio se llevaba a cabo mediante una serie de actos, seguramente de origen religioso, en los que intervenían únicamente los parientes y amigos de los contrayentes, aun cuando Gomara afirma que el sacerdote intervenía bendiciendo el lecho de los recién casa--dos". (93)

Dentro de los ritos del matrimonio figuraban ciertos requisitos, como por ejemplo el herirse la lengua y una oreja -- con espinas de maguey, la continencia carnal durante algunos - días y la presentación de la sábana del lecho conyugal para -- acreditar la virginidad de la esposa.

Estaba prohibido el matrimonio entre parientes, ya fuera el parentesco por consanguinidad o afinidad; consecuentemente, no se permitía entre ascendientes y descendientes y entre hermanos. Esta prohibición no era tan rigurosa tratándose de - matrimonio entre primos, así como entre tío y sobrina. Era costumbre que el hermano mayor del difunto se casara con su viuda,

en el caso de que hubiere dejado hijos necesitados de protección. En ocasiones, el varón se veía obligado a contraer matrimonio con la viuda de su hermano, aún sin haber cumplido la edad requerida y su responsabilidad se equiparaba a la del verdadero padre.

La condición de la mujer en cuanto al matrimonio era -- aceptable, toda vez que se requería su consentimiento para celebrarlo.

"El divorcio era posible, con intervención de autoridades, que en caso de comprobarse una de las múltiples causas -- (incompatibilidad, sevicia, incumplimiento económico, esterilidad, pereza de la mujer, etc.) solían autorizar de mala gana -- la disolución del vínculo, perdiendo el culpable la mitad de sus bienes. Los hijos se quedaban con el padre, y las hijas con la madre. La mujer divorciada o la viuda tenía que observar un plazo de espera antes de poder volver a casarse". (94)

La familia azteca descansaba sobre la base del gran -- respeto que por los padres se inculcaba a los hijos, si éstos eran traviesos o irrespetuosos, los padres los podían castigar con violencia.

Entre los castigos más utilizados se encontraban las -- heridas con espinas de maguey; el hecho de cortarles o chamuscarles el pelo; los azotes con látigos en todo el cuerpo y, -- cuando el hijo era calificado como incorregible por el padre -- éste, contando con la anuencia previa de las autoridades, podía venderlo, lo que implicaba la caída del hijo en la esclavitud. Además de ser una forma de castigo, el padre también estaba facultado para vender a sus hijos en caso de que, por su miserable situación económica, no le fuera posible sostenerlos.

Es interesante destacar que la esclavitud en el pueblo azteca tuvo una reglamentación muy distinta (mucho más humana) a la que imperó en el antiguo Derecho Romano. En efecto, el -- maestro Margadant dice textualmente: "... desde el régimen de-

Netzahualpizintli, el hijo del esclavo ya nace libre. La liberación del esclavo era posible por matrimonio con el dueño (la dueña) o por auto rescate mediante pago, y el hecho de que el patrimonio del esclavo no fuera absorbido por el del amo, hacía posible que el esclavo recibiera dinero propio (por herencia, préstamo, donación etc.) con el que podría obtener su libertad. También por disposición del dueño, mortis causa, por escaparse del mercado de esclavos ( y "poner un pie en excremento humano ...") y por alcanzar asilo en el palacio del rey, el esclavo se liberaba. El esclavo no podría ser vendido contra su voluntad, en caso de comportarse debidamente. De lo contrario, después de algunas ventas por incorregible, podía ser vendido al templo para ser sacrificado. . .

Los rasgos citados, (o sea, la libertad con que nacieron los hijos de esclavo, la continuación de la personalidad patrimonial del esclavo y la necesidad del consentimiento del esclavo para su venta), constituyen ventajas en comparación con la esclavitud romana, aunque faltaba, desde luego, en esta civilización neolítica, una amplia legislación protectora del esclavo y un eficaz sistema judicial para su realización práctica. Además, en el fondo del sistema se vislumbra siempre la sinistra amenaza del sacrificio". (95)

La patria potestad terminaba con el matrimonio del hijo o hija, para lo cual era necesario el consentimiento de los padres, puesto que de lo contrario era tenido como ignominioso. Como existía un profundo sentimiento de rechazo en contra del celibato de los hijos mayores de 22 años o hijas mayores de -- 18, el consentimiento de los padres para el matrimonio no podía negarse sino por causas graves.

Además del matrimonio, se cree fundadamente que el hijo también se liberaba de la patria potestad cuando alcanzaba -- algún rango militar, religioso o civil. (96)

95.- MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Pág. 22.

96.- ESQUIVEL OBREGON, TORIBIO. Apuntes para la Historia del Derecho en México. Editorial Polis, México 1937. Pág. 364.

Algunos autores afirman que el hombre educaba y castigaba a sus hijos, mientras la mujer tenía a su cargo a las hijas. Los hijos de familias nobles, los ricos y los de clase media - vivían en la casa con sus padres hasta los 15 años, y en su -- hogar recibían la educación de sus progenitores; cumplidos los 15 años los entregaban al Calmecac o al Telpuchcalli, " según- la promesa que se hubiere hecho el día de su bautismo". Estas- eran instituciones educativas en las que permanecían cuatro o- cinco años, hasta que sus padres concertaban su matrimonio; -- cuando terminaban su educación podían salir al mundo para desarollarse en la vida pública. (97)

La muerte del padre hacía caer al menor bajo la potes- tad del tío paterno que se casaba con lamadre, o del hermano - mayor, o del miembro más respetado de la familia.

b) Epoca Colonial.

Con la conquista y colonización llega el Derecho Español a América. Dos grandes corrientes se encontraron bajo un fuerte predominio español, cuyo Derecho contenía influencias romanas, elementos germánicos, normas canónicas, reglamentaciones monárquicas e inclusive "cuando menos en la terminología - rasgos arábigos". (98)

En la empresa del descubrimiento, conquista y colonización, encontraremos intereses mixtos en que participaron la Corona y los particulares, lo que condicionó el nacimiento y desarrollo del Derecho Indiano. "Es este el Derecho expedido por las autoridades españolas peninsulares o sus delegados u otros funcionarios y organismos en los territorios ultramarinos, para valer en estos. Hacia un lado, este Derecho se completa por aquellas normas indígenas que no contrariaban los intereses de la Corona o el ambiente cristiano, y por otro lado (y sobre todo en materia de Derecho Privado) por el Derecho Castellano..." (99)

Otro hecho que influyó en la conformación particular de este Derecho fue la regulación de núcleos de población coexistentes y distintos en su condición social, económica, racial, etc.

La situación de los españoles peninsulares no presentaba problema alguno, pues éstos se regían por las leyes de la península; tampoco fue problema regular la situación jurídica de criollos y mestizos, que fueron plenamente equiparados a los españoles y las limitaciones a ellos impuestas en la mayoría de los casos fueron por su condición de hijos ilegítimos y

98.- MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. Opus Cit. Pág.27.

99.- Idem. Pág. 41.

no por su mestizaje. En la práctica, sin embargo, criollos y mestizos sí fueron excluidos por su misma condición. (100)

Los indios en términos generales se consideraron como vasallos libres de la Corona de Castilla. Sin embargo, esa libertad doctrinal se vió condicionada al ser equiparados como personas necesitadas de tutela o protección legal. En el orden económico también vieron los indios cercada su libertad por medio de instituciones reguladoras del trabajo, entre las que figuran los repartimientos y las encomiendas.

Con respecto a los esclavos negros no existió problema alguno, ya que no gozaban de capacidad jurídica.

Se trató de proteger al matrimonio como base de la familia, dictando una serie de disposiciones al respecto, como permitir solo a los maridos casados el pase a las Indias con sus mujeres legítimas, si no las llevaban consigo se les obligaba a reunirse con ellas en breve plazo. En términos generales podemos afirmar que las mismas normas que en España regulaban la celebración canónica del matrimonio, estuvieron vigentes también en los nuevos territorios conquistados. En cuanto a los matrimonios entre españoles y mujeres de las distintas razas indias sojuzgadas estuvieron reconocidos y sancionados por la ley desde los primeros años de la conquista. (101)

El consentimiento paterno en los matrimonios de los hijos de familia se vió modificado. Se exceptuó del requisito previo de la licencia paterna a "los mulatos, negros, coyotes e individuos de castas semejantes, a los cuales, sin embargo, se les inculcaba el respeto natural que se debe a los padres y personas mayores. Los indios equiparados a los españoles debían cubrir los requisitos exigidos a éstos. Los peninsulares-

100.- OTS CAPDEQUI, JOSE MARIA. Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano. Edit. Aguilar. Madrid, España 1969. Págs. 84 y 85.

101.- Idem. Pág. 220.

cuyos padres o parientes se encontraban en España podían suplir su consentimiento con autorización judicial" (102)

En la práctica las normas del Derecho Español fueron inoperantes, porque habían sido concebidas para otros grupos, con diferente cultura y situación económica, racial y social. En el Derecho vigente de Indias encontramos diversos elementos, ya que éste no sólo se integró por las normas dictadas por los reyes de España, Legislación Española para las Indias, sino también por las establecidas por las autoridades españolas residentes en América, sin olvidar las costumbres regionales o locales y por el propio Derecho Castellano, que regía como supletorio de aquellos dos.

El orden de prelación de leyes para las Indias quedó consolidado en la siguiente manera: 1.- Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias, remitiéndose en defecto de las especiales a las Leyes de Toro; éstas a su vez se remitían al Ordenamiento de Alcalá, que establecía la siguiente prelación de normas: Como fuente primordial el propio ordenamiento de Alcalá, posteriormente los Fueros Municipales y el Fuero Real y, por último, Las Siete Partidas. Todas y cada una de las recopilaciones promulgadas después del citado ordenamiento acataron el orden antes mencionado, por lo que podemos afirmar que todas estuvieron vigentes en las Indias a partir de su promulgación.

Otros ordenamientos castellanos que se aplicaron subsidiariamente en las Indias Occidentales fueron la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación; ésta contiene las normas que se aplicaron entre 1680 y 1805 e incluso después de la Independencia siguió rigiendo en ciertas materias.

"El fundamento de toda la legislación indiana era la Corona, y la ratificación por ella era necesaria para toda me-

dida emanada de los virreyes, audiencias, gobernadores, ciudades, etc., con la particularidad de que, pendiente la ratificación, las normas dictadas por virreyes y audiencias surtían provisionalmente efecto inmediato, mientras que las emanadas de gobernadores y ciudades debían obtener previamente la autorización del virrey o la audiencia, en cuyo caso surtían ya efectos mientras se obtenía la ratificación por la Corona.

Por otra parte, los gobernadores, presidentes y virreyes, más cercanos a una realidad que desde Madrid no siempre - pudo juzgarse, podían pedir la revocación o modificación de las cédulas reales recibidas, y suspender entre tanto su ejecución.

Esta legislación indiana produjo un derecho desconfiado, plagado de trámites burocráticos. Además tuvo un carácter altamente casuístico, y se caracterizó por un tono moralista e inclusive social, no muy compatible con el intento con que muchos españoles habían ido a las Indias Occidentales, de modo que la práctica y el derecho formal se divorciaban frecuentemente. (103)

Ahora bien, después de estas observaciones preliminares a nuestro tema de estudio, consideramos también conveniente, con el propósito de lograr una mejor comprensión sobre la regulación que tuvo la emancipación en la época colonial, hacer -- una breve referencia a las instituciones jurídicas con las que aquélla tiene una estrecha vinculación.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley Trece de Toro, - reproducida por la Dos del Título Ocho, Libro Cinco de la Recopilación y luego por la Dos, Título Cinco del Libro Diez de la Novísima, la persona física adquiere los derechos civiles por el sólo hecho del nacimiento, si vive veinticuatro horas y es bautizado. La concebida adquiría derechos subordinados al hecho del nacimiento, según el adagio jurídico "naciturus pro jam -- nato habetur quoties de commodis ejus quaeritur", y de acuerdo con él, la ley establecía: "domientras que estouiere la criatura

en el vientre de su madre toda cosa que se faga o se diga a produella aprovachale ende, bien asi comi si fuese nacida; más lo - que fuese dicho o fecho, a daño de su persona, o de sus cosas - no le empesae". (104)

Como consecuencia jurídica del principio antes transcrito, el hijo póstumo se tenía por nacido para los efectos de la sucesión hereditaria; el testamento hecho por el padre sin haber tomado al hijo en consideración era nulificado.

Aún cuando las Partidas contemplaban la muerte civil, - la personalidad sólo terminaba con la muerte de la persona, con la cual se abría la sucesión de todos sus bienes. La muerte producía, entre otros efectos, la pérdida de la patria potestad; - del título nobiliario que se tuviera; la capacidad para poder - prescribir; hacer testamento, etc., pero no afectaba todos aquellos derechos civiles que se derivan de la persona.

A partir de la celebración del Tercer Concilio Mexicano, el nacimiento y la defunción se comprobaban con las actas - respectivas de bautismo y de entierro, de conformidad con lo -- ordenado por la Iglesia Católica en el Concilio de Trento, Sessio 24, C. 2, en donde se dispuso que los párrocos tuvieran tres -- libros: uno de bautismos, en donde debía consignarse el nombre - del bautizado, el de sus padres y padrinos; otro para los matrimonios, donde se asentaban los nombres de los contrayentes, sus padres y nacionalidad, los nombres de los testigos y del párroco celebrante; en otra parte del mismo libro se tomaba nota de las defunciones con expresión del nombre del finado, del día -- mes y año de la defunción, así como de la iglesia en que se verificó el entierro; en el tercer libro se anotaban las confirmaciones, especificando el nombre del confirmado, el de sus padres y el de sus padrinos. (105)

104.- ESQUIVEL OBREGON, TORIBIO. Opus Cit. Págs. 43 y 44.  
105.- Idem. Opus Cit. Pág. 45.

La legislación civil estableció diversos períodos de edad para reglamentar la capacidad jurídica de las personas. La edad para contraer matrimonio en el hombre era de catorce años y en la mujer de doce.

El período de la infancia duraba hasta el séptimo año-cumplido y, durante él, la persona no podía realizar actos jurídicos, puesto que la ley lo consideraba privado de toda voluntad por su falta de discernimiento.

La pubertad se extendía hasta la edad de doce o catorce años, para mujeres o varones, respectivamente. En esta fase, el sujeto no estaba por completo privado de capacidad de obrar, podía válidamente aceptar o renunciar una herencia, hacer testamento y ser testigo del que otro hiciese. En materia penal, el menor de catorce años pero mayor de diez y medio años no podía ser responsable de delitos de carácter fiscal, y aún el mayor de esta edad pero menor de veinticinco años, sólo incurría en esta responsabilidad si se probaba que había actuado dolosamente.

La edad de dieciocho años otorgaba al menor la facultad de administrar sus bienes y disponer libremente de ellos, siempre y cuando se encontrara en estado matrimonial.

La mayoría de edad la alcanzaban los hijos al cumplir los veintiún años, pudiendo consecuentemente a esta edad contraer matrimonio sin requerir la autorización de los padres. No obstante el haber alcanzado la mayoría de edad, en determinados casos precisaban contar con la asistencia de un curador hasta-cumplidos los veinticinco años.

Por lo que concierne a la patria potestad, el padre -- estaba obligado, en la medida de sus posibilidades económicas, a proveer a su hijo de alimentación, vestido y educación moral y religiosa. Evidentemente, dentro de las obligaciones impuestas por la patria potestad, figuraba la de administrar los bienes de los hijos y, desde luego, la de velar por su bienestar-

y seguridad.

A manera de compensación por el cúmulo de obligaciones que tenía a su cargo a consecuencia de la patria potestad, el padre gozaba del derecho de usufructo sobre los bienes de su hijo, excepción hecha de los bienes que éste hubiera adquirido por servicios prestados a la Corona o en el desempeño de cargos honoríficos.

Según el tratadista Esquivel Obregón, existían siete su puestos jurídicos que daban por terminado el ejercicio de la pa tria potestad. Tales supuestos eran: 1) Por muerte de quien la ejercía; 2) Por muerte civil del titular, a consecuencia de una condena a trabajos forzados de por vida o destierro con confis cación de bienes, lo que se llamaba deportación. a diferencia de la relegación, que era destierro sin confiscación ni pérdida de dignidades; 3) Por estar el padre bonido o encartado, es de cir, que habiendo sido condenado a ser deportado o relegado, se hallaba prófugo; 4) Por incesto o por haber contraído el matri monio con pariente dentro del cuarto grado, sin haber obtenido licencia; 5) Por haber obtenido el hijo alguna dignidad de las que, conforme a la Ley, traían la emancipación; 6) Por casarse y velarse el hijo In Faciae Ecclesiae; y 7) Por emancipación.-

(106)

La emancipación no tenía como en la actualidad el carácter de irrevocable. Esto es, el hijo emancipado podía caer-

nuevamente bajo la potestad de su padre, como pena en caso de que fuera con él ingrato o irrespetuoso.

Otra característica de la emancipación en la época colonial, se hace consistir en que única y exclusivamente podía operar tratándose de hijos legítimos mayores de siete años. La otorgaba el padre, o en su defecto el ascendiente paterno y -- era requisito que el menor otorgara su conformidad para ser -- emancipado.

Inicialmente, para formalizar la emancipación era suficiente concurrir ante el Juez ordinario para que, una vez satisfechos los requisitos del caso, hiciera la declaración correspondiente. En vista de los abusos a que esto se llegó a prestar, Felipe V, con fecha 9 de diciembre de 1713, ordenó que con el expediente de emancipación el Juez diera cuenta al Consejo de Indias, para que éste hiciera la declaración de emancipación.

c) Códigos Civiles de 1870 y 1884.

"... México tardó mucho en sustituir el confuso de recho civil, heredado de la fase colonial, por un propio derecho, sistematizado concisamente en un código moderno. Un intento privado de Vicente González Castro no llamó la atención, y la historia del código comienza cuando Juárez encargó a Justo-Sierra (padre) hacer un proyecto. Este fue publicado en 1861 - (póstumamente) y sometido a una Comisión Revisora, que, después de una interrupción, continuó funcionando bajo el imperio para producir en 1866, los primeros libros del código, arriba mencionados. Después de la caída del imperio, una nueva Comisión, -- con Yáñez, Lafragua, Montiel, Dondé y Eguía Lis hizo todavía -- algunas modificaciones, y finalmente, el 13 de diciembre de -- 1870, fue promulgado el Código Civil para el Distrito Federal y la Baja California, que sirvió como medelo para los diversos -- estados de la República. Este código se inspiró en la corriente clásica de los códigos civiles del siglo pasado, debiendo mucho al proyecto para un código civil español que, en 1852, -- había publicado García Goyena (sus famosas Concordancias, obra llena de interesantes datos de historia del derecho y de derecho comparado, y también al Código civil chileno, obra de Andrés Bello (1855)". (107).

Nuestro primer Código Civil de 1870, reglamentaba dos formas de emancipación: la tácita o legal y la expresa o voluntaria. Respecto a la primera de ellas, el artículo 689 textualmente señalaba: "El matrimonio del menor produce de Derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva después por muerte, el cónyuge sobreviviente que sea menor, no recaerá en la patria potestad".

De acuerdo con la disposición antes transcrita, resulta evidente que la emancipación legal acaecía ipso iure después de-

celebrado el matrimonio, en beneficio inclusive de los dos cónyuges, si ambos fueren menores de edad, puesto que este derecho no era privativo de los varones. En el caso de disolución del vínculo matrimonial, la que sólo podría ocurrir por muerte de alguno de los cónyuges porque en esa época no estaba reglamentado el divorcio, el esposo menor sobreviviente no recafa nuevamente bajo autoridad paterna.

La segunda forma de lograr la emancipación, o sea la expresa o voluntaria, se contemplaba en el artículo 690, cuyo texto es el siguiente: "El mayor de dieciocho años y menor de veintiuno puede ser emancipado por el que le tenga en la patria potestad, siempre que él consienta en su emancipación y la apruebe el juez con conocimiento de causa". El legislador de ese año consideró que, en términos generales, llegando a la edad de los 18 años el menor había adquirido la aptitud física e intelectual necesarias para gobernar su persona y manejar sus bienes, bajo ciertas limitaciones, estableciendo por lo tanto en esa disposición una de las formas para acabar con la patria potestad.

Dentro de las condiciones necesarias para la validez de la emancipación voluntaria figuraba, según exigencia del artículo 691, que su otorgamiento se hiciese constar en escritura pública, misma que debería contener, evidentemente, la declaración del titular de la patria potestad y la conformidad del menor.

Este instrumento, para su validez, quedaba sujeto a la autorización que otorgara el Juez con conocimiento de causa y al levantamiento del acta respectiva en el Registro Civil.

