

Nº 1047  
280



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
" A R A G O N "

TUTELA PROCEDENTE CUANDO  
EL MENOR DECIDE DISOLVER  
SU VINCULO MATRIMONIAL

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A :  
ELSA ESCAMILLA CRUZ



SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEY.

1992

TESIS CON  
FALLA DE ORICEN



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **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 está 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.

C A P I T U L O IV.- TIPOS DE TUTELA . . . . .	118
A.- LEGITIMA . . . . .	121
B.- DATIVA . . . . .	125
C.- TESTAMENTARIA . . . . .	130

C A P I T U L O V.- TUTELA QUE PROCEDE PARA QUE EL EMANCIPADO DISUELV A SU VINCULO MATRIMONIAL . . . . .	144
A.- EN EL CASO DE DIVORCIO NECESARIO . . . . .	144
B.- EN EL CASO DE DIVORCIO VOLUNTARIO . . . . .	151
C.- INEXISTENCIA DE LA TUTELA EN EL CASO DEL DIVORCIO ADMINIS- TRATIVO . . . . .	154

C O N C L U S I O N E S . . . . .	157
-----------------------------------	-----

B I B L I O G R A F I A . . . . .	161
-----------------------------------	-----

L E G I S L A C I O N . . . . .	164
---------------------------------	-----

## INTRODUCCION

El presente trabajo tiene por objeto desentrañar la problemática existente en la vida jurídica respecto del tipo de tutela que ha de ejercerse para que el menor de edad emancipado disuelva su vínculo matrimonial, a través de cualquiera de los tipos de divorcio reglamentados por nuestra legislación, para lo cual fue pertinente hacer un concienzudo análisis de diversas figuras jurídicas como son entre otras -- el matrimonio, por ser éste la célula básica para constituir la familia, la cual es el pilar de formación de la sociedad; la emancipación, en virtud de que es la situación en la que se encuentra el individuo -- que requiere le sea nombrado un tutor para tramitar su divorcio; la tutela, en razón de que precisamente es la forma de representación y protección que establece la ley para que el menor de edad realice cual -- quier negocio jurídico; y el divorcio, toda vez que es el medio por el cual se disuelve un matrimonio en vida de los cónyuges, mismo que trae inherente al igual que las otras figuras jurídicas derechos y obligaciones.

Asimismo, es prudente destacar que en este trabajo se hace referencia a todos los aspectos del orden legal que pudieran contribuir a esclarecer la problemática existente respecto de la tutela que ha de ejercerse para que el emancipado lleve a cabo el trámite de divorcio, -

ya sea voluntario judicial o necesario, toda vez que en la actualidad no se contempla alguna ley, jurisprudencia o doctrina específica para solucionar esta conflictiva, en virtud de la discrepancia de criterios que ostentan los diferentes Jueces de lo Familiar, que como autoridades no consideran la situación prevaleciente del incapaz al momento de promover el negocio judicial aducido.

Ahora bien, aún cuando muy someramente en este estudio se ha considerado a la capacidad e incapacidad de que gozan los individuos en general, a efecto de determinar hasta que grado puede un sujeto hacer valer sus derechos por sí mismo y de igual forma cumplir con sus deberes; asimismo se señalan a las personas con la facultad que les brinda la ley para ejercer la patria potestad o el cargo de tutor, sin olvidar las características que deben revestir, sus responsabilidades, deberes, derechos, etc., a fin de solucionar en cualquiera de los tipos de divorcio la conflictiva que se plantea en este estudio y que reitero fue el motivo que propició la elaboración del mismo.

## C A P I T U L O I

## CONCEPTOS

## A.- T U T E L A

El Código Civil para el Distrito Federal, al referirse en el artículo 449 a la figura jurídica de la tutela, no da una definición exacta de ésta, únicamente nos dice que: "El objeto de la tutela es la -- guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413". Siendo estas modalidades las que le impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

Los estudiosos del Derecho han definido la tutela de diversas maneras, la Profesora Sara Montero Duhalt nos dice que: "La tutela es la institución que tiene por objeto la representación de los incapacita--

dos mayores de edad, y de los menores de edad no sujetos a patria potestad". (1)

Además señala que la palabra tutela se deriva de la voz latina --tutor, que significa defender, proteger y por lo tanto tutelar es proteger y cuidar los intereses del pupilo, siendo éste último el que se encuentra afectado de incapacidad, por lo que requiere de un tutor para que lo represente actuando en su nombre.

La tutela tiene las características siguientes:

1) Es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, --sino por causa legítima.

Esto quiere decir que nadie podrá liberarse de ejercer la tutela, sino por alguna circunstancia que legalmente se lo impida, por lo tanto si el que es nombrado tutor rechaza sin causa legal el ejercicio de su cargo, es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten para el incapacitado.

Además de ser responsable de los daños y perjuicios que se originen al incapacitado de su excusa injustificada, será sancionado por su renuncia o remoción del cargo, con la pérdida del derecho a ser herede

(1) Sara Montero Duhalt. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México, 1985. Págs. 359, 360 y siguientes.

ro o legatario de la persona que lo nombra tutor, en caso de que su nombramiento haya sido por testamento.

Ahora bien, en el caso de la tutela legítima, el tutor que rehusare a desempeñar su cargo sin causa justificada, no tendrá derecho a hacer redar de los incapacitados de quienes rehusaren a ejercer la tutela.

2) Irrenunciable.

En virtud de que la tutela es un cargo de interés público, el que la esta desempeñando no puede renunciar a ella sin causa legal aceptada por el juez, ya que para el caso de renuncia injustificada, le serán aplicadas las sanciones citadas en el inciso anterior.

3) Temporal.

En cuanto a la duración de la tutela, podemos decir que es variable, ya que va a depender de las circunstancias en que se encuentre el pupilo y según sea la persona que la ejerce, en virtud de que tratándose de del ejercicio de la tutela por minoría de edad, el tutor dejará de desempeñar el cargo cuando el pupilo alcance la mayoría.

En el caso de que la tutela se ejerza sobre un mayor incapacitado, esta durará el tiempo que subsista el estado de interdicción, siempre-

que se encuentre a cargo de los ascendientes o descendientes del pupilo. El cónyuge tendrá obligación de desempeñar el cargo de tutor, -- mientras conserve esa calidad.

Tratándose de algún extraño que este en el ejercicio de la tutela de mayores incapacitados, éstos tendrán derecho a que se les releve del cargo a los diez años de ejercicio.

La situación de temporalidad de los parientes colaterales, en el ejercicio de la tutela de mayores incapacitados, no está bien definida en nuestro Código Civil, ya que si bien es cierto son mencionados como obligados a desempeñar la tutela de sus parientes mayores de edad incapacitados, también lo es que no son contemplados en cuanto a la duración en el cargo, quedando por tanto supeditada su remoción a decisión judicial.

#### 4) Excusable.

Nuestro ordenamiento civil señala claramente en su artículo 511, quienes pueden excusarse válidamente del ejercicio de la tutela, siendo éstos los que a continuación se mencionan:

I.- Los empleados y funcionarios públicos.

II.- Los militares en servicio activo.

III.- Los que tengan bajo su patria potestad a tres o más descendientes.

IV.- Los que fueren tan pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo en su subsistencia.

V.- Los que por el mal estado habitual de su salud, o por su rudeza o ignorancia, no puedan atender debidamente a la tutela.

VI.- Los que tengan sesenta años cumplidos.

VII.- Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría.

VIII.- Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.

Las causas de excusa señaladas anteriormente no son limitativas, ya que como lo establece la fracción VIII que antecede, queda a discreción del juez el ejercicio de la tutela respecto de cualquier otra circunstancia aducida como excusa justificada para desempeñar el cargo de tutor.

La causa de excusa para no ejercer la tutela deberá interponerse-

dentro de los cinco días siguientes a la notificación de su nombramiento, gozando de un día más por cada 40 kilómetros que medien entre su domicilio y el lugar de residencia del juez que este conociendo del asunto. Transcurrido el término señalado sin ejercer su derecho, se tendrá por renunciada la excusa que le concede la ley. Ahora bien, si teniendo la excusa legal se acepta el cargo, se tiene también renunciada la excusa, entendiéndose por tanto aceptado el cargo de tutor por parte del que fue nombrado para ese efecto.

5) La tutela es un cargo unitario.

A la figura jurídica de la tutela se le atribuye la característica de cargo unitario, en virtud de que ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor o un curador de carácter general definitivos, pero sí un tutor puede tener a su cargo la tutela de hasta tres incapaces. Cuando el número de incapaces sea mayor de tres, pero éstos son hermanos, o son coherederos o legatarios de una misma persona, puede nombrarse un sólo tutor y un sólo curador para todos ellos, siempre que se cumpla alguna de las circunstancias señaladas.

Ahora bien, en el caso de intereses contrapuestos de dos o más incapaces sujetos a la misma tutela, el tutor deberá notificarlo al juez, para que éste nombre un tutor especial que defienda los intereses contrapuestos mientras se decide el punto de oposición.

El carácter de unitario recae también en cuanto al tutor y al curador, ya que estos nombramientos deben ser otorgados forzosamente en personas distintas, es decir, una persona no puede ser al mismo tiempo tutor y curador de un solo pupilo; ahora bien, tampoco se pueden ejercer dichos cargos por personas que sean parientes entre sí.

La ley no hace mención respecto a los cónyuges que ejerzan los -- cargos de tutor y curador en la persona de un incapaz; sin embargo, la regla señalada por el artículo 458 del Código Civil debe aplicarse por analogía a este caso, por lo tanto los cargos de tutor y de curador no deben recaer en dos personas unidas en matrimonio.

6) La tutela es un cargo remunerado.

Según lo dispone el artículo 585 del Código Civil para el Distrito Federal, la persona que ejerza el cargo de tutor tendrá derecho a recibir una retribución sobre los bienes del incapacitado. Para el caso de la tutela testamentaria, la retribución podrá ser fijada por el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombró en su testamento.

Ahora bien, respecto de los tutores legítimos o dativos, esta retribución será fijada por el juez, la cual no podrá ser menor de cinco ni excedera del diez por ciento de las rentas líquidas de los bienes del pupilo; asimismo, podrá ser aumentada hasta en un veinte por ciento

de los productos líquidos si los bienes del incapacitado tuvieran un aumento en sus productos, debido exclusivamente a la industria y diligencia del tutor, debiendo ser el juez el encargado de calificar el aumento de la retribución con audiencia del curador.

El tutor que contraiga nupcias con la persona que esta bajo su tutela, sin haber obtenido previamente la autorización municipal correspondiente, la cual se obtiene una vez aprobadas las cuentas de la tutela, perderá el derecho a recibir remuneración alguna por el ejercicio de su cargo, debiendo además restituir lo que por este título hubiere recibido.

7) El cargo de tutor deberá ser posterior a la declaración de interdicción del que va a quedar sujeto a ella.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 462, nos señala que ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeto a ella, en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles.

El artículo 902 del Código citado en último término, manifiesta de manera similar la disposición anterior, añadiendo que, la declaración de estado de minoridad o demencia puede pedirse: 1° Por el mismo menor si ha cumplido 16 años; 2° Por su cónyuge; 3° Por sus presuntos herederos legítimos; 4° Por el albacea y 5° Por el Ministerio Público.

A efecto de cumplir con la característica en comento, el propio Código de Procedimientos Civiles regula lo relativo al nombramiento de tutores y curadores, así como del discernimiento de esos cargos en el Título Décimo Quinto, Capítulo II, distinguiendo claramente entre la declaración de minoridad en su artículo 903 y declaración de incapacidad por causa de demencia en el 904, debiendo llevarse el primero de los citados en Vía de Jurisdicción Voluntaria y el segundo mediante Juicio Ordinario, siguiéndose Este último entre el peticionario y el tutor interino que para tal objeto designe el juez.

8) La tutela es un cargo removible.

Como última característica de la tutela tenemos, que es un cargo-removible, en virtud de que como se puede apreciar claramente de lo -- anotado con antelación, los tutores deben seguir ciertos lineamientos- para el ejercicio de su cargo, caso contrario, éstos serán transferi-- dos del mismo sujetándolos a las sanciones que en cada caso procedan.

De todo lo antes expuesto, podemos deducir quienes son los sujetos pasivos de la tutela, siendo éstos los incapacitados en general, - abundando en este sentido, citaremos el contenido del artículo 450 del Código Civil, el cual señala limitativamente quienes tienen incapacidad natural y legal, siendo los siguientes:

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 sordo-mudos que no saben leer ni escribir.

IV.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen -- uso immoderado de drogas enervantes.

La fracción I del artículo que precede nos habla de las personas que legalmente les atañe la incapacidad natural, al referirse específicamente a los menores de edad, en tanto que las fracciones siguientes señalan a los que habiendo salido de tal incapacidad padecen de la legal, en virtud de los males que adolecen como son idiotismo, imbecilidad, uso immoderado de drogas enervantes, etc., por tanto, para que una persona sea declarada incapaz en el primer caso, basta comprobar por cualquier medio su minoría de edad y en el segundo, el presunto incapaz deber ser sujeto a juicio de interdicción, en ambas situaciones la declaración de incapacidad deberá ser decretada conforme a lo establecido por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Antonio de Ibarrola, fundándose en lo dispuesto por nuestra legislación nos dice: "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que, no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda para gobernarse por sí -- mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación in

terina del incapaz en los casos especiales que señala la ley. En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. - Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413'.(2)

Indicando también la jurista en cita que la palabra tutela proviene de la voz latina tueor, que significa defender, proteger, adjudicándole a esta figura determinadas características, como son:

1) Naturaleza pública del oficio.

2) Obligatoriedad de la función.

3) Gratuidad, en derecho español, en el nuestro es remunerable.

4) Generalidad del poder conferido al tutor, ya que la tutela comprende el cuidado de la persona del menor, sustento, educación, protección en general, representación de los actos civiles y administración de los bienes, si bien habrá que tener en cuenta que por ser la tutela remedio de incapacidad, esta determinará el contenido de aquélla.

5) Indivisibilidad y unidad del poder tutelar, ya que este es atri

(2) Antonio de Ibarrola. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, México, 1978. Págs. 385 y 387.

buido a una sola persona, y no puede fraccionarse entre varios tutelares, por lo cual una persona sólo puede tener un tutor.

Entre otros juristas que también han analizado la figura de la tutela, tenemos al Maestro Ignacio Galindo Garflas, el cual señala que - la palabra tutela procede del verbo latino tueor, que quiere decir defender, proteger, Conceptuándola de la siguiente forma: "Es un cargo que la ley impone a las personas capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil de interés público y de ejercicio obligatorio." (3)

Retoma también lo estipulado en nuestro Código Civil, diciendo -- que la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos, o en su caso, la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley.

En el orden de ideas anotado, deducimos que la palabra tutela se deriva de la voz latina tueor, que significa defender, proteger; caracterizándose tal figura de la siguiente forma:

1) Es un cargo de interés público.

(3) Ignacio Galindo Garflas. Derecho Civil. Editorial Porrúa. México, - 1987. Pág. 692.

- 2) Tiene el carácter de obligatorio, del que nadie puede eximirse.
- 3) Irrenunciable.
- 4) Temporal.
- 5) Excusable.
- 6) Unitario o Indivisible.
- 7) Remunerado.
- 8) Posterior a la declaración de interdicción del individuo que -  
deba quedar sujeto a ella, y
- 9) Removible.

Siendo sujetos pasivos de la tutela, los individuos que se encuentran afectados de incapacidad, ya sea legal o natural, mimos a que se refiere el precepto 450 de nuestro Código Civil anteriormente transcrito.

Ahora bien, al atribuírsle a la tutela la característica de excusable, tenemos que las personas que pueden excusarse del ejercicio de ese cargo son los citados al transcribirse el contenido del artículo -

511 del Código Civil para el Distrito Federal, específicamente en la página 6 del presente trabajo.

De los conceptos señalados con anterioridad y tomando en cuenta la generalidad de esta figura, decimos que: "La tutela es la institución jurídica encargada de la guarda, protección y defensa de la persona y bienes de los que sufren de incapacidad, ya sea esta legal o natural, sin que se encuentren bajo patria potestad alguna y por tanto no pueden gobernarse por sí misma; así como de su representación y asistencia, la cual puede ser también interina o especial, de acuerdo a las modalidades y casos específicos que determine la Ley".

#### B.- MATRIMONIO

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 130, párrafo tercero nos dice que: "El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan".

De lo anterior, se desprende que nuestra Carta Magna considera al matrimonio únicamente como un contrato civil, sin especificar quienes son las partes del mismo; sin embargo, como más adelante lo veremos, -

Éstas son siempre un hombre y una mujer, debiendo estar reglamentado - dicho contrato por las leyes respectivas, de donde emanará su fuerza y válidez, teniendo competencia para conocer del estado civil de las per- sonas las autoridades y funcionarios del orden civil, exclusivamente.

Respecto del matrimonio, el Código Civil para el Distrito Federal no lo define expresamente, simplemente al referirse a éste en su artículo 139, textualmente dice: "La promesa de matrimonio que se hace -- por escrito y es aceptada, constituyen los esponsales"; sin embargo en el artículo 178 reitera lo establecido por nuestra Constitución, en -- cuanto a que el matrimonio es un contrato, diciendo lo siguiente: "El- contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad con yugal o bajo el de separación de bienes" Ahora bien, en lo que se re fiere al régimen de sociedad conyugal, ésta se regirá por las capitula ciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere ex - presamente estipulado, por las disposiciones relativas al contrato de- sociedad, según lo establece el artículo 183 del propio código, de don de observamos que nuestra legislación en todo tiempo considera al ma- trimonio como un contrato, ya que al referirse al régimen de sociedad- conyugal, le atribuye reglamentaciones del contrato de sociedad en -- cuanto exista alguna laguna en las capitulaciones matrimoniales.

Además, el ordenamiento citado establece como requisito indispen- sable para contraer matrimonio que el hombre haya cumplido 16 años y-- la mujer 14, debiendo contar ambos en estos casos con el consentimiento-

to de sus representantes legales, según el orden jerárquico establecido en el artículo 149, que a la letra dice: "El hijo o la hija que no hayan cumplido 18 años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o de su madre, si vivieran ambos, o del que sobreviviera.- Este derecho lo tiene la madre, aunque haya contraído segundas nupcias si el hijo vive con ella. A falta o por imposibilidad de los padres, - se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieran ambos, o del que sobreviviera; a falta o por imposibilidad de los abuelos - paternos, si los dos existieran, o del que sobreviviera, se requiere el - consentimiento de los abuelos maternos". A falta de padres y abuelos, - el consentimiento lo otorgaran los tutores, faltando Estos, suplira el consentimiento el Juez de lo Familiar de la residencia del menor según sea el caso.

Señalando también que los impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio son:

- 1) Falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada;
- 2) Falta de consentimiento del que, o los que, ejerzan la patria-potestad, el tutor o el juez en sus respectivos casos;
- 3) El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en la línea recta, ascendente o descendente. En la lí-

nea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa;

4) El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;

5) El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;

6) El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;

7) La fuerza o miedo graves. En caso de raptó, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad;

8) La embriaguez habitual, la morfínomanía, la eteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. La impotencia incurable para la cópula; la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias;

9) El idiotismo y la imbecilidad;

10) El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella --

con quien se pretenda contraer.