Para formalizar la emancipación expresa se requería, que el titular de la patria potestad dirigiese al Juez competente, que lo era el de su domicilio, un escrito manifestando su voluntad de emancipar al menor, acompañando los documentos necesarios para acreditar la edad de éste y el parentesco que

guardaban, así como la aptitud del menor para proveer a su propia subsistencia especificando, en su caso, los bienes que para ello tuviera. Con posterioridad, una vez estudiada la solicitud, el Juez convocaba a una junta a la que concurría él, el ascendiente, el menor y el Ministerio Público; se daba lectura al expediente y si todos estaban de acuerdo autorizaba la emancipación, ordenando que se hiciese constar en escritura pública. Otorgada la emancipación no podía revocarse por ningún concepto, sea cual fuese la conducta que más adelante el menor emancipado tuviere para con el ascendiente que lo sustrajo de la patria potestad.

Por lo que mira a la capacidad de ejercicio del menor emancipado, el artículo 692 del invocado ordenamiento establecía, que tenía la libre administración de sus bienes, pero siempre necesitaba durante su minoría de edad: "I.- Del consentimiento del que lo emancipó para contraer matrimonio, antes de llegar a la mayor edad (21 años cumplidos). Si el que otorgó la emancipación ha muerto o está incapacitado legalmente al tiempo en que el emancipado intenta casarse, necesita éste el consentimiento del ascendiente a quien corresponda darlo conforme a los artículos 165 y 166, y en su defecto el del Juez; II.- De la autorización del que lo emancipó, y a falta de éste de la del Juez, para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces, y; III.- De un tutor para los negocios judiciales".

Las disposiciones arriba enunciadas sancionaban que el ejercicio de la patria potestad correspondía, en primer lugar, al padre y después a la madre, al abuelo paterno, al abuelo materno, a la abuela paterna y por último a la abuela materna. En caso de muerte, interdicción o ausencia legalmente declarada del llamado preferentemente, entraba en el ejercicio de ese cargo la persona que le seguía en el orden establecido.

"Catorce años después del Código Civil de 1870, el Distrito Federal recibió un nuevo Código de esta materia. Las prin

cipales diferencias entre el Código de 1884 y el anterior fueron la (no muy acertada) supresión de la portio legítima (figura tan recomendable para reducir los efectos dañinos del capricho del testador en perjuicio de los miembros de la familia más cercana) y la supresión de la in intergrum restitutio.

Observamos aquí que los Códigos Civiles de 1870 y 1884, y los códigos de las Entidades Federativas, inspirados en ellos, no permitían la disolución del vínculo matrimonial por divorcio; sólo la separación de los cónyuges". (108)

De la lectura de los artículos relativos a la emancipación en el Código Civil de 1884, nos damos cuenta que no introdujo reforma alguna con respecto a la regulación que de esta figura hizo el Código de 1870. En ambos ordenamientos encontramos las mismas disposiciones: el matrimonio produce la emancipación del menor y la muerte de su consorte no le hacía recaer bajo la patria potestad; la emancipación expresa o voluntaria se concedía a los mayores de dieciocho años, pero menores de veintiuno, por el titular de la patria potestad, siempre que éstos otorgaran su consentimiento y fuera autorizada por el Juez, siendo necesario en este caso que la emancipación se redujera a escritura pública.

No obstante lo antes apuntado, podemos observar que el Código de 1884 aporta una innovación importante: la habilitación de edad. Esta reforma obedeció a que la emancipación en el Código anterior sólo estaba regulada a favor de los menores sujetos a la patria potestad, marginando por consiguiente de ella a los menores que se encontraban sujetos a tutela.

El Código de 1884 decía en su artículo 595: "Los mayores de dieciocho años sujetos a tutela que acrediten su aptitud para administrar sus bienes y su buena conducta, pueden ser habilitados de edad por declaración judicial. La habilitación-

sólo podrá concederse para administrar los bienes, para litigar, o para ambos objetos. De la sentencia que declare la habilitación se remitirá copia al juez del estado civil para que la registre en los términos que previene el artículo 106".

El precitado precepto (Art.106) literalmente ordenaba: - "Las actas de emancipación por voluntad del que ejerza la patria potestad, se formarán insertando a la letra la levantada por -- el Juez que autorizó la emancipación; y se anotará el acta de nacimiento, expresando al margen de ella quedar emancipado el menor, y citando la fecha de la emancipación y el número y foja del acta relativa".

Por su parte, el artículo 105 estatuyó: "En los casos - de emancipación por matrimonio, no se formará acta separada; el encargado del Registro anotará las respectivas actas de nacimiento de los cónyuges, expresando al margen de ellas quedar éstos - emancipados en virtud del matrimonio y citando la fecha en que - éste se celebró así como el número y la foja del acta relativa".

d) Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

Durante el desenvolvimiento de nuestra revolución armada - que se inició con el Plan de San Luis Potosí, formulado por Don Francisco I. Madero en octubre de 1910 -, nuestra legislación, principalmente en materia agraria y laboral, experimentó una interesante transformación, adoptando un carácter eminentemente social.

"En cuanto al Derecho de Familia encontramos importantes modernizaciones, como la introducción del divorcio (29-XII 1914), la ley del 29-I-1915 que reforma varios artículos del código civil distrital en materia de familia, y finalmente la reforma global del Derecho de Familia en la Ley de Relaciones Familiares, del 9-IV-1917, luego absorbida por el Código Civil distrital, de 1928 . . ." (109)

En la Ley de Relaciones Familiares encontramos interesantes diferencias, respecto a la regulación que de la emancipación hicieron los Códigos de 1870 y 1884. En su exposición de motivos este nuevo ordenamiento del derecho familiar expresaba:

"Que, con relación a la emancipación, debe tenerse en cuenta que, si en muchos casos es conveniente y aún necesario conceder cierta libertad de acción al menor, es absurdo, después de concedida, estarlo sujetando a cada momento a tutelas intermedias y especiales para determinados casos, y como al mismo tiempo sería imprudente concederle todo género de libertades por lo que se refiere a los bienes y a su capacidad para comparecer en juicio, pues en el caso típico de emancipación, que es la que se produce como consecuencia del matrimonio del menor, el nuevo estado que éste adquiere hace indispensable que se le conceda la libertad en cuanto a su persona; pero no desvanece la presunción legal de que el menor no tiene todavía --

la experiencia necesaria para administrar debidamente sus intereses y, por lo tanto, no sería conveniente exponerlo a él y a su familia a los funestos resultados de un manejo defectuoso de los negocios, por cuyas razones se ha creído conveniente -- establecer el sistema que consiste en dar, por medio de la emancipación, libertad a la persona, sacándola de la patria potestad o tutela; más conservándola, por lo que a los bienes toca, bajo la guarda de los ascendientes o tutor, sin perjuicio de que, llegado el menor a los dieciocho años y acreditada su buena conducta, se le conceda la administración de sus bienes, bajo la vigilancia de sus respectivos ascendientes o tutor".

Antes de abordar el tema concerniente a la capacidad del emancipado, sobre sus bienes y sobre su persona, quiero referirme, siguiendo el orden establecido en esta Ley, a la institución del divorcio como medio para disolver el matrimonio, dejando a los cónyuges en aptitud para contraer uno nuevo. Como se recordará, a diferencia de la Ley Sobre Relaciones Familiares, los dos Códigos Civiles que la precedieron contemplaron el divorcio, pero no como un medio para disolver el vínculo del matrimonio, sino como un medio que permitía la suspensión indefinida en el cumplimiento de la obligación que tenían ambos -- consortes de hacer vida en común, de cohabitar.

Ahora bien, los Códigos de 1870 y 1884 establecieron, que los menores emancipados por efecto del matrimonio no recaían en la patria potestad, si éste se disolvía por muerte del otro cónyuge. En cambio, La Ley de Relaciones Familiares, además de adoptar este supuesto, estableció que la disolución del matrimonio por divorcio no hacía caer tampoco nuevamente al menor -- bajo la patria potestad. El artículo 475 de la invocada Ley decía lo siguiente: "El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación de éste, el que no volverá a recaer en la patria potestad, aunque el matrimonio se disuelva por muerte o divorcio".

Por lo que atañe a la capacidad del emancipado, sobre sus bienes y sobre su persona, la Ley de Relaciones Familiares introdujo otra importante innovación, misma que fué consignada en el artículo 476, cuyo texto literalmente determinaba: "La -- emancipación sólo surtirá efecto respecto de la persona del -- menor; pero no respecto de sus bienes, los que continuarán en la administración del que o de los que ejercen la patria potestad o del tutor en su caso. El menor emancipado seguirá representado en juicio por el que ejerza la patria potestad o tutor hasta que llegue a la mayor edad".

No ostante lo antes transcrito, el precepto siguiente -- consideraba la posibilidad de conferir al mayor de dieciocho -- años y menor de veintiuno, la administración provisional de -- sus bienes, siempre y cuando fueran cubiertos ciertos requisitos.

Decía así dicho precepto; Art. 477.- "Los Jueces, oyendo al que o a los que ejercen la patria potestad, o al tutor en su caso, y al menor, podrán acordar que se conceda a éste una vez que haya cumplido 18 años, la administración provisional -- de sus bienes, siempre que se acredite su buena conducta y su aptitud para el manejo de sus intereses; pero quedará sujeto -- siempre a la vigilancia y dirección del que o los que ejercen la patria potestad o del tutor, no pudiendo hacer contratos que impongan obligaciones, ni enajenar, gravar o hipotecar sus bienes raíces si no es con los requisitos y formalidades establecidas por la ley".

Contrariamente a la tendencia progresista del ordenamiento en estudio, en materia de emancipación vino a reducir considerablemente la capacidad de ejercicio de los menores emancipados, tomando como punto de referencia la regulación que sobre ella hicieron los Códigos de 70 y 84. De hecho, puede afirmarse que el menor emancipado no salía de la patria potestad o de la tutela, en razón de que, en cuanto al manejo de sus bienes, --

estaba incapacitado para celebrar cualquier acto de administracion por insignificante que fuera; excepcion hecha del supuesto juridico previsto en el precitado articulo 477, el cual precisaba que la autorizacion conferida para tal efecto era provisional, pudiendo en consecuencia ser revocada en cualquier momento.

En estas circunstancias, el menor emancipado por virtud de matrimonio no podia verdaderamente asumir el cargo de jefe de familia, ya que por sí mismo no podia dar cumplimiento a -- las obligaciones que ello conlleva, como son, por ejemplo, la de ministrar alimentos y administrar los bienes del hogar juntamente con su consorte.

- e) Código Civil de 1928. Sus Reformas por virtud del - Decreto de 31 de diciembre de 1969, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1970.

El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal de 1928, expedido por el entonces Presidente Constitucional de la República, Don Plutarco Elías Calles, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de marzo de 1928 y vigente a partir del 1.º de octubre de 1932, reglamentó inicialmente la emancipación en los artículos 641 a 645, cuyas disposiciones comentaremos más adelante. En su origen, este ordenamiento contempló, al igual que los anteriores, dos especies de emancipación: la producida por el matrimonio del menor y la derivada de la voluntad de quienes ejercen la patria potestad o la tutela, estableciendo para ambas los mismos efectos jurídicos.

Ya hemos señalado como la Ley Sobre Relaciones Familiares, modificando los sistemas establecidos por los Códigos Civiles de 1870 y 1884, estableció que la emancipación sólo surtía efectos respecto a la persona del menor y no sobre sus bienes, quedando la administración de éstos en manos de quien sobre él ejerciese la patria potestad o, en su caso la tutela, hasta en tanto el menor no alcanzara la mayoría de edad. Los jueces podían conceder a los menores la administración de sus bienes, siempre que hubieran cumplido dieciocho años y acreditaran tener buena conducta, oyendo el parecer de sus legítimos representantes; el menor emancipado quedaba sujeto a la vigilancia y dirección de quienes ejercían la patria potestad o la tutela, no pudiendo contraer obligaciones, ni enajenar o gravar sus bienes raíces.

Con el objeto de no incurrir en repeticiones innecesarias, dado que más adelante trataremos de analizar los sistemas de emancipación, nos concretaremos a hacer breves consi-

deraciones sobre los preceptos correspondientes del vigente Código Civil, según el texto vigente hasta enero de 1970, o sea, antes de que entrara en vigor el Decreto de 31 de diciembre de 1969, entre cuyas disposiciones figuró la modificación de la mayoría de edad.

En su artículo 641 establecía: "El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad".

Según este precepto, por virtud del matrimonio se produce la emancipación del menor, a la que la mayoría de los autores han denominado tácita o legal. Esta emancipación se presenta como una consecuencia necesaria e inmediata del matrimonio; esto es, tiene lugar cualquiera que sea la edad de los contrayentes, sin necesidad de la declaración judicial o extrajudicial. La ley tampoco toma en cuenta la capacidad o aptitud del menor para gobernarse por sí mismo, ni menos aún para formar y administrar juntamente con su consorte una familia, puesto que por la sola celebración del matrimonio le confiere la calidad de emancipado con todos los efectos jurídicos que ello conlleva.

El artículo 642 determinaba: "Los mayores de dieciocho años que estén sujetos a patria potestad o a tutela, tienen derecho a que se les emancipe si demuestran su buena conducta y su aptitud para el manejo de sus intereses.

Los padres o tutores pueden emancipar a sus hijos y -- pupilos que se encuentren en las condiciones mencionadas en el párrafo anterior, siempre que éstos consientan en su emancipación".

En esta disposición se contempló a la emancipación denominada por la mayoría de los juristas como voluntaria, expresa o dativa. A diferencia de la llamada tácita o legal, la eman

cipación expresa es el resultado de una declaración de voluntad y no de la ley, en razón de que el hijo ha adquirido las facultades físicas e intelectuales necesarias para bastarse a sí mismo en la celebración de ciertos actos jurídicos. En esas condiciones, nuestra Legislación Civil, siguiendo los lineamientos del Código Civil Francés, determinó que dejaran de tener aplicación las medidas protectoras de la patria potestad y de la tutela, en aquellos menores que por su desarrollo físico e intelectual no tenían ya necesidad de ser protegidos.

Sin embargo, las medidas protectoras de la ley no cesaban en lo absoluto, sino que tan sólo se reducían, mientras el menor emancipado no alcanzara la mayoría de edad, que hasta el mes de enero de 1970 estuvo fijada a los veintiún años.

De acuerdo con el primer párrafo del artículo en cita, los mayores de dieciocho años podían alcanzar la emancipación no nada más por la conformidad del titular de la patria potestad o del tutor, sino por su propia voluntad, ejerciendo su derecho mediante solicitud al juez competente. Es de suponerse que el legislador otorgó al mayor de dieciocho años el derecho de emanciparse, si para ello demostraba tener buena conducta y aptitud para el manejo de sus intereses, previendo que los padres del menor no quiciesen hacerlo por el interés egoísta de perder el cincuenta por ciento del usufructo obtenido con motivo de la administración de los bienes que al menor pertenecieran, o simplemente por haber adoptado una actitud caprichosa.

Por supuesto, al ser de orden público las disposiciones relativas al estado y capacidad de las personas, el ascendiente o tutor que emancipara al hijo o pupilo que estaba bajo su patria potestad o guarda, no podía ampliar, limitar o modificar en alguna forma la capacidad de ejercicio que por la emancipación adquiría el menor.

Por lo que concierne a la capacidad del emancipado, el artículo 643 la regulaba estableciendo: "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad: I. Del Consentimiento del que lo emancipó -- para contraer matrimonio antes de llegar a la mayor edad. Si el que otorgó la emancipación ejercía la patria potestad y ha -- muerto, o está incapacitado legalmente al tiempo en que el -- emancipado intenta casarse, necesita éste el consentimiento del ascendiente a que corresponda darlo y, en su defecto, el del -- juez; II. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces y; III. De un tutor para los negocios judiciales."

De acuerdo con los términos de este artículo, el emancipado tenía la libre disposición de su persona y de sus bienes, con las únicas limitaciones antes expresadas, relativas a la -- necesidad de contar con el consentimiento de sus padres o tutor para contraer matrimonio; de la autorización judicial para enajenar o gravar sus bienes raíces y la de contar con la representación de un tutor (no de los padres) para toda clase de negocios judiciales; tutor que tenía el carácter de especial, ya que su representación debía cesar en el momento en que el asunto judicial quedara resuelto.

En esas condiciones, el sistema adoptado por el Código Civil de 1928 atribuye al menor emancipado una completa capacidad de disposición de sus bienes muebles, sin tomar en cuenta el valor que éstos pudieran representar, poniendo al menor en grave peligro, ya que por su inexperiencia pudiera llegar a dilapidar su patrimonio, en el supuesto de que los activos de éste únicamente se integraran con bienes muebles, cuyos valores -- económicos en muchos casos llegan a ser superiores a los de los bienes raíces.

El precepto legal que se comenta ha sido objeto de -- críticas por parte de los estudiosos del Derecho, por hablar -- en su primera parte de que "el emancipado tiene la libre admi-

nistración de sus bienes", como queriendo dar a entender que la capacidad de ejercicio de que éste disfruta se restringe a realizar toda clase de actos de administración, como acontece en la mayor parte de las legislaciones extranjeras. En mi opinión estas objeciones carecen de importancia, toda vez que en la segunda parte de la disposición legislativa que se estudia, queda debidamente precisada la capacidad del emancipado sobre la administración y disposición de sus bienes muebles e inmuebles.

De los términos en que fue redactado este artículo, -- puede desprenderse que el propósito del legislador fue en el sentido de conferir al emancipado una capacidad semejante a la de los mayores de edad, limitándola únicamente para los actos a que se refieren las tres fracciones del precepto.

Para concluir con los breves comentarios de este artículo, debo señalar que la fracción segunda vino a regular un caso especial en el que el Juez cumple la función representativa que normalmente corresponde a los que ejercen la patria potestad o al tutor. No se necesita para la realización de actos de dominio de bienes inmuebles que el menor emancipado se asista del que fué su representante legal, es decir, de los que ejercieron la patria potestad o la tutela, simplemente debe haber una autorización judicial, que cumple la función inherente a la representación, dado que perfecciona el acto jurídico, en cuanto que integra la voluntad del emancipado. Podemos decir que hay aquí la concurrencia de las voluntades del emancipado y del -- Juez para la validez del acto de dominio.

Por su parte, el artículo 644 regulaba la irrevocabilidad de la emancipación en los siguientes términos:

"Hecha la emancipación, no puede ser revocada".

Respecto a la emancipación llamada voluntaria, consideramos que tal disposición era censurable, en razón de que, -- así como se previó que gran parte de las medidas protectoras -- de la ley respecto a los intereses de los menores pudieran --

dejar de tener aplicación, en aquellos que por su desarrollo intelectual demostraban en principio no tener necesidad de ser protegidos, debió haberse previsto también la posibilidad de revocar la emancipación, en aquellos casos en que el emancipado, contrariamente a lo que se suponía, demostrara carecer de la madurez y experiencia suficientes para gobernarse por sí mismo y defender sus intereses. Por supuesto, la revocación en esos casos necesariamente tendría que haber sido decretada por el Juez, a instancia del que solicitó la emancipación o aún de oficio, concediendo garantía de audiencia al menor.

En atención a la finalidad preseguida, a la revocación no se le hubiera podido considerar o interpretar como un castigo impuesto al menor, derivado de su escasa capacidad de discernimiento, sino como una medida tuteladora de sus propios intereses.

Por último, el artículo 645 establecía: "Fuera del caso a que se refiere el artículo 641 (se refiere a la emancipación por el matrimonio del menor) la emancipación siempre será decretada por el Juez y la resolución correspondiente se remitirá al Oficial del Registro Civil para que levante el acta respectiva".

El sistema legislativo antes comentado, estuvo vigente hasta antes del decreto de 31 de diciembre de 1969 (publicado en el Diario Oficial el 28 de enero de 1970). De acuerdo con esta reforma legislativa, se derogan los preceptos que establecían la emancipación expresa en sus dos formas: por declaración de voluntad de los que ejercen la patria potestad y por demandas judiciales del menor solicitando su emancipación.

" En el sistema vigente en el Distrito Federal, la emancipación sólo tiene lugar tácitamente como consecuencia del matrimonio. Del menor no se requiere por lo tanto, declaración judicial o extrajudicial, para que el menor de edad emancipado disponga libremente de su persona y administre sus bienes, con las

restricciones a que se ha hecho alusión..." (110)

Dentro de los preceptos modificados en nuestro Código Civil, por virtud del Decreto del H. Congreso de la Unión de fecha 31 de diciembre de 1969, figuró el artículo 646 que establecía la mayoría de edad a los veintiún años, para quedar redactado en los siguientes términos: "La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos".