De los impedimentos señalados sólo dos son dispensables: 1) La -- falta de edad y 2) El parentesco de consanguinidad en la línea colateral desigual. Todo lo anterior de conformidad a lo establecido por el artículo 156 del Código Civil vigente.

Asimismo, tenemos que de la celebración del contrato de matrimonio nacen derechos y obligaciones para los cónyuges, entre otros, socorrerse mutuamente, decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, vivir juntos en el domicilio conyugal, contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, etc.

Sobre el concepto de matrimonio citaremos también diferentes opiniones, en primer término tenemos la del Maestro Manuel F. Chávez Asencio, quien después de analizar las emitidas por algunos juristas expresa que: "El matrimonio como acto constitutivo, es un acto jurídico -- conyugal (pacto conyugal) en el que interviene, además, la voluntad -- del Juez del Registro Civil para constituir el vínculo conyugal, el -- que se traduce en el matrimonio estado como comunidad íntima y permanente de vida, de un hombre y una mujer en orden al amor conyugal, la promoción humana de ambos y la procreación responsable." (4)

(4) Manuel F. Chávez Asencio. La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Editorial Porrúa. México, 1985. Págs. 70 y siguientes.

En la definición anterior sobre matrimonio el autor comprende los caracteres de unión, permanencia y legalidad, al referirse a un hombre y a una mujer excluye la poligamia, refiriéndose a la comunidad como un concepto jurídico, pero con un contenido propio del Derecho de Familia, que implica la íntima y común unión de un hombre y una mujer, que tiene por fines la promoción humana integral, el amor conyugal y la paternidad responsable.

Para que el matrimonio pueda cumplir con los fines y objetivos señalados para el mismo, es necesario que se cumplan con las características que a continuación se mencionan, las cuales son atribuidas a la figura jurídica de que se trata.

#### 1) Orden público.

Se le atribuye la característica de ser una institución de orden público, en virtud de la tesis jurisprudencial emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que a la letra dice: "La Institución -- del Matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se -- rompa el vínculo matrimonial. Por lo tanto en los divorcios necesarios es preciso que la causal invocada quede plenamente probada, así -- como que la acción se haya ejercitado oportunamente, es decir, antes -- de su caducidad". Jurisprudencia 165, Sexta Época, Pág. 517, Sección -

Primera, Volúmen Tercera Sala, Apéndice de Jurisprudencia 1917, 1965, - Visible en la página 565 de la actualización J. Civil de Ediciones Mayo.

## 2) Legalidad.

Se considera a la legalidad como una de las características del matrimonio, en virtud de que para que éste se celebre, se requiere del cumplimiento de ciertos requisitos legales, formas y solemnidades previstas en la ley, adoleciendo por tanto de nulidad o inexistencia los matrimoniales que carezcan de algún requisito según sea el caso, formales o solemnes.

La legalidad no consiste en un papel simplemente, ésta implica un compromiso de gran trascendencia en la vida de la pareja, por lo que deben celebrarse conforme a las leyes, con todas las formas y solemnidades para el efecto establecidas, ya que el matrimonio trae consigo un cambio radical, al generar un nuevo estado de familia y una comunidad de vida a la que se integrarán en lo futuro los hijos.

Además de la voluntad de las partes de unirse en matrimonio se requiere la presencia y declaración legal del Oficial del Registro Civil, de que existe la celebración del contrato matrimonial, ya que esta es la autoridad competente designada por la ley para darle solemnidad y formalidad al acto jurídico que adquiere el carácter de matrimonio.

## 3) Permanencia.

Los cónyuges tienen la obligación de permanecer unidos, en virtud del matrimonio celebrado por los mismos. Refiriéndose entre otras a esta característica la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice: "Siendo el matrimonio la base de la familia que a su vez es la de la sociedad, el Estado, preocupándose por ello mismo, por la estabilidad de la institución, sólo permite su disolución por divorcio en casos verdaderamente graves, expresamente señalados por la ley. De aquí que todas las disposiciones legales que establecen tal disolución, son de interpretación estricta y que únicamente es procedente decretar aquél sólo por causas específicas numeradas". Amparo Directo -- 3635/1955, Emigdio Torres Urruchi. Resuelto el 26 de enero de 1956 por mayoría de votos. Tercera Sala, Boletín 1956, pág. 90. (Visible en Mayo Ediciones, Tomo Civil, Pág. 418).

Ahora bien, la permanencia de los matrimonios se fundamenta básicamente en que tanto el Estado como la Sociedad están interesados en que la relación entre consortes perdure, ya que el matrimonio es considerado como la célula básica de la propia sociedad, por lo que nuestra legislación la rodea de infinidad de protecciones, considerando únicamente al divorcio como una sanción o remedio al fracaso de la pareja, el cual sólo debe proceder por causas graves que afecten seriamente a los cónyuges, sus hijos o la sociedad.

4) *Unidad.*

La *unidad y la convivencia* es lo que algunos juristas llaman *vida en común o deber de cohabitación*, por lo que es indispensable la existencia de un *domicilio conyugal*, como lo establece la parte primera -- del artículo 163 del Código Civil para el Distrito Federal, por lo que la *unidad y la convivencia* son valores que se encuentran en el matrimonio y necesarios para la promoción de sus fines, mismos que son establecidos por el ordenamiento en cita.

5) *Singularidad.*

Esta característica consiste básicamente en la unión de un sólo hombre con una sola mujer, evitando con esto la *poligamia* y la *poliandria*, por lo tanto existe *exclusividad de unión y amor conyugal* únicamente entre dos personas de diferente sexo, exigiéndose con esto en -- nuestra legislación la *monogamia*, ya que en otros países actualmente -- subsiste y es permitida la *poligamia*.

6) *Igualdad.*

Antiguamente en nuestra legislación se condicionaba o limitaba la capacidad de la mujer, en la actualidad existe la *igualdad de los cónyuges*, que es un valor o riqueza que implica deberes recíprocos entre *consortes*.

Respecto de la igualdad, nuestra Carta Magna en su artículo 4º establece que: "El varón y la mujer son iguales ante la ley". Asimismo - el Código Civil vigente en el artículo 164 entre otros, apoya el precepto señalado refiriéndose específicamente a los esposos, de la siguiente forma: "Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación -- económica al sostenimiento del hogar". Por lo tanto la igualdad entre cónyuges es considerada como elemento esencial que caracteriza al matrimonio; para que ambas partes gocen de iguales derecho y por ende de iguales obligaciones.

#### 7) Libertad.

La libertad como característica del matrimonio es considerada desde antes de la celebración del mismo, ya que ambas partes deben expresar libremente su consentimiento al momento de contraer matrimonio, -- subsistiendo dicha libertad después de celebrado, ya que por ningún motivo debe existir sujeción del uno al otro, ni sometimiento alguno, su violación puede ser una injuria grave a la persona del otro cónyuge, - pudiéndose originar el divorcio como sanción.

Podemos considerar también a la libertad desde otro punto de vista, ya que solamente pueden contraer matrimonio las personas que se encuentren libre de éste, es decir, que el consentimiento como acto de la voluntad para contraer matrimonio, sólo puede expresarlo quien se -

encuentra libre de unión matrimonial. Más aún, la libertad es un valor que consideramos inherente a cualquier sujeto capaz de contraer matrimonio.

El jurista Ignacio Galindo Garfias, considera al matrimonio desde dos puntos de vista: Como un acto jurídico y como estado de permanencia de vida de los cónyuges; efecto del acto jurídico de la celebración del matrimonio.

Según nos dice, "La celebración del matrimonio produce un efecto primordial, esto es, da nacimiento a un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges. Considera al matrimonio como estado civil, se compone de un complejo de deberes y facultades, derechos y obligaciones, en vista y para protección de los intereses superiores de la familia, que son la protección de los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges, por tanto, para que sean realizados dichos fines - se requiere el esfuerzo de ambos cónyuges". [5]

Señala también que desde el punto de vista jurídico lo esencial del matrimonio es la radicación de la familia como grupo social, la cual encuentra una adecuada organización jurídica, así como la seguridad y la certeza de las relaciones entre los consortes, la situación y estado de los hijos, de sus bienes y sus derechos familiares, conside-

[5] Ignacio Galindo Garfias. Obra citada. Página 471.

rando por tanto al estado de matrimonio, a través de la seguridad y certeza que le imparte el derecho, fortaleciendo al grupo familiar y permitiendo que cumpla las finalidades sociales éticas y aún económicas que le competen dentro de la comunidad.

Siguiendo este orden de ideas manifiesta también que para que exista el matrimonio, éste debe revestirse de una forma solemne prescrita por la ley y cumplir con ciertos requisitos necesarios para que tenga validez, siendo éstos los que denomina:

a) Elementos esenciales, y

b) Requisitos de validez.

Siendo los primeros los que a continuación se mencionan:

1.- Voluntad de los contrayentes.- Esta se manifiesta a través de la declaración expresa de los contrayentes de unirse en matrimonio, o lo que se llama propiamente como consentimiento.

2.- El objeto.- Consiste en que la vida entre un sólo hombre y una sola mujer, se sujeta a un conjunto de relaciones jurídicas que ambos han convenido en crear por voluntad propia, precisando, decimos que el objeto directo del matrimonio es la creación de derecho y obligaciones entre los esposos y en relación a los hijos.

3.- Las solemnidades requeridas por la ley.- Se refiere a que las declaraciones de voluntad de los contrayentes deben revestir la forma ritual que la ley establece, en ausencia de la cual, el acto de celebración del matrimonio es inexistente, aclarando que la manifestación de las partes de unirse en matrimonio deber ser ante los funcionarios que establece la propia ley, o sea, ante el Oficial del Registro Civil.

En cuanto a los requisitos de validez son los siguientes:

1.- La capacidad- Se refiere tanto a la de goce como a la de -- ejercicio, señalando que la primera es la aptitud para la cópula entre los contrayentes, fijándose como la edad requerida para contraer matrimonio, 16 años para el hombre y 14 años también cumplidos para la mujer.

En cuanto a la capacidad de ejercicio, se refiere a la capacidad que deben tener los contrayentes para celebrar el acto del matrimonio, en virtud de que los menores de edad requieren el consentimiento expreso de las personas que legalmente están autorizadas para ello, como -- son los padres, los abuelos paternos, los maternos, los tutores y en -- su caso tal consentimiento será suplido por la autoridad administrativa, cuando los ascendientes o tutores lo nieguen sin causa justa, tal y como lo establece el artículo 151 del Código Civil para el Distrito Federal.

2.- La ausencia de vicios de la voluntad.- La voluntad de las partes para contraer matrimonio debe de estar completamente exenta de cualquier vicio, como pueden ser el error, cuando entendiendo celebrar matrimonio con persona determinada se contrae con otra, o la violencia, que puede ser la fuerza o miedo graves, como en el caso del rapto, ya que la voluntad de la raptada no puede expresarse con libertad, hasta en tanto no se le restituya a un lugar seguro en donde pueda manifestar libremente su voluntad.

3.- La licitud en el objeto.- El objeto del matrimonio debe ser integralmente lícito, ya que si no se dá tal requisito se presenta en el mismo la ilicitud, que se ocasiona por las siguientes circunstancias:

a) Si existe parentesco por consanguinidad, por afinidad o por -- adopción, entre los cónyuges.

b) Si ha habido adulterio entre las personas que pretendan contraer matrimonio, siempre que haya sido judicialmente comprobado.

c) El atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que queda libre, y

d) La bigamia, en virtud de que un sólo hombre puede contraer matrimonio con una sola mujer.



Ahora bien, al conceptuar la figura jurídica del matrimonio nos dice que: "Es la forma legal de constitución de la familia a través -- del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, -- que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley." (7)

Como se desprende de todo lo expuesto, se ha definido innumerables veces al matrimonio, considerándolo desde diferentes puntos de vista -- como son entre otros el religioso, histórico, sociológico, etc.; sin embargo, en el presente trabajo lo hemos considerado únicamente desde el punto de vista jurídico, ya que como lo establece nuestra Carta Magna en su artículo 130, el matrimonio es un contrato civil, establecido por las leyes, el cual se refiere al estado civil de las personas. En este mismo sentido, el Código Civil para el Distrito Federal, reitera la posición ostentada por nuestra Constitución, no obstante lo anterior, los juristas que hemos señalado, han atribuido a la figura jurídica del matrimonio otras concepciones, que en mi opinión resultan más propias, en virtud de ser el matrimonio la célula básica de la familia y ésta de la sociedad, por lo que al celebrarse un matrimonio se crean derechos y obligaciones tanto para los propios cónyuges como para los hijos que se procrean dentro del mismo.

De lo anterior se concluye que la palabra Matrimonio proviene de la voz latina *Matrimonium*, que quiere decir carga de la madre, la cual-

(7) Sara Montero Duhal. Obra citada. Páginas 95 y 97.

unida a la de patrimonio, *patris-numium*, que significa carga del padre, constituyen los pilares de la familia que son el padre y la madre, reiterando que al celebrarse el matrimonio, Este es la base fundamental de nuestra sociedad.

Además, cabe señalar que para que el matrimonio surta todos sus efectos legales, es necesario que se revista de ciertos elementos esenciales y requisitos de validez, siendo los primeros: 1) La voluntad de los contrayentes, 2) El objeto del acto jurídico y 3) Las solemnidades que requiere la ley, a efecto de celebrarse el matrimonio; y en cuanto a los segundos son: 1) La capacidad de los contrayentes (legal y de goce), 2) La ausencia de vicios de la voluntad, 3) La licitud en el objeto y 4) Las formalidades establecidas en el acta de matrimonio.

Por consiguiente se deduce que el matrimonio es un acto jurídico, en el que no sólo interviene la voluntad de las partes, (un hombre y una mujer), sino también la del Juez del Registro Civil, con el objeto de dar formalidad a dicho acto y por ende validez legal, con el propósito de constituir la unidad familiar, la cual es la base de la sociedad, teniendo ambos cónyuges derechos y obligaciones derivados de la celebración del vínculo matrimonial, dirigidos a la procreación y mutua colaboración de los propios esposos, con el fin directo de una vida total en común entre los mismos.

### C.- D I V O R C I O

A través de nuestra legislación se ha considerado al divorcio -- principalmente desde dos puntos de vista, el primero de ellos como divorcio por separación de cuerpos, el cual no admitía la disolución legal del vínculo matrimonial, y el otro como divorcio vincular, que establece la disolución del matrimonio de manera legal y deja a las personas en aptitud de contraer nuevas nupcias.

En este sentido decimos que el divorcio vincular se ha establecido para disolver el matrimonio de manera legal, mismo que surge a partir de la Ley Sobre Relaciones Familiares, expedida por Venustiano Carranza el 9 de abril de 1917, ya que el Código Civil de 1870 parte de la noción de que el matrimonio es una unión indisoluble, por lo que rechazaba el divorcio vincular, como lo establecía en su artículo 239 -- que a la letra dice: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones cíviles, que se expresan en los artículos relativos de este Código", aceptando solamente la separación de cuerpos y prohibiendo de manera terminante que se diera el divorcio por separación de cuerpos cuando el matrimonio tuviera 20 ó más años de constituido, imponiendo como condición para gestionar el divorcio, en otros casos, que hubieran transcurrido dos años, como mínimo desde la celebración del matrimonio, antes de los cuales la tramitación del divorcio, es decir, separación de cuerpos, resultaba improcedente.

Ahora bien, el Código Civil de 1884, en el artículo 226 señalaba como único divorcio el de separación de cuerpos, dejando subsistente el vínculo matrimonial y suspendiendo sólo algunas de las obligaciones impuestas en virtud del matrimonio, tal y como lo estableció el ordenamiento civil de 1870.

Según quedó asentado el divorcio vincular surge en la Ley Sobre Relaciones Familiares, estableciendo en su artículo 75 lo siguiente: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". Partiendo de este concepto, nuestro Código Civil Vigente en su artículo 266 reproduce textualmente lo apuntado por la ley en comento, de donde observamos que ninguna de las dos legislaciones establece un concepto genérico respecto del divorcio, -- simplemente señalan los efectos del mismo, que es la disolución del -- vínculo matrimonial y la aptitud de los consortes para contraer un nuevo matrimonio con posterioridad.

Asimismo, el Código Civil para el Distrito Federal, señala como causas de divorcio las enumeradas en su artículo 267, siendo las que a continuación se mencionan:

- I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y --

que judicialmente sea declarado ilegítimo.

- III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no -- solo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, -- sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro -- tenga relaciones carnales con su mujer;
- IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI.- Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;
- VII.- Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;
- VIII.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses -

*sin causa justificada;*

- IX.- *La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;*
- X.- *La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia;*
- XI.- *La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;*
- XII.- *La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento injusta causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;*
- XIII.- *La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;*

- XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;
- XV.- Los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido y -- persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;
- XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;
- XVII.- El mutuo consentimiento;
- XVIII.- La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.

En cuanto a la fracción marcada como XVII, es motivo de análisis particular en su tipo correspondiente a Divorcio Voluntario Judicial, al que haremos referencia con posterioridad.

Dentro del divorcio vincular, los juristas han distinguido dos --

clases; el divorcio-sanción y el divorcio-remedio; el primero se motiva por delitos cometidos entre los cónyuges, de padres a hijos o de un cónyuge contra terceras personas, hechos inmorales, incumplimiento de obligaciones fundamentales en el matrimonio y actos contra la naturaleza misma del matrimonio, como son las situaciones mencionadas en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI y -- XVIII. En cuanto al divorcio-remedio se instituye como una protección del cónyuge sano, o de los hijos, contra las enfermedades crónicas incurables, que sean, además contagiosas o hereditarias, como en las referidas en las fracciones VI y VII; todas las fracciones citadas son el contenido del artículo 267 del Código Civil Vigente, quedando comprendida dentro del divorcio-remedio la causal número XVII, del citado artículo, denominada como Mutuo Consentimiento, en virtud de la cual - Los cónyuges se separan por no haber podido conservar la comunidad conyugal.

A efecto de que el cónyuge, que no ha propiciado las causas de divorcio pueda ejercitar su derecho para disolver el vínculo matrimonial, nuestra legislación ha establecido un lapso de seis meses que se contarán a partir del día siguiente en que hayan llegado al conocimiento -- del cónyuge actor los hechos en que se funde la demanda; en virtud del no ejercicio de la acción que corresponda en el plazo señalado, se entiende que ha mediado perdón expreso o tácito para el presunto cónyuge culpable, y por tanto se extingue el derecho para ejercitarla, originándose con esto la caducidad de la acción o del derecho que se ostentan.

taba para demandar el divorcio.

La figura jurídica en comento ha sido estudiada por diferentes juristas, entre ellos se encuentra la Profr. Sara Montero Duhalt, manifestando que la raíz etimológica de la palabra divorcio proviene de la voz latina *Divortium*, que significa separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes. Considera también al divorcio como la antítesis, o sea, la oposición o contradicción del matrimonio, ya que es el rompimiento del vínculo matrimonial existente entre dos personas.

Asimismo, al definirlo nos dice que: "Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido"; sin embargo, al considerarlo en sentido más amplio, manifiesta: "El divorcio, como la forma legal de extinguir un matrimonio válido, sólo puede ser decretada por autoridad competente, en base a causa específicamente señalada en la ley; tiene como consecuencia directa desvincular a los cónyuges dejándolos en libertad de contraer un nuevo matrimonio válido". (8)

Otro jurista que también se ha referido al divorcio es Rafael de Pina, el cual puntualiza que puede ser estudiado desde diferentes puntos de vista como son: el moral, el filosófico, el religioso, el so-

(8) Sara Montero Duhalt. Obra citada. Páginas 196, 197 y 198.

cial y el jurídico, sin embargo, dada la naturaleza de nuestra materia, debemos analizarlo en su aspecto jurídico.

Ahora bien, al conceptuarlo señala que: "La palabra divorcio, en el lenguaje corriente contiene la idea de separación; en el sentido jurídico significa la extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto y por una causa determinada de modo expreso". [9]

Cabe señalar que el jurista aducido nos habla específicamente de la extinción de la vida conyugal, siendo ésta uno de los fines para -- los cuales se celebra el matrimonio, distinguiéndose de otros autores -- que nos hablan generalmente de la disolución del vínculo matrimonial.

Antonio de Ibarrola, nos dice que la disolución del matrimonio es la ruptura del lazo conyugal y la cesación de los efectos que la unión de los esposos produce respecto a ellos o a terceros, precediendo por tanto a dicha disolución la existencia de un matrimonio válido. Considerando, por consiguiente que el divorcio "Es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los dos cónyuges". [10] Señalando también que la palabra divorcio proviene del latín Divortium, originado del verbo Di-vertere, que significa irse cada quien por su lado, atribuyéndole como

[9] Rafael de Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1986. Página 338.

[10] Antonio de Ibarrola. Obra Citada. Página 259.

característica al divorcio, que debe tener lugar mediante la acción de la justicia y por las causas determinadas expresamente por la ley.

Entre otros juristas que han definido al Divorcio tenemos a Eduardo Pallares que nos dice: "El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros". [11] Señalando también que el divorcio consiste en la ruptura del vínculo conyugal, pero esta sólo se obtiene mediante las formas y requisitos que la propia ley determina, produciéndose por tanto como efecto del divorcio, la citada ruptura del vínculo conyugal y el de otorgar a los cónyuges la facultad de poder contraer nuevo matrimonio.

Recordemos que la figura jurídica en estudio fue considerada propiamente para disolver el vínculo matrimonial a partir del surgimiento de la Ley Sobre Relaciones Familiares, denominándosele divorcio-víncular, habiendo retomado esta idea nuestro Código Civil Vigente en el artículo 266; sin embargo, ambas legislaciones no definen de manera expresa el divorcio, no obstante esto, el ordenamiento citado en su artículo 267 establece las causas que originan la disolución del matrimonio, -- mismas que hemos señalado con antelación, así como la caducidad exis--

[11] Eduardo Pallares. El Divorcio en México. Editorial Porrúa, México, 1984. Página 36.

tente para hacer valer cada una de las causales de divorcio, ya que si no se ejercitan en el tiempo señalado éstas pierden su vigencia.

Ahora bien, los juristas en su generalidad han distinguido dos -- clases de divorcio, aclarando en este sentido que éstas no se encuentran contempladas en nuestra legislación, las cuales son: Divorcio-sancción y Divorcio-remedio. En cuanto al primero se instituye por delitos cometidos por uno de los cónyuges, o ambos, según sea el caso especial, originándose con la tramitación del divorcio una sanción para el cónyuge que resulte culpable; el segundo, o sea, el divorcio remedio, se motiva como una protección para el esposo sano, desprendiéndose por tanto estas clases de divorcio de las causales señaladas por el artículo 267 del multicitado Código Civil y determinar así en que casos se originara uno u otro de los tipos señalados.

Etimológicamente decimos que la palabra divorcio, proviene de la voz latina divortium, ésta emanada del verbo divertere, que significa separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes o bien irse cada quien por su lado.

Ahora bien, tomando como base los conceptos dados por los diferentes estudiosos del Derecho, en mi opinión el Divorcio es la forma legal de disolver el vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, por -- una causa posterior a la celebración del matrimonio expresamente deter-

minada por la ley, el cual debe ser decretado por autoridad competente, mediante un procedimiento establecido para ese efecto, quedando por -- consiguiente ambas partes en aptitud de contraer un nuevo matrimonio - vólido.

Además de las clases de divorcio consideradas por nuestra doctrina, tenemos las que establece la legislación, siendo las mencionadas- enseguida:

- 1.1 ADMINISTRATIVO
- 1.- DIVORCIO VOLUNTARIO
- 1.2 JUDICIAL
- 2.- DIVORCIO NECESARIO

1.1 DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO

Según lo dispone el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 272, este tipo de divorcio se lleva a cabo ante el Oficial -- del Registro Civil, cuando los cónyuges sean mayores de edad, no hayan procreado hijos y de común acuerdo hayan liquidado su sociedad conyugal, si bajo ese régimen contrajeron matrimonio.

A efecto de realizar el trámite de Divorcio Voluntario Administrativo, ya cumplidos los requisitos citados con antelación, deberán acu

dir personalmente ante la autoridad mencionada radicada en su domicilio y de manera terminante manifestarán su voluntad de divorciarse, debiendo comprobar además con las copias certificadas correspondientes que son casados y mayores de edad. Ahora bien, después de la manifestación precedente, los consortes deberán comparecer nuevamente ante el propio Oficial del Registro Civil a los quince días a ratificarlo, hecho lo anterior se levantará el acta respectiva y se hará la anotación que corresponda en el acta de matrimonio de los cónyuges.

En el caso de comprobarse que los consortes tuvieron hijos, no hubiesen liquidado su sociedad conyugal o fueren menores de edad, su divorcio obtenido ante el Oficial del Registro Civil no surtirá efectos legales y aquellos sufrirán las penas que establezca el Código de la Materia.

## 1.2 DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL

Esta clase de divorcio lo encontramos reglamentado en nuestro Código Sustantivo, entre otros artículos el 272 último párrafo, así como el 267 fracción XVII, aduciéndolo en éste como causal de divorcio, misma que se denomina Mutuo Consentimiento.

Procede la tramitación del Divorcio Voluntario Judicial cuando sea cual fuere la edad de los cónyuges y habiendo procreado hijos, es-

tan de acuerdo en disolver su vínculo matrimonial y para ello celebran un convenio que someten a la consideración y aprobación de un Juez de Primera Instancia.

El jurista Eduardo Pallares considera que el Divorcio Voluntario-Judicial, es un verdadero juicio y jamás debe considerarse como una jurisdicción voluntaria, partiendo del principio de que Esta se caracteriza porque en ella no hay cuestión conflictiva entre partes; ahora -- bien, en este tipo de divorcio no hay controversia entre los esposos, - en virtud de que presupone un acuerdo entre ellos para disolver su vínculo matrimonial. La cuestión conflictiva versa en la aprobación o no del convenio que presentan los consortes ante el Juez y el Ministerio Público, ya que según lo establece la ley, Este último es una de las - partes de este juicio, siendo por tanto que la disolución del vínculo conyugal no es la cuestión contenciosa del Juicio de Divorcio Voluntario, sino la válidez del convenio que los esposos someten a la consideración del Ministerio Público y a la aprobación del Juez competente.

La autoridad competente para conocer del Divorcio Voluntario Judicial, según lo dispuesto por el artículo 156 fracción XII del Código - de Procedimientos Civiles, lo es el Juez del domicilio conyugal o en - su caso del último domicilio conyugal que hayan establecido los conyuges, ya que la cuestión principal que se demanda es la disolución del - vínculo matrimonial, aún cuando esta acción se apareje con otras acco-

sorias, como son liquidación de la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se contrajo matrimonio, guarda y custodia de los menores, alimentos de los mismos, etc.

Ahora bien, se establecen como partes de este procedimiento a los dos cónyuges y al Ministerio Público, cuya intervención de éste último consiste en velar por los derechos e intereses morales y patrimoniales de los hijos menores de edad e interdictos, así como para que se cumplan debidamente las leyes relativas al matrimonio y al divorcio.

A mayor abundamiento, Eduardo Pallares textualmente nos dice: "Si los dos cónyuges o alguno de ellos es menor de edad, rige lo dispuesto en el artículo 643, fracción II, del Código Civil, según la cual los emancipados menores de edad siempre necesitan de un tutor para negocios judiciales, siendo indudable que lo es el divorcio voluntario que se lleva a cabo ante un juez". (12)

La idea aducida es igualmente citada por el Maestro Rafael F. Chávez Ascencio, por lo tanto la tutela a la que se refieren es la dativa, atento a lo que dispone el artículo 499 del Código Civil, que a la letra dice:

(12) Eduardo Pallares. Obra citada. Página 46.

"Siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado".

Sin embargo existe otra disposición en el propio Código Civil que dice lo siguiente:

"ART. 464.- Ha lugar a tutela legítima:

I.- Cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario;

II.- Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio."

Asimismo, el Código de Procedimientos Civiles establece que:

"ART. 677.- El cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial para poder solicitar el divorcio por mutuo consentimiento."

Al observar el contenido de las disposiciones aludidas, encontramos que existen en nuestra legislación diferentes criterios respecto del tipo de tutela que se debe ejercer para que el menor de edad emancipado disuelva su vínculo matrimonial, por lo que en apartado especial del presente trabajo analizaremos la problemática que se plantea.

De lo expuesto con anterioridad, deducimos que en caso de ser uno

o los dos cónyuges menores de edad, el tutor será también una de las partes del juicio de divorcio, siendo el tutor, por llamarlo así, un elemento circunstancial, ya que el divorcio a que nos hemos venido refiriendo se puede tramitar sea cual sea la edad de los esposos.

Los documentos que deben anexarse a la demanda de Divorcio Voluntario Judicial, son los que a continuación se mencionan:

1) Copia certificada del acta de matrimonio de las personas que demandan el divorcio.

2) Copia certificada de las actas de nacimiento de los hijos procreados en el matrimonio.

3) Convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil Vigente.

Respecto del convenio citado en este último punto, cabe señalar el contenido del propio artículo 273 que a la letra dice:

"ART. 273.- Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al Juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

1.- Designación de persona a quien sean confiados los hijos del -

matrimonio; tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

II.- El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

III.- La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

IV.- En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarle;

V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad".

Con referencia al inventario y avalúo de los bienes de la sociedad conyugal que va a liquidarse por virtud del divorcio, deberá exceptuarse esta estipulación en el caso de que no se hayan adquirido bienes en dicha sociedad.

En cuanto a la naturaleza jurídica del convenio a que nos hemos venido refiriendo, el propio Eduardo Pallares señala que éste es un verdadero contrato de derecho público, porque tanto el Estado como la sociedad se interesan en que se formule de acuerdo a la leyes que rigen el matrimonio y al divorcio, dado que existe la protección de los intereses de los hijos menores y los derechos de los cónyuges derivados de la institución del matrimonio, conserviendo lo anterior a la institución de la familia, además de que la propia ley obliga a los consortes a incluir en el convenio diferentes estipulaciones sin las cuales carecería de validez y eficacia jurídica, ya que los esposos no tienen plena libertad para otorgarlo sino se adecúa a las prescripciones legales.

Una vez que el Juez ha aprobado el convenio mediante sentencia ejecutoria, éste no se puede rescindir, teniendo los consortes el derecho de pedir a través de la vía judicial el cumplimiento de este contrato, sin que por la violación de éste se nulifique el divorcio y los sujetos vuelvan a quedar unidos por el vínculo matrimonial.

Como quedo asentado, el Ministerio Público es una de las partes en el Juicio de Divorcio Voluntario Judicial, el cual se encarga de hacer cumplir los preceptos relativos al convenio. Asimismo, si el convenio no se encuentra integrado legalmente, el Juez no deberá admitir la demanda de divorcio, sino ordenar a los consortes que éste sea elaborado conforme a derecho, en caso que se admita la demanda el Ministerio-

Público tendrá obligación de apelar el auto admisorio y solicitar se regule el procedimiento.

Debemos destacar que las estipulaciones importantes que debe tener el convenio son las referentes a los hijos, los alimentos que uno de los cónyuges y los propios hijos deban recibir, así como las garantías concernientes al pago de los mismos.

Ahora bien, la sentencia que declare aprobado el convenio y por ende disuelto el vínculo matrimonial, deberá ser apelada por el Ministerio Público, pero si alcanza la autoridad de cosa juzgada, será por este concepto inatacable, procediendo indudablemente tal apelación, -- siempre que el convenio no se ajuste a las disposiciones que para tal efecto establece nuestra legislación, ya que si el convenio se encuentra ajustado a la ley, no habrá razón para que el Ministerio Público apele la sentencia emitida por el juez competente.

## 2.- DIVORCIO NECESARIO

También se le denomina Divorcio Contencioso, conceptuándolo como la disolución del vínculo matrimonial a petición de uno de los cónyuges, la cual debe ser decretada por autoridad competente y en base a una o varias causas expresamente señaladas en la ley, siendo éstas las referidas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal,

mismas que han sido citadas con antelación; sin embargo, en este apartado las señalaremos en forma sintética, de la siguiente forma:

- 1) El adulterio de uno de los cónyuges.
- 2) El hecho de que la mujer dé a luz un hijo concebido antes del matrimonio y que sea desconocido legalmente por su marido.
- 3) La propuesta del marido para prostituir a su mujer.
- 4) La incitación o la violencia para cometer un delito hecha por un cónyuge al otro.
- 5) Los actos inmorales con respecto a los hijos.
- 6) Ciertas enfermedades lesivas para la salud del cónyuge sano o de los hijos y la impotencia sobrevenida.
- 7) La enajenación mental incurable.
- 8) La separación injustificada del hogar conyugal por más de seis meses.
- 9) La separación con causa justa si se prolonga por más de un año sin demandar el que abandona, el divorcio.

- 10) La declaración de ausencia o la presunción de muerte.
- 11) La sevicia, las amenazas y las injurias graves.
- 12) El incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio.
- 13) La acusación calumniosa de delito penado con más de dos años de prisión.
- 14) La comisión de un delito infamante con penalidad mayor de dos años de prisión.
- 15) El juego, la embriaguez y la drogadicción.
- 16) Cometer contra el cónyuge un delito que tenga penalidad superior de un año.
- 17) Mutuo consentimiento.
- 18) La separación de los cónyuges por más de dos años independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.

Asimismo, el artículo 268 del referido Código Civil, señala como-

causal de divorcio la demanda de nulidad o de divorcio que no fue probada y el desistimiento de la demanda.

Nuestra doctrina ha clasificado las causas de divorcio en cinco - grandes grupos a saber:

1) Causas en los que los tribunales gozan de cierta facultad discrecional para decretar el divorcio o abstenerse de hacerlo, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que la ley considera como causa.-- (fracciones VIII y IX del artículo 267 del C.C.).

2) Las contrarias a las anteriores, en los que los tribunales no tienen esa facultad discrecional. (fracciones I y XII del artículo 267 y 268 del C.C.).

3) Las causas que implican un hecho culpable e incluso la comisión de un delito, por parte del cónyuge demandado. (fracciones I, III, VIII del artículo 267). Dentro de este grupo se incluyen las que no implican un hecho culpable. (fracciones VI y VII del propio artículo 267).

4) Las causales que implican el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales y las que revelan una condición de inmoralidad tal - del cónyuge culpable, que es del todo necesario disolver el matrimonio para evitar su influencia perniciosa en la vida de los hijos o del consorte, y

5) Las causas que deben producir la disolución del matrimonio, -- sea por motivos de honor o porque ponen al cónyuge que ha incurrido en ella, en la imposibilidad de continuar cumpliendo sus obligaciones familiares. (fracciones XIV y XV del artículo 267 del C.C.).

Dentro de este sistema de divorcio se consideran dos clases, mismas que ya hemos citado con antelación, como son el Divorcio-Sanción y el Divorcio-Remedio, ha quedado asentado también que el divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge inocente y dentro de los seis meses siguientes al día en que tuvo conocimiento de los hechos en que funde su demanda, transcurrido este tiempo el consorte perderá su derecho para ejercitar la acción de divorcio respectiva.

A diferencia del Divorcio Voluntario Judicial, en el Divorcio Necesario, el Ministerio Público no es parte del juicio, únicamente lo son los cónyuges, siendo semejantes en cuanto a que el menor emancipado para disolver su vínculo matrimonial requiere de un tutor, tal y como lo establece el artículo 643 fracción II del Código Civil, siendo la tutela dativa a la que se refiere tal precepto, de acuerdo a lo señalado por el artículo 499 del propio ordenamiento invocado, por lo -- tanto, no obstante que la acción de divorcio es personalísima, cuando se presenta la situación aducida el tutor en representación del sujeto interdicto podrá participar en el juicio de que se trata; asimismo, se rá competente para conocer del mismo el Juez de lo Familiar de Primera

Instancia, es decir, el del domicilio conyugal, o en caso de abandono de hogar por parte de uno de los esposos, lo será el del domicilio del consorte abandonado, lo anterior de conformidad con lo dispuesto por la fracción II del artículo 58 de la Ley Orgánica de los Tribunales -- de Justicia del Fuero Común, en el primer caso; y en el segundo lo establecido por el artículo 156 fracción XII del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Ahora bien, podría suceder que los cónyuges no tuvieran propiamente domicilio, entonces por tratarse de una acción personal, será competente el Juez del domicilio del cónyuge demandado.

La sentencia emitida por el Juez de lo Familiar, que ponga fin a la controversia del juicio que se aduce, debe tener las características de declaratoria y de condena. En cuanto a la primera, declara la culpabilidad de alguno de los cónyuges y por ende la disolución del -- vínculo matrimonial, con referencia a la segunda, condena al culpable en términos generales a la pérdida de la patria potestad, (art. 444 -- fracción II, en relación con el 283 del C.C.), al pago de la pensión -- alimenticia, (artículo 288 del C.C.), a la pérdida de las donaciones -- hechas en consideración del otro cónyuge (artículo 286 del C.C.) y al pago de daños y perjuicios (artículo 288 del C.C.).

No obstante lo anterior el propio Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su artículo 94 párrafo segundo nos di-

ce: "Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente". Por lo tanto, tratándose de las acciones referidas, las sentencias son susceptibles de modificación, según lo señalado por la disposición descrita.

El juicio de divorcio, ya sea necesario o voluntario, puede darse por terminado por alguna de las circunstancias siguientes:

- 1) Perdón expreso o tácito del cónyuge ofendido (artículo 279 del C.C.).
- 2) El desistimiento del cónyuge que no ha dado causa al divorcio (artículo 268 del C.C.).
- 3) Por muerte de alguno de los consortes (artículo 290 del C.C.).
- 4) Por reconciliación de los cónyuges (artículo 260 del C.C.).

Del análisis de las clases de divorcio reguladas por nuestra legislación, mismas que hemos señalado, cabe destacar que tanto en el --

*Divorcio Voluntario Judicial como el Divorcio Necesario o Contencioso, para que el menor de edad emancipado disuelva su vínculo matrimonial - requiere de una representación legal, tal y como lo establecen los artículos 643 fracción II, en relación con el 499 y 482 fracción II del Código Civil vigente, así como el 677 del Código de Procedimientos Civiles.*

Por lo tanto, retomando lo aducido por el jurista Eduardo Pallares y confirmado por Rafael F. Chávez Asencio, señalando textualmente el primero que: "Si los dos cónyuges o alguno de ellos es menor de --- edad, rige lo dispuesto en el artículo 643 fracción II, del Código Civil, según la cual los emancipados menores de edad siempre necesitan - de un tutor para negocios judiciales, siendo indudable que lo es el divorcio voluntario que se lleva a cabo ante un Juez". Por ende, basándonos en esta consideración y compartiendo la opinión de los juristas aludidos decimos que el Divorcio Voluntario es un negocio jurídico, -- por llevarse a cabo ante un Juez, consecuentemente, el Divorcio Necesario o Contencioso también se tramita ante la misma autoridad, en tal - virtud es considerado igualmente como un negocio judicial. Exceptuándose de tal consideración el Divorcio Voluntario Administrativo, toda vez que éste se tramita ante el Oficial del Registro Civil directamente, y además de que en esta clase de divorcio se establece como uno de los requisitos indispensables para tramitarse que ambos consortes sean mayores de edad, según lo dispuesto por el artículo 272 párrafo primero del Código Civil Vigente.