Como consecuencia de esa modificación se produjeron los siguientes efectos:

- a) Fue reformado el artículo 641, quedando redactado de la siguiente manera: "El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad";
- b) Fueron derogados, entre otros, los artículos 642, 644 y 645, que establecían, respectivamente, el derecho de los mayores de dieciocho años sujetos a la patria potestad o a la tutela para ser emancipados, con la condición de que demostraran tener buena conducta y aptitud para el manejo de sus intereses; la irrevocabilidad de la emancipación voluntaria y la remisión del fallo judicial que concedía la emancipación voluntaria al Juez del Registro Civil;
- c) Fue reformado el artículo 643, que trata sobre la capacidad del emancipado, para quedar como sigue: "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad: I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de sus bienes raíces; II. De un tutor para negocios judiciales".

110.- GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Opus Cit. Págs. 722 y 723.

Desde nuestro particular punto de vista, consideramos que hubiere sido más conveniente para los menores que el legislador no hubiere suprimido la emancipación expresa con sus dos variantes: por declaración de los que ejercen la patria potestad o del tutor y a solicitud del propio menor si ha cumplido determinada edad y acredita ante el juez competente su buena conducta y su aptitud para administrar sus bienes, sino que, al reducir el número de años para alcanzar la mayoría de edad, debió también haber reducido la cantidad de años que se exigía antes de la invocada reforma para hacer operante la emancipación denominada expresa o voluntaria.

Creemos que ello hubiere sido perfectamente posible, - utilizando los mismos razonamientos que tuvo para establecer - la presunción de que la persona que alcanza los dieciocho años de edad tiene plena madurez de juicio y que, por lo tanto, debe gozar de una completa capacidad para disponer libremente de sí y de sus bienes.

del principio y el de plena capacidad: permite al menor hacer una especie de noviciado, al iniciarse gradualmente en la vida jurídica y de los negocios". (114)

Los tratadistas franceses Colin y Capitant definen la emancipación como "el acto solemne o beneficio legal, que produce como consecuencia libertar al menor de la patria potestad o tutela y conferirle, juntamente con el gobierno de su persona, una cierta capacidad, si bien restringida a la pura administración de su patrimonio". (115)

Por su parte, el maestro Rafael de Pina apunta. "La emancipación es, de acuerdo con el derecho mexicano, una institución civil que permite sustraer de la patria potestad y de la tutela al menor, otorgándole una capacidad que le faculta para la libre administración de sus bienes, con determinadas reservas, expresamente señaladas en la ley." (116)

En conclusión, podemos sostener que la emancipación es la institución jurídica originada del matrimonio del menor y cuya consecuencia es extinguir el ejercicio de la patria potestad o de la tutela, confiriendo al menor una limitada capacidad de ejercicio para gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes. Es decir, mediante la emancipación el individuo deja de estar sujeto a la autoridad paterna o tutelar, antes de haber alcanzado la mayoría de edad, teniendo aptitud para intervenir directamente en los negocios jurídicos, bajo ciertas restricciones determinadas por la ley.

Considerando su origen, el concepto de emancipación experimentó un cambio substancial en su acepción jurídica a través del tiempo. En efecto, en el primitivo Derecho Romano la -

114.- Citado por GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Opus Cit. - Pág. 725.

115.- Citado por MUÑOZ, LUIS, Derecho Mercantil. Tomo I. Págs. 226 y 227. Edit. Herrero. México 1952.

116.- PINA, RAFAEL DE. Opus Cit. Pág. 399

emancipación surgió como una facultad concedida a los padres, para poder castigar a los hijos que por su mala conducta se -- hicieran indignos de ser por aquellos cuidados, representados y heredados. Al ser emancipados los hijos adquirían la calidad de libertos, que presentaba una degradación y perdían los derechos inherentes a la patria potestad; los padres no tenían -- ya la obligación de ayudarlos y todo lo que fueran y obtuvieran en el futuro sería únicamente producto de su propio esfuerzo.

Más adelante se consideró a la emancipación como un beneficio para el hijo, porque terminaba con la patria potestad y como consecuencia de ello, el hijo quedaba facultado para obrar libremente en cuanto a su persona y en cuanto al manejo de sus bienes, perdiendo el padre el usufructo y la administración de éstos.

En el Derecho Mexicano actual, a diferencia del primitivo Derecho Romano, la emancipación es un medio que extingue no nada más el ejercicio de la patria potestad, sino también -- el de la tutela.

Algunos estudiosos de la ciencia jurídica estiman que la emancipación es el resultado de la fusión de dos instituciones romanas: la emantipatio y la venia aetatis. Mediante esta segunda institución, el emperador concedía a los varones mayores de veinte años y a las mujeres mayores de dieciocho, una capacidad semiplena que les permitía, antes de alcanzar la mayoría de edad que era a los veinticinco años, la facultad de disponer de sus bienes muebles, pero que no los autorizaba para efectuar donaciones o para enajenar los bienes inmuebles, hasta en tanto no cumplieran los veinticinco años. (117)

La emancipación como efecto del matrimonio fue desconocida en el primitivo Derecho Romano; surgió en España en las -- Leyes de Toro y en el Fuero Real.

Después de estas breves consideraciones y con el propósito de centrarnos nuevamente en el tema de estudio, haremos referencia a una de las opiniones que sobre la emancipación expresó el maestro Rojina Villegas: "La emancipación interesa tanto al derecho de las personas como al derecho de familia. Respecto al primero determina una semicapacidad de goce (debe decir de ejercicio) en el menor emancipado dado que conforme al artículo 643 del Código Civil, éste tiene la libre administración de sus bienes, con las restricciones que el propio precepto señala para contraer matrimonio, enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces y comparecer en juicio como actor o como demandado. Al derecho de familia le interesa también la emancipación por cuanto que de acuerdo con el artículo 641: "El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad". Es decir, el estado de emancipación se presenta en este caso como consecuencia del matrimonio del menor emancipado. Advertimos aquí una situación jurídica especial, ya que se trata de un efecto muy peculiar del matrimonio " (118)

En nuestra vigente legislación civil, la emancipación dota a los menores de edad de una capacidad de actuar o de --- ejercicio relativa; como aquella se obtiene como una consecuencia del matrimonio otorga al menor libertad para conducirse como mejor le parezca, pero tal libertad no es absoluta, -- sino limitada por las restricciones impuestas por el artículo 643 del Código Civil, que tienen por objeto proteger su persona y patrimonio. De acuerdo con este precepto, en el ejercicio de las facultades meramente administrativas de su patrimonio -- el menor no tiene límite alguno, pero tratándose de actos que no importen administración sino enajenación o gravamen de bienes inmuebles y la comparecencia en juicio, está sujeto a las restricciones que establece el propio artículo 643, bajo pena-

de nulidad de esos actos.

Por la emancipación el menor ve modificada su capacidad y evidentemente también, su estado jurídico, dado que por ésta su posición jurídica se altera, tanto frente a la familia como frente al grupo social a los que pertenece.

De acuerdo con las disposiciones de nuestro ordenamiento civil, el individuo es considerado apto para manejarse por sí mismo y por lo tanto adquiere plena capacidad de ejercicio, al alcanzar la edad de dieciocho años cumplidos (Art. 646) .

La menor edad, el estado de interdicción y las demás - incapacidades establecidas por la ley - dice el artículo 23 del Código Civil - son restricciones a la personalidad jurídica; - pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer -- obligaciones por medio de sus representantes.

Así pues, la minoría de edad es una de las circunstancias previstas por el legislador como restrictivas o modificativas de la capacidad de ejercicio. El Derecho presume que el menor carece del suficiente discernimiento para manifestar su voluntad en la creación de relaciones jurídicas.

Para obtener la plena capacidad de ejercicio se requiere que la persona cumpla el número de años señalados por la -- ley, que tenga la salud mental que le permita comprender el al cance y consecuencias de sus actos y, por ende, que no haya -- sido declarada en estado de interdicción.

La persona mayor de edad es capaz para realizar todos los actos de la vida civil, salvo algunas excepciones legalmente establecidas, como por ejemplo la de adoptar hasta haber -- cumplido los veinticinco años de edad.

En suma, el mayor de edad dispone libremente de su -- persona y de sus bienes, toda vez que existe una presunción legal acerca de su plena madurez de juicio; en este sentido mayoría de edad y plena capacidad son conceptos que se identifican.

Salvo la minoría de edad, todos los casos de incapacidad previstos por el artículo 450 deben ser declarados por el Juez competente; mientras no exista esa declaratoria de incapacidad, la persona que se encuentre en cualesquiera de esos supuestos jurídicos seguirá estando facultada para realizar actos jurídicos, sin perjuicio de que más adelante puedan ser declarados nulos.

Escribe el maestro Rafael de Pina que "el número de años que debe transcurrir para determinar la mayor edad no se fija por concesión caprichosa del legislador, sino que se funda en la -- conclusión de la experiencia, confirmada por la ciencia, de -- acuerdo con la cual el ser humano, llegado a una edad determinada, según las circunstancias de tiempos y lugares, adquiere el estado de madurez mental y física que le permite gobernarse por sí mismo en cuanto a su persona y bienes.

Cuando una persona física llega a su mayoría de edad, - entra en una esfera del mundo jurídico que antes le estaba vedada, lo cual produce el efecto no sólo de que adquiera mayor número de facultades sino también de que se enfrente con nuevas - obligaciones, no sólo en el terreno del derecho civil, sino en otras zonas separadas de esta importante rama del derecho". (119)

"Lo mismo que para la emancipación, la mayoría de edad interesa tanto al derecho de las personas como al derecho de familia. En el derecho de las personas, el artículo 24 previene: "El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de - su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley"... Desde luego podemos notar que no sólo la mayoría de edad interesa exclusivamente al derecho de las personas, - - sino también a todo el derecho en general, por cuanto que determina una plena capacidad de ejercicio en el sujeto antes incapacitado por su minoría de edad y, además, le permite disponer -- libremente de su persona y de sus bienes. Estas dos posibilidades vienen a determinar consecuencias importantes en el derecho

de familia y en el derecho patrimonial en general, tanto civil, mercantil, obrero y agrario". (120)

De lo anteriormente expuesto se desprende que el simple transcurso del tiempo tiene una gran significación para la vida jurídica del individuo a partir de su nacimiento, ya que conforme se va verificando progresivamente su desarrollo físico e intelectual, el Derecho le reconoce y amplía su capacidad de ejercicio, e inclusive en la vejez le otorga la potestad de liberarse a discreción en el cumplimiento de algunas obligaciones, verbigracia, la de ejercer la patria potestad después de los sesenta años cumplidos.

Sobre este aspecto el tratadista Valverde y Valverde - opina: "No basta el nacimiento y la existencia para el ejercicio de los derechos, se requieren cualidades físicas e intelectuales, discernimiento completo, madurez de juicio para entrar por sí solo en la vida de relación y poder medir el alcance de sus actos, y como estas cualidades y condiciones se adquieren gradualmente en relación con la edad de las personas, al derecho interesa muy especialmente, fijar los diferentes derechos que pueden ser ejercitados en relación con la edad de las personas y con la naturaleza de los actos". (121)

Si bien es cierto que el menor de edad carece de capacidad de ejercicio, nuestro ordenamiento civil lo autoriza para realizar por sí determinados actos, como por ejemplo administrar los bienes que adquiriera por su trabajo (Art. 429); - - hacer testamento si ha cumplido dieciseis años (Art. 1306, Fracc. I); contando con el consentimiento de quienes ejerzan sobre él la patria potestad, del tutor o del Juez, según sea el caso, - puede contraer matrimonio cuando ha cumplido catorce años si -

120.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Opus Cit. Págs. 129 y 130.

121.- VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo I. Pág. 256. Segunda Edición. Edit. Talleres Tipográficos Cuesta. Valladolid, - 1920.

es mujer y dieciséis si es varón (Arts. 148, 149 y 150); puede designar a su propio tutor dativo y curador si ha cumplido dieciséis años (Arts. 496 y 624 Fracc. I); puede reconocer a sus hijos, asistido de quienes ejerzan sobre él la patria potestad o de su tutor (Arts. 361 y 362); no puede ser adoptado sin su consentimiento si ha cumplido catorce años (Art. 397), etc.

B) SISTEMAS

Por virtud de las últimas reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y al Código Civil, que regulan la ciudadanía y la mayoría de edad, se suprimió uno de los dos sistemas de emancipación que habían estado operando -- desde la vigencia de nuestro primer Código Civil de 1870: la emancipación voluntaria.

Como resultado de esas reformas legislativas, actualmente la emancipación en nuestro sistema jurídico sólo puede tener lugar como consecuencia necesaria y forzosa del matrimonio del menor, dado que la emancipación por acto expreso de los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno ya no es posible, puesto que ahora la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años.

El artículo 641 del Código Civil es el que establece la emancipación como efecto del matrimonio. Una vez celebrado éste el menor se ve liberado de la patria potestad o de la tutela y adquiere ipso iuri, es decir, sin necesidad de que medie declaración judicial, la facultad de disponer libremente de su persona y administrar sus bienes, con las restricciones que -- expresamente le impone la ley en su propio beneficio.

Dice así el artículo 641: "El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad".

El matrimonio produce la emancipación tanto en el varón como en la mujer.

Son únicamente dos disposiciones las que dedica nuestra vigente legislación civil en su Título Décimo, Capítulo I, a esta figura jurídica; estas son el precepto antes transcrito y el artículo 642, con el que limita la capacidad de dominio del emancipado exclusivamente a bienes muebles, ya que de los in--

muebles sólo podrá disponer con autorización judicial y le desconoce capacidad de ejercicio en materia procesal, imponiéndole para este efecto la restricción de que se haga representar por un tutor especial.

Por cuanto a la inscripción del nuevo estado del menor en el Registro Civil, el Artículo 93 estatuye: "En los casos de emancipación por efecto del matrimonio, no se extenderá acta por separado; será suficiente para acreditarla, el acta de matrimonio".

Algunos tratadistas opinan que la emancipación por matrimonio es legal e imperfecta, en tanto que la mayor edad constituye una emancipación legal y perfecta. No participamos de esta opinión por considerarla inexacta, ya que la emancipación en cualesquiera de las formas o especies que pueda revestir y la mayoría de edad, son instituciones del Derecho Civil completamente distintas, aunque se encuentran vinculadas, teniendo cada una de ellas su propia configuración y efectos jurídicos.

Al igual que la mayor parte de las legislaciones extranjeras, la legislación mexicana reconoce la emancipación -- como un efecto necesario e inmediato del matrimonio del menor. La fundamentación de ese efecto peculiar del matrimonio-utilizando la terminología del maestro Rojina Villegas - , se encuentra en que el menor, al asumir el carácter de jefe de familia, requiere o exige independencia para afrontar las responsabilidades y ejercer los derechos inherentes a su nuevo estado. En otras palabras, mediante la emancipación el legislador reconoce la incompatibilidad del estado matrimonial con la patria potestad o tutela; sería motivo indudablemente de graves conflictos que el menor casado, al ejercer la patria potestad sobre sus hijos, estuviera sometido a su vez a la autoridad de sus padres o, en su caso, a la de su tutor.

Según lo establece el precepto antes transcrito, -- aunque el matrimonio se disuelva, ya sea por divorcio o por --

causa de muerte, el emancipado no vuelve a recaer en la patria potestad, haya o no tenido descendientes.

Ya anteriormente expresamos en este estudio, que el legislador mexicano concedió la emancipación por el solo hecho de verificarse el matrimonio, sin establecer por lo tanto ninguna restricción, en cuanto a que el menor acreditara de alguna manera su madurez mental y por consiguiente su aptitud para el manejo de sus intereses.

En esas circunstancias, nuestra legislación, para otorgar la emancipación, no exige formalidad ni condición alguna.

"El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo - dice nuestro artículo 255 -, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separado los consortes, o desde su separación, en caso contrario".

El artículo 256, estatuye: "Si ha habido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos.

Si ha habido mala fe de parte de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos".

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos antes señalados, pudiera pensarse que el matrimonio del menor que hubiere sido declarado nulo producirá para él todos los efectos jurídicos, y en consecuencia dejará subsistente su emancipación, siempre y cuando no haya sido él el que hubiese obrado de mala fe en la celebración del matrimonio. Sin embargo, en nuestro concepto la emancipación subsiste aún en el supuesto de que el juez decreta la nulidad del matrimonio por la causa que fuese, incluyendo desde luego la mala fe del menor, toda vez que el -

artículo 641 estatuye: "... Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad"; es decir, esta disposición no establece ningún caso de -- excepción para que el menor vuelva a estar sujeto a la patria - potestad o a la tutela, pero sí lo constituye respecto de lo -- ordenado en los artículos 2226 y 2227 que tratan sobre las nulidades absoluta y relativa de los actos jurídicos, respectivamente.

"En la emancipación existe una fusión de supuestos, pues conforme al citado artículo 641 se requiere que el sujeto menor de edad contraiga matrimonio para que se produzca de pleno derecho su emancipación. Es decir, se conjuga el estado jurídico de minoría con el estado relativo al matrimonio para que mediante - la suma de ambas situaciones se produzca una consecuencia nueva. Tenemos aquí un supuesto jurídico complejo y absolutamente dependiente toda vez que no puede alcanzarse ninguna consecuencia propia de la emancipación sino hasta que se realicen los dos supuestos simples antes mencionados." (122)

Por lo que se refiere a la terminología utilizada por la generalidad de los autores, al referirse a este tipo de -- emancipación por virtud del matrimonio, debe apuntarse que figura la denominación de "tácita" - en contraposición a la llamada expresa -, supuesto que deducen que en el consentimiento de los padres para el matrimonio del menor, se encuentra implícita su voluntad de emanciparlo.

Esta denominación de "tácita" a nuestro juicio resulta poco precisa en razón de que, según el artículo 151 del Código Civil "Los interesados (se refiere a los menores que tienen -- proyectado contraer matrimonio) pueden ocurrir al Jefe del Departamento del Distrito Federal o a los Delegados, según el caso, cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el que hubieren concedido. Las mencionadas autoridades después de levantar una información sobre el particular,

suplirán o no el consentimiento".

En atención a lo antes expresado, concluimos que no en todos los casos de matrimonio de menores existe la autorización de los padres y por ende la emancipación "tácita", por lo que preferimos utilizar, para este tipo de emancipación, la denominación "legal", en lugar de "tácita", para diferenciarla de la llamada expresa o voluntaria, e incluso de la judicial, figuras jurídicas existentes en sistemas jurídicos extranjeros.

La emancipación voluntaria, como ya en reiteradas ocasiones lo hemos señalado, estuvo reconocida en nuestro sistema jurídico hasta el mes de enero de 1970. A diferencia de la legal, la emancipación voluntaria era el resultado de una declaración de voluntad, o bien de una resolución judicial. Más que de una declaración de voluntad, yo diría que era el resultado de un acuerdo de voluntades, ya que para que la emancipación tuviera lugar, debían concurrir: 1o. la voluntad del padre o tutor en otorgarla; 2o. la voluntad del menor en aceptarla y; 3o. la voluntad del Juez derivada de su libre juicio, una vez valoradas todas las circunstancias del caso.

Indudablemente que el legislador, al adoptar o reconocer esta figura en nuestro ordenamiento civil, estimó que los menores que habían cumplido dieciocho años contaban, por lo general, con cierta madurez física y mental que les permitía gobernar su persona y manejar sus propios intereses; por ésto les otorgó excepcionalmente una semicapacidad de ejercicio al aprobar su emancipación el Juez competente.

Refiriéndose a esta forma de emancipación, el maestro - Rojina Villegas escribe". . . también implica la combinación de tres supuestos: a) Ser mayor de dieciocho años; b) demostrar buena conducta c) comprobar aptitud para el manejo de sus intereses". (123)

Por lo que atañe a la inscripción de la emancipación - voluntaria en el Registro Civil, los derogados artículos 94, - 95 y 96 del Código Civil, la regulaban en la siguiente forma:

Art. 94.- "Las actas de emancipación por decreto judicial, se-formarán insertando a la letra la resolución del Juez que autorizó la emancipación. Se anotará el acta de nacimiento, expresando al margen de ella haber quedado emancipado el menor, citando la fecha de la emancipación y el número de foja del acta-respectiva".

Art. 95.- "Si en la oficina en que se registró la emancipación no existe el acta de nacimiento del emancipado, el Oficial del Registro Civil remitirá copia del acta de emancipación al del-lugar en que registró el nacimiento, para que haga la anota-ción correspondiente".