Ahora bien, en virtud de que el divorcio tramitado ante un Juez-- es considerado como un negocio jurídico, en este apartado haremos un breve análisis de esta figura con el objeto de determinar la equiparación dada por los juristas aludidos, para tal efecto cabe distinguir -- aunque muy someramente entre el hecho, acto y negocio jurídico, por lo que a continuación haremos referencia a los argumentos del jurista -- Raúl Ortiz Urquidí; a fin de hacer la citada distinción, hay que tomar en cuenta principalmente la intervención de la voluntad, ya sea presencia o ausencia de ella, en estos dos momentos.

a) En la realización del acontecimiento en el hecho, el acto o el negocio pueden consistir, y

b) En la producción de las consecuencias jurídicas.

HECHO JURIDICO.- Se caracteriza porque en él no interviene la voluntad en ninguno de los dos momentos mencionados, o sea, no existe la voluntad para la realización del acontecimiento ni en la producción de las consecuencias o efectos jurídicos, sin embargo, éstos se producen, -ejm. La muerte de una persona, no existe la voluntad para la realización del acontecimiento ni para la creación de las consecuencias jurídicas.

ACTO JURIDICO.- En éste interviene la voluntad sólo en la realiza

ción del acontecimiento, pero no en la producción de los efectos jurídicos, no obstante éstos se producen. *ejem. Homicidio intencional*, -- existe la voluntad para cometer el homicidio pero no para la producción de los efectos jurídicos.

**NEGOCIO JURIDICO.** - A diferencia de los anteriores, en el negocio jurídico la voluntad interviene tanto en la realización del acontecimiento como en la producción de las consecuencias jurídicas. *ejem. El contrato, las partes lo celebran voluntariamente, y desean que éste produzca los efectos jurídicos para lo cual lo celebran.*

Ahora bien, la licitud es el elemento básico del negocio jurídico, ya que si el autor o las partes realizan un hecho ilícito, aunque lo hagan voluntariamente y deseen la producción de los efectos, tal hecho no tendría el carácter de negocio jurídico, ya que saldría del ámbito de licitud como elemento esencial de la figura en comento.

De todo lo anterior deducimos, tal y como lo expresan los juristas Eduardo Pallares y Rafael F. Chávez Ascencio; que el Divorcio, ya sea Necesario o Voluntario Judicial, es un Negocio Jurídico, en virtud de que para que éste exista interviene la voluntad de los cónyuges, -- asimismo desean que se produzcan las consecuencias jurídicas correspondientes, como son la disolución del vínculo matrimonial, la disolución de la sociedad conyugal, etc., cumpliéndose también con el elemento ne

cesario de licitud del negocio jurídico, ya que al estar reglamentado el divorcio en nuestra legislación es aceptado éste como un negocio jurídico de carácter lícito.

#### D.- E M A N C I P A C I O N

El Código Civil para el Distrito Federal al referirse a la figura jurídica en estudio, nos dice en su artículo 641 lo siguiente: "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".

Del contenido del precepto aducido se desprende que en el sistema jurídico vigente en el Distrito Federal, la emancipación tiene lugar tácitamente como consecuencia del matrimonio del menor de edad, sin -- que éste requiera de declaración judicial o extrajudicial para disponer libremente de su persona o para que administre sus bienes, tal y -- como sucedió en la antigüedad, pero en ningún momento define claramente su concepto.

Por lo anterior, en el presente trabajo cabe señalar el concepto expresado por el Maestro Rafael de Pina, en los términos siguientes: -- "La emancipación es 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". (13)

En nuestra legislación el emancipado no adquiere la plenitud de los derechos civiles que corresponden al mayor de edad, sólo en relación a determinados actos goza de tal plenitud, pero con referencia a otros su ejercicio requiere la intervención de un tutor que lo represente, tal y como lo establece el artículo 643 del Código Civil, el cual a la letra dice:

"ART. 643.- 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."

Asimismo, el profesor Ignacio Galindo Garfias conceptúa a la emancipación como sigue" :En virtud de la emancipación, el menor de edad sale de la patria potestad o de la tutela a que se hallaba sujeto, disponiendo así libremente de su persona y administrar sus bienes." (14), agrega que se le impone a la capacidad del menor de edad emancipado --

(13) Rafael de Pina. Obra citada. Página 399.

(14) Ignacio Galindo Garfias. Obra citada. Página 395.

Las restricciones que se refieren a los actos relativos a disposición y gravámen de los bienes inmuebles y a la capacidad procesal; porque para la enajenación o gravámen de los bienes raíces, el menor de edad emancipado requiere de la autorización judicial y no puede intervenir personalmente como actor o como demandado en los negocios judiciales para los que requiere de un tutor especial, tal y como lo dispone el artículo 643 del Código Civil antes descrito.

La emancipación del menor de edad produce efectos tanto en éste como respecto de terceros, siendo los siguientes:

- 1) Hace cesar la patria potestad o la tutela.
- 2) Confiere una capacidad restringida al menor de edad emancipado, para la enajenación de bienes raíces.
- 3) Otorga al emancipado la capacidad para administrar sus bienes, negándole a éste la capacidad procesal para comparecer personalmente como parte actora o demandada en juicio.

De lo expuesto con antelación podemos decir que la Emancipación es una institución establecida por el derecho que permite al menor de edad salir de la patria potestad o tutela a la cual se encuentra sometido por virtud de contraer matrimonio, atribuyéndole a tal menor capacidad para disponer libremente de su persona y para administrar sus bie

nes, restringiéndose la primera en cuanto a que el sujeto pueda comparecer personalmente en juicio, ya sea como parte actora o demandada, - como ejemplo tenemos el divorcio; y en cuanto a la segunda para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces, por ejemplo el contrato de compra-venta de bienes raíces.

## C A P I T U L O I I

## BREVE ANALISIS DE LA PATRIA POTESTAD

La figura jurídica de la patria potestad tiene sus orígenes en el latín de la palabra *Patrius*, que es lo relativo al padre y *Potestas*, - que significa potestad. En la actualidad esta figura incumbe a ambos padres, no específicamente al varón como era en la antigüedad, incluso esta facultad es atribuida a la madre sola en defecto del padre.

Al conceptualarla el Dr. Ignacio Galindo Garfías, señala que la patria potestad: "Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados - cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos -- nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil)". (15).

Asimismo, manifiesta que la patria potestad tiene una finalidad - tuitiva; es decir, la de defender, amparar o proteger, la cual debe -- ser cumplida a la vez por el padre y la madre, misma que comprende un-

(15) Ignacio Galindo Garfías. Obra citada. Página 669.

conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos -- ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiera.

La figura en estudio también ha sido definida por el jurista Rafael de Pina, "Como el conjunto de facultades, que suponen también deberes, conferidos a quienes la ejercen en relación a las personas y -- bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlos en la medida necesaria." (16)

Agrega que se distinguen dos puntos muy importantes relativos a -- la patria potestad, mismos que son:

1) El que se refiere a la protección de los intereses materiales -- del menor, o sea, una asistencia protectora, y

2) Relativo a los intereses espirituales, que versa sobre la -- asistencia formativa del menor, específicamente dedicada a la educa -- ción del mismo.

En el Código Civil para el Distrito Federal no encontramos defini -- ción alguna sobre patria potestad, únicamente hace referencia a sus --

(16) Rafael de Pina. Obra Citada. Página 373.

rasgos característicos, como son los efectos que de ella se producen - respecto de la persona sobre la que se ejerce y los bienes de éste, -- así como de los modos de acabarse o suspenderse, de los cuales se hará mención con posterioridad; sin embargo, de los conceptos aducidos se desprende que los diversos autores que han estudiado a la patria potestad coinciden en que ésta se establezca para la protección y asistencia de los menores no emancipados, ya sea de hijos de matrimonio, de hijos nacidos fuera de él o de hijos adoptivos, con filiación legalmente establecida y cuya función estará a cargo de los ascendientes que - la ley señale, en la medida que la misma establezca.

#### A.- PERSONAS CON DERECHO A EJERCERLA

En este apartado haremos mención de las personas que legalmente tienen derecho a ejercer la patria potestad, en los términos que lo establece el propio Código Civil para el Distrito Federal, siendo primeramente respecto de los hijos de matrimonio conjuntamente el padre y la madre, enseguida los abuelos paternos y por último los abuelos maternos.

A consecuencia de la adopción, la patria potestad respecto del hijo adoptivo se ejercerá únicamente por la persona o personas que lo adopten.

En el caso de que el sujeto a la patria potestad haya nacido fuera de matrimonio, pero sus progenitores lo hayan reconocido y vivan -- juntos ambos ejercerán la patria potestad, para el caso de llegar a separarse, continuara en el ejercicio de tal derecho el que de común --- acuerdo designen, siendo uno de ellos mismos, salvo que no se pongan - de acuerdo el Juez de lo Familiar designará al progenitor que deba seguir ejerciéndola.

Si los progenitores viven separados pero han reconocido al menor en el mismo acto, Estos convendrán cual de los dos ejercerá la patria-potestad, si no llegasen a un acuerdo, el Juez de lo Familiar del lugar resolverá lo conducente al respecto. Ahora bien, si los progenitores-viven separados y el reconocimiento del hijo se hizo sucesivamente, entrará al ejercicio de la patria potestad el que primeramente lo realizó. Tratándose de los dos últimos casos, cuando por alguna circuns--tancia deje de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro.

Asimismo, se establece que a falta de padres entraran al ejerci--cio de la patria potestad los ascendientes señalados por las fraccio--nes II y III del artículo 414 del Código Civil, no necesariamente en - el orden señalado po el precepto aludido, na que el Juez de lo Fami --liar goza de amplio poder para designarlos, tomando en consideración - las circunstancias especiales del caso. Ahora bien, si sólo faltare - alguna de las dos personas a quienes corresponda ejercer la patria ---

potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.

#### B.- EFECTOS LEGALES QUE PRODUCE

En cuanto a los efectos legales producidos del ejercicio de la patria potestad, podemos distinguir dos clases principalmente:

- 1) Los que se relacionan con las personas
- 2) Los relacionados con los bienes.

Los citados primeramente se refieren tanto a las personas sobre las que se ejerce la patria potestad, como a los que ejercen ese derecho, por lo que en el presente trabajo citaremos ambos.

1) Efectos de la patria potestad respecto de los sujetos que se encuentran sometidos a ésta.

Primeramente cabe señalar la disposición contenida en el artículo 411 del Código Civil, que nos dice: "Los hijos cualquiera que sea su estado, edad y condiciones, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes." Del análisis de este precepto se desprende que se trata de un deber predominantemente ético, que no se extingue por la -

conclusión de la patria potestad, ya sea por cualquiera de sus formas de extinción, siendo más que del ejercicio de la patria potestad, de la relación paterno filial de las personas; sin embargo, se considera como un efecto de la patria potestad, en virtud de que el deber de los hijos de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes es obligatoria desde que se encuentran bajo el que ejerce esta institución o de quienes están en la posibilidad legal de ejercerla, en caso necesario.

Ahora bien, mientras el hijo esté bajo la patria potestad no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos, sólo en virtud de decreto de autoridad competente. (artículo 421 del C.C.). -- Tampoco puede comparecer a juicio ni contraer obligación alguna, sin el expreso consentimiento del que o de los que la ejerzan, resolviendo el Juez en caso de irracional disenso, esto es, en el supuesto de carecer de razón o que sea opuesta ésta o simplemente exista discrepancia de voluntades. (artículo 424 del C.C.).

Las prescripciones aludidas son característicamente tuitivas, respecto del que se encuentra bajo la patria potestad, por parte de quien la ejerce, puesto que tienden a evitar los daños que de la inexperience de los primeros pudieran ocasionarse a sí mismos, al dejar su hogar sin la autorización y consejos debidos a contraer obligaciones de cualquier género que pudiesen comprometer gravemente su patrimonio.

Asimismo, haciendo referencia a lo que dispone el artículo 440 --

del Ordenamiento antes invocado, señalaremos que en todos los casos en que las personas que ejerzan la patria potestad tengan algún interés - opuesto al de quienes se encuentran sometidos a ella, éstos serán representados en juicio y fuera del mismo por un tutor que será nombrado por el Juez competente para cada situación específica. En este sentido decimos que el sujeto que se encuentre bajo la patria potestad, tendrá representación en juicio y fuera de él, siempre que el que ejerza la institución de mérito, tenga intereses opuestos al primero, teniendo también este precepto característica tuitiva, pero en este caso por parte del Juez competente, ya que es él quien deberá nombrar al tutor que representara al menor para cada situación determinada.

II) Efectos de la patria potestad respecto a las personas que la ejercen.

La educación de educar convenientemente al menor incumbe a las personas que lo tienen bajo su patria potestad. Para el caso de que estas personas no cumplan con la obligación señalada, los Consejos Locales de Tutela darán aviso al Ministerio Público que corresponda, a efecto de que éste promueva lo que en derecho corresponda. (Artículo 422 del C.C.).

Ahora bien, las personas que no den cumplimiento a la obligación de educar convenientemente a sus hijos, incurrirán en responsabilidad de carácter civil, según lo establece el propio Código de la Materia,-

aparte de Esta, incurrir también en responsabilidad administrativa, tal y como lo establece el artículo 153 de La Ley Federal de Educación, el cual impone a los que ejerzan la patria potestad que sus hijos o pupilos menores de quince años reciban la educación primaria.

Cabe señalar que nuestra Carta Magna en su artículo 3° fracción VI, dice: "La educación que imparta el Estado-Federación, Estado, Municipios, tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

VI.- La educación primaria será obligatoria".

Por tanto, las personas que ejercen la patria potestad y que no cumplan con la obligación de educar de manera conveniente a los que están bajo la misma, contravendrán también lo señalado en el precepto -- aludido.

Otro de los efectos de la patria potestad respecto a la persona que ejerce este derecho o de quienes tenga hijos bajo su custodia, es el de tener la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo, debiendo la autoridad, en caso necesario, auxiliarlos para ese efecto, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna. (artículo 423 del C.C.).

La moderación a que se refiere el concepto aducido, en relación con la facultad de corrección y castigo de los hijos, significa que en ningún caso esta autoridad excederá de lo que en el orden natural de la conducta humana, puede presumirse de quienes ejercen la patria potestad. Cabe señalar en este sentido que el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 295 dispone lo siguiente: "Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiere lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos." De lo anterior se desprende que la facultad de corrección de que gozan los que ejercen la patria potestad respecto de sus hijos o pupilos, en su caso, se limita de acuerdo a las disposiciones para el efecto legalmente establecidas.

Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos, a falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado, esto según lo dispuesto en el artículo 303 del Código Civil, de donde se desprende que la obligación de los padres de dar alimentos a los que se encuentran bajo su patria potestad o de los ascendientes que están en posibilidad de ejercer ese derecho, en caso necesario, es otro de los efectos de la institución de referencia.

La administración de los bienes que el sujeto a la patria potes-

adquiere por cualquier título que no sea su trabajo, *ejem.* donación, cesión, herencia, etc., corresponde a las personas que ejercen este derecho, asimismo, es facultad de éstos representar a los menores en juicio.

Ahora bien, cuando la patria potestad se ejerza al mismo tiempo por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela (paternos o maternos), 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 dicha administración.

En el caso de que por disposición de la Ley o por voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará, respecto de éstos como emancipado, pero siempre se sujetará a las restricciones que le establece la Ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

2) Efectos de la patria potestad con relación a los bienes del sujeto a ésta.

Los podemos considerar desde diversos puntos de vista muy importantes que son:

1) Administrativo y usufructo de los bienes.

II) *Garantías en favor de los bienes del sujeto a la patria potestad.*

III) *Intervención Judicial.*

Asimismo, los bienes de los hijos mientras estén bajo la patria potestad, refiriéndose al punto I), se dividen en dos clases a saber:

- 1) Los que se adquirieran con el producto de su trabajo, y
- 2) Los que se adquirieran por cualquier otro título, *ejm.* donación, cesión, herencia, etc.

Los señalados primeramente pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo. Ahora bien, en cuanto a los señalados en la segunda clase, la mitad del usufructo corresponde a las personas o persona que ejerza la patria potestad; sin embargo, si los hijos adquieren bienes por legado, herencia o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca a éstos o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto por aquél.

La mitad del usufructo que legalmente pertenece a los padres puede ser renunciado por éstos, haciendo constar la renuncia por escrito,

o por cualquier otro modo que no deje lugar a duda, considerándosele como una donación de los padres en favor de los hijos.

Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos y adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad - corresponde al hijo pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos - de que debe gozar la persona que esté en el ejercicio de la patria potestad.

A las personas que ejercen la patria potestad y que reciben la -- mitad del usufructo de los bienes de los hijos, les son impuestas las -- obligaciones que se señalan en el Libro Primero, Capítulo II, del Título VI del Código Civil, que se refiere a los alimentos, y además las -- impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar -- fianza, siempre que no se encuadre dentro de los casos siguientes:

- a) Cuando los que ejerzan la patria potestad hayan sido declarados en quiebra, o estén concursados.
- b) Cuando contraigan ulteriores nupcias.
- c) Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

Asimismo, la propia legislación civil nos establece que el dere--

cho del usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad se extingue en las situaciones a continuación señaladas:

- a) Por la emancipación o mayor edad de los hijos.
- b) Por la pérdida de la patria potestad.
- c) Por renuncia de los que ejercen la patria potestad.

## II) Garantías en favor de los bienes del sujeto a la patria potestad.

Los que ejercen la patria potestad, requieren de autorización judicial y sólo en caso de absoluta necesidad o de evidente beneficio para el hijo, podrá enajenar o gravar los bienes inmuebles e los muebles preciosos que correspondan a éste, refiriéndose específicamente a los actos de la jurisdicción voluntaria. Tampoco pueden celebrar contrato de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir rentas anticipadas por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados, por menor valor del que se cotice en la plaza al día de la venta; hacer donaciones, ni dar fianzas en representación de los hijos.

Las personas que se encuentran en el ejercicio de la patria potestad

dad tienen la obligación de dar cuenta de la administración de los -- bienes a los hijos a éstos, tan pronto lleguen la mayoría de edad o -- se emancipen.

### III) Intervención Judicial

El Juez de lo Familiar tiene la facultad de tomar a petición de -- las personas interesadas, del menor, si éste ha cumplido los catorce -- años, o en su caso del Ministerio Público, las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria -- potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan. La in -- tervención judicial de referencia, debe hacerse por medio de un reque -- rimiento expreso al Juez, no estando permitida la intervención de aquel de oficio, pero siempre con el firme propósito de cuidar que la admi -- nistración que se haga de los bienes del incapacitado sean favorables para el mismo.