Art. 96.- "La omisión del registro de emancipación no quita a - ésta sus efectos legales, pero sujeta al responsable a la pena señalada en el artículo 81 (multa de veinte a cien pesos)".

C) EFECTOS

Los efectos de la emancipación se encuentran establecidos en el artículo 643 de nuestro ordenamiento civil, que dispone: "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad: I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces; II. De un tutor para negocios judiciales".

En resumen debe enfatizarse que los efectos de la emancipación se presentan tanto en la persona del menor como en su patrimonio.

En cuanto a su persona, hace cesar la patria potestad o la tutela, convirtiendo al menor en independiente de toda dirección, lo que le permite separarse de la casa paterna y adquirir su propio domicilio, en suma, por virtud de esta institución se considera al menor de edad emancipado como un mayor, - puesto que lo faculta para disponer libremente de su persona - salvo para comparecer en juicio. Cabe señalar sin embargo, que esta independencia que adquiere el menor no lo libera de las - obligaciones de respeto, obediencia y auxilio (obligación alimenticia) que tiene para con sus ascendientes.

En cuanto a su patrimonio, goza de una semicapacidad. Excluyendo los actos de enajenación o gravamen de sus bienes inmuebles, puede ejecutar todos aquellos actos de administración sobre éstos, así como efectuar todos aquellos actos de dominio respecto de cosas o derechos muebles.

Como la emancipación no atribuye al menor la capacidad procesal, un tutor especial debe representarlo en todos los -- actos judiciales.

"La capacidad plena, que adquiere el menor de edad respecto de su persona, lleva consigo la libre disposición de los llamados derechos de la personalidad, que los autores modernos consideran que se ejercen sobre la parte físicosomática, y que -

en la vida social moderna han adquirido particular relevancia; como acontece con los derechos sobre la propia imagen y los de disposición del cuerpo, de los órganos de la persona en vida - de ella, de los derechos sobre el cadáver y de las partes separadas del mismo, teniendo en cuenta el desarrollo de la cirugía moderna en materia de implantación de órganos." (124)

Cuando definimos a la emancipación señalamos que como consecuencia de ésta el menor se libera de la patria potestad o de la tutela. Esta liberación constituye el primero y más -- importante efecto (del que derivan todos los demás ) que se -- presenta como resultado del nuevo estado civil del menor. Al -- tratar sobre la patria potestad hicimos alusión al artículo 443 del Código Civil, que señala en su fracción II que esta institución se acaba por la emancipación derivada del matrimonio, -- este precepto guarda estrecha vinculación con el 412 del mismo ordenamiento, cuyo texto dispone: "Los hijos menores de edad -- no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista -- alguno de los ascendientes que deben ejercerla conforme a la -- ley".

En otras palabras, dado que el legislador ha estimado -- que la sujeción a la patria potestad es incompatible con el -- nuevo estado del menor que ha contraído matrimonio, por virtud de éste el menor se emancipa, dándose por terminados los derechos y obligaciones que corresponden a las personas que tienen bajo su custodia a los que no han alcanzado la mayoría de edad.

Otro de los efectos que produce la emancipación sobre -- la persona del menor es el relativo a su domicilio. Según lo -- establece al artículo 32, fracción I, del Código Civil, se -- reputa domicilio legal del menor no emancipado, el de la per-- sona a cuya patria potestad está sujeto. A su vez, el artículo 421 estatuye que mientras el hijo estuviere bajo dicha autoridad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin contar -- con el permiso previo de ellos o del decreto de la autoridad -- competente.

En esas condiciones, no hay lugar a duda de que es potestativo para el emancipado dejar la casa paterna y elegir un nuevo domicilio. Decimos que es potestativo, en razón de que no existe mandato legal que obligue al menor a abandonar o desocupar la casa de sus padres por el solo hecho de haber contraído matrimonio.

Por lo que atañe a la preparación académica y formativa del menor, los artículos 413 y 422 establecen la obligación para quienes ejerzan la patria potestad, de proporcionar a éste una conveniente educación. De lo dispuesto en esos artículos se infiere que una vez finalizada la patria potestad, los que la ejercían quedan inmediatamente liberados de esa obligación, -- correspondiendo al menor emancipado proveer su propia educación y elegir la ocupación que mejor le acomode.

De igual forma, al acabarse el ejercicio de la patria potestad, las personas a cuya autoridad se encontraba sujeto el menor, pierden la facultad de aplicar sobre éste las medidas correctivas o castigos mesurados a que estaban autorizados, -- conforme lo previsto por el artículo 423. No creemos, sin embargo, atendiendo al contenido moral de esa norma jurídica, que los padres o ascendientes se liberen de la obligación de observar buena conducta, que siga sirviendo de modelo al emancipado.

Por lo que hace a su capacidad, el artículo 424 señala que "El que esta sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna sin el expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho... "Tal disposición queda sin efecto en virtud de la emancipación, dado que el menor adquiere la capacidad de ejercicio de que carecía, o mejor dicho, la emancipación le reconoce su aptitud para gobernarse por sí mismo. Esta capacidad la adquiere con las restricciones a que alude el artículo 643, según el cual el emancipado está facultado para contraer obligaciones e intervenir -- con un tutor en negocios judiciales, sin que para ello tenga -

que requerir el consentimiento de los que ejercían la patria potestad; únicamente necesita autorización judicial para la -- enajenación o gravamen de sus bienes raíces y de un tutor que lo represente en los negocios judiciales, a quien libremente podrá elegir.

A propósito de la representación, otro de los efectos que produce la emancipación como consecuencia lógica, lo constituye el hecho de que hace cesar la representación de que era objeto el menor por parte de los que ejercían sobre él la patria potestad quienes al mismo tiempo pierden también la administración de los bienes de aquel, conforme lo establece el artículo 425.

Como resultado de la facultad que obtiene el emancipado para administrar sus bienes, se suprime el derecho de usufructo que la ley concede a los titulares de la patria potestad (artículo 438). Al desarrollar el capítulo relativo a la patria potestad apuntamos que los bienes del menor se dividen en dos clases: a) los que obtiene por su trabajo y b) los que adquiere por cualquier otro título.

Según lo preceptuado por los artículos 429 y 430, -- pertenece al menor la propiedad, administración y usufructo de los bienes de la primera clase y respecto de los de la segunda, sólo la propiedad y la mitad del usufructo, toda vez que la administración de los bienes y la otra mitad del usufructo corresponden a los que ejerzan la patria potestad. Así pues los efectos que la emancipación trae consigo en cuanto a la capacidad del menor sobre sus bienes, únicamente se presenta respecto de los bienes que el menor no haya adquirido por su trabajo.

Al celebrarse el matrimonio del menor y quedar éste emancipado, surge la obligación a cargo de las personas que -- ejercían la patria potestad de entregarle todos los bienes y frutos que le pertenezcan (artículo 442).

En su artículo 435 nuestro Código Civil atribuye parte de los efectos de la emancipación, a los menores que por autorización del padre o por disposición legal tengan la administración de sus bienes. Dice así el precepto en comentario: "Cuando por la ley o por voluntad del padre el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces".

Consideramos que esta disposición legal es contraria a la reglamentación que de la patria potestad hace el Código Civil, ya que confiere al padre el privilegio de conceder tal autorización, siendo que el ejercicio de la patria potestad corresponde en igualdad de derechos al padre y a la madre. Por lo tanto, el legislador debe de corregir o precisar esa redacción, señalando que para tal efecto (conceder dicha autorización) el administrador de los bienes (no necesariamente el padre) deberá contar con el consentimiento de su consorte y, en caso de desacuerdo, con la aprobación judicial. Con esa reforma, el artículo 435 estará acorde con el 426 que estatuye: "Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración."

Como lo determina el multicitado artículo 435, los efectos de esa autorización se constriñen tan sólo a la administración de los bienes del hijo, por lo que no tiene consecuencia alguna por lo que se refiere a la persona del menor, quien desde luego permanece sujeto a la autoridad paterna.

Por ser la emancipación una figura jurídica por cuya consecuencia el menor se sustrae de la patria potestad y de la tutela, todos los efectos antes expuestos tienen aplicación --

también respecto del menor sometido a tutela. Sin embargo, no puede afirmarse, como se afirma con los menores sujetos a la patria potestad, que los menores sujetos a tutela se sustraigan o liberen completamente de ella, puesto que según lo prescribe la fracción II del artículo 643, el menor emancipado necesita de un tutor para intervenir en los negocios judiciales, tutela que conforme lo determina el artículo 499 será dativa. Se expresa así dicho precepto: " Siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado".

En relación con este punto, el maestro Rojina Villegas nos dice: "En conclusión, podemos sostener que respecto de la tutela no existe propiamente una extinción de la misma en todas sus manifestaciones, dado que para el menor emancipado se mantiene tal institución, pero sólo a efecto de que pueda ser representado por un tutor en los negocios judiciales. Por consiguiente, encontramos un efecto modificativo más que extintivo de la tutela". (125)

Otro de los efectos que trae consigo la emancipación, lo encontramos en la fracción I del artículo 731 del Código Civil, ya que tal disposición faculta al emancipado para solicitar por escrito al Juez de su domicilio la constitución del patrimonio de familia, señalando en forma pormenorizada los bienes que a él quedarán afectos.

D) CAPACIDAD DEL EMANCIPADO SOBRE SUS BIENES Y SOBRE SU PERSONA.

A diferencia de otros sistemas jurídicos que no contemplan la figura de la emancipación (V.gr. Alemania), o que equiparan completamente al emancipado con las personas mayores de edad en cuanto a su capacidad de ejercicio (Suiza), el Código Civil para el Distrito Federal siguió los lineamientos establecidos por el Código Civil francés, atribuyendo al emancipado una capacidad semiplena.

No por la emancipación la ley presume que el emancipado posee el poder de discernimiento suficiente para conducirse de la misma forma que un mayor, de ahí la razón de que existan medidas protectoras establecidas por el ordenamiento jurídico, para la salvaguarda de los intereses del menor.

Salvo las restricciones contenidas en las dos fracciones del artículo 643 del Código Civil, el emancipado goza de la misma capacidad que los mayores.

Al tenor de lo que establece ese precepto, el menor emancipado puede libremente celebrar toda clase de actos de administración relativos a sus bienes muebles e inmuebles, ya que para ello la ley no le exige asistencia, representación o autorización alguna para que tales actos sean plenamente válidos.

Sobre este punto es importante recordar, que dichas restricciones benefician indirectamente a terceros de buena fe que celebran contratos con el emancipado, por cuyos efectos se enajenen o constituyan gravámenes sobre inmuebles propiedad del emancipado, ya que al revestir el contrato de que se trate la formalidad exigida por la ley (autorización judicial), el emancipado no podrá en el futuro invocar la nulidad del acto argumentando incapacidad.

En relación con la amplísima capacidad de dominio --

que adquiere el menor como consecuencia de la emancipación sobre sus bienes muebles, y respecto de las limitaciones que le impone el artículo 643 sobre inmuebles, el maestro Galindo Garfías señala: "De las restricciones que establece el precepto -- que se comenta, quedan excluidos, los actos de disposición de bienes muebles del menor de edad emancipado, según se desprende de la interpretación gramatical de la disposición legislativa que se estudia.

Sin embargo, esta interpretación letrista, no satisface enteramente: a) el mismo legislador, se ha expresado en manera distinta, cuando ha querido referirse a la plena capacidad que resulta de la mayoría de edad, en el artículo 647 del Código Civil declarando que "el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes"; en tanto que respecto del menor de edad emancipado, estatuye en el artículo 643, tiene la libre administración de ellos. La capacidad de administrar no comprende la capacidad de disponer. En este sentido Fernández-Clérigo, al hacer el estudio comparativo de la emancipación dice: "Pero téngase en cuenta que no tiene (el emancipado) más que la pura administración, en consecuencia, carece de las facultades de libre disposición, no puede ni gravar ni enajenar, ni realizar en suma ninguno de los actos de dominio, para lo cual necesita de la asistencia de un representante legal"; b) debe hacerse notar que la emancipación es un estado intermedio entre la incapacidad que sufre el menor no emancipado y la capacidad plena de que goza la persona que por haber alcanzado la mayoría de edad, adquiere legalmente la capacidad de ejercicio, fundada en la suficiente madurez de juicio y aptitud de discernimiento, que por razón natural sólo se adquiere con el desarrollo intelectual de la persona que ha cumplido cierta edad (dieciocho años) y que siendo la emancipación una consecuencia del matrimonio, la aptitud fisiológica para las funciones de reproducción, que se adquiere al llegar a la pubertad (14 años en la mujer y 16 en el varón) ni razonablemente, ni jurídicamente, -

autorizan para atribuir a las personas púberes, por haber contraído matrimonio el suficiente desarrollo intelectual que no han alcanzado; c) que si bien el matrimonio debe producir la emancipación del cónyuge menor de edad respecto de su persona, en algunas legislaciones extranjeras (Derecho francés), la institución de la curatela ofrece al menor de edad emancipado, -- asistencia para los actos de disposición de bienes y aún para algunos actos de administración; d) que en este sentido la Ley de Relaciones Familiares adoptó un sistema más racional, dejando la administración de los bienes del menor de edad emancipado, en las manos de quienes ejercían sobre él la patria potestad o en las facultades del tutor, y e) que al haber quedado en nuestro sistema legislativo actual, reconocida como única causa de emancipación la que deriva del matrimonio (emancipación tácita), parece incongruente hoy en día, que el criterio para restringir la capacidad de ejercicio del menor de edad, emancipado, sea la naturaleza mueble o inmueble de los bienes que enajene y no el valor económico de las cosas de que dispone, ya sean éstas bienes raíces o bienes muebles ". (126)

Participamos de la opinión del maestro Galindo Garfias, en el sentido de que la restricción a la capacidad de ejercicio impuesta al emancipado en la fracción primera del artículo 643 del Código Civil, debe comprender los actos de disposición de títulos, valores representativos de derechos reales (cédulas hipotecarias, certificados de participación inmobiliaria y otros semejantes) etc.

Además de esas limitaciones, considero que también en protección de los intereses del emancipado, éste debe carecer de la capacidad para adquirir bienes inmuebles que reporten -- cualesquier tipo de gravamen, salvo que para ello cuente con la previa autorización judicial, ya que si bien es cierto que-

para adquirir bienes no tiene ninguna limitación en su capacidad, atendiendo al texto del artículo 643 requiere de la anuencia del Juez de lo familiar para contraer obligaciones reales.

El criterio adoptado por nuestra legislación civil en lo que mira a la capacidad del emancipado, difiere de la generalidad de las legislaciones extranjeras, dado que en la mayoría de éstas el emancipado tiene capacidad para celebrar únicamente actos jurídicos tendientes a la mera administración de su patrimonio. No le está permitido, por consiguiente, disponer de sus bienes ya sean muebles o inmuebles, dentro de cuyos actos figuran el afectarlos en garantía, arrendarlos por plazos largos, permutarlos, donarlos, otorgar o recibir dinero en mutuo, etc.

Con relación a este punto puede decirse que el legislador mexicano, salvo los multicitados casos de excepción, equiparó la capacidad del emancipado a la de los mayores de edad.

En torno a la capacidad del emancipado debe decirse entonces que, en principio, goza de la facultad de celebrar cualquier contrato, siempre que no encuadre en los supuestos previstos en las dos fracciones del artículo 643. Este principio general está acorde con lo estatuido en el relativo 1798 del Código Civil que dice: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley". Estas excepciones como ya lo hemos visto, se refieren solamente a los contratos que tengan por objeto la enajenación, gravamen o hipoteca de inmuebles y a la comparecencia ante la autoridad judicial.

Según lo establece el artículo 636 del mismo ordenamiento, estarán afectados de nulidad todos los contratos que llegase a celebrar el emancipado en contravención a lo prescrito por el artículo 643. Dicha disposición legal se encuentra redactada en los siguientes términos: "Son también nulos los actos de administración y los contratos celebrados por los menores-emancipados, si son contrarios a las restricciones establecidas

por el artículo 643".

De acuerdo con la reglamentación que de las nulidades hace nuestra legislación civil, los actos jurídicos celebrados por el emancipado en oposición a las restricciones del artículo 643, se encuentran viciados de nulidad relativa, ya que pueden ser confirmados cuando cese la incapacidad del menor.

Estatuye el artículo 1975 del Código Civil: "El contrato puede ser invalidado: I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas..."

Por su parte, el artículo 2228 señala: "La falta de -- forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo".

El artículo 2233 dice: "Cuando el contrato es nulo por incapacidad, violencia o error, puede ser confirmado cuando -- cese el vicio o motivo de nulidad, siempre que no concurra -- otra causa que invalide la confirmación". El 2235: "La confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo, pero ese efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de tercero".

En torno a la capacidad del emancipado pueden plantearse interesantes cuestionamientos. Por estimarlo conveniente y oportuno, a continuación haremos referencia, en forma sumamente breve, a las diversas especies de contratos contemplados en la Segunda Parte, Título Primero del Código Civil, en relación con la capacidad del emancipado para celebrarlos.

Por lo que se refiere al contrato preparatorio, considerado por nuestro Código Civil en sus artículos que van del 2243 al 2247, debe decirse que el emancipado puede, sin autorización judicial y sin la intervención de un tutor, asumir contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro, siempre y -

cuando éste no tenga por objeto algún acto restringido por el artículo 643.

Por virtud de este contrato, una o ambas partes asumen la obligación de celebrar un contrato futuro. El objeto de la promesa es crear entre las partes la obligación de celebrar en cierto tiempo un contrato definitivo, por lo que este contrato sólo da origen a obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo en que las partes hayan convenido.

El emancipado puede también celebrar contratos traslativos de dominio, siempre y cuando por virtud de éstos no contraiga la obligación de transmitir la propiedad de sus bienes inmuebles, sin la previa autorización judicial.

Según las disposiciones que regulan la figura jurídica de la emancipación, el menor que se emancipa puede, sin limitación alguna, adquirir y transferir la propiedad o dominio de derechos personales y bienes muebles. Puede también adquirir derechos reales y bienes raíces libres de todo gravamen o limitación.

Las mismas limitaciones que tiene el emancipado para celebrar el contrato de compraventa, las tiene también para celebrar el de permuta, en virtud de que este contrato sigue las mismas reglas generales de la compraventa, salvo evidentemente en lo relativo al precio.

En conclusión, puede sostenerse que mediante la permuta el emancipado puede transferir el dominio de sus bienes muebles o derechos de crédito, sin ninguna limitación. Cuando las cosas que pretenda permutar sean bienes raíces o derechos reales sobre éstos o bien cuando la cosa que va a recibir en lugar de su contraprestación se trate de un inmueble que reporte gravámenes, necesitará forzosamente la previa autorización judicial.

Con respecto a la donación, contrato traslativo de dominio que hace pasar gratuitamente bienes o derechos del patrimonio del donante al del donatario, es indudable que el emanci

pado tiene capacidad para recibir en esta forma toda clase de bienes. Así se infiere del artículo 2357 del Código Civil que establece: "Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a los dispuesto en el artículo 337".

Tratándose de inmuebles que reporten algún gravamen, - podrá aceptar la donación una vez que la autoridad judicial -- haya analizado el beneficio que le representará, otorgando su autorización, la que en mi opinión deberá también exigirse tratándose de donaciones onerosas, en las que el donatario quedé obligado al cumplimiento de determinadas cargas.

Como donante, podemos afirmar que el emancipado puede hacer donaciones de bienes muebles; sin embargo, con el objeto de salvaguardar eficazmente los intereses del emancipado, - estimamos que el legislador debe restringir la capacidad de -- aquél para donar sus bienes muebles o derechos personales, incluyendo una disposición que lo obligue a recabar la anuencia judicial.

En torno al contrato de arrendamiento, considerado como el clásico acto de administración, el emancipado con apego a lo dispuesto en la primera parte del artículo 643, tiene la libre facultad de celebrarlo sobre toda clase de bienes o derechos susceptibles de arrendarse, pudiendo estipular en él los plazos máximos que permite la ley.

El Código Civil dispone que "hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto" (artículo 2398).

En determinados supuestos la ley equipara como acto de dominio el arrendamiento por más de cinco años. No consideramos que las disposiciones que existen al respecto limiten la - capacidad del emancipado para arrendar sus bienes, toda vez --

que dichas disposiciones legales han sido dictadas para los administradores de bienes ajenos, verbigracia: personas que ejercen la patria potestad (2o. párrafo del artículo 436), tutores (artículo 573), albaceas (artículo 1721), etc. Por lo tanto, esta limitación para celebrar contrato de arrendamiento estipulando plazos mayores de cinco, no tiene aplicación cuando el propietario de los bienes sin ninguna representación, los da en arrendamiento.