### C.- MODOS DE EXTINGUIRSE O SUSPENDERSE

Respecto de las formas en que ha de concluir la patria potestad, -- el Código Civil distingue los términos siguientes: Acabar, Perder y -- Suspender, de los que haremos un breve análisis en el presente trabajo.

La patria potestad se acaba, cuando sin acto culpable por parte --

de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos -- acontecimientos por los cuales debe finalizar, clasificándose éstos como modos absolutos, según lo anotado por el jurista Rafael de Pina, como son:

- 1.- La muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
- 2.- La emancipación del incapacitado, derivada del matrimonio, y
- 3.- Por llegar el hijo a la mayoría de edad.

El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ha sustentado el criterio de que la muerte del padre adoptivo que ejercita la patria potestad, hace que el padre natural recobre su ejercicio, sin que sea el caso de nombrar tutor, ya que según lo entiende el citado Tribunal, el Código Civil no resuelve esta cuestión de manera expresa, pero de la correcta interpretación de distintos preceptos del mismo, así como de la doctrina sobre esta materia, se desprende la solución de mérito.

Ahora bien, se pierde cuando el que la ejerce deja de cumplir con sus deberes por motivos en que aparece notablemente su cumpabili-dad, disponiendo por tanto la ley, la privación del ejercicio de este cargo, atribuyéndosele a este tipo de extinción de la patria po-

testad el carácter de relativo, originándose en los casos siguientes:

1.- Cuando el que ejerce la patria potestad es condenado a la pérdida de ella, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.

2.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 del Código Civil, al dictar las reglas según las cuales el Juez debe fijar la situación de los hijos en la sentencia que declare disuelto el vínculo matrimonial.

3.- 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, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal, y

4.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

Apoyándose también lo señalado en este último punto, en el Amparo Directo número 2101/1952, resuelto el 8 de diciembre de ese año, por mayoría de votos, Tercera Sala, Boletín 1952, Pág. 92. (Visible en Mayo Ediciones, Tomo Civil, Pág. 115), el cual a la letra dice: - "El padre que no demuestre interés alguno o descuida proveer a la subsistencia, cuidado y educación de su hijo (menor), a pesar de que,

con más o menos facilidad, tuvo a su alcance los medios para ello, - debe perder la patria potestad, de acuerdo con lo previsto por el artículo 444, fracción IV del Código Civil para el Distrito Federal. - No es obstáculo para concluir que hay abandono del menor sobre quien se ejerce la patria potestad, abandono que importa la pérdida de este derecho la circunstancia de que el otro progenitor haya proveído a su subsistencia y cuidado, pues la situación de desamparo debe juzgarse según la conducta de quien realiza el abandono y con la independencia de la del otro progenitor; de lo contrario, se llegaría a autorizar el que uno de los padres dejara de cumplir absolutamente sus obligaciones por la mera circunstancia de que el otro sí cumpliera con las que le incumben."

La patria potestad se suspende en los casos que a continuación se mencionan:

1.- Cuando por razón de alguna incapacidad, declarada judicialmente, no la pueda seguir desempeñando el que la ejerce.

2.- Por la ausencia del que la ejerce, declarada en forma, y

3.- Por haber sido sentenciado, el que se encuentra en ejercicio de este derecho, a que lleve consigo la suspensión.

Aclarando en este sentido que puede recuperarse el ejercicio de la patria potestad, cuando se extingue la razón por la cual se le-

suspendió, en cualquiera de los tres casos señalados.

A mayor abundamiento, el Código Civil Vigente establece en el apartado respectivo, que la madre o la abuela que pasen a segundas nupcias, no pierden el derecho de seguir ejerciendo la patria potestad; sin embargo, el nuevo marido no la ejercerá sobre los hijos del matrimonio anterior. Asimismo, que el ejercicio de este derecho es irrenunciable; no obstante esto, aquellos a quienes corresponda tal cargo pueden excusarse, siempre que se presenten las circunstancias siguientes:

- 1.- Cuando tengan sesenta años cumplidos, y
- 2.- Cuando por su mal estado habitual de salud no pueden atender debidamente su desempeño.

Tomando en consideración los aspectos más relevantes de la figura jurídica en estudio, decimos que la patria potestad es un conjunto de derechos que la ley otorga a los padres y demás ascendientes sobre los hijos no emancipados, para el cumplimiento de los deberes de crianza y educación a que están obligados; asimismo, se concede autoridad a los padres para el cumplimiento de sus obligaciones respecto de los hijos.

Ahora bien, la patria potestad se atribuye tanto al padre como-

a la madre, por lo que tiene lugar no sólo sobre los hijos nacidos - de matrimonio, sino también en los descendientes nacidos fuera de él. Se constituye por un conjunto de deberes, que recaen sobre los progenitores, para cuyo cumplimiento, la ley les otorga derechos específicos, esta figura se caracteriza por ser un cargo de interés público- que debe desempeñarse en protección de la persona de los hijos como- respecto de los bienes de éstos, siendo responsables los ascendien- tes de los daños que causen los menores no emancipados, que se encuadran bajo su patria potestad.

## C A P I T U L O     I I I

## CAPACIDAD E INCAPACIDAD DE LAS PERSONAS

Antes de entrar al estudio de los incisos que comprenden el presente capítulo, es preciso definir de manera general la figura jurídica denominada Capacidad. Al referirse a ella el Código Civil en su artículo 22 únicamente señala lo siguiente:

"ART. 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento 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 presente Código."

Henri Capitan al respecto dice: "Capacidad,- [capacit ]. Lat n-jurídico *capacitas*, derivado de *capaz*, hábil (en sentido jurídico),- *capaz* literalmente "que puede contener" (de *capere*, tomar, ,contener.) Aptitud para gozar de un derecho (capacidad de goce) o para ejercerlo (capacidad de ejercicio)." (17)

(17) Henri Capitan. Traducción Castellano Aquiles Horacio Guaglianone. Vocabulario Jurídico. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986. Pág. 98.

Algunos juristas han definido a la capacidad, entre ellos se encuentra el Lic. Ernesto Gutiérrez y González diciendo: "La capacidad es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes, y hacerlos valer." [18] Diferencia dos especies de capacidad a saber:

- 1) De goce
- 2) De ejercicio

El Profesor Rafael Rojina Villegas señala como atributos de las personas físicas los que mencionaremos a continuación, considerándose que las cualidades o propiedades de un ser constituyen tales atributos.

- 1) Capacidad
- 2) Estado Civil
- 3) Patrimonio
- 4) Nombre
- 5) Domicilio, y
- 6) Nacionalidad

Dichos atributos son constantes y necesarios en toda persona física, observa también que el más importante es la capacidad, ya que-

[18] Ernesto Gutiérrez y González. Derecho de las Obligaciones, Editorial Cajica, S.A. Puebla, Pue., México. 1976. Pág. 327.

todo sujeto de derecho, por serlo debe tener capacidad jurídica, la cual puede ser total o parcial, desmembrándose de lo anterior que el citado autor también considera dos clases de capacidad, pudiéndose equiparar a la capacidad total con la de ejercicio y la parcial con la de goce, ya que en la primera además de poseer el derecho se está ejercitando y en la segunda sólo se ostenta tal posesión.

A diferencia del autor citado, cabe señalar que el profesor Rafael de Pina considera únicamente como atributos de las personas físicas: 1) Nombre, 2) Domicilio, 3) Estado y 4) Patrimonio, excluyendo a la capacidad y a la nacionalidad.

Asimismo, el jurista Ignacio Calindo Garflas señala como atributos de la personalidad los siguientes:

- 1) Nombre
- 2) Domicilio, y
- 3) Estado Civil y Político

Dejando fuera de éstos además de la capacidad y la nacionalidad al patrimonio, ya que considera a éste último no como un conjunto de bienes y derechos de contenido económico que pertenece a una persona, sino simplemente como una aptitud para adquirir tales bienes o derechos y en este sentido, afirma el autor, se estaría aludiendo a la capacidad de goce de la que más adelante hablaremos. Sin embargo, -

aún cuando excluye a la capacidad de los atributos de la personalidad, la define "Como la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar tales derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo." (19) Distingue también dos aspectos de la capacidad, los cuales ya hemos citados con antelación.

De las definiciones de capacidad apuntadas, podemos concluir -- que ésta es la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, hacer valer y ejercitar los primeros y cumplir con las obligaciones derivadas de tal ejercicio sin necesidad de que exista representación alguna.

#### A.- CAPACIDAD DE GOCE

La mayoría de los autores sostienen que la capacidad de goce, - la cual es poseída por todas las personas, es la aptitud jurídica para ser titular de derechos o para ser sujeto de deberes y obligaciones. La ley da esa aptitud a seres que inclusive aún no nacen, sino que sólo están concebido, según lo dispone el Código Civil en su artículo 22 reproducido con antelación, aclarando en este sentido que los efectos de protección son única y exclusivamente para que aque--

(19) Ignacio Galindo Garfías. Obra Citada. Pág. 385.

Ellos puedan ser herederos, legatarios o donatarios, tal y como lo establecen los artículos 1314 y 2357, respectivamente del citado ordenamiento; sin embargo, se extingue la aplicabilidad de los preceptos citados si el sujeto no nace vivo y viable, es decir que no viva 24 horas o que no sea presentado vivo al Registro Civil, en este sentido, decimos que todo ser humano tiene inherente capacidad de goce, - ya que basta únicamente que sea hombre, en su acepción general, para que se le reconozca esta capacidad.

La capacidad considerada como atributo de la personalidad, presupone que todo sujeto debe tenerla, ya que si se suprime desaparecería tal personalidad y por tanto el ente estaría imposibilitado jurídicamente para actuar. Roxina Villegas citando a Kelsen, concibe al sujeto como centro de imputación de derechos, obligaciones y actos-jurídicos, consecuentemente la capacidad se constituye en la posibilidad jurídica de que el individuo sea sujeto de derechos y deberes, por lo tanto, al no existir la capacidad desaparecerá irremediablemente el sujeto jurídico, subsistiendo como sujeto no jurídico, atribuyéndosele la característica de incapacitado.

La capacidad de goce, según lo dispone el Código Civil en su artículo 22, se adquiere por el nacimiento y se pierde con la muerte, pudiendo considerarla en su generalidad como la aptitud jurídica que posee un individuo para ser sujeto de derechos y deberes u obligaciones, es decir, que toda persona por el simple hecho de nacer viable-

tiene la facultad de ostentar las cualidades atribuidas a esta especie de capacidad, sin que sean ejercidos aún por sí mismos, toda vez que carecen de capacidad de ejercicio, de la cual haremos referencia en el presente capítulo.

El Doctor en Derecho Raúl Ortiz Urquidí, citando al profesor -  
Rojina Villegas, atribuye a la capacidad de goce diversos grados a -  
saber:

1) El primero corresponde al grado mínimo, refiriéndose al ser concebido pero no nacido, condicionándole a que desprendido el feto enteramente del seno materno, éste viva 24 horas o sea presentado vivo al Registro Civil, como quedo apuntado, éstos sólo tienen capacidad para recibir por herencia, donación o legado, toda vez que por estos medios se pueden transmitir ciertos derechos como los de propiedad, servidumbres; derechos reales de garantía como son prenda o hipoteca y derechos personales o de crédito.

2) Otro grado es el relativo a los menores de edad, señalando - que la capacidad de goce del menor es casi equivalente a la del mayor en pleno uso y goce de sus facultades mentales, en virtud de que sólo se diferencia del segundo debido a las restricciones enseguida enumeradas:

a) Para contraer matrimonio, puesto que el hombre podrá con --

brarlo a los 16 años y la mujer a los 14.

b) Para ser tutor, toda vez que sólo podrá adoptar el individuo mayor de edad.

c) Para reconocer a los hijos extramatrimoniales, ya que este de recho sólo lo poseen los menores que tengan la edad requerida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido.

d) Para legitimar a un hijo, en los mismos términos que para -- ser reconocido.

e) Para hacer testamento, ya que como lo dispone el artículo -- 1306 fracción I, del Código Civil interpretado a contrario sensu, es de derecho sólo lo tienen los menores de edad que hayan cumplido 16-años.

3) Por último, se considera que el grado máximo de la capacidad de goce corresponde al mayor de edad en pleno uso de sus facultades-mentales, siempre que no este sujeto a interdicción, ya que quienes- se encuentran en este caso se equiparan a los menores de edad, Acla rando en este sentido que la interdicción no afecta la capacidad de- goce dentro del derecho patrimonial, ya que la persona interdicta -- puede ser y de hecho en algunos casos lo es, titular de derechos y -- obligaciones valüables en dinero, no así en Derecho de Familia, en -

virtud de que un individuo en estado de interdicción carece de aptitud para contraer matrimonio, para ejercer los derechos y obligaciones de la patria potestad, para ser tutor, curador o representante de persona alguna, entre otros, toda vez que el interdicto requiere de un tutor y curador que lo represente debido a su incapacidad, por lo tanto, es prácticamente imposible que tal individuo pueda ocupar dichos cargos.

Ahora bien, existen otras restricciones comunes tanto a la capacidad de goce como a la de ejercicio, de las cuales hablaremos: en el inciso C) del presente capítulo, para lo cual pasaremos enseguida al estudio de la capacidad de ejercicio e inmediatamente al de las limitaciones referidas.

## B.- CAPACIDAD DE EJERCICIO

A diferencia de la capacidad de goce, la de ejercicio no es poseída por todas las personas, siendo presupuesto indispensable que, para que un individuo pueda tener la segunda es preciso que posea primeramente la capacidad de goce.

El Profesor Ortíz Urquidí, citando la definición de Bonnacase, respecto de la figura jurídica en estudio nos dice: "Capacidad de -- Ejercicio, es la aptitud de una persona para participar por sí misma

en la vida jurídica". (20) Asimismo, da su propio concepto, el cual a la letra dice: "La capacidad de ejercicio es la aptitud que tienen determinadas personas para hacer valer sus derechos y cumplir sus -- obligaciones por sí mismas." (21)

También se ha considerado a la capacidad de ejercicio como: "La aptitud jurídica de ejercitar o para hacer valer los derechos que se tengan, y para asumir deberes jurídicos." (22)

Las definiciones aducidas coinciden en considerar que la capacidad de ejercicio es la aptitud que se posee para hacer válidos los - derechos que se tienen y asimismo, para cumplir con las obligaciones o deberes, agregando en este sentido el autor primeramente aludido, - que tal cumplimiento debe ser por sí mismo, de lo que se desprende - que si no se ejercitan los derechos o no se cumplen las obligaciones por sí mismo, sino por medio de representante, por virtud del padecimiento de alguna incapacidad, estaríamos en presencia de un ente pr vado de capacidad de ejercicio.

Cabe aclarar que con antelación nos referimos a la capacidad co

(20) Raúl Ortíz Urquidí. Derecho Civil, Editorial Porrúa. México, -- 1982. Pág. 297.

(21) Idem.

(22) Ernesto Gutiérrez y González. Obra Citada. Pág. 328.

mo uno de los atributos de la personalidad, siendo aquella la de goce, ya que esta la poseen absolutamente todas las personas y faltando ésta dejarla de existir la personalidad del sujeto, no así la de ejercicio, en virtud de que la tienen sólo algunos individuos y no por el hecho de faltar la capacidad de ejercicio el sujeto deja de tener personalidad. Del mismo modo, cabe señalar que la capacidad de ejercicio es elemento de validez del negocio jurídico, ya que un individuo que posee esta capacidad tiene la facultad de obrar o negociar por sí mismo, sin que esto quiera decir que el incapacitado legalmente no pueda celebrar un negocio jurídico, toda vez que como -- más adelante veremos, los incapaces pueden ser representados legalmente y a través de su representante ejercitar sus derechos y cumplir sus deberes.

La capacidad de ejercicio comienza necesariamente en una época posterior al nacimiento del individuo, misma que se adquiere con la mayoría de edad, según lo establece el Código Civil en los artículos que a continuación se transcriben:

"ART.- 646.- La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos."

"ART.- 647.- El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes."

Del análisis de los preceptos citados se desprende que la capacidad de ejercicio, se adquiere cuando el individuo ha cumplido su mayoría de edad, ya que en este momento, sino se encuentra sujeto a interdicción, puede por sí mismo disponer libremente tanto de su persona como de sus bienes.

En este orden de ideas podemos deducir que también la capacidad de ejercicio puede concluir con la muerte del individuo o por sentencia ejecutoriada, emitida por Juez Competente que declare el estado de interdicción del mismo, siendo similar con la de goce por la razón apuntada primeramente, ya que esta siempre termina con la muerte del sujeto, y al estar el mismo en pleno ejercicio de ambas, por ende, las dos han de extinguirse al mismo tiempo.

Ahora bien, al igual que en la capacidad de goce en la de ejercicio también se establecen grados para que el individuo tenga aptitudes de actuar, de las cuales hablaremos enseguida.

1) El grado mínimo de la capacidad de obrar corresponde al ser concebido pero no nacido, así como a toda persona mayor interdicta, ya que éstos dos están imposibilitados para ejercer por sí mismos -- sus derechos y de cumplir también por sí mismos sus obligaciones.

2) El siguiente grado corresponde al incapacitado que no disfruta de su cabal juicio, pero tiene intervalos de lucidez, tal es el -

caso para que éste otorgue testamento, en virtud de que en un momento de lúcido puede realizarlo, previa la satisfacción de los requisitos exigidos por el artículo 1311 del Código de la Materia.

3) El menor no emancipado se encuentra en el tercer nivel, ya que como todo incapacitado carece de facultades para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones personalmente, no obstante, tiene la facultad de testar si ya ha cumplido los dieciseis años de edad, facultándolo la ley para que administre personalmente los bienes que haya adquirido con el producto de su trabajo. (arts. 635, 1306 fracción I, interpretado a contrario sensu, 428 fracción I, 429 y 537 -- del Código Civil).

4) Al menor emancipado se le atribuye el siguiente grado de capacidad, en virtud de que éste tiene la libre administración personal de sus bienes, tanto los que ha adquirido por su trabajo como -- los que posee por otros títulos; sin embargo, mientras no llegue a -- la mayoría de edad, siempre requerirá de la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces y de un tutor para negocios judiciales, para el caso de que no se cumplan con los requisitos señalados, los actos celebrados por los menores emancipados, serán declarados nulos. (arts. 643 y 636 del Código Civil).

5) El último grado de la capacidad de ejercicio corresponde al mayor de edad, al que hace referencia el artículo 647 del Ordenamien

to civil invocado, ya que mediante esta disposición se otorga al individuo sin limitaciones, la libre disposición de su persona y sus bienes, es decir, al llegar el sujeto a la mayor edad y encontrarse libre de cualquier tipo de interdicción, está en pleno goce y disfrute de la capacidad de ejercicio de la cual está investido.

#### C.- LIMITACIONES DE LA CAPACIDAD

Los estudiosos del derecho que han analizado la figura jurídica de la capacidad, también han considerado que esta adolece de ciertas restricciones, aunque algunos juristas como el lic. Ernesto Gutiérrez y González las denominan incapacidades, ya sea de goce o de ejercicio, y otros como ha quedado anotado; asimismo, cabe aclarar que no todos coinciden en señalar las mismas limitaciones o igual número de ellas; no obstante, en este apartado, trataremos de enumerar a todas y cada una de las restricciones existentes, tanto para la capacidad de goce como para la de ejercicio, en virtud de que en algunos casos son comunes para ambas.