En esa virtud, el emancipado puede dar sus bienes inmuebles en arrendamiento aunque el término pactado en el contrato sea mayor de cinco años, ya que, si bien es cierto que no está facultado para ejecutar sobre ellos actos de dominio, también lo es que en el caso de que se trata la ley no equipara el arrendamiento de inmuebles como acto de dominio, sino que lo considera acto de administración.

Es oportuno destacar que es sumamente criticable la redacción de la primera fracción del artículo 643, por la imprecisión de su término "gravamen", que comprende desde luego la hipoteca, ya que no encontramos en el Código Civil ninguna disposición que lo defina o determine, aunque sabemos bien que dicho cuerpo legal no tiene como finalidad la de ser un libro de texto o doctrinario, sino un conjunto de ordenanzas tendientes a regular relaciones jurídicas.

En el caso del comodato, consideramos también que el emancipado se encuentra plenamente facultado para celebrarlo y obligarse, sin que para ello tenga ninguna restricción. El artículo 2497 define a este contrato de la siguiente forma: "El comodato es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente".

El emancipado puede libremente concertar este contrato, ya sea ostentando el carácter de comodante o de comodatario,

en razón de que las disposiciones que regulan este acuerdo de voluntades en nada se oponen al ámbito jurídico que le ha sido circunscrito.

De conceder gratuitamente el uso de sus bienes raíces, podrá exigir o reclamar de conformidad con lo prescrito por el artículo 2512, la entrega o devolución anticipada de los mismos, en caso de que le sobreviniese necesidad urgente de ellos.

Por lo que hace al contrato de depósito a que alude el artículo 2516, el emancipado guarda una situación un tanto con tr ad i c t o r i a. "El depósito-dice el precepto en cita - es un con tr ato por el cual el depositario se obliga hacia el de po s i t a n te a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante".

Dijimos que el emancipado respecto a este contrato - - guarda una situación un tanto contradictoria, en razón de que, no obstante estar facultado para celebrarlo de acuerdo con las normas que rigen su capacidad, para que pudiera concertarlo con el carácter de depositario y asumir cabalmente todas las ob l i g a c i o n e s que ese cargo lleva consigo, el legislador debiera de - exigirle la autorización judicial y disponer que para esos casos se le nombre un tutor especial.

Estatuye el artículo 2518 lo siguiente: "Los de po s i t a r i o s de títulos, valores, efectos o documentos que devengan i n ter e s e s, quedan obligados a realizar el cobro de éstos en las é p o c a s de sus vencimientos, así como también a practicar cu an to s act o s sean necesarios para que los efectos depositados con ser ven el valor y los derechos que les correspondan con ar re g l o a las leyes". Así pues, es claro que el emancipado aunque tiene capacidad para celebrar este contrato, no la tiene para cu m p l i r por sí mismo con todas las obligaciones a cargo del de po s i t a r i o; cargo que entraña graves responsabilidades, como la de intervenir judicialmente para evitar la prescripción de las acciones de cobro de los títulos o documentos objeto del depó-

sito; ejercer las acciones judiciales que procedan para exigir la reparación de los daños que hayan sufrido los bienes que custodia ocasionados por un tercero, e incluso, solicitar judicialmente la retención del depósito para asegurar el pago de lo que le llegare adeudar el depositante, etc.

En cuanto al contrato de mandato, el Código Civil nada dice respecto a la capacidad del emancipado para celebrarlo. En su artículo 2546 dispone: "El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga".

Cuando una persona confiere a otra un acto o negocio jurídico para que lo ejecute a su nombre o por su cuenta, de tal suerte que los efectos que se produzcan recaigan sobre la persona representada, estamos frente a la figura jurídica del mandato, el cual sólo puede tener por objeto actos jurídicos para los que la ley no exija la intervención personal del representado.

Ya que el Código Civil no contiene ningún precepto prohibitivo, podemos afirmar que el emancipado puede ser mandatario y por consiguiente, celebrar todos los actos o negocios jurídicos que le hubiere encomendado el mandante, sin las limitaciones a que se refiere el artículo 643 tantas veces citado, toda vez que dichas limitaciones se refieren a los intereses propios del emancipado y no a los actos que realice en nombre y ocupando el lugar de otra persona. Por ejemplo, si el representado tiene la capacidad para enajenar o gravar sus bienes inmuebles, el emancipado que lo represente podrá gravarlos o enajenarlos aunque él no tenga la libre disposición de los que le pertenezcan. Por el contrario, si el representado carece de capacidad para realizar tales actos de disposición, el representante por mucha que sea su capacidad no podrá cumplir el mandato.

La excepción a la regla de que el emancipado pueda ser mandatario, la encontramos en el artículo 2585 que determina - en su fracción primera que no pueden ser procuradores en juicio los incapacitados. Hasta en tanto no alcance la mayoría de edad, el emancipado no podrá obrar como mandatario judicial, - debido a que si es incapaz para intervenir por sí mismo en un proceso judicial, con mayor razón lo es para comparecer en juicio en representación de otro, a efecto de defender intereses ajenos.

Respecto a la capacidad del emancipado para otorgar poderes, ésta solo se encuentra restringida para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces, salvo que para ello previamente haya gestionado y obtenido la autorización judicial.

Con relación al contrato de fianza, que tiene lugar -- cuando una persona para garantizar la satisfacción de un crédito que ha contraído, ofrece al acreedor el patrimonio de otro sujeto, podemos sostener que el emancipado es hábil para contratarlo, asumiendo la obligación de pago en caso de que el -- obligado principal no cumpla. El artículo 2794 del Código Civil señala: "La fianza es un contrato por el cual una persona se -- compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no - lo hace". La fianza puede constituirse para garantizar cualesquier obligación, con tal de que ésta sea lícita.

Pensamos que el emancipado puede libremente concretar este contrato como fiador y, por lo tanto, garantizar subsidiariamente el pago de una obligación, en razón de que, si bien - es verdad que compromete su patrimonio, al asumir el carácter de fiador no enajena, grava o hipoteca sus bienes raíces. Por otro lado, el artículo 2082 del citado ordenamiento, solo exige que el fiador tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza.

Sin embargo, con ánimo de proteger el patrimonio del - emancipado, considerando la inexperiencia de que adolece y la-

gran responsabilidad que contrae como fiador, pugnamos por una reforma legislativa que amplíe la fracción primera del artículo 643, imponiendo a aquél la necesidad de contar con la previa autorización judicial para comprometerse en el cumplimiento de obligaciones a cargo de terceros, o lo que es lo mismo para -- concertar y obligarse por cualquier contrato de los llamados -- "de garantía", ya sean de carácter personal como la fianza o -- de carácter real como la prenda o hipoteca.

Ya con anterioridad apuntamos que una de las formas más eficaces adoptadas por el legislador para proteger los intereses del emancipado es la sanción de nulidad de todos los -- actos jurídicos que llegue a celebrar traspasando los límites de la capacidad que le ha sido conferida (artículo 643); nulidad que es relativa, ya que el acto puede ser convalidado cuando cese la causa que la haya originado (artículos 2230 y 2233).

Se dijo también que el principio por el cual el emancipado puede alegar la nulidad de los actos que haya celebrado, en contravención a las restricciones que la ley impone tiene -- dos excepciones: a) cuando se obligó sobre materias propias de la profesión o arte de que es perito y; b) cuando dolosamente se hizo pasar por mayor de edad.

En nuestra opinión, las restricciones del emancipado consignadas en el artículo 643 debieran ampliarse, haciendo que recabara la autorización judicial para celebrar contratos -- traslativos de dominio hasta por un determinado monto, con mayor razón para celebrar contratos que tengan por objeto transferir a título gratuito sus bienes o derechos, así como para -- garantizar el cumplimiento de una obligación asumida por un ter -- cero.

En torno a la capacidad del menor emancipado caben -- plantearse algunas interrogantes, como la de si está facultado para renunciar la prescripción ganada, para aportar bienes a so -- ciedades y para aceptar o repudiar una herencia.

Por lo que toca a la primera cuestión, el artículo 1141 del Código Civil dispone: "Las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar la prescripción ganada, pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo". Confrontando este precepto con lo estatuido por el artículo 643, es fácil inferir que tratándose de la prescripción ganada sobre bienes raíces, el emancipado sólo podrá renunciarla con autorización judicial.

Respecto a si puede aportar bienes, dinero o industrias a sociedades, nuestra legislación al regular la capacidad civil del emancipado resuelve esta cuestión en sentido afirmativo, - salvo que se trate de bienes inmuebles los que se pretendan -- aportar, ya que para ello sí necesita autorización judicial, en virtud de que la aportación, excepción hecha de que se pacte - otra cosa, implica la transmisión de dominio a la sociedad - - (artículo 2689).

Por último, ¿Puede el emancipado aceptar o repudiar -- una herencia sin necesidad de autorización judicial o de la intervención de un tutor? Con apoyo en lo ordenado por los artículos 643 y 1653 estimamos que el emancipado sí puede libremente aceptar la herencia, en razón de que para tal efecto el segundo de los artículos citados determina que pueden aceptar o repudiar la herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes, facultad que al emancipado le confiere el artículo 643, al determinar interpretativamente que tiene la libre disposición de sus bienes muebles; no así de los inmuebles, por lo que no podrá renunciar a la herencia cuando haya este tipo de bienes en el haber hereditario.

En otro orden de ideas, el menor emancipado puede adquirir por virtud de su emancipación la calidad de comerciante, siempre y cuando se dedique de un modo efectivo a la realización de los actos de comercio, tal como dispone el artículo 3o. del Código de Comercio que dice: "Se reputan en derecho comerciantes:

I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;... "Esto es, para que el emancipado pueda ser calificado como comerciante es preciso que ejerza el comercio no en forma esporádica o accidental, sino de manera habitual, haciendo de esa su ocupación ordinaria. En nuestra opinión, el emancipado puede ser comerciante siempre y cuando el objeto de su actividad no lo constituyan bienes inmuebles.

A mayor abundamiento, el artículo 5o. del Código de Comercio establece: "Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes - no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo. "

La calidad de comerciante puede adquirirla el emancipado, gracias a la derogación del artículo 6o. del Código de Comercio, la cual tuvo lugar por decreto publicado en el Diario-Oficial de la Federación el día 27 de enero de 1970. Según este precepto, la capacidad legal para ejercer el comercio no podía adquirirse antes de los dieciocho años, y señalaba además que el menor comerciante en ningún caso podía gozar de los beneficios inherentes a su minoría de edad.

Conforme a las disposiciones del artículo 5o. citado, tenemos que la legislación mercantil remite al Código Civil -- para que sea éste quien determine las bases legales respecto a la capacidad para celebrar tanto actos aislados como para ejercer la profesión de comerciante. Los requisitos que establece la legislación mercantil para conferir el status de comerciante son entonces, la capacidad de ejercicio para contratar y -- obligarse ( regulada por el Derecho Civil) y la ocupación ordinaria en el ejercicio del comercio.

En nuestro sistema jurídico no se reglamenta una emancipación especial para ejercer el comercio. En esas condiciones, los menores de edad no emancipados y los mayores declara-

dos en estado de interdicción, tiene incapacidad natural y legal para contraer válidamente obligaciones y, por lo tanto, para el ejercicio del comercio.

En atención a que es la legislación civil la que regula la capacidad de las personas para celebrar actos jurídicos de naturaleza mercantil, considero que si el emancipado comerciante no puede ejecutar actos de dominio sobre sus bienes inmuebles, sin contar con la previa autorización judicial, ni puede comparecer a juicio sin la asistencia de un tutor, tampoco podrá ejercer la profesión de comerciante, si esta actividad entraña violación a las limitaciones establecidas por el artículo 643 del Código Civil.

No acontece lo mismo en materia laboral (desintegrada también del Derecho Civil), ya que la Ley Federal del Trabajo ha dictado normas especiales relativas a la capacidad de las personas en relación con su condición de trabajadores. Según lo dispone este ordenamiento, el menor de edad (aunque no se encuentre emancipado) tiene plena capacidad para obligarse mediante la contratación de sus servicios, así como para deducir por sí mismo las acciones judiciales que le asistan para hacer valer sus derechos.

En su artículo 23 la Ley Federal del Trabajo estatuye: "Los mayores de dieciséis años pueden prestar libremente sus servicios, con las limitaciones establecidas en esta Ley. Los mayores de catorce y menores de dieciséis necesitan autorización de sus padres o tutores y a falta de ellos, del sindicato a que pertenezcan, de la Junta de Conciliación y Arbitraje, del Inspector del Trabajo o de la Autoridad Política.

Los menores trabajadores pueden percibir el pago de sus salarios y ejercitar las acciones que les correspondan".

### 3.- IMPORTANCIA DE LA EMANCIPACION EN LA ACUTALIDAD.

Indudablemente resulta de gran interés el estudio del régimen jurídico del emancipado y, en general, del menor de --- edad, dado el precoz desarrollo intelectual que en la actuali--- dad presenta la niñez, el gran interés que en los últimos tiempos el legislador universal ha concentrado en ésta, así como -- por la cada vez más temprana participación de los menores en las relaciones comerciales, laborales y en general en el tráfico ju--- rídico.

En honor de la verdad, la emancipación no obstante ser una de las instituciones más antiguas originadas en la legislación civil del primitivo Derecho Romano, se encuentra en el umbral del olvido dentro de nuestro sistema jurídico. En mi opi--- nión, ello principalmente se debe a la supresión de la emancipa--- ción llamada voluntaria, ocasionada por la modificación de la ma--- yoría de edad. Como ya lo vimos, en lugar de haber dejado subsis--- tente ese sistema emancipatorio, modificando el término legal - establecido para que fuese operante, el legislador optó por su--- primirlo de nuestro ordenamiento legal.

Por la utilidad que representa, creemos que se hace ne- cesario rescatarla del olvido, en que prácticamente ya se encuen- tra, adecuándola a las condiciones y necesidades de la vida mo--- derna.

Como lo apuntamos en el desarrollo de este trabajo, la- utilidad que reporta la emancipación estriba fundamentalmente en que inicia progresivamente al menor en el uso de su libertad, - otorgándole capacidad para disponer por su propia voluntad y ba--- jo ciertas condiciones, de su persona y de sus bienes, lo que -- evidentemente representa para él una experiencia provechosa. Con la emancipación se evita o elimina en favor del menor un tránsi--- to brusco entre un estado de carencia absoluta de capacidad de- ejercicio y el de plena capacidad.

El individuo a causa del cambio tan brusco que experimenta al pasar de manera repentina de la minoría de edad en donde la ley le reputa incapaz, a la mayoría donde se le otorga la plena capacidad, si otra causa ajena no se la modifica, generalmente no se encuentra apto intelectualmente para hacerse cargo de la gran responsabilidad que asume por el sólo hecho de haber llegado a la edad de 18 años.

La emancipación como estado intermedio que es entre la minoría y la plena capacidad que da la mayoría de edad, viene a atenuar, a hacer moderado ese cambio violento que sufre el individuo por el sólo transcurso del tiempo.

Nos parece que sería más recomendable otorgar a la persona una capacidad gradual de ejercicio para conducirse en el mundo jurídico, en razón de que esto le permitiría, una vez que alcanzara la mayoría de edad, poseer una mayor experiencia en los negocios y, por consiguiente, manejar con mayor eficacia -- sus propios intereses.

El considerable desarrollo de nuestra sociedad, originado por grandes transformaciones de carácter económico y social, hace necesario conferir a los menores la suficiente capacidad - que les permita tener un mayor acceso y participación en la vida social, jurídica y económica del país.

Por otro lado, pensamos que el excesivo proteccionismo de los padres hacia sus hijos menores de edad suele ocasionar - a éstos serios problemas, ya que ello puede conformarles una personalidad de hombres tímidos, dependientes y faltos de seguridad, no aptos intelectualmente para asumir la gran responsabilidad que implica el alcanzar la mayoría de edad.

Así pues, la emancipación es una institución no sólo -- útil sino necesaria, dado que prepara o alista al menor en los negocios jurídicos, a fin de que cuando obtenga la plena capacidad de ejercicio, disfrute ya de los conocimientos y experiencia suficientes que le permitan conducir su persona y administrar sus

bienes de manera acertada.

Durante el tránsito de esa preparación la Ley no lo ---, abandona por completo, sino que sigue tutelando sus intereses, - condicionando la celebración de aquellos actos en los cuales el legislador ha estimado que el menor necesita de su protección, - por la trascendencia de las consecuencias jurídicas.

En atención a lo antes expuesto, sustentamos el criterio de que debe modificarse el capítulo relativo a la emancipación, en el sentido de que ésta se otorgue no sólo por el hecho de contraer matrimonio, sino a todos los menores independientemente de su estado civil, por la sencilla razón de haber alcanzado determinada edad, como pudiera serlo la de catorce años. Es to desde luego sin perjuicio de poder concederla por virtud de - matrimonio aunque no se cuente con la edad que se llegue a requerir, en los casos en que medie la autorización a que se refiere el artículo 151 de nuestro Código Civil.

En otras palabras, pugnamos porque la emancipación se - otorgue ya no como excepción sino como regla general, tal como - creemos lo exige el dinamismo y complejidad de la vida moderna.

La legislación familiar debe experimentar modificaciones en atención a la realidad del país y no por un mero afán imita tivo de legislaciones extranjeras.

CAPITULO V

DERECHO COMPARADO

CODIGO DE NAPOLEON

" En el antiguo derecho francés, la utilidad de la emancipación no se dejó sentir mientras que la mayoría de edad permaneció muy precoz; pero cuando, a partir del siglo XVIII, y -- por influencia del derecho romano, las costumbres elevaron a 25 años la mayoría de edad, pareció útil conferir la capacidad a -- ciertos menores. Se admitió, al menos en los países de derecho-consuetudinario, que el matrimonio emancipa. Por otra parte, la venia aetatis reapareció en la forma de una concesión real: la letra de beneficio de edad. Estas letras o cartas podían ser -- concedidas a partir de los 18 años. Otorgaban al menor una semi capacidad, que le permitía percibir sus rentas y administrar -- sus bienes. Para los actos más graves, el menor obraba por sí mismo, aunque asistido por un curador y era necesario el parecer de los parientes (Consejo de familia) cuando quería enajenar sus inmuebles. Por su mala conducta podía ser colocado de -- nuevo bajo el régimen de la tutela.

" Los redactores del Código civil suprimieron las letras de beneficio de edad como favor dispensado por el poder público; pero conservaron, con el nombre de emancipación, como sistema le gal, las reglas del antiguo derecho; el menor emancipado está so metido al régimen de la curatela.

" El proyecto preveía la emancipación de pleno derecho para los menores, a partir de los 18 años, cuando carecieran de sus padres; se había pensado en instituir así un período de -- adaptación, en el curso del cual el menor, asistido por su cura dor tomaría contacto con la vida de los negocios. Pero ante la observación de Cambacères, que destacó que era inútil imponer la emancipación cuando no era pedida por nadie, tal disposición fué retirada del proyecto.

" La emancipación no es práctica corriente en Francia. De hecho, sólo se utiliza en el caso en que el menor sea titular de

un establecimiento mercantil; porque sólo el menor emancipado - puede ser autorizado a ejercer el comercio. No por eso deja de ser cierto que muchos menores están emancipados: todos los menores casados, porque el matrimonio emancipa". (127)

El Derecho Francés reconoce dos clases de emancipación: una producida por el matrimonio del menor (llamada tácita o legal) y la otra, que requiere un acto de voluntad por parte de - quien ejerce la patria potestad y del menor (llamada expresa o voluntaria).

La emancipación tácita sólo se concede por virtud del - matrimonio del menor; produce sus efectos ipso iure una vez celebrado éste, por lo que no se requiere ningún procedimiento -- especial o que medie alguna declaración judicial que la ratifique. Esta clase de emancipación se produce aún en el supuesto - de que el menor haya estado emancipado y dicha emancipación - - haya sido revocada.

Además, es definitiva e irrevocable (a diferencia de la voluntaria) ya que subsiste a la disolución del matrimonio por muerte o por divorcio, pero supone un matrimonio válido o por lo menos putativo, es decir celebrado de buena fe por el menor.

La emancipación por matrimonio se encuentra establecida en el artículo 476 del Código Civil Francés, que determina: "El menor se emancipa de pleno derecho por el matrimonio". Para que el menor pueda emanciparse mediante esta forma, es preciso que para contraer matrimonio cuente con la autorización de quien -- ejerce sobre él la patria potestad o la tutela; otorgada dicha- autorización no puede establecerse reserva alguna en cuanto a - la emancipación.

El legislador francés encontró la justificación de esta medida en el hecho de que el matrimonio es incompatible con el

127.- MAZEAUD, HENRI, LEON Y JEAN.- Lecciones de Derecho - Civil. Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa-América,- Buenos Aires, 1969, Págs. 289 y 290.

estado de sumisión o subordinación, que guarda el menor sometido a la patria potestad o la tutela, lo que le dificultaría cumplir eficazmente con los fines del matrimonio. Si el menor es el marido necesita gozar de independencia para desempeñar el cargo de jefe de familia; por el contrario, si es la mujer encuentra en su consorte un guía y protector, no siendo conveniente por lo tanto que tenga ningún otro.

La emancipación por declaración puede resultar de la voluntad de los padres o del Consejo de Familia. Conforme a lo dispuesto por el artículo 477 del ordenamiento en cita, en tanto que el padre viva, únicamente él puede en principio emancipar al menor, puesto que únicamente él tiene el ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, el propio precepto señala que este derecho pasa a la madre si el padre ha muerto, si está en la imposibilidad de manifestar su voluntad o si ha sido privado de la patria potestad.

En caso de divorcio o de separación de cuerpos, los tribunales franceses han sostenido que el derecho de emancipar al hijo lo tendrá aquel a quien corresponda la guarda del menor.

El derecho de emancipar a un hijo extramatrimonial corresponde a aquel de los padres que tiene el ejercicio de la patria potestad y por lo que concierne a los hijos adoptivos el derecho de emancipación corresponde al adoptante.

El menor de edad huérfano sólo puede alcanzar la emancipación por el Consejo de Familia. En este caso, solamente el tutor y los parientes por consanguinidad o por afinidad del menor pueden convocar al Consejo de Familia a efecto de solicitar la emancipación del menor.

Los menores que se encuentran bajo el cuidado de la asistencia pública, se emancipan por el organismo que para ellos

tiene el carácter de Consejo de Familia.

La emancipación por declaración del padre que ejerce la patria potestad es posible desde que el menor ha cumplido quince años de edad (art. 477 del Código Civil). A falta del padre o de la madre, la emancipación se podrá otorgar por el Consejo de Familia hasta que el menor cumpla dieciocho años (arts. 478- y 479 del Código Civil). En el primero de los casos, es decir, cuando es por voluntad de uno de los padres, la emancipación resulta de una declaración hecha por ellos ante el juez de paz -- del domicilio del menor, asistido por un secretario; por el contrario, cuando la otorga el Consejo de Familia, es producida -- por la deliberación de sus miembros bajo la presidencia del juez de paz y, una vez concedida, se formula el acta respectiva.

En el Derecho Francés, la emancipación por declaración -- ya sea del padre que ejerce la patria potestad o por el Consejo de Familia, es un acto solemne. De ella se toma razón en los registros de la justicia de paz, pero no al margen de las inscripciones del nacimiento de las personas, como acontece con la -- emancipación tácita. Por otra parte, la emancipación expresa es revocable y si ha sido concedida contra los intereses del menor puede ser anulada.

"La emancipación es un acto solemne: se realiza mediante una declaración que recibe el juez de paz del domicilio del menor, asistido por su secretario. La jurisprudencia considera que una irregularidad de forma en este documento auténtico, o -- la incompetencia territorial del juez de paz, lleva consigo la nulidad de la emancipación". (128)

A mi juicio la emancipación por declaración o también -- llamada voluntaria, no es tan "voluntaria" como pudiera parecerlo, dado que sin duda alguna en el criterio del juez de primera instancia del domicilio del menor radicará la autorización

o negación para concederla, previa la valoración que haga de los beneficios o perjuicios que con ella pudieran ocasionarse al -- menor.

Por lo que concierne a la capacidad del emancipado para realizar actos jurídicos, la legislación francesa le reconoce - una capacidad limitada, que le permite efectuar todos aquellos - actos de pura administración que evidentemente no comprometen - su patrimonio, sino que sólo se ocupan de su manejo e incremento. Es decir, la emancipación, ya sea expresa o tácita, pone fin casi por completo con la autoridad a que estaba sujeto el menor, - ya fuere ésta la patria potestad o la tutela, produciendo en -- cuanto a su persona y patrimonio los efectos que a continuación se resumen:

- a).- Se libera de toda dirección inherente a la autoridad paterna o tutelar, pudiendo en consecuencia - separarse de la casa paterna y establecer su propio domicilio, elegir la profesión u oficio que más - le acomode, etc. Sin embargo, para poder ejercer el comercio necesita haber cumplido 18 años de -- edad y contar con la autorización de sus padres - o, a falta de éstos, del Consejo de Familia. Este último requisito también se le exige en caso de - que pretenda contraer matrimonio.
- b).- Cesa la representación que tenía cuando se encontraba bajo la patria potestad (o en su defecto de la tutela) y a cambio de ella se le provee de asistencia, con la cual puede participar por sí mismo en las relaciones jurídicas, acompañado de un mayor en pleno uso de sus facultades mentales.
- c).- Se le otorga plena capacidad únicamente para realizar por sí solo actos de pura administración -- sobre sus bienes.

Con relación a los bienes, el artículo 481 del Código Civil es el que autoriza al menor emancipado para realizar "todos los actos que no sean sino de pura administración." En otras palabras, la capacidad otorgada al menor le permite realizar -- exclusivamente aquellos actos que no comprometen su patrimonio y que sólo conciernen a su manejo.

En el Derecho francés se consideran actos de pura administración:

10. Los actos conservativos, como son la inscripción - o renovación de una hipoteca a favor del menor, la interrupción de una prescripción, las reparaciones necesarias para los bienes inmuebles, la contratación de seguros, etc.
20. El pago de deudas. Se considera que el hecho de pagar una deuda exigible detiene el curso de los intereses, evita los gastos judiciales, el embargo - y que constituye, por consiguiente, un acto que -- tiende a conservar el patrimonio.
30. Los arrendamientos por menos de nueve años.
40. La percepción de rentas. El menor puede dar recibo tan sólo de los alquileres y de las rentas de arriendos rurales, percibir por sí los dividendos e intereses, etc.
50. Las compras. Puede disponer de los ingresos que -- perciba para hacer todas las compras
60. El ejercicio de las acciones mobiliarias y de las acciones posesorias. Por prohibir el artículo 482 del Código Civil que el menor emancipado entable - por sí solo una acción inmobiliaria o que se defien

da de ella por sí solo, se concluye a contrario, que puede ejercer él solo las acciones mobiliarias.

Los actos que necesitan la asistencia del curador son, en primer término, ciertos actos que el tutor de un menor no emancipado puede realizar por sí solo y, por otra parte, algunos actos para los que es necesaria al tutor la autorización del Consejo de Familia.

10. Actos que el tutor de un menor no emancipado puede hacer solo:
  - a) Percepción de capitales. La percepción de los capitales es un acto grave, porque expone al menor emancipado a la tentación de disponer de lo que se le entrega.

Para impedir al menor emancipado que disipe sus capitales, los redactores del Código Civil habrían podido ordenar su entrega en manos del curador, que los habría invertido. No lo han querido así, porque el curador no está encargado más que de aconsejar al menor; no tiene en sus manos la fortuna del mismo. Por tanto, se han contentado con darle al curador el medio de estar al corriente: para recibir los capitales, el menor debe ser autorizado por su curador. Este último, concedor así de las sumas abonadas al menor, debe entonces vigilar la inversión.

- b) Venta de muebles corporales. El menor emancipado no puede proceder por sí solo a la enajenación de sus muebles corporales sino en el límite de la pura administración; es decir, si están sujetos a perecimiento (artículos alimenticios, por ejemplo).

- c) Contestación a la demanda de una acción petitoria-inmobiliaria. El tutor no puede intentar una acción del Consejo de Familia, pero tiene poder para defenderse de ella por sí solo (art. 464 del Código Civil). Por el contrario, el artículo 482 del Código Civil prohíbe al menor emancipado figurar solo, incluso como demandado, en un proceso donde se debata una acción petitoria inmobiliaria; se teme que no sepa defender eficazmente sus intereses.
  
  - d) Recepción de las cuentas de la tutela. Cuando haya lugar, en el curso de la tutela, a cambio de tutor, el nuevo examina las cuentas del saliente; es un acto delicado, que supone un conocimiento serio de los negocios. El menor emancipado, para recibir -- las cuentas de su tutela, debe estar asistido por su curador.
- 2o. Actos que el tutor de un menor no emancipado no -- puede celebrar más que con la autorización del Consejo de Familia:
- a) Entablar una acción petitoria inmobiliaria (art. 482 del Código Civil).
  
  - b) Demandar la partición (art. 480 del Código Civil).
  
  - c) Aceptar una donación (art. 935, párrafo 2o. del Código Civil)
  
  - d) Efectuar compras con los capitales. Ya se trate de comprar muebles o inmuebles, es necesaria la autorización del curador, desde el momento en que la compra se hace con dinero no proveniente de rentas, sino de los capitales. El artículo 482 del Código-

Civil obliga, por otra parte, al curador, en el caso en que el capital haya sido entregado al menor emancipado, a vigilar "la inversión del capital recibido"; esa obligación es muy estricta: el curador es responsable si deja disipar por el menor los capitales que éste no ha podido recibir sin su autorización.

- e) Enajenar los muebles incorporales. Pero la ley de 1880 distingue entre diferentes categorías de menores emancipados, a los cuales no concede la misma capacidad: Ley del 27 de febrero de 1880, artículo 4o. : "El menor emancipado en el curso de la tutela, incluso asistido por su curador, deberá observar, para la enajenación de sus muebles incorporales, las formas antes prescritas con respecto al menor no emancipado. Esta disposición no se aplica al menor emancipado por el matrimonio".

De acuerdo con el texto de ese artículo, los menores que hayan sido emancipados cuando estuvieron bajo tutela deben, como el tutor, obtener la autorización del Consejo de Familia para toda enajenación o conversión de muebles incorporales, en especial de valores mobiliarios, hasta 75,000 francos, por estar exigida la homologación del tribunal por encima de esa cantidad. Pero la regla no rige para el menor emancipado por el matrimonio, que podrá, como antes de la ley de 1880, enajenar sus muebles incorporales con la sola asistencia de su curador; tiene incluso la posibilidad de enajenarlos por sí solo, en la medida de la pura administración.

Así pues, la ley distingue entre los menores que -

han sido objeto de una emancipación voluntaria y los que han -- sido emancipados por el matrimonio.

Los actos que exigen la autorización del Consejo de Familia, sin homologación de los tribunales, se reducen a: 1o. aceptar o rechazar una sucesión y; 2o. enajenar los valores mobiliarios hasta 75,000 francos.

La doctrina francesa, en términos generales, coincide - en estimar innecesaria la autorización del curador, para aquellos actos en que la ley exige la autorización del Consejo de Familia, e igualmente cuando la homologación de un tribunal debe agregarse a la autorización de dicho Consejo.

Los actos para los cuales debe ser homologada por un -- tribunal la autorización del Consejo de Familia del menor emancipado son los siguientes: préstamo; enajenación de inmuebles o -- constitución de derechos reales inmobiliarios (hipoteca, servidumbre, etc.); enajenación de valores mobiliarios superiores a - 75,000 francos; transacción: es necesario el dictamen de tres -- jurisconsultos. (129)

En cuanto a la responsabilidad del curador debe decirse que éste no administra la fortuna del menor, su función se reduce a asistir al menor emancipado en la gestión. Por lo tanto, el menor emancipado y no el curador, es quien tiene la fortuna en sus manos. El curador no maneja el dinero del menor emancipado, es por esto que no tiene que rendirle cuenta alguna, Sin embargo, la responsabilidad del curador puede quedar comprometida, por ejemplo, cuando concede una autorización a la ligera o si la niega abusando de sus facultades.

En otro orden de ideas, la jurisprudencia francesa ha -- sostenido que cuando el menor emancipado celebre por sí solo un

129.- Véase: MAZEAUD, HENRI, LEON Y JEAN. Opus Cit.  
Págs. 301, 302 y 303.

acto para el cual fuere obligatoria la asistencia del curador, - el acto no es nulo de pleno derecho, sino tan sólo rescindible - por causa de lesión (artículo 1305 del Código Civil): el menor emancipado deberá demostrar que ha sufrido una lesión.

Si se tratara de un acto para el cual fuere necesaria - la autorización del Consejo de Familia, con homologación de un tribunal o sin ella, el acto es nulo de nulidad relativa; no -- hay necesidad de presentar la prueba de una lesión.

Además de la lesión y de la nulidad relativa por falta - de la autorización del Consejo de Familia, en protección de los intereses del menor emancipado, el Código Civil Francés ha establecido en el artículo 484 una sanción original: la reducción - por exceso. Dice así el segundo párrafo de ese precepto. "Con - respecto a las obligaciones que hubiere contraído por compras o de otro modo, serán reducibles en caso de exceso: los tribuna - les tomarán en consideración para ello la fortuna del menor, la buena o mala fe de las personas que hayan contratado con él, la utilidad o inutilidad de los desembolsos".

"Por haber concedido al menor emancipado la capacidad - de efectuar, sin asistencia alguna, los actos de pura adminis - tración, los redactores del Código Civil temieron que abusara - de esa capacidad para realizar gastos desconsiderados; el peli - gro era real, puesto que, gracias a sus poderes de pura adminis - tración, el menor emancipado dispone de sus ingresos y puede -- efectuar compras.

"La sanción ... tomada en cuenta por el artículo 484 del Código Civil, no es la nulidad; el acto ejecutado por el menor emancipado es válido, porque el menor tenía capacidad de reali - zarlo, tampoco se parece a la rescisión por lesión: el acto re - ducible puede no ser lesivo, el precio de adquisición puede ser

el precio justo; mientras que la lesión se aprecia según el mismo acto, comparando la importancia recíproca de las prestaciones, el exceso es una desproporción entre el importe del gasto y la fortuna del menor; una operación ventajosa, una adquisición barata, puede exceder de los recursos del menor. Supóngase que un menor emancipado cuya fortuna es mediana, compra un automóvil de gran lujo; no sufre lesión si no paga ese auto más de lo que vale; pero hay un exceso. Ni la acción de nulidad ni la acción rescisoria son posibles; pero dispone de la acción de reducción por exceso.

"La sanción no es la nulidad del acto, lo cual entrañaría la restitución de las prestaciones; sino solamente la reducción de la operación a una medida razonable... Solamente cuando la cosa comprada no sea divisible, por ejemplo un automóvil, la reducción tendrá el mismo efecto que la nulidad". (130)

La curatela termina con la mayor edad del menor emancipado, con su muerte o cuando es revocada la emancipación.

En principio, la emancipación es irrevocable. Este principio no tiene excepción alguna tratándose del menor emancipado por matrimonio, aunque éste sea disuelto; aún no estando ya casado, continúa emancipado.

Por el contrario, el legislador francés ha previsto una manera excepcional de poner término a la emancipación resultante de la voluntad de los padres o del Consejo de Familia. Conforme a lo dispuesto por el artículo 485 del Código civil, "el menor cuyas obligaciones excesivas hayan sido reducidas por un tribunal puede ser privado del beneficio de una emancipación de la cual no se ha mostrado digno". La jurisprudencia francesa no admite ninguna otra causa de revocación, como pudiera serlo la mala conducta del menor y otorga a aquella el carácter de definitiva.

C O D I G O   C I V I L   E S P A Ñ O L

El Código Civil Español (publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889), estatuye en su artículo 320 que la mayor edad empieza a los veintiún años cumplidos.

Al hablar de los modos de acabarse la patria potestad, en su artículo 167, la fracción segunda de este precepto se ocupa de la emancipación.

La emancipación en el Derecho Español se puede dar por tres causas: 1o. Por el matrimonio del menor, 2o. Por la mayor edad y, 3o. Por concesión del padre o de la madre que ejerza la patria potestad (artículo 314).

"Tiene la emancipación en el Derecho moderno significación muy distinta de la que le dió el Derecho Romano. En éste era un medio de extinción de la patria potestad (cosa útil, como dicen Colín y Capitant, en una legislación en que el poder paterno subsistía indefinidamente mientras viviera el padre), que hacía sui juris al hijo de familia, pero que no ejercía influencia sobre su capacidad, pues el emancipado seguía con la que le correspondía por razón de edad, sometido a tutela si era impúber, o a curatela si era púbero. En el Derecho moderno se ha ampliado el concepto de la emancipación, ya que no es sólo un medio de salir de la patria potestad, sino un medio de extinción de las instituciones protectoras (patria potestad o tutela) y de reconocimiento de una capacidad de obrar, más o menos limitada. En este sentido moderno definen los citados Colín y Capitant la emancipación como un acto solemne o un beneficio de la Ley, que tiene como consecuencia libertar al menor de la patria potestad o de la tutela y conferirle, juntamente con el gobierno de su

persona, una cierta capacidad, si bien restringida a la pura administración de su patrimonio". (131)

Además de las tres formas de emancipación contempladas en el artículo 314, puede considerarse también como otra especie de emancipación la consignada en el artículo 160 del citado ordenamiento, el cual se encuentra redactado en los siguientes términos: "Los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiriera con su trabajo o industria, o por cualquier título - lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre o a la madre que le tenga en su potestad y compañía, pero si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviere independiente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos a dichos bienes como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración".

En la emancipación por matrimonio trata el artículo 315. Dice así tal precepto: "El matrimonio produce de derecho la emancipación, con las limitaciones contenidas en el artículo 59 y en la regla tercera del 50". Esta clase de emancipación, como ya lo habíamos apuntado, se funda en que el matrimonio es incompatible con el estado de subordinación de un menor sometido a la patria potestad.

De acuerdo con las disposiciones contenidas en los artículos 45 fracción I y 50 fracción III, el menor que haya contraído matrimonio sin el consentimiento de las personas llamadas a prestarlo, no recibirá la administración de sus bienes hasta que llegue a la mayor edad.

En relación con la limitación contenida en el artículo 59, que hace referencia a la administración de los bienes de la sociedad conyugal por parte del marido, se establece que en el-

supuesto de que éste sea menor de dieciocho años no podrá administrar sin el consentimiento de su padre o sin el de su madre, en defecto del padre; y, a falta de ambos, sin el de su tutor. Establece además este precepto, que el marido tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas, hasta que alcance la mayoría de edad.

En el tercer párrafo del propio artículo 59 se establece que el menor en ningún caso, hasta en tanto no alcance la mayoría de edad, podrá, sin el consentimiento de las personas mencionadas, tomar dinero en préstamo, gravar o enajenar los bienes raíces.

Conforme a lo antes expuesto, pudiera pensarse que la emancipación que adquieren los menores de dieciocho años al contraer matrimonio es casi ilusoria en cuanto al manejo de su patrimonio, puesto que entre su estado y el de no emancipado existen muy pocas diferencias, como la de que aquél podrá ser habilitado por el padre, la madre o el tutor para la administración de sus bienes. Otros de los beneficios que reporta la emancipación se hacen consistir en que el esposo puede obrar con toda aquella independencia que exige el estado matrimonial, así como también el de hacer desaparecer el usufructo que sobre los bienes del hijo disfrutaban los padres, según el artículo 160.

El marido mayor de dieciocho años, si bien todavía es menor de edad, tiene como únicas restricciones las de tomar dinero en préstamo, gravar o enajenar los bienes raíces, sin el consentimiento de las personas antes mencionadas. Por consiguiente, el esposo goza de la facultad de administrar libremente sus bienes, salvo las limitaciones que se acaban de señalar tratándose de inmuebles.

En cuanto a la mujer casada menor de edad, es oportuno indicar que su capacidad es semejante a la del varón emancipado

por matrimonio, con la única diferencia de que para realizar actos de disposición sobre bienes inmuebles necesitaría, además - del consentimiento del padre, madre o tutor, la licencia de su - marido.

Respecto a la fracción segunda del artículo 314, que trata de la emancipación por mayoría de edad, consideramos que tal disposición debería estar encuadrada dentro del artículo 167, en cuyo texto se consignan los supuestos que extinguen el ejercicio de la patria potestad. La mayoría de edad no es en ninguna forma un modo de alcanzar la emancipación, toda vez que éstas son dos instituciones jurídicas completamente distintas y por lo tanto - cada una con sus propios fines y efectos jurídicos.

De la emancipación por concesión, establecida en la fracción tercera del multicitado artículo 314, cabe señalar que ésta tiene lugar por un acto jurídico o declaración de voluntad del - padre o de la madre que ejerza la patria potestad. Para que pueda configurarse esta clase de emancipación, la legislación civil exige en sus artículos 316 y 318 la observancia de ciertos requi- sitos formales y personales.