1) Una de las restricciones a la capacidad, es la que sufren los mayores de edad no interdictos, pero que aún no cumplen los veinticinco años, razón por la cual no pueden adoptar a otra persona, según se desprende de lo que dispone el artículo 390 del Código Civil.

2) Las restricciones señaladas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismas que a continuación se mencionan

a) Para ser Presidente de la República, no basta con ser ciudadano mexicano en pleno goce de sus derechos, ya que tal sujeto ha --  
llegado a la mayoría de edad, sino que además se requiere que al momento de la elección cuente con treinta y cinco años cumplidos.

b) Para ser Diputado se requiere que el individuo que pretende ejercer tal cargo, tenga veintidós años cumplidos el día de la elección.

c) Para ser senador se requiere que el sujeto haya cumplido los treinta años al momento de la elección.

d) Para ocupar el cargo de Secretario de Estado, al igual que el anterior se requiere que tenga el aspirante treinta años cumplidos, y

e) La establecida para los extranjeros, en cuanto a que no pueden adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, ni--  
pueden obtener concesiones de explotación de minas, aguas o combustibles en la República Mexicana, sino previo permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, el cual sólo podrá ser concedido, si conviene en no invocar la protección de su gobierno por lo que se refiere a dichos bienes o concesiones, bajo la pena, en caso de faltar al

Convenio, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo, ya que los extranjeros que de esta forma adquirieran algún bien, convienen también en considerarse como nacionales, pero únicamente respecto de la propiedad de dichos bienes.

Asimismo, se establece que los extranjeros no podrán por ningún motivo adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta kilómetros en las costas de la República Mexicana.

Las limitaciones señaladas en los incisos precedentes se encuentran contempladas en los artículos 82 fracción II, 55 fracción II, - 58, 91 y 27 fracción I, de nuestra Carta Magna, respectivamente.

3) La limitación de la capacidad, traducida en inhabilitación, o sea, la sanción impuesta a quienes actúan delictivamente en el ejercicio temporal o permanente de ciertos cargos o funciones como en los casos señalados por los artículos 228 fracción I y 231 del Código Penal para el Distrito Federal, mismos que a la letra dicen:

"Artículo 228.- Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes:

1.- Además de las sanciones fijadas para los delitos que resul

ten consumados, según sean intencionados o por imprudencia punible, - se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de su profesión o definitiva en caso de reincidencia; y

II.- Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren en acuerdo con las instrucciones de aquéllos."

"Artículo 231.- Se impondrá suspensión de un mes a dos años y multa de cincuenta a quinientos pesos, a los abogados o a los patronos o litigantes que no sean ostensiblemente patrocinados por abogados, cuando cometan alguno de los delitos siguientes:

I.- Alegar a sabiendas hechos falsos, o leyes inexistentes o derogadas; y

II.- Pedir términos para probar lo que notoriamente no pueda probarse o no ha de aprovechar su parte; promover artículos o incidentes que motiven la suspensión del juicio o recursos manifiestamente improcedentes o de cualquier otra manera procurar diligencias que sean notoriamente ilegales."

4)- Otra restricción a la capacidad es la del comerciante, cuya quiebra haya sido culpable o fraudulenta, áquel quedará inhabilitado para ejercer el comercio por el tiempo que dure la condena principal

y podrá, asimismo, quedar inhabilitado para ejercer cargo de administración o representación, en toda clase de sociedades mercantiles, - durante el mismo tiempo, lo anterior según lo establecido por el artículo 106 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

5) Como quedo apuntado con antelación, existen restricciones comunes para la capacidad de goce y para la de ejercicio, considerando se a Estas en las siguientes:

a) Las que en materia de contrato se señalan en los artículos - 174, 175 y 176 del Código Civil, mismos que enseguida se transcriben, ya sean los consortes mayores o menores de edad.

"ART. 174.- Los cónyuges requieren de autorización judicial para contratar entre ellos, excepto cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración.

ART. 175.- También se requiere autorización judicial para que el cónyuge sea fiador de su consorte o se obligue solidariamente con él, en asuntos que sean de interés exclusivo de éste, salvo cuando se trate de otorgar caución para que el otro obtenga su libertad.

La autorización en los casos a que se refiere este y los dos artículos anteriores, no se concederá cuando resulten perjudicados los intereses de la familia o de uno de los cónyuges.

ART. 176.- El contrato de compraventa sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto a régimen de separación de bienes."

b) Una limitación más es la citada en el artículo 289 párrafo -segundo y tercero del ordenamiento civil invocado, ya sean los cónyuges mayores o menores de edad, que dicen lo siguiente: "El cónyuge - que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino después de dos años a contar desde que se decretó el divorcio." "Para que los cónyuges, que se divorcian voluntariamente puedan volver a - contraer matrimonio es indispensable que haya transcurrido un año -- desde que obtuvieron el divorcio."

c) El artículo 158 del multicitado Código Civil, señala una res tricción específicamente destinada a la mujer, mayor o menor de edad, en el sentido de que ésta no pueda 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. En los casos - de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se in ter rup ti ó la cohabitación.

d) La prescripción entre consortes, sean ambos mayores o menores de edad, es otra limitación a la capacidad de éstos, según lo es ta ble ce el Código Civil en su artículo 177, que a la letra dice: "El marido y la mujer, durante el matrimonio, podrán ejercitar los dere-

chos y acciones que tenga el uno en contra del otro, pero la pres --  
cripción entre ellos no corre mientras dure el matrimonio." Reite--  
rando tal restricción la fracción II del Artículo 1167 del propio C<sup>o</sup>  
digo, ya que establece que la prescripción no puede comenzar ni co--  
rrer entre consortes.

e) El precepto legal invocado en el inciso anterior, o sea el -  
1167, señala otras restricciones respecto de la prescripción, pero  
ya no entre consortes, aunque sí son comunes a mayores o menores de-  
edad, siendo éstas:

ART. 1167.- La prescripción no puede comenzar ni correr;

I.- Entre ascendientes y descendientes, durante la patria-  
potestad, respecto de los bienes a que los segundos tengan derecho--  
conforme a la ley;

II.- Entre los consortes;

III.- Entre los incapacitados y sus tutores o curadores, -  
mientras dure la tutela;

IV.- Entre copropietarios o coposeedores, respecto del --  
bien común;

V.- *Contra los ausentes del Distrito Federal que se encuentren en servicio público;*

VI.- *Contra los militares en servicio activo en tiempo de guerra, tanto fuera como dentro del Distrito Federal.*

f) Por último, cabe citar la restricción señalada en el artículo 1166 del Ordenamiento Civil referido, mismo que enseguida se reproduce: "La prescripción no puede comenzar ni correr contra los incapacitados sino cuando se haya discernido su tutela conforme a las leyes. Los incapacitados tendrán derecho de exigir responsabilidad a sus tutores cuando por culpa de éstos no se hubiere interrumpido la prescripción."

Como se desprende del estudio anterior a las limitaciones de la capacidad, ya sea de goce o de ejercicio. Estas no son otra cosa que incapacidades, como lo manifiestan algunos autores, las cuales pueden ser permanentes o temporales, en virtud de que en ciertos casos tienden a desaparecer o bien pueden convalidarse, como en las situaciones de los menores de edad o interdictos, los cuales a través de un representante pueden realizar algunos actos, no así en otros casos, en que las restricciones son definitivas, como las existentes entre consortes.

## D.- INCAPACIDAD

Difícil es citar un concepto específico de Incapacidad, como lo manifestó el profesor Ignacio Galindo Garfías, haciendo referencia a RIPERT diciendo: "El concepto de incapacidad se encuentra oscurecido por la pobreza del lenguaje jurídico. Cuando una persona es privada a título excepcional de un derecho y no puede disfrutar de una ventaja que corresponde a los demás, se dice que está afectado por una incapacidad de goce; por ejemplo, un condenado a una pena criminal grave está afectado por la incapacidad de disponer o de recibir bienes a título gratuito. La expresión es inadecuada, porque si la palabra incapacidad significa aquí privación de un derecho, la palabra goce está desviada de su sentido habitual; significa en este caso, la ventaja que confiere la atribución de un derecho. Además la expresión sólo despierta la idea de derechos y se trata también de obligaciones." [23]

Sin embargo, en este apartado cabe señalar de manera genérica, su significado: "[Del lat. *incapacitas*, -*tatis*-] Der. Falta, absoluta o relativa, de las condiciones naturales de las aptitudes o calidades legales, o de ambas, para realizar, transmitir o recibir, por cualquier título, alguna cosa. La incapacidad puede ser: 1) de he-

[23] Ignacio Galindo Garfías. Obra Citada. Pág. 356.

cho, que supone imposibilidad (incapacidad) de ejercicio de los derechos de que se es titular; 2) de derecho, o ineptitud legal para el disfrute de ciertos derechos (no de todos, puesto que, salvo en los sistemas jurídicos esclavistas, la personalidad implica, de por sí, ciertos derechos mínimos); 3) absoluta, que es la ineptitud total para cualquier acto jurídico, y 4) relativa, la concerniente sólo a determinados actos jurídicos." (24)

Asimismo, es prudente mencionar que hay ocasiones en que la ley establece que determinadas personas no pueden tener ciertos derechos, creándose así una incapacidad de goce; o bien la propia ley determina que, teniendo esos derechos, les está vedado ejercitarlos por sí mismos, de donde resulta la incapacidad de ejercicio, pudiéndose en este caso ejercer los derechos que se tienen a través de un representante, por lo tanto no se pierde la capacidad de goce.

De lo expuesto podemos concluir que, Incapacidad es la falta de aptitud para que a un sujeto se le atribuyan ciertos derechos o deberes, o bien, que teniéndolos estén imposibilitados para ejercitarlos por sí, originándose en la primera situación la incapacidad de goce y en la segunda la de ejercicio.

Cabe señalar que en nuestra doctrina se contemplan dos clases -

(24) Enciclopedia Salvat Diccionario. Tomo 7, 1976, Salvat Editores, S.A. Barcelona, Impresión Gráficas Estela. Pág. 1771.

de Incapacidad a saber:

1) Incapacidad en sentido lato, Esta comprende a todo sujeto in capaz, esto es, que comprende a todos los individuos contemplados en las situaciones aludidas en el artículo 450 del Código Civil vigente.

2) Incapacidad en sentido estricto, la cual se refiere a todos- los sujetos incapaces señalados únicamente en las fracciones II, III y IV del precepto antes citado, el cual a la letra dice:

"ART. 450.- Tienen incapacidad 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 sordo-mudos que no saben leer ni escribir;

IV.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente - hacen uso imoderado de drogas enervantes."

Del artículo antes descrito se desprende que nuestra legisla-- ción clasifica en dos clases a los incapacitados; los que padecen in capacidad natural y legal, como es el caso de los menores de edad, -

que precisamente por su minoridad poseen ambas incapacidades y las contempladas en las fracciones II, III y IV, que habiendo llegado a la mayor edad, se encuentren en estado de interdicción por alguna de las causas ahí referidas, atribuyéndoseles únicamente la incapacidad legal.

Ahora bien, la disposición contenida en el precepto aludido se reafirma con lo dispuesto en el artículo 1306, mismo que a la letra dice:

"ART. 1306.- Están incapacitados para testar:

I.- Los menores que no han cumplido los dieciséis años de edad; ya sean hombres o mujeres;

II.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio."

No obstante tal reafirmación, ambos preceptos sufren ciertas excepciones según lo establecido en los artículos que a continuación se transcriben:

"ART. 1307.- Es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, con tal de que al efecto se observen las prescripciones siguientes.

ART. 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.

ART. 643.- 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."

El artículo 1307 hace la excepción respecto de los primeros citados, en virtud de que en el mismo se da la opción para que un sujeto interdicto pueda otorgar testamento, siempre que se encuentre en un momento de lucidez y se realice de acuerdo a las disposiciones establecidas en el propio Código Civil. Asimismo, los artículos 641 y 643, establecen que los menores de edad que contraigan matrimonio, serán por ese hecho emancipados, y aún cuando se disolviera su vínculo matrimonial siendo todavía menores no recaerán en la patria potestad, teniendo por tanto la libre administración de sus bienes y su persona, exceptuándose únicamente las situaciones previstas en las fracciones I y II del precepto aludido en último término, lo cual -- quiere decir que fuera de esos casos el emancipado goza completamente de su capacidad de ejercicio, eludiéndose restringidamente la in-

capacidad que ostenta.

En cuanto a la incapacidad, también encontramos que ésta tiene grados, ya que a pesar de que el menor de edad no tiene la capacidad de ejercicio, hay ciertos actos que puede realizar por sí mismo, antes de llegar a la mayoría de edad, mismos que a continuación se señalan:

1) Puede contraer matrimonio cuando ha cumplido catorce años de edad si es mujer y dieciséis si es hombre; no obstante, necesita el consentimiento del que ejerce sobre él la patria potestad, en su caso dará su consentimiento el tutor y a falta de éste el Jefe de lo Familiar de la residencia.

2) Tiene capacidad el menor para pedir a la autoridad administrativa de su domicilio, la suplencia del consentimiento para contraer matrimonio, según lo dispone el artículo 150 del Código Civil, sólo en el caso de que los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el que hubieren otorgado, siendo tal autoridad en el Distrito Federal el Jefe del Departamento Central.

3) Como lo señalamos con antelación, el menor de edad que ha cumplido dieciséis años, tiene capacidad para hacer testamento.

4) Consecuentemente del inciso anterior, puede designar en su --

testamento un tutor a sus herederos, si estos son menores de edad o incapacitados, como lo establece el artículo 470 del propio ordenamiento.

5) Tiene capacidad para administrar por sí mismo, los bienes -- que adquiera por su trabajo. (art. 429 del Código Civil).

6) El menor de edad, que sea mayor de dieciséis años, puede designar a su propio tutor, siendo éste dativo, y al curador, debiendo el Juez de lo Familiar confirmar la decisión, si no tiene causa justa para reprobársela. (arts. 496 y 624 fracción I del Código Civil).

7) Si el menor se encuentra sujeto a tutela, podrá elegir carrera u oficio, según lo dispone el artículo 540 del ordenamiento civil invocado.

8) Tiene capacidad para intervenir en la redacción del inventario que debe presentar a su tutor, si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años, tal y como lo dispone el propio Código Civil en su artículo 537 fracción III.

9) Si el menor, al igual que en el inciso anterior, goza de discernimiento y tiene dieciséis años, deberá ser consultado por el tutor, para los actos importantes de la administración de sus bienes, - (art. 537. fracción IV del C.C.).

10) Puede válidamente reconocer a sus hijos, asistido de quienes ejerzan sobre él la patria potestad o de su tutor. (arts. 361 y 362 del Código Civil.)

11) Por último tenemos que los mayores de dieciséis años están capacitados para ser sujetos de la relación de trabajo. Los menores de catorce años, necesitan el consentimiento de su padre o tutor, -- del sindicato a que pertenecen, del inspector del trabajo de la autoridad política, según lo dispone la Ley Federal del Trabajo en su artículo 23.

#### E.- REPRESENTACION LEGAL DE LOS INCAPACITADOS

Indudablemente que los incapacitados son individuos que se encuentran impedidos para hacer valer los derechos que ostentan, ya que al poseer la capacidad de goce son titulares de derechos y obligaciones, pero en virtud del estado de interdicción que les atañe, ya sea por su minoría de edad o por padecer algún mal de los que mencionan las fracciones II, III y IV del artículo 450 del Código Civil -- transcrito con anterioridad, están impedidos legalmente para hacer por sí mismos uso de su capacidad de ejercicio, por lo que requieren de un representante que a su nombre ejerza tal capacidad y pueda cumplir sus deberes o hacer valer sus derechos, por lo que en este apartado señalaremos primeramente el concepto de representación.

Desde el punto de vista de diversos autores, entre el ellos el Profesor Ernesto Gutiérrez y González, diciendo: "Representación, 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 unincapaz." (25)

La utilidad que reporta esta figura jurídica en todas la épocas es extraordinaria, en virtud de que permite a los incapaces de ejercicio realizar actos que las leyes prohíben, por medio de un representante y obtienen los mismos efectos que si ellos hubieran actuado, cabe señalar, que también permite a los capaces realizar múltiples - actos jurídicos simultáneamente en distintos lugares geográficos, como si ellos los realizarán personalmente. En este sentido, decimos que la utilidad jurídica que obtenemos de la representación es doble, ya que permite a los incapaces de ejercicio realizar actos jurídicos y permite a los individuos que gozan de su capacidad de ejercicio en plenitud, realizan simultáneamente diversos actos sin estar presentes en forma material, pero sí jurídica; sin embargo, en este estudio nos concretaremos sólo respecto de la representación legal en cuanto a los sujetos incapacitados.

Una acepción más general del concepto de la figura en comento -

(25) Ernesto Gutiérrez y González. Obra Citada. Págs. 355 y 336.

es la considerada de la siguiente forma: "Representación, en su más-amplio sentido, envuelve la actuación en nombre de otro." [26]

En su significado más puro, se dice que Representación: "Es la-institución en virtud de la cual una persona puede realizar un acto-jurídico por otra, ocupando su lugar." [27]

En este orden de ideas deducimos que la representación es la -- institución establecida legalmente, a fin de que una persona en pleno uso de su capacidad de ejercicio realice a nombre de otra, capaz- o incapaz, determinados actos jurídicos, los cuales tendrán plena va lidez legal y por ende, podrán producirse todos sus efectos jurídi--cos.

Ahora bien, en nuestra legislación se considera la existencia de dos tipos de representación a saber:

1) La otorgada por la ley, la cual a su vez se divide en:

- a) Representación de incapaces, y
- b) Representación de capaces

[26] Raúl Ortíz Urquidí. Obra Citada. Pág. 255.

[27] Idem.

## 2) La voluntaria.

En el presente trabajo haremos alusión específicamente a la representación otorgada por la ley para los incapacitados, la cual se realiza cuando, como ya mencionamos, la ley faculta a una persona capaz para verificar actos jurídicos por nombre y cuenta de otra, que por disposición de la propia ley tiene incapacidad de ejercicio, y entonces las conductas que realiza aquella, surten efecto en el patrimonio o persona del incapaz.

Los sujetos que intervienen para la funcionalidad de esta figura son:

1) El individuo capaz, denominado Representante, siendo el que en un acto jurídico, lleva por disposición de ley, la voluntad jurídica de un incapaz, y en virtud de un contrato de mandato, la voluntad de un capaz, es decir, enfocándolo en el tema en estudio, es el que a nombre de otro realiza ciertos actos jurídicos, respecto del patrimonio o persona del sujeto incapacitado.

2) El Representado, que es la persona que en cualquier forma legal, otorga su representación a otra, tratándose de un incapaz, este otorgamiento es decretado por autoridad judicial competente.

Es precedente señalar, quienes son los individuos que requieren

de ser representados legalmente, ya sea por carecer de capacidad legal o natural, siendo éstos sujetos los citados en el artículo 450 - muchas veces transcrito; sin embargo, en este apartado cabe hacer -- mención de los mismos, a efecto de saber que tipo de representación -- corresponderla en cada caso.

Respecto de los menores de edad, el artículo 425 del propio Código Civil señala que los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las disposiciones del propio Código. Aclarando que los menores de edad emancipados, también requieren de un representante para la realización -- de los negocios judiciales. (Art. 643 del C.C.), aunque tal representación puede ser dativa, si ha cumplido ya los dieciséis años de -- edad.

En cuanto a los enumerados en las fracciones II, III y IV del -- artículo 450 del Código Civil, estos requieren de un representante, -- ya que aunque tienen pleno uso de la capacidad de goce, carecen de -- la de ejercicio, en virtud de su estado de interdicción.

En los casos precedentes, al incapaz deberá nombrarse un -- representante legal, avocándose ésta en el nombramiento de un tutor, -- el cual se enfocará conforme a los lineamientos establecidos para el -- ejercicio de la tutela, misma que puede ser principalmente en tres --

*formas consideradas por nuestra legislación, de la que haremos referencia ampliamente en el capítulo siguiente del presente trabajo.*

## C A P I T U L O    I V

## TIPOS DE TUTELA

En el Capítulo I, Inciso A, del presente trabajo dejamos apuntadas las características principales de la tutela; sin embargo, en este apartado cabe reiterar lo señalado en nuestro Código Civil respecto de la misma para lo cual citaremos el contenido del artículo 449, que a la letra dice: "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismo. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413."

También analizamos con antelación los conceptos dados por diversos juristas, de donde concluimos que en términos generales la tutela es la institución jurídica encargada de la guarda, protección y defensa de la persona y bienes de los que adolecen de incapacidad, ya-

sea ésta legal o natural, sin que se encuentren bajo patria potestad alguna y por tanto no pueden gobernarse por sí mismos, así como de su representación y asistencia, la cual puede ser también interina o especial, de acuerdo a las modalidades y casos específicos que determine la ley.

Asimismo, al referirse a la tutela el propio Código Civil en su artículo 461, distingue de la misma tres clases a saber:

- 1) Tutela Testamentaria
- 2) Tutela Legítima
- 3) Tutela Dativa

Sin embargo, considera en los artículos 449 y 450 que existen otros tipos que son:

- 1) Tutela Interina, y
- 2) Tutela Especial

Las cuales serán analizadas también en este estudio, en virtud de que para la mejor comprensión de este tema es preciso referirnos a ellas, aún cuando no han sido integradas dentro de este capítulo - en incisos especiales.

Ahora bien, antes de entrar al análisis del tema en concreto es

preciso dejar asentados algunos conceptos que citaremos constantemente, como el de tutor, tutoreado o interdicto y curador, Edgardo Peniche López nos dice: "El tutor es la persona que desempeña la tutela y debe ser una persona de reconocidas cualidades morales, de honestidad y laboriosidad. Se exigen estos requisitos para evitar en lo posible que los intereses del pupilo resulten defraudados, por lo cual deben otorgar también fianza suficiente para garantizar el manejo de los bienes del tutoreado que se pone bajo su administración, en la cual interviene el curador, el Juez de lo Familiar y el Consejo Local de Tutelas." (28)

Al referirse al tutoreado o interdicto, nos estamos avocando al sujeto que debido a su minoridad de edad o estado de interdicción, - no puede gobernarse por sí mismo y requiere de un tutor para que - - ejerza la función de la tutela, también le podemos denominar incapaz o pupilo, por lo que el autor en cita conceptúa a la interdicción de la siguiente forma: "Es el estado jurídico en que se encuentra una persona para gobernarse y administrar sus bienes, es declarado incapaz por sentencia judicial y sometida a la guarda de un tutor. Pueden declararse en este estado a todas las personas que tengan incapacidad natural y legal, o solamente legal." (29) Asimismo, decimos -- que pupilo es la designación que se le da al incapacitado sujeto a -

(28) Edgardo Peniche López. *Introducción al Derecho*. Editorial Porrúa. México, 1989. Pág. 135.

(29) *Idem*. Pág. 139.

*tutela.*

Relativo al curador, tenemos que es la "persona designada para defender los derechos del incapacitado, en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor; vigilar la conducta de éste poniendo en conocimiento del Juez lo que considere puede ser dañoso para el pupilo; dar aviso a la autoridad judicial para que haga el nombramiento del tutor cuando éste falte o abandonare el cargo, y cumplir en general, las obligaciones que la ley señale." [30]

Cabe señalar que se distinguen diversas clases de curadores a saber:

1) Curador Definitivo, que es el nombrado al mismo tiempo que el tutor de esa clase. Todos los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor, tendrán un curador, excepto los menores expósitos o abandonados acogidos por particulares o por instituciones de beneficencia.

2) Curador Interino, será de esta clase en los siguientes casos:

[30] Rafael de Pina. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, México, 1989. Página 195.

a) Cuando el tutor tenga esa misma calidad.

b) Cuando estando varios menores sujetos a un mismo tutor, existan intereses opuestos entre ellos.

c) En los casos de impedimento, separación o excusa del curador tutelar.

3) Curador Testamentario, es el nombrado por quienes tienen derecho a nombrar tutor en su testamento.

4) Curador Dativo, es el nombrado por el juez, por el menor emancipado o por el menor no emancipado si ya cumplió dieciséis años.

#### A.- T U T E L A   L E G I T I M A

Según lo dispuesto por el artículo 482 del Código de la Materia, ha lugar a tutela legítima cuando no hay quien jerza la patria potestad, ni tutor testamentario y cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio; desprendiéndose del precepto aludido que abarca también a los menores de edad emancipados por razón del matrimonio.

Conceptuando a la tutela legítima decimos que: "Es la que tiene lugar cuando no existe tutor testamentario o cuando los padres pier-

den el ejercicio de la patria potestad, a cargo de las personas señaladas directamente por la ley." (31)

Este tipo de tutela es regulada por la ley de acuerdo al sujeto pasivo de la misma en tres formas determinadas:

1) Tutela legítima de menores que tienen familiares.

Cuando los menores quedan sin quien ejerza la patria potestad-- sobre ellos y los que la ejercían no designaron tutor testamentario, la tutela corresponderá a los parientes en el orden que sigue, como lo dispone el artículo 483 del Código Civil.

En primer lugar a los hermanos, prefiriéndose a los que sean -- por ambas líneas.

En segundo lugar, por falta o incapacidad de los hermanos, a -- los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive. En este ca so la ley no establece el orden preciso que debe seguirse para la -- elección; sin embargo, en el artículo siguiente, o sea el 484, señala que: "Si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, él hará la elección." Debien do entenderse en el sentido de que se escogerá primeramente a los de

(31) Sara Montero Duhal. Obra Citada. Pág. 371.

grado más cercano y entre ellos al más capaz.

Cuando falte temporalmente el tutor legítimo el juez de lo fami-  
liar deberá nombrar un tutor interino, a efecto de no dejar desampa-  
rarado al incapacitado.

2) Tutela legítima de los mayores incapacitados, que tienen pa-  
rientes que puedan cumplirla.

A efecto de nombrar tutor a este tipo de incapacitados, también  
deberá seguirse un orden, mismo que es el que a continuación se dete-  
lla:

a) Si el incapacitado está casado, será tutor legítimo su-  
cónyuge.

b) Si son los progenitores [padre o madre viudos] los inca-  
pacitados, será tutor uno de sus hijos mayor de edad. Habiendo va-  
rios en aptitud de ser tutores será preferido el que viva con su pro-  
genitor y habiendo varios dentro de este supuesto, el juez elegirá-  
el que considere más apto para el cargo.

c) Si el incapacitado es un soltero o viudo sin hijos o cu-  
yos hijos no pueden desempeñar el cargo, será tutor uno de sus proge-  
nitores, el padre o la madre, debiéndose ambos de poner de acuerdo -

respecto de quién de los dos ejercerá el cargo. Si sólo existe el padre o la madre, ese será tutor.

d) Si el incapacitado no tiene cónyuge, hijos mayores ni progenitores, serán llamados a desempeñar la tutela sucesivamente; - los abuelos, los hermanos y demás colaterales, escogiéndose dentro - del mismo grado que corresponda, al más apto.

Para el caso de que el incapacitado tenga hijos menores de edad sobre los que ejercía la patria potestad antes de ser declarado incapaz, el tutor que se le nombre será también tutor de sus hijos - menores, siempre que no haya otro ascendiente a quien la ley llame - para el ejercicio de la patria potestad.

Las personas mayores de edad incapacitadas, son las mencio-  
nadas por el propio Código Civil como los dementes, imbeciles, sordo-  
mudos, ebrios y los que habitualmente abusan de las drogas enervan-  
tes.

### 3) Tutela legítima de los menores abandonados.

Con respecto a este tipo de incapaces, la ley coloca a los expó-  
sitos bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien ten-  
drá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para -  
cualquier tutor.

En caso de que los menores abandonados hayan sido acogidos por algún establecimiento de beneficencia, el director del mismo desempeñará la tutela con arreglo a las leyes y a los estatutos del establecimiento de que se trata, en este tipo de tutela no se requiere del discernimiento del cargo, en virtud de que el director en turno de la institución será automáticamente el tutor del expósito recogido en tal lugar.

#### B.- T U T E L A      D A T I V A

La Profesora Sara Montero Duhalt, nos dice que: "La tutela dativa es la que surge a falta de la testamentaria y de la legítima, y la que corresponde a los menores emancipados para casos judiciales. Surge también la tutela dativa cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no hay ningún pariente de los designados por la ley para cumplirla." [32]

El concepto citado en su primera parte se desprende de lo apuntado por el Código Civil en su artículo 485, el cual a la letra dice:

"ART. 495.- La tutela dativa tiene lugar:

[32] Sara Montero Duhalt. Obra citada. Págs. 373 y 374.

I.- Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien, conforme a la ley, corresponda la tutela legítima;

II.- Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483."

Asimismo, cabe hacer la transcripción del artículo al que se hace referencia:

"ART. 483.- La tutela legítima corresponde:

I.- A los hermanos, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas;

II.- Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive."

De los preceptos citados se desprende que existe la tutela de mérito, cuando no hay tutor testamentario ni persona que conforme a la ley corresponda la tutela legítima, o cuando el tutor nombrado -- por testamento está impedido temporalmente para ejercer su cargo y no hay tampoco pariente alguno que lo ocupe.

Sin embargo, no son los anteriores los únicos casos en que debe

existir la tutela dativa, ya que como lo dispone el artículo 499 del Ordenamiento Civil aducido que dice: "Siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado."

En virtud de que el menor de edad emancipado, por razón del matrimonio, ya no se encuentra bajo patria potestad alguna y toda vez que el testador no puede predecir específicamente los asuntos judiciales en los que ha de intervenir el emancipado, da lugar a que se nombre tutor dativo, para que represente al incapaz en cualquier negocio judicial, como lo es el Divorcio, del que en capítulo posterior haremos referencia.

El nombramiento de tutor dativo lo pueden hacer las personas que señalaremos a continuación:

- 1) Tutor nombrado por el menor si ya cumplió dieciséis años.

Cuando el menor que ya ha cumplido dieciséis años designe a su tutor, el Juez de lo Familiar confirmará o reprobará la elección del menor, para reprobación el Juez tendrá que oír el parecer del Consejo Local de Tutelas, en el supuesto de que tal autoridad rechace los nombramientos que haga el menor, corresponderá a aquél el nombramiento de tutor, por tanto el derecho del menor de nombrarse un tutor no es absoluto, pues está sujeto en todo caso a la aprobación judicial y al parecer del Consejo Local de Tutelas, la --

opinión del Juez no deberá ser arbitraria, sino que expondrá las razones que le asisten para rechazar la propuesta del incapaz.

2) Tutor nombrado por el Juez de lo Familiar.

El Juez de lo Familiar será el encargado de nombrar tutor dativo al menor que no ha cumplido dieciséis años, o cuando juzgue impropia la persona que ha elegido el menor para su tutor.

Para hacer la elección de tutor el Juez escogerá una persona de la lista formada por el Consejo Local de Tutelas para ese efecto, -- misma que tendrá en cuenta las buenas costumbres notorias y el interés por la infancia desvalida de los sujetos para formar dicha lista.

Como quedo apuntado anteriormente, a todo menor de edad que no este sujeto a patria potestad ni a tutela testamentaria o legítima - deberá nombrarsele tutor dativo, aunque dicho menor no tenga bienes.

El objeto de la tutela dativa, en el caso de que el menor no posea bienes, será el cuidado de la persona del mismo, a efecto de que reciba una educación conveniente; ahora bien, si el incapaz adquiere con posterioridad bienes, se seguirá para con el tutor todas las reglas generales establecidas para la tutela.

Los sujetos activos de la tutela en estudio, es decir, las per-

sonas que estan en aptitud de ejercer la tutela dativa son las siguientes:

1) Reiteramos la lista de las personas que en cada Delegación haga el Consejo Local de Tutelas.

2) El Presidente Municipal del domicilio del menor, o en su caso, el Delegado.

3) Los demás regidores del ayuntamiento, también en su caso las siguientes autoridades administrativas de la Delegación.

4) Las personas que desempeñan la autoridad administrativa en los lugares en donde hubiere ayuntamiento.

5) Los profesores oficiales de instrucción primaria, secundaria o profesional del lugar donde viva el menor.

6) Los miembros de las juntas de beneficencia pública o privada que disfruten de sueldo del erario.

7) Los miembros de establecimientos de beneficencia pública.

El Juez de lo Familiar escogerá de entre todos los señalados al que ha de ser nombrado tutor dativo, cuando esos estén conformes en-

desempeñar gratuitamente la tutela. El juez hará tal elección procurando que los cargos de tutor se repartan equitativamente entre las personas obligadas referidas anteriormente. Asimismo, la ley establece que éstos pueden excusarse del desempeño de la tutela a causa de las circunstancias mencionadas en el precepto marcado con el número 511 del Código Civil Vigente en el Distrito Federal, de las que haremos referencia más adelante.

#### C.- T U T E L A    T E S T A M E N T A R I A

Se define a la tutela testamentaria como: "La que se confiere por testamento por las personas autorizadas por la ley." [33] Asimismo, el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 470 señala, que es el derecho que la ley otorga al ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado ejerzan la patria potestad, de nombrar en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo.

Es objeto también de la tutela testamentaria, el derecho que tiene una persona de nombrar tutor para la administración de los bienes que deje en legado o herencia a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otra persona; en este sentido, el-

[33] Sara Montero Duhalt. Obra Citada. Pág. 367.

*tutor testamentario tiene como misión únicamente la de administrar -- los bienes que se dejaron por herencia o por legado a un incapaz, -- sin que por ello pueda intervenir en la educación o representación -- del pupilo.*

*Los sujetos señalados por la ley con derecho a nombrar tutor -- testamentario, son los que a continuación se describen:*

*1) El ascendiente que sobreviva en cada grado que esté ejerciendo la patria potestad.*

*En este sentido decimos que el ascendiente que sobreviva de los dos que se encuentren ejerciendo la patria potestad, de acuerdo al -- orden establecido por el artículo 414 del propio Código Civil, es de cir, el padre o la madre; el abuelo o abuela paternos, y el abuelo o abuela maternos, tienen derecho de nombrar en su testamento tutor al incapaz que este bajo su patria potestad.*

*Ahora bien, en este tipo de tutela puede suceder que ambos ascendientes, cada uno por su lado, nombre tutor testamentario, ya que si uno de ellos muere antes que el otro, el nombramiento de tutor testamentario se tendrá como cláusula no puesta, en virtud de que seguirá en el ejercicio de la patria potestad el otro ascendiente. Otro caso que podría presentarse y que causarla conflicto para determinar -- cual persona ejercerá la función de tutor sobre el incapaz, sería --*

cuando ambos descendientes murieran al mismo tiempo, esto es, que se presentará comorencia, y que en sus respectivos testamentos hubiera designación de tutor testamentario que recayera sobre personas diversas, para resolver este problema el Juez competente escogerá de entre ellos al que considere más apto para el bienestar del menor.

2) El padre o la madre que tiene la tutela sobre un hijo incapacitado.

Como lo disponen los artículos 475 y 476 del Código de la Materia, cualquiera de los progenitores, puede nombrar tutor testamentario para su hijo mayor incapacitado, siempre que el otro progenitor ya hubiere fallecido o no pudiera legalmente ejercer la tutela, caso contrario, la cláusula de nombramiento de tutor se tendrá por no puesta. En este sentido, la ley solamente otorga a los padres el derecho de nombrar tutor a su hijo mayor incapacitado, en ningún otro caso habrá lugar a tutela testamentaria sobre los mayores de edad incapacitados.

3) El adoptante.

El adoptante que se encuentre en pleno ejercicio de la patria - potestad, tiene derecho a nombrar tutor testamentario para su hijo-adoptivo, debiéndose aplicar las reglas del tipo de tutela en comento.

La ley no señala específicamente si el adoptante puede nombrar tutor testamentario sobre el hijo adoptivo mayor incapacitado, pero en virtud de lo dispuesto en el artículo 395 del Ordenamiento Civil, el cual a la letra dice:

"El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de las personas y bienes de los hijos.

El adoptante podrá darle nombre y sus apellidos al adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción."

En razón de lo anterior el que adopta tiene los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres con respecto de sus hijos, por lo tanto se debe entender que el padre adoptivo sí puede nombrar tutor testamentario a su hijo de esa clase mayor incapacitado.

4) El que deja bienes por testamento a un incapaz,

Si una persona, sea pariente o extraño, deja bienes por herencia o por legado a un incapaz que no este bajo su patria potestad ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor testamentario, pero exclusivamente para la administración de los bienes que le deja, como queda anotado con antelación.

Los sujetos pasivos de la tutela testamentaria, son precisamente las personas a las que se les provee de un tutor por testamento, por lo que se dice que solamente puede nombrarse tutor de esta clase sobre los hijos o nietos sujetos a la patria potestad o sobre los hijos mayores incapacitados.

La Profesora Sara Montero Duhal, sostiene que no se pueden considerar dentro de esta tutela a los demás incapacitados, a los que alguien les deja bienes por legado o por herencia, porque ellos no son sujetos pasivos de la tutela, ya que esta no se ejercera sobre su persona, sino únicamente para la administración de tales bienes; sin embargo, en mi opinión es procedente se incluyan dentro de este tipo de tutela, ya que el propio Código Civil en su artículo 473 dispone que: "El que en su testamento, aunque sea un menor no emancipado, deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no este bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje.", - con apoyo en el precepto anterior el autor de la herencia esta facultado para nombrar tutor en su testamento al incapaz, aunque sólo sea para la administración de los bienes que le deja.

Ahora bien, si fuere: varios los menores (Hijos o Nietos) podrá nombrarseles un tutor común, o conferirse a persona diferente la tutela de cada uno de ellos. Si se nombran varios tutores a un sólo incapaz, desempeñará la tutela el primero de los nombrados, a quien-

sustituirán los demás por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, podrá establecer el orden que crea conveniente; por cualquier causa que llegase a faltar temporalmente el tutor testamentario, el Juez de lo Familiar deberá proveer de tutor Interino al menor, hasta en tanto se designe al que ejercerá ese cargo de manera definitiva.

El testador puede señalar todo tipo de normas, limitaciones y condiciones para el desempeño de la tutela que considere pertinentes, siempre que éstas no sean contrarias a las leyes, igualmente pueden ser dispensadas o modificadas si a juicio del Juez y oyendo el parecer del tutor y el curador, las estime dañosas al incapaz. En todo lo no dispuesto por el testador, se seguirán las reglas generales de la tutela en cuanto a los deberes y derechos del tutor y curador en cada caso.