Según el primer precepto señalado, la emancipación por-- concesión del padre o de la madre que ejerza la patria potestad- debe otorgarse en escritura pública o por comparecencia ante el juez municipal, que habrá de anotarse en el Registro Civil, no - produciendo entre tanto efecto contra terceros.

Por su parte, el artículo 318 determina que para que ten- ga lugar este tipo de emancipación, se requiere que el menor ten- ga dieciocho años cumplidos y que consienta su emancipación.

El artículo 319 estatuye que: "Concedida la emancipación, no podrá ser revocada".

Tratándose del menor de edad huérfano de padre y madre, el artículo 322 señala que puede obtener el beneficio de la mayor edad por concesión del Consejo de Familia, aprobada por el Presidente de la Audiencia Territorial del Distrito, oído el - Fiscal.

En nuestro particular punto de vista, el término "habilitación de edad" - que utiliza el Código en el precepto siguiente al antes mencionado -, resulta más preciso que el de "beneficio de la mayor edad", puesto que éste último da idea o , mejor dicho, puede hacer creer que al menor se le ha conferido plena capacidad (aplicable únicamente al que ha cumplido los veintiún años) para realizar cuantos actos permiten o regulan las leyes-civiles. El menor que ha recibido el "beneficio de la mayor edad", sufre de las mismas limitaciones que el emancipado. Es decir, es apto para regir su persona y manejar sus bienes, salvo para -- enajenar y gravar inmuebles, tomar dinero a préstamo y comparecer en juicio.

C O D I G O C I V I L C O L O M B I A N O

En la legislación de Colombia, también encontramos la-- figura jurídica de la emancipación; el artículo 312 del Código-Civil de Bogotá, sancionado el 26 de mayo de 1873, señala que - - " La emancipación es un hecho que pone fin a la patria potes- tad. Puede ser voluntaria, legal o judicial".

El derecho de emancipar, corresponde a quien tenga la- patria potestad en el sentido voluntario, tanto para los hijos legítimos, legitimados, naturales y adoptivos.

El artículo 313 del mismo cuerpo legal estatuye: "La --- emancipación voluntaria se efectúa por instrumento público, en- que el padre declara emancipar al hijo adulto, y el hijo conscien- te de ello.

No valdrá la emancipación si no es autorizada por el -- Juez con conocimiento de causa".

Con relación a este precepto creemos que, al igual que- en el Derecho Español, el instrumento público que pide ese artí- culo es la escritura pública otorgada ante notario, en la que se haga constar la declaración del padre y la aceptación del hijo. Para evitar confusiones, hubiera sido conveniente que en vez de hablar de instrumentos públicos en forma general (como pueden - ser las actuaciones judiciales, actas, registros, etc.), preci- sara a la escritura pública como instrumento para formalizar la emancipación voluntaria.

Dado que la legislación colombiana considera a los im-- púberos como no aptos para manifestar su voluntad en ningún acto jurídico, la ley concede a los menores el derecho de alcanzar - la emancipación voluntaria a partir de los 14 años en los varo- nes y de 12 en las mujeres.

En la legislación colombiana no sólo basta el consenti-

mineto del padre y la aceptación del hijo para que se configure la emancipación por declaración, sino además la ley impone como requisito indispensable la autorización judicial con conocimiento de causa, es decir, el juez tiene la obligación de velar por los intereses del menor y para ello goza de la facultad de examinar todas las razones que el padre cree convenientes -- para la emancipación, a efecto de determinar " con conocimiento de causa" si concede o niega la emancipación.

La emancipación legal tiene lugar ipso iuris, una vez verificados los supuestos jurídicos establecidos por la ley; por consiguiente, no se requiere en este caso autorización judicial para que el menor pueda alcanzarla.

En el artículo 314 del Código Civil de Colombia se establecen dos supuestos jurídicos que producen este tipo de emancipación. Dice así el precepto: "La emancipación legal se efectúa: 1o. Por la muerte del padre; 2o. Por el matrimonio de hijo; 3o. Por haber cumplido el hijo la edad de veintiún años, y ; 4o. por el decreto que da la posesión de los bienes del padre desaparecido".

Por su parte, la emancipación judicial surge a la vida jurídica en virtud de los hechos enumerados en el artículo 315 del ordenamiento en cuestión, el cual literalmente dispone "La emancipación judicial se efectúa por decreto del Juez:

- 1o. Cuando el padre maltrata habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causar--le grave daño.
- 2o. Cuando el padre ha abandonado al hijo.
- 3o. Cuando la depravación del padre le hace incapaz de ejercer la patria potestad.

- 4o. Cuando por una sentencia, pasada en autoridad de -- cosa juzgada, se ha declarado al padre culpable de un delito a que se aplique la pena de cuatro años' - de reclusión, u otra de igual o mayor gravedad.

En los cuatro casos anteriores podrá el Juez proceder a petición de cualquier consanguineo del hijo, y aún de oficio.

La emancipación tendrá efecto sin embargo de cualquier indulto que recaiga sobre la pena, a menos que en el indulto se comprenda expresamente la conservación de la patria potestad".

Según podemos observar claramente, el Código Civil Colombiano otorga a los menores la emancipación, ya sea legal o judicialmente, en los casos de muerte del padre; cuando por decreto judicial se da al menor la posesión de los bienes del padre desaparecido; cuando el padre maltrata habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle daño; cuando el padre ha abandonado al hijo; cuando la depravación del padre le hace incapaz de ejercer la patria potestad, y; por último, -- cuando por una sentencia, pasada en autoridad de cosa juzgada, - se ha declarado al padre culpable de un delito a que se aplique la pena de cuatro años de reclusión, u otra de igual o mayor - - gravedad.

Ahora bien, respecto del artículo 288 del mismo -- cuerpo legal, creemos que en esos casos no debe haber emancipación, sino una simple suspensión o pérdida de la patria potestad en contra del padre, transmitiendo su ejercicio a la madre. En - otras palabras, la emancipación en los supuestos a que se hace - referencia, únicamente debiera ser aplicable-conforme el espíritu del artículo 288 -, por falta o incapacidad de la madre. Dice así este precepto: "La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

Ejerce estos derechos respecto de hijos legítimos, el padre, y a falta de éste, por cualquiera causa legal, la madre, mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias..."

Desde este punto de vista, creemos también que hay emancipación de los hijos cuando la patria potestad la ejerce la madre y ésta observa mala conducta o pasaa otras nupcias, o cuando maltrata habitualmente al hijo en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño; cuando lo ha abandonado; cuando se le da posesión al menor de los bienes de su madre por encontrarse ausente, etc., toda vez que donde exista la misma razón debe existir la misma disposición.

En lo que mira a los efectos derivados de la emancipación, debe apuntarse que en cuanto a su persona, el menor se convierte en independiente de toda dirección, puede vivir solo, adquirir su propio domicilio, elegir libremente su profesión u oficio, etc. Esta independencia tiene dos excepciones: a) No puede contraer matrimonio sin consentimiento de su padre, o de quien deba prestarlo y; b) No puede abrazar la profesión de comerciante, sin cumplir las condiciones requeridas por el Código de Comercio.

En cuanto a su patrimonio, goza de una capacidad de ejercicio limitada. Se le nombra un curador, cuando la emancipación no ha sido por causa de matrimonio, hasta que alcance la mayoría de edad que es a los 21 años.

" El menor adulto que careciere de curador debe pedirlo al juez o prefecto, designando la persona que lo sea" (art.525). Es decir, el menor tiene la facultad de pedir el nombramiento de curador para la persona que libremente él haya elegido.

Por lo que hace a la administración de los bienes, el emancipado tiene las mismas facultades administrativas que el -

hijo de familia respecto de los bienes que haya adquirido en - ejercicio de una profesión o industria, estando por lo tanto - a cargo del curador, la administración de todos los bienes que el emancipado haya adquirido por cualquier otro título (art. - 528).

De acuerdo con lo que estatuye el artículo 317 del Código Civil en comentario, "toda emancipación después de efectuada es irrevocable".

Por último, es interesante señalar que la legislación civil de Colombia reconoce y regula, en diversos de sus preceptos, una institución a la que ha denominado "habilitación de edad", la que se traduce en un privilegio otorgado al menor de edad emancipado mayor de 18 años que ha demostrado su aptitud para el manejo de sus bienes.

Los efectos que genera esta habilitación son fundamentalmente dos: Pone fin a la curaduría del menor y, por consiguiente, permite a éste ejecutar todos los actos para los que se requiere mayoría de edad.

C O D I G O   C I V I L   I T A L I A N O

El nuevo Código Civil Italiano, que entró en vigor el - 16 de marzo de 1942, prevé dos formas de emancipación: la producida por el matrimonio del menor y la generada a instancia de -- quien ejerce la patria potestad o la tutela.

Los preceptos relativos de esta legislación son los - - siguientes:

"Art. 390.- Emancipación de derecho.- El menor es emancipado de derecho por el matrimonio".

"Art. 391.- Emancipación por providencia del juez tutelar.- El menor que ha cumplido los dieciocho años puede ser emancipado por el juez tutelar a instancia del progenitor que ejerce la patria potestad o del tutor.

El juez tutelar no puede conceder la emancipación sin - el consentimiento del progenitor que ejerce la patria potestad, - salvo que concurren razones gravísimas".

"Art. 392.- Curador del emancipado.- El juez tutelar -- nombra un curador al menor emancipado".

En relación a lo anterior cabe mencionar que el artículo 422 establece lo siguiente: "Mayoría de edad.- La mayor edad queda fijada al momento de cumplir veintiun años. Con esta edad se adquiere la capacidad de realizar todos los actos respecto de los cuales no se halle establecida una edad diversa".

Las dos formas de emancipación producen en la persona - del menor las mismas consecuencias jurídicas, las cuales se encuentran contenidas en el artículo 394 que señala:

"La emancipación confiere al menor la capacidad de realizar los actos que no excedan de la administración ordinaria.

El menor emancipado puede, con la asistencia del curador, cobrar los capitales, bajo la condición de un empleo idóneo y -- puede estar en juicio ya sea como actor, ya sea como demandado.

En cuanto a los otros actos que excedan de la administración ordinaria, además del consentimiento del curador, es necesaria la autorización del juez tutelar.

Cuando se produzca conflicto de intereses entre el menor y el curador, se nombrará un curador especial".

Aún cuando no está directamente relacionado con la capacidad, es de advertirse que la legislación italiana distingue -- entre los menores que han sido objeto de una emancipación voluntaria y los que han sido emancipados por el matrimonio, supuesto que aquellos pueden volver a caer bajo la autoridad paterna o tutelar, al realizarse el supuesto jurídico contemplado por el artículo 398 del ordenamiento en estudio, cuyo texto determina:

"Art. 398.- Revocación de la emancipación.- Cuando los - actos del menor demuestran su incapacidad para administrar, la -- emancipación otorgada por el artículo 391, puede ser revocada por el juez tutelar a instancia de quien pidió la emancipación o aún de oficio, oído el menor.

Revocada la emancipación, el menor entra de nuevo bajo - la patria potestad o la tutela y permanece en ella hasta la -- mayor edad".

C O D I G O   C I V I L   A R G E N T I N O

El Código Civil Argentino, publicado el 20 de septiembre de 1880, reconoce solamente la emancipación denominada tácita o legal, ya que únicamente puede tener lugar por virtud de matrimonio.

Las disposiciones sobre la materia en este ordenamiento son las siguientes:

"Art. 126.- Son menores los individuos de uno y otro sexo que no tengan la edad de veintidos años cumplidos".

"Art. 131.- La emancipación de los menores, sólo tendrá lugar en el matrimonio".

"Art. 132.- Si el matrimonio fuese anulado, la emancipación será inválida desde el día de la nulidad".

"Art. 133.- La emancipación es irrevocable y produce el efecto de habilitar a los casados para la vida civil, aunque -- el matrimonio se disuelva en su menor edad por muerte de uno de ellos, tengan o no hijos".

"Art. 134.- Los menores emancipados por el matrimonio no podrán, ni con autorización del Defensor de Menores, y bajo -- pena de nulidad, aprobar las cuentas de sus tutores y dar finiquito a éstos".

"Art. 135.- Tampoco podrán, sin autorización del Juez y bajo pena de nulidad, vender o hipotecar bienes raíces, de cualquier valor que sean;

Ni contraer deudas que pasen del valor de quinientos-  
pesos;

Ni hacer arrendamientos, como arrendadores o como --  
arrendatarios por plazo que exceda de tres años;

Ni recibir pagos que pasen de mil pesos;

Ni sujetar un negocio a juicio arbitral, ni estar en -  
juicio en pleito civil".

"Art.- 136.- La autorización judicial no será dada - -  
sino en caso de absoluta necesidad y las ventas que se hicieren -  
de sus bienes, serán siempre en pública subasta".

C O D I G O S   C I V I L E S   D E   A L E M A N I A   Y   S U I Z A

Resulta interesante hacer referencia a los Códigos Civiles de la República Federal Alemana y de Suiza, ya que en estos sistemas jurídicos no se admite la emancipación como un estado intermedio entre la minoría y la mayoría de edad.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3 del Código Civil Alemán, si una persona antes de alcanzar la mayoría de edad (fijada en veintiun años) se considera lo suficientemente prudente y hábil para actuar por sí misma, esto es, para gobernar su persona y administrar sus bienes, puede obtener del juez una "declaración de mayoría", que lo equipararía completamente al mayor de edad. Dicho de otra forma, mediante esta "declaración judicial de mayoría de edad" se beneficiaría al menor, ya que a partir de ese momento se le dota de plena capacidad de ejercicio, sin ninguna restricción.

El Código Civil Suizo admite también que el matrimonio (artículo 14) y la emancipación (artículo 431) equiparan completamente al menor con el mayor de edad, en cuanto a su capacidad de ejercicio.

De lo anterior fácilmente se concluye que, para los menores alemanes y suizos, no existe estado intermedio entre la incapacidad ordinaria generada por la minoría de edad y la plena capacidad que se adquiere a la mayoría de edad.

C O D I G O   C I V I L   C U B A N O

El Código de la Familia de Cuba, publicado el 15 de -- febrero de 1975, no reconoce la emanciación en ninguna de sus modalidades.

No obstante ello, dentro de los supuestos de extinción y suspensión de la patria potestad, de que trata la Sección Tercera del Capítulo II de este ordenamiento, se estatuye que cesa la incapacidad de los menores al contraer matrimonio. La disposición relativa se encuentra redactada en los siguientes términos:

"Art. 92.- La patria potestad se extingue:

- 1) por muerte de los padres o del hijo;
- 2) por arribar el hijo a la mayoría de edad (fijada a los dieciocho años cumplidos);
- 3) por el matrimonio del hijo que no ha alcanzado la mayoría de edad;
- 4) por la adopción del hijo".

Al igual que en nuestra legislación el Código de la -- Familia de Cuba establece como requisito para contraer matrimonio, la edad de dieciséis años cumplidos en el hombre y de catorce en la mujer.

Dice así el artículo 3 de este ordenamiento: "Están autorizados para formalizar el matrimonio la hembra y el varón mayores de dieciocho años de edad. En consecuencia, no están autorizados para formalizar el matrimonio los menores de dieciocho años de edad.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, excepcionalmente, y por causas justificadas, los padres u otros parientes en defecto de éstos o, en su caso, el tribunal, podrán otorgar -

a los menores de dieciocho años la autorización para formalizar -  
el matrimonio, siempre que la hembra tenga por lo menos catorce -  
años cumplidos y el varón dieciséis años, también cumplidos..."

En esas circunstancias, estimamos que de la redacción -  
del invocado artículo 93, se desprende que el menor que contrae -  
matrimonio es equiparado en cuanto a su capacidad de ejercicio --  
con el mayor de edad (como acontece en la legislación suiza), ya  
que en el texto de este Código en estudio no se establece ninguna  
restricción o limitación en ese sentido.

S I N O P S I S

1.- El concepto de persona es una creación del Derecho, - por tanto, no existe distinción alguna entre la persona individual y la colectiva. En el término "persona" no se toma en consideración la realidad material o corporalidad, sino únicamente la posibilidad de participar como sujeto en las relaciones de Derecho.

2.- El concepto de capacidad jurídica se haya íntimamente ligado al de persona, toda vez que constituye una de sus características esenciales. No se concibe la noción de persona sin capacidad de goce; toda persona por el hecho mismo de su existencia - tiene capacidad jurídica, es decir, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones (capacidad de goce). Esta especie de capacidad está ligada a todo hombre sin tomar en cuenta su edad, sexo o nacionalidad.

La otra especie de capacidad, o sea la de ejercicio, consiste en la posibilidad jurídica de la persona para hacer valer directamente o a través de un representante voluntario, los derechos de que sea titular así como cumplir con sus deberes, de lo que se infiere que la capacidad de ejercicio presupone la de goce.

3.- El individuo puede estar incapacitado por no tener - la suficiente madurez de juicio, como es el caso de los menores; porque no se encuentre en pleno uso y goce de sus facultades mentales, o bien, porque no pueda comunicar su voluntad. En estos - casos, el Derecho declara incapaz a la persona con objeto de protegerla. Para tal efecto, ha creado instituciones como la patria potestad, tutela y curatela, en donde el representante legal actúa en nombre y por cuenta del incapaz, de tal suerte que las -- consecuencias jurídicas de los actos que realice afectan el patrimonio y status jurídico de éste.

4.- De acuerdo con nuestro Código Civil, la capacidad de ejercicio puede adelantarse por virtud de la emancipación, que - puede obtener el menor al contraer matrimonio.

5.- Cuando se realizan actos jurídicos por incapaces, - se sanciona esta exteriorización de la voluntad con la nulidad relativa del acto; sin embargo, se permite su convalidación mediante la ratificación o confirmación, que puede llevarse a cabo directamente por el incapaz, cuando haya superado su incapacidad, o bien por conducto de su representante, en los casos en que éste se encuentre facultado por la ley para celebrar el acto jurídico afectado de nulidad.

6.- La representación es una creación del orden jurídico, por virtud de la cual una persona facultada por un acuerdo de voluntades o por disposición de la ley, realiza válidamente un acto o negocio jurídico por otro.

7.- Desde nuestro particular punto de vista, la teoría de la ficción es la que mejor explica la naturaleza jurídica de la representación de menores e incapaces.

Por cuanto a la representación entre capaces, creemos - que es la teoría de la substitución real de la personalidad del representado por la del representante, la que mejor explica su naturaleza jurídica.

8.- Mediante la representación legal, el ordenamiento - jurídico suple la falta de capacidad de ejercicio en que se encuentran algunas personas, a consecuencia de determinados preceptos de la propia ley, que tienden a proteger a los menores - de edad o a los mayores incapacitados, los cuales requieren forzadamente la intervención de una persona capaz para hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones, ya que, de lo contrario, se les suprimiría su capacidad de goce y consecuentemente su calidad de personas.

A diferencia de la representación voluntaria que encuentra su sustentación en el principio de autonomía de la voluntad -- del representado, la representación legal encuentra su justificación o soporte en el principio de autonomía legal, toda vez - que el legislador la establece por diversos factores, tales - -

como la incapacidad de ejercicio de la persona (menor o interdicto), su imposibilidad material de actuar jurídicamente (ausente), o ante la necesidad de unificar una representación sucesoria (herederos y legatorios).

9.- La patria potestad es una institución del Derecho Civil en donde se conjugan reglas de contenido moral y jurídico -- inseparables entre sí, que encuentra su origen en la relación paterno filial (ya sea ésta consanguínea o civil) y que tiene por objeto la protección de los menores no emancipados y de sus bienes.

En la actualidad esta institución no corresponde a la -- concepción antigua de "conjunto de prerrogativas en favor de los - padres", sino que implica a cargo de éstos una verdadera obligación que se manifiesta directamente en favor de los hijos e indirectamente en favor de la familia y de la sociedad. En este sentido, la patria potestad se ejerce en interés público y por lo - tanto no es ajena a la intervención del Estado; el conjunto de - atribuciones que la ley confiere a los padres están en función - del cumplimiento de un deber, que se hace consistir en la obtención de una finalidad: la seguridad y educación de los hijos.

10.- La minoría de edad es una de las circunstancias previstas por el legislador como restrictivas de la capacidad de -- ejercicio. El Derecho presume que el menor carece del suficiente discernimiento para manifestar su voluntad en la creación de relaciones jurídicas, dado que no puede comprender cabalmente el alcance y consecuencias de sus actos.

En contrapartida, el mayor de edad dispone libremente - de su persona y de sus bienes, toda vez que existe una presunción legal acerca de su plena madurez de juicio. En este sentido, mayoría de edad y plena capacidad son conceptos que se identifican.

De lo apuntado en el párrafo que antecede se concluye -- que el simple transcurso del tiempo tiene una gran significación para la vida jurídica del individuo a partir de su nacimiento, - ya que conforme se va verificando progresivamente su desarrollo físico e intelectual, el Derecho le reconoce y amplía su capaci-

dad de ejercicio, e inclusive en la vejez le otorga potestad de liberarse a discreción en el cumplimiento de algunas obligaciones, verbigracia, la de ejercer la patria potestad después de los sesenta años cumplidos.

11.- La emancipación en nuestro actual sistema legislativo es la institución jurídica originada del matrimonio del menor, cuya consecuencia es extinguir el ejercicio de la patria potestad o de la tutela, confiriendo al menor una limitada capacidad de ejercicio para gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes.

12.- Considerando su origen, el concepto de emancipación ha experimentado un cambio substancial a través del tiempo, toda vez que en el primitivo Derecho Romano la emancipación surgió -- como una facultad concedida a los padres, para poder castigar a sus hijos que por mala conducta se hicieran indignos de ser por aquellos cuidados, representados y heredados. Al ser emancipados los hijos adquirían la calidad de libertos, que representaba una - degradación y perdían los derechos inherentes a la patria potestad; los padres no tenían ya la obligación de ayudarlos y todo - lo que fueran y obtuvieran en el futuro sería únicamente producto de su propio esfuerzo.

Con el paso del tiempo se consideró a la emancipación -- como un beneficio para el hijo, porque quedaba facultado para -- obrar libremente en cuanto a su persona y al manejo de sus bienes, perdiendo el padre el usufructo y la administración de éstos. Por lo tanto, puede sostenerse que la emancipación en su connotación actual surge como una manifestación de justicia, en razón - de que era inhumano que la sujeción del hijo al padre fuese perpetua como acontecía en el antiguo Derecho Romano.

La emancipación como efecto del matrimonio fue desconocida en el Derecho Romano.

13.- La emancipación en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 tuvo la misma reglamentación: el matrimonio producía la emancipa

ción del menor y la muerte de su consorte no le hacía recaer bajo la patria potestad; la emancipación expresa o voluntaria se concedía a los mayores de dieciocho años pero menores de veintiuno por el titular de la patria potestad, siempre que éstos otorgaran su consentimiento y fuera autorizada por el juez, siendo necesario en este caso que la emancipación se redujera a escritura pública.

Sin embargo, el Código de 1884 introdujo como importante innovación la habilitación de edad, con la que la autoridad judicial podía conceder a los mayores de dieciocho años sujetos a tutela (la emancipación estaba reservada a los menores sujetos a patria potestad), capacidad para administrar sus bienes, para litigar, o para ambos efectos.

14.- Contrariamente a la reglamentación de los Códigos de 1870 y 1884, así como a su tendencia progresista, la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 en materia de emancipación, -- concedió al menor libertad de acción en cuanto a su persona, pero conservó la administración de los bienes en manos de sus ascendientes o de su tutor, estableciendo sin embargo la posibilidad de conferir al menor la administración de sus bienes, una vez que hubiere cumplido dieciocho años de edad y que acreditara tener buena conducta.

Al reconocer el divorcio como un medio para disolver el matrimonio, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo, este ordenamiento estableció como otra de sus importantes reformas legislativas que --además del supuesto contemplado por los Códigos Civiles que la precedieron--, la disolución del matrimonio por divorcio no hacía caer el menor bajo la patria potestad.

15.- Siguiendo los lineamientos del Código Civil Francés, nuestra legislación contempló hasta el mes de enero de 1970, la emancipación denominada por la mayoría de los juristas como expresa o voluntaria que, a diferencia de la llamada tácita o legal producida por el matrimonio, era el resultado, más que de una declaración de voluntad (de los padres), de una declaración de voluntades y no de la ley, en razón de que el menor gozaba de las

facultades físicas e intelectuales necesarias para bastarse a sí mismo, que hacían injustificables gran parte de las medidas protectoras establecidas por la patria potestad o por la tutela.

Las partes libres de promover la emancipación voluntaria, no lo eran para reglamentar ni las condiciones ni los efectos a ella relativos, pues era al legislador a quien tocaba fijarlos - imperativamente.

16.- La tutela establecida por la ley para que el emancipado comparezca en juicio, no es una tutela dativa ordinaria, -- sino una tutela dativa especial, ya que las funciones del tutor cesan tan pronto como el litigio termine.

17.- Al igual que la mayor parte de las legislaciones extranjeras, la legislación mexicana reconoce la emancipación como un efecto inmediato del matrimonio del menor.

18.- Como de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico - el Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados -- pueden suplir el consentimiento de los padres o del tutor para - que el menor contraiga matrimonio (artículo 151 del Código Civil), la denominación de "tácita" a la emancipación derivada del matrimonio del menor a nuestro juicio resulta poco precisa (dado que no siempre al celebrarse el matrimonio del menor se encuentra implícita la voluntad de los padres para emanciparlo), por lo que preferimos utilizar la denominación "legal" en lugar de la de -- "tácita", para diferenciarla de la llamada expresa o voluntaria, e incluso de la judicial, figuras jurídicas existentes en sistemas jurídicos extranjeros.

19.- En nuestro concepto, la emancipación subsiste aún - en el supuesto de que el Juez decreta la nulidad del matrimonio por la causa que fuese, incluyendo desde luego la mala fe del -- menor al celebrarlo.

20.- En el aspecto personal, la emancipación equipara al menor como un mayor de edad, ya que lo faculta para disponer li-

brevemente de su persona, salvo para comparecer en juicio, toda vez que la emancipación no atribuye al menor capacidad procesal.

En el aspecto patrimonial, goza de una semicapacidad ya, - que, excluyendo los actos de enajenación o gravamen de sus bienes inmuebles, puede ejecutar todos aquellos actos de administración -- sobre éstos, así como efectuar todos aquellos actos de dominio -- respecto de sus bienes muebles.

Sin embargo, es de advertirse que, conforme a lo dispuesto por los artículos 429 y 430 del Código Civil, los efectos que la emancipación trae consigo en cuanto a la capacidad del menor - sobre sus bienes, únicamente se presenta respecto de los bienes - que no haya adquirido por su trabajo, ya que sobre estos ostentaba con anterioridad a la emancipación una libre disposición.

21.- Las restricciones impuestas al emancipado por el artículo 643 del Código Civil, benefician indirectamente a terceros de buena fe que con él celebren contratos, por cuyos efectos se enajenen o constituyan gravámenes sobre inmuebles propiedad del menor emancipado, ya que al revestir el contrato de que se trate la formalidad exigida por la ley (autorización judicial), el emancipado no podrá en el futuro invocar la nulidad del acto argumentando incapacidad o haber sido víctima de algún vicio de la voluntad.

Las limitaciones a la capacidad del emancipado contenidas en dicho artículo, no alcanzan en la actualidad a llenar la finalidad protectora que se propone ese precepto, al exigir la autorización judicial para los actos de enajenación y gravamen sólo de bienes inmuebles, en virtud de que hoy en día los bienes muebles llegan a alcanzar y superar los valores económicos de los bienes raíces. En otras palabras, en la actualida no resulta congruente restringir la capacidad del emancipado, atendiendo a la naturaleza mueble o inmueble de los bienes que enajene y no al valor económico de éstos.

22.- Nuestra legislación civil en lo que mira a la capacidad del emancipado, difiere de la generalidad de las legislaciones extranjeras, dado que en la mayoría de éstas el emancipado tiene

capacidad para celebrar únicamente actos jurídicos tendientes a - la mera administración de su patrimonio. No le está permitido, -- por consiguiente, disponer de sus bienes ya sean muebles o inmuebles, dentro de cuyos actos figuraran el afectarlos en garantía, - arrendados por plazos largos, permutarlos, donarlos, otorgar o receibir dinero en mutuo, etc.

23.- El principio por el cual el menor emancipado no puede enajenar o gravar sus bienes inmuebles puede redundar en su -- propio perjuicio, si el acto por el que se excedió de sus facultades o faltó a la ley, le procuró innegables o cuantiosas ganancias. Si consideramos el acto del emancipado como afectado de nulidad - absoluta, cualquier interesado y desde luego también el contratante del menor, puede alegarla y echar por tierra el acto. Sin embargo, de la reglamentación que hace nuestro Código Civil de las nulidades, concluimos que los intereses particulares, así sean -- los relativos a los menores de edad, quedan sancionados tan sólo por una nulidad relativa.

En esa virtud, como regla general podemos establecer que están afectados de nulidad relativa todos los actos y contratos - celebrados por el emancipado en contravención a las restricciones establecidas por la ley, con excepción de aquellos en que dolosamente se hayan hecho pasar como mayor de edad, según lo estatuye el artículo 640 del Código Civil.

24.- El Código Civil contempla en el artículo 435 una - - emancipación parcial, por cuanto tiene efecto respecto a la administración de los bienes del menor, pero no por lo que concierne a su persona.

Con relación a este precepto, estimamos que es contrario a la reglamentación que de la patria potestad hace el Código Civil, ya que confiere al padre el privilegio de conceder tal autorización, siendo que el ejercicio de la patria potestad corresponde en igualdad de derechos al padre y a la madre.

25.- En nuestra opinión, el emancipado puede adquirir por compra, donación, o por cualquier otro título bienes raíces que -

reporten algún gravamen, una vez que la autoridad judicial haya -- analizado el beneficio que esa adquisición le representará y por -- lo tanto haya autorizado a favor del menor emancipado el traslado de dominio.

Igual procedimiento debe observarse tratándose de donaciones onerosas, en las que el donatario queda obligado a cumplir determinadas cargas.

26.- El emancipado puede arrendar sus bienes muebles o inmuebles estipulando en el contrato los plazos máximos que permite la ley, en razón de que las limitaciones que al respecto establece la ley tienen aplicación para los administradores de bienes ajenos y no cuando es el propietario de los bienes el que los da en arrendamiento.

27.- En relación con el contrato de depósito, el emancipado guarda una situación un tanto contradictoria, en razón de que -- no obstante que está facultado para celebrarlo de acuerdo con las normas que rigen su capacidad, para que pudiera concertarlo con el carácter de depositario y asumir cabalmente todas las obligaciones que ese cargo lleva consigo, el legislador debiera de exigir la -- autorización judicial por las graves responsabilidades que entraña ese cargo, como son por ejemplo la de intervenir judicialmente para evitar la prescripción de las acciones de cobro de los títulos o documentos objeto del depósito, etc.

28.- Por lo que mira al contrato de mandato, el emancipado puede ser mandatario y por consiguiente, celebrar todos los actos o negocios jurídicos que le hubiere encomendado el mandante, sin -- las limitaciones a que se refiere el artículo 643 del Código Civil, toda vez que dichas limitaciones se refieren a los intereses propios del emancipado y no a los actos que realice en nombre y por -- cuenta de otra persona.

La excepción a la regla de que el emancipado puede ser mandatario, la encontramos en el artículo 2585 que determina en su -- primera fracción que no pueden ser procuradores en juicio los incapacitados. Por lo tanto, el emancipado no puede obrar como mandatar

rio judicial sino hasta que alcance la mayoría de edad.

De lo antes transcrito en este inciso, fácilmente se infiere que la capacidad del emancipado como mandante está solo restringida para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces, ya que para ello necesita contar con la autorización judicial.

29.- Conforme a las disposiciones que rigen la capacidad del emancipado, podemos sostener que éste puede libremente concertar este contrato con el carácter de fiador y, por lo tanto, garantizar subsidiariamente el pago de una obligación, en razón de que, si bien es verdad que compromete todo su patrimonio, no enajena, - grava o hipoteca sus bienes raíces. Por otro lado, el artículo 2082 del Código Civil sólo exige que el fiador tenga capacidad para - - obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. Dicho de otra forma, la ley incapacita al emancipado -- para enajenar o gravar un inmueble, pero sí lo faculta para comprometer todo su patrimonio mediante el contrato de fianza.

30.- En nuestra opinión, las restricciones del emancipado consignadas en el artículo 643 deben ampliarse, haciendo necesaria la autorización judicial para celebrar contratos traslativos de -- dominio hasta por un determinado monto, con mayor razón para celebrar contratos que tengan por objeto transferir a título gratuito sus bienes o derechos, así como para garantizar el cumplimiento de una obligación asumida por un tercero.

31.- En virtud de que la legislación mercantil remite al - Código Civil para que sea éste el que determine la capacidad para celebrar tanto actos aislados como para ejercer la profesión de co merciante, creemos que el menor puede adquirir por virtud de su -- emancipación esta calidad, siempre y cuando el objeto de su activi dad no lo constituyan bienes inmuebles.

32.- En atención a la utilidad que tiene la emancipación, pugnamos porque se modifique el capítulo del Código Civil que la reglamenta, en el sentido de que se considere como un estado intermedio entre la minoría y la mayoría de edad, al cual se llegue por el sólo hecho de haber alcanzado determinada edad, la que - - pensamos pudiera ser a los 14 años.

C O N C L U S I O N E S

1.- Tanto la persona física como las personas colectivas son un producto del orden jurídico, que adquieren la calidad de sujetos de derecho no en atención a su naturaleza, sino por virtud -- del reconocimiento que la ley hace.

2.- Toda incapacidad de ejercicio genera la necesidad de una representación. Es por medio de la representación como la voluntad de una persona capaz substituye la del incapaz para actuar en el tráfico jurídico.

3.- Si bien es cierto que la patria potestad es una institución de Derecho Privado, su ejercicio es obligatorio por ser de interés público, no susceptible de renuncia.

4.- La patria potestad es una institución principal, superior a la tutela e incompatible con ésta; tratándose de menores de edad, la tutela sólo tiene lugar a falta de personas facultadas para ejercer la patria potestad, por lo que podemos afirmar que es subsidiaria y parcialmente supletoria de ésta.

5.- El matrimonio es el medio establecido por nuestro ordenamiento jurídico para obtener la emancipación; por ésta, el legislador reconoce al emancipado la aptitud para intervenir directamente en los negocios jurídicos, bajo ciertas restricciones determinadas por la ley.

6.- La emancipación es un estado intermedio entre la incapacidad de ejercicio, característica del menor, y la plena capacidad resultante de la mayoría de edad.

7.- La emancipación en nuestro vigente sistema legislativo es la institución jurídica originada por el matrimonio del menor, cuya consecuencia es extinguir el ejercicio de la patria potestad o la tutela, confiriendo al menor una limitada capacidad de ejerci-

cio para gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes. La emancipación subsiste aunque el matrimonio se disuelva.

8.- La emancipación expresa o voluntaria que reguló nuestro Código Civil hasta la reforma de 1970 era el resultado, más que de una declaración de voluntad, de una declaración de voluntades.

9.- Por ser de orden público las disposiciones relativas al estado y capacidad de las personas, en la hoy desaparecida emancipación voluntaria el ascendiente o tutor que emancipaba al hijo o pupilo que estaba bajo su patria potestad o guarda, no podía ampliar, limitar o modificar en forma alguna la capacidad de ejercicio que por la emancipación adquiría el menor.

10.- La autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces propiedad del emancipado perfecciona el acto jurídico en cuanto que integra la voluntad del emancipado.

11.- La tutela establecida por la ley para que el emancipado comparezca en juicio es una tutela dativa especial, ya que no --suple a la testamentaria ni a la legítima y las funciones del tutor cesan tan pronto como el litigio termina.

12.- Nuestro Código Civil regula en su artículo 435 una --emancipación parcial, ya que sólo le otorga efectos por lo que hace al aspecto patrimonial del menor y no en cuanto a su persona. Por --tanto, el emancipado podrá disponer libremente de los bienes muebles que hubiere adquirido con el producto de su trabajo.

13.- Están afectados de nulidad relativa todos los actos y contratos celebrados por el emancipado en contravención a las --restricciones establecidas por la ley, con excepción de aquéllos que --sean propios de la materia en que éste sea perito o cuando dolosa--mente se haya hecho pasar como mayor de edad.

14,- En la actualidad resulta inadecuado restringir la capacidad del emancipado, atendiendo a la naturaleza mueble o inmueble de los bienes de que pretenda disponer y no al valor económico de éstos.

15.- El emancipado puede ejercer la profesión de comerciante, siempre y cuando el objeto de su actividad no lo constituyan -- bienes inmuebles.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- ARELLANO GARCIA, CARLOS. Derecho Internacional Privado.- Segunda Edición. Editorial Porrúa. México, 1976.
- 2.- BONNECASE, JULIEN. Elementos de Derecho Civil. Tomo I. - Editorial Cajica. Puebla, México, 1946.
- 3.- BEJARANO SANCHEZ, MANUEL. Obligaciones Civiles. Primera Edición Editorial Harla. Colección Textos Jurídicos Universitarios. México, 1980.
- 4.- BORJA SORIANO, MANUEL. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Porrúa. México, 1939.
- 5.- COLIN, AMBROSIO Y CAPITANT, HENRI. Curso Elemental de -- Derecho Civil. Editorial Francesa. Madrid, 1951.
- 6.- CASTAN TOBEÑAS, JOSE. Derecho Civil Español Común y Fo-- ral. Tomo II. Editorial Reus. Madrid, España, 1936
- 7.- ESQUIVEL OBREGON, TORIBIO. Apuntes para la Historia del Derecho en México. Editorial Polís. México, 1937.
- 8.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. Derecho de las Obligaciones. Quinta Edición. Editorial Cajica. Puebla, México, - 1979.
- 9.- GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho Civil. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México, 1976.
- 10.- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho. Vigésima Novena Edición. Editorial Porrúa. México, - 1969.

- 11.- JIMENEZ PARRA, MANUEL. Fondo Histórico, Político y Social del Derecho Romano. Apuntes Taquigráficos y de Grabaciones en las clases impartidas. Ciudad Universitaria. 1979.
- 12.- KELSEN, HANS. Teoría Pura del Derecho. Décima Quinta -- Edición. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Argentina, 1977.
- 13.- LOZANO NORIEGA, FRANCISCO. Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos. Segunda Edición. Editorial Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, 1970.
- 14.- MATEOS ALARCON MANUEL. Código Civil del Distrito Federal, Concordado y Anotado. Librería de la Vda. de Ch. Bouret. - México, 1904.
- 15.- MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. El Derecho Privado Romano. Sexta Edición. Editorial Esfinge. México, 1976.
- 16.- MARGADANT S. GUILLERMO FLORIS. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Segunda Edición. Editorial -- Esfinge. México, 1976.
- 17.- MAZEAUD, HENRI, LEON Y JEAN. Lecciones de Derecho Civil. Tomo IV. Segunda Parte. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina, 1969.
- 18.- MENDIETA Y NUÑEZ, LUCIO. El Derecho Precolonial. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México, 1976.
- 19.- MUÑOZ, LUIS. Derecho Mercantil. Tomo I. Editorial Herre-ro. México, 1952.
- 20.- OTS CAPDEQUI, JOSE MARIA. Historia del Derecho Español - en América y del Derecho Indiano. Editorial Aguilar. Madrid, España, 1969.

- 21.- ORTIZ URQUIDI, RAUL. Derecho Civil. Primera Edición. -- Editorial Porrúa. México, 1977.
- 22.- PINA, RAFAEL DE. Derecho Civil Mexicano. Tomos I y II.- Novena Edición. Editorial Polis. México, 1937.
- 23.- PETIT, EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. Novena Edición. Editora Nacional. México, 1980
- 24.- PRECIADO HERNANDEZ, RAFAEL. Lecciones de Filosofía del Derecho. Novena Edición. Editorial Jus. México, 1978.
- 25.- PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Editorial Cultural Habana. Habana, 1947.
- 26.- RUGGIERO, ROBERTO DE. Instituciones de Derecho Civil. - Tomo I. Traducción española de Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz de la Cuarta Edición italiana. Madrid, -- 1929.
- 27.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil. -- Tomos I, II y III. Décima Sexta Edición. Editorial Porrúa. México, 1979.
- 28.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. Tomos I y II. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México, 1975.
- 29.- SANCHEZ MEDAL, RAMON De Los Contratos Civiles. Cuarta - Edición. Editorial Porrúa. México, 1978.
- 30.- VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO. Tratado de Derecho Civil-Español. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Talleres -- Tipográficos Cuesta. Valladolid España, 1920.

L E G I S L A C I O N

Código Civil de 1870

Código Civil de 1884

Código de Comercio de 1889

Ley de Relaciones Familiares de 1917

Código Civil de 1928

Ley Federal del Trabajo de 1970

Código de Napoleón

Código Civil Español de 1889

Código Civil Colombiano de 1873

Código Civil Italiano de 1942

Código Civil Argentino de 1880

Código de la Familia de Cuba de 1975