El objeto de la tutela testamentaria es el de excluir de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados, es decir, a los que se encuentran señalados por las fracciones II y III del artículo 414 del Código Civil, por lo tanto, mediante el nombramiento de tutor testamentario, los padres eliminan a ambas parejas de abuelos del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos; dentro del ejercicio del mismo derecho los abuelos paternos excluyen a los abuelos maternos; y en cuanto a éstos últimos, que también tienen derecho a nombrar tutor testamentario a sus nietos, tendrá por objeto designar

a la persona que considere más conveniente para ejercitar la tutela de sus nietos, eliminando a los designados por la ley como tutores legítimos.

En realidad el objeto primordial de la tutela en estudio, no es el de eliminar a otras personas del cuidado de los menores, sino nombrar a quien consideren más apto para el ejercicio de esa función, - la cual responde a la preocupación natural que tienen padres y abuelos respecto a la situación en que quedarán sus hijos o nietos cuando ellos faltan.

Ahora bien, si el nombramiento de tutor testamentario se debió a que los ascendientes excluidos estuvieren incapacitados o ausentes, la tutela cesará cuando termine el impedimento o se presenten los ascendientes, a no ser que el testador hubiere dispuesto expresamente que continúe la tutela, según lo establece el artículo 472 del múltiple Código Civil.

Además de las clases de tutela anotadas en el Código Civil, específicamente en su artículo 461, mismas a las que ya nos referimos, tenemos que el mismo ordenamiento prevé otros dos tipos a saber:

1) Tutela Especial, y

2) Tutela Interina

Respecto de la primera el artículo 457 del Código aducido nos dice que cuando los intereses de alguno o algunos de los incapaces, sujetos a la misma tutela, fueren opuestos, el tutor lo pondrá en conocimiento del Juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces, que él mismo designe, mientras se decide el punto de oposición.

Ahora bien, el artículo 474 señala que si fueren varios los menores podrá nombrarse un tutor común, o conferirse a personas diferentes la tutela de cada uno de ellos, observándose, en su caso, lo dispuesto en el artículo 457.

En el orden de ideas apuntado decimos que se debe nombrarse tutor especial, siempre que los intereses del o de los incapaces sean opuestos entre sí, tal nombramiento lo hará el Juez de lo Familiar, una vez que aquel lo haga de su conocimiento, debiendo ejercer sus funciones hasta en tanto se resuelva el conflicto.

Respecto del tutor interino nuestro Ordenamiento Civil en su artículo 480 nos dice lo siguiente: "Si por un nombramiento condicional de tutor, o por algún otro motivo, faltare temporalmente el tutor testamentario, el juez provea de tutor interino, conforme a las reglas generales sobre nombramiento de tutores."

Asimismo, el artículo 531 se refiere a que: "Si el tutor, den--

tro de los tres meses después de aceptado su nombramiento, no pudiere dar garantía por las cantidades que fija el artículo 528, se procederá al nombramiento de nuevo tutor." En relación a lo dispuesto en este precepto, el artículo 532 expresa: "Durante los meses señalados en el artículo precedente, desempeñará la administración de los bienes un tutor interino, quien los recibirá por inventario solemne y no podrá ejecutar otros actos que los indispensables para la conservación de los bienes y percepción de los productos. Para cualquier otro acto de administración requerirá la autorización judicial, la que se concederá, si procede, oyendo al curador."

Del contenido de los preceptos aducidos, se desprende que debe nombrarse tutor interino cuando por algún nombramiento condicional u otro motivo faltare temporalmente el tutor testamentario, así como, cuando dentro de los tres meses siguientes al nombramiento de tutor, éste no otorgue la garantía correspondiente, se procederá al nombramiento de nuevo tutor, por lo que, hasta en tanto se haga tal nombramiento de manera definitiva, el Juez de lo Familiar nombrará un tutor interino que represente al incapacitado.

En términos generales la tutela se puede desempeñar de la siguiente forma:

El tutor tiene la obligación de alimentar y educar al incapacitado, asimismo, destinar sus bienes a la curación de las enfermedades mentales que padezca o a su regeneración si es viciado de drogas

o bebidas. De la misma forma está obligado a formar un inventario minucioso y circunstancial dentro del plazo que el Juez señale de todo cuanto constituya el patrimonio del interdicto, lo anterior con la intervención indispensable del curador y del propio incapaz si éste ha cumplido dieciseis años y goza de discernimiento, el término al que nos hemos referido nunca podrá excederse de seis meses.

Los bienes que constituyen la propiedad del incapacitado estarán bajo la administración del tutor, el cual consultará al pupilo en todos los actos importantes, reiterando que esto es susceptible siempre que éste último haya cumplido la edad antes mencionada.

Ahora bien, en cuanto a los bienes que adquiera el incapaz, única y exclusivamente con el producto de su trabajo, los administrará por sí mismo y no a través de su tutor.

El tutor está obligado a representar al incapaz en todos los actos de su vida jurídica y fuera de ella, igualmente que en la celebración de contratos, o en la disolución de los mismos, como se analizará en el capítulo subsecuente, ya que trataremos la representación que debe tener el menor de edad emancipado para disolver su vínculo matrimonial en cualquiera de los tipos de divorcio, de los que ya hemos hecho mención con antelación.

Se exceptúa de representación alguna al menor o al incapacitado

en general, en los actos estrictamente personales de éste, como son el matrimonio, el reconocimiento de hijos y el testamento; por último el tutor tiene la obligación de solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella, es decir, en los casos específicos que establece la ley que el tutor debe solicitar autorización judicial, será responsable de los daños y perjuicios ocasionados al pupilo por su negligencia.

Los Consejos Locales de Tutela, son las instituciones encargadas de auxiliar a los Jueces de lo Familiar, a efecto de que se desempeñe fielmente la tutela.

En cada Municipio debe existir un Consejo Local de Tutelas, compuesto de un Presidente y dos Vocales, los cuales durarán un año en el ejercicio de su cargo y serán nombrados por los respectivos ayuntamientos en la primera sesión que celebran en el mes de enero de cada año; como quedo mencionado con anterioridad debe procurarse que los nombramientos de tutor recaigan en personas que sean de notorias buenas costumbres y que tengan interés en proteger a la infancia des válida.

El Consejo Local de Tutela, está considerado como un órgano de vigilancia e información que tiene las siguientes obligaciones:

Formar y remitir a los Jueces de lo Familiar una lista de las -

personas de la localidad, que debido a su actitud moral y legal, tienen las características idóneas para desempeñar la tutela, de la lista aducida se escogerá quienes podrán ser nombrados tutores curadores, éstos son los encargados de velar porque los tutores cumplan -- con sus deberes, especialmente en lo que se refiere a la educación y cuidado de los menores; asimismo, avisar al Juez de lo Familiar cuando tengan conocimiento de la citada autoridad que incapacitados carecen de tutor, de la misma forma cuidar que los tutores se ocupen de la curación de los incapacitados y vigilar el registro de tutela, -- con el objeto de que sea llevado de manera debida.

La autoridad competente para resolver en los asuntos relativos, a la tutela son única y exclusivamente los Jueces de lo Familiar, ya que ejercen una supervigilancia al conjunto de los actos del tutor, -- para impedir que éste falte a sus deberes, se dice que ejercen sobre vigilancia porque primeramente los curadores se encargan de vigilar -- que los tutores desempeñen correctamente la tutela y por lo tanto corresponde al Juez de lo Familiar tomarle cuentas al curador respecto del ejercicio de su función.

En nuestro país, no siempre se llevan a cabo los cometidos de -- los Consejos Locales de Tutela y de los Juzgados Familiares, en virtud de que el problema de la niñez olvidada alcanza proporciones inimaginables, por lo que debiera tomarse mayor cuidado y protección a tales infantes, ya que en muchas entidades federativas y más en muni

cipios, no existen tales órganos de vigilancia de tutela.

Nuestra legislación civil contempla las posibilidades de que la tutela llegue a su fin, las cuales son las siguientes:

1) Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad,  
y

2) Cuando el incapacitado sujeta a tutela entre bajo la patria-potestad por reconocimiento o por adopción.

Una vez concluido el ejercicio de la tutela, el tutor tiene la obligación de entregar todos los bienes y documentos que le pertenecen al propio incapacitado, ya que en caso de ser infieles en su cometido serán sancionados severamente por la ley.

Cabe reiterar en este apartado que las personas que tienen obligación de ejercer la tutela pueden excusarse de entrar en función -- del cargo, siempre y cuando sean algunas de las contempladas por --- nuestro Código Civil, mismos que enseguida se citan.

1) Los empleados y funcionarios públicos.

2) Los militares en servicio activo.

3) Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes.

4) Los que fueren tan pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia.

5) Los que por el mal estado habitual de salud, o por su rudeza e ignorancia, no puedan atender debidamente a la tutela.

6) Los que tengan sesenta años cumplidos.

7) Los que tengan a su cargo otra tutela o curatela, y

8) Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.

Lo anterior de conformidad con lo dispuesto por el artículo 511 del Código Civil Vigente, tal y como quedó asentado en el capítulo primero del presente trabajo.

C A P I T U L O V

TUTELA QUE PROCEDE PARA QUE EL EMANCPADO DISUELVA SU VINCULO -  
MATRIMONIAL.

A. - EN EL CASO DE DIVORCIO NECESARIO.

Según se desprende de lo asentado en el Capítulo I, Inciso C), del presente trabajo, así como de las posiciones vertidas por los juristas Eduardo Pallares y Rafael F. Chávez Ascencio, que a la letra dicen: "Si los dos cónyuges o alguno de ellos es menor de edad, rige lo dispuesto en el artículo 643 fracción II, del Código Civil, según la cual los emancipados menores de edad siempre necesitan de un tutor para negocios judiciales, siendo indudable que lo es el Divorcio Voluntario que se lleva a cabo ante un Juez."

Por lo tanto si el Divorcio Voluntario es considerado como un negocio judicial por tramitarse ante el Juez de lo Familiar, sin duda, que el Divorcio Necesario también lo es, cada vez que se diligencia ante la misma autoridad, la cual es el único Organismo Jurisdiccional competente para conocer de este tipo de asuntos.

Por otro lado cabe reiterar que en el negocio jurídico la volun

dad interviene en la realización del acontecimiento y en la producción de las consecuencias jurídicas; en este mismo sentido, en ambos tipos de divorcio interviene la voluntad de los cónyuges para realizar el acontecimiento, esto es, para tramitar el divorcio, y por ende, para producir las consecuencias jurídicas, como son entre otras la disolución del vínculo matrimonial, la liquidación de la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, etc., encuadrándose la voluntad de los esposos en el ámbito de la licitud, ya que es este un elemento básico del negocio jurídico y por tanto regulado por el Derecho.

Refiriéndonos específicamente al tipo de Divorcio Necesario, de cinco que para que el menor de edad emancipado disuelva su vínculo matrimonial por cualquiera de las causales que contempla el Código Civil en su artículo 267, que son:

- I).- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II).- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III).- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto

expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;

IV).- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

V).- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos; así como la tolerancia en su corrupción;

VI).- Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

VII).- Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;

VIII).- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

IX).- La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;

X).- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia;

XI).- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;

XII).- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendentes a su cumplimiento, - así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;

XIII).- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

XIV).- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;

XV).- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal

XVI).- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del -

otro un acto que sería punible si se tratase de persona extraña, --- siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;

XVII).- .....

XVIII).- La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.

Cabe hacer notar que se excluye de las causales antes referidas, la marcada con la fracción XVII, relativa al Mutuo Consentimiento, -- ya que la consideraremos en el inciso siguiente.

Ahora bien, para que el menor de edad emancipado tramite su divorcio por alguna de las causales del artículo 267 del Código Civil-citadas con antelación, se requiere forzosamente que se encuentre re presentado legajamente ante el Juez de lo Familiar, toda vez que se está en presencia de un Negocio Judicial, por tal motivo el propio ordenamiento civil en el artículo 643 fracción II en relación con el artículo 499, dispone lo siguiente:

"ART. 643.- El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad;

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

II.- De un tutor para negocios judiciales."

"ART. 499.- Siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado."

De los preceptos citados se desprende que siendo el Divorcio Ne cesario un NEGOCIO o ASUNTO de CARACTER JUDICIAL; el emancipado debe ser representado legalmente en este juicio a través de la tutela dativa, toda vez que el primero de los artículos transcritos estipula que el emancipado requiere de un tutor para negocios judiciales y el segundo especifica que dicha tutela será siempre dativa, la cual surge cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien, conforme a la ley, corresponda la tutela legítima; o cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483, señalando tal precepto que corresponde: I.- a los hermanos, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas; o II.- por falta o imposibilidad de los hermanos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive. Sin embargo, siendo uno de los cónyuges, emancipado por virtud del matrimonio, ya no se encuentra bajo patria potestad alguna y toda vez que el testador no puede predecir específicamente los asuntos judiciales en los que ha de intervenir aquél, da lugar a nombrar tutor dativo,-

para que represente al incapaz en cualquier negocio judicial, como lo es el Divorcio de mérito, pudiendo hacer tal nombramiento el propio emancipado, asignándole este cargo aún a personas que no tengan ningún parentesco con él.

No obstante lo referido con anterioridad, el propio Código Civil en su artículo 482 fracción II, establece la procedencia de la tutela legítima por causa de divorcio para el menor de edad emancipado, para lo cual cabe citar el contenido de tal precepto:

"ART. 482.- Ha lugar a tutela legítima:

I.- Cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario;

II.- Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio."

En este sentido se arguye que procede igualmente la aplicación de la tutela legítima para representar al menor de edad emancipado en el juicio de divorcio en estudio, y así éste pueda disolver su vínculo matrimonial.

En el orden de ideas apuntado, encontramos que en cuanto al tipo de tutela que ha de ejercerse para que el emancipado disuelva su vínculo matrimonial, el Código Civil según los preceptos transcritos

y analizados, establecen la aplicabilidad indistinta de cualquiera de las dos clases de tutela a que nos hemos referido, causándose con esto una gran problemática jurídica en lo que se refiere al nombramiento que ha de hacerse, en virtud de que el criterio que ostentadas autoridades competentes para estos casos no ha sido unificado -- por ningún ordenamiento y cotidianamente existen confusiones respecto de tal nombramiento, conflictiva que originó la elaboración del -- presente trabajo, por tanto una vez analizado lo expuesto en mi opinión considero prudente la aplicación de ambos tipos de tutela, -- sin que el Juez de lo Familiar que conozca del asunto rechace la -- aplicabilidad indistinta de alguna de ellas, esto atendiendo a la -- realidad prevaleciente del emancipado, ya que debemos tomar en cuenta que no todos los individuos disfrutan de parientes idóneos que -- puedan ejercer el cargo de tutor, además de que en las dos hipóte-- sis se cumplen fielmente con las disposiciones establecidas por -- nuestro ordenamiento civil.

#### B.- EN EL CASO DEL DIVORCIO VOLUNTARIO

En este tipo de divorcio, el cual es regulado por la fracción -- XVII del artículo 267 como Mutuo Consentimiento, misma que excluimos en el inciso anterior por ser materia del presente apartado, así como en los artículos 272 párrafo cuarto y 273 todos del Código Civil, se aplican de la misma forma los preceptos citados en el caso del Di

divorcio Necesario, es decir, los artículos 643 fracción II, en relación con los artículos 499 y 482 del Ordenamiento Civil de la materia; toda vez que el Divorcio Voluntario es considerado propiamente por los juristas Eduardo Pallares y Rafael F. Chávez Ascencio como un -- NEGOCIO JUDICIAL, del cual hemos hecho referencia en varias ocasiones, tal consideración es en virtud de que este juicio se tramita -- ante el Juez de lo Familiar al igual que el tipo de divorcio aducido con antelación, por lo tanto el tipo de nombramiento de tutor que corresponde para que el emancipado disuelva su vínculo matrimonial, esta determinado de la misma manera para las dos clases de divorcio -- que hemos venido citando, por ende se puede ejercer tanto la tutela legítima como la dativa, según sea la situación específica del incapaz.

Ahora bien, en esta clase de divorcio se añade lo dispuesto en el artículo 677 del Código de Procedimientos Civiles, mismo que a -- continuación se transcribe:

"ART. 677.- El cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial para poder solicitar el divorcio por mutuo consentimiento."

En cuanto al tipo de tutor a que hace alusión el precepto citado, existe en este caso una triple confusión respecto al nombramiento de tutor procedente, en virtud de que se esta en presencia de --- tres opciones para establecer la tutela que se ejercerá para disol--

ver el vínculo matrimonial del emancipado, pudiéndose desde mi punto de vista desechar la última de las citadas y considerar únicamente - a la legítima y a la dativa, ya que por su propia naturaleza la tute la especial surge según lo dispuesto en el artículo 457 del Código - Civil, el cual a la letra dice:

"ART. 457.- Cuando los intereses de alguno o algunos de los incapaces, sujetos a la misma tutela, fueren opuestos, el tutor lo pondrá en conocimiento del juez, quién nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces, que él mismo designe, mientras que se decide el punto de oposición."

De lo anterior se desprende que no puede nombrarse tutor especial para solicitar el divorcio voluntario, toda vez que tal nombramiento sólo procede cuando existan varios incapaces con intereses -- opuestos y en el caso del divorcio de mérito, puede suceder que sólo uno de los consortes sea menor de edad y aún en el supuesto de que -- ambos cónyuges sean menores tienen el mismo objetivo al tramitar el juicio de referencia, ya que los dos desean disolver su vínculo matrimonial.

Hecho el análisis a los preceptos citados, es procedente reiterar que las clases de tutela que se pueden ejercitar para que el -- emancipado obtenga el divorcio por mutuo consentimiento, son las -- consideradas por nuestra legislación civil en sus artículos 643 fra-

ción II, 499 y 482, esto es, la tutela legítima y la dativa.

#### C.- INEXISTENCIA DE LA TUTELA EN EL CASO DEL DIVORCIO ADMINISTRATIVO

Como se desprende del estudio hecho al tipo de Divorcio Administrativo descrito en el Capítulo I, Inciso C) del presente trabajo, -- mismo al que se refiere el artículo 272 del Código Civil Vigente, -- del cual cabe reiterar su contenido en este apartado, siendo el siguiente:

"ART. 272.- Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el juez del registro civil del lugar de su domicilio, comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera ternante y explícita su voluntad de divorciarse.

El juez del registro civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el juez del registro civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

ción II, 499 y 482, esto es, la tutela legítima y la dativa.

C.- INEXISTENCIA DE LA TUTELA EN EL CASO DEL DIVORCIO ADMINISTRATIVO

Como se desprende del estudio hecho al tipo de Divorcio Administrativo descrito en el Capítulo I, Inciso C) del presente trabajo, -- mismo al que se refiere el artículo 272 del Código Civil Vigente, -- del cual cabe reiterar su contenido en este apartado, siendo el siguiente:

"ART. 272.- Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el juez del registro civil del lugar de su domicilio, comprobarán con los copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

El juez del registro civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el juez del registro civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establezca el Código de la Materia.

Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo-consentimiento, ocurriendo al juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles."

De lo apuntado en el precepto transcrito, se desprende que entre otros, uno de los requisitos indispensables para que se tramite el Divorcio Administrativo, es que los cónyuges sean mayores de edad, consuetamente un individuo que ha llegado a la mayoría de edad goza plenamente de su capacidad de ejercicio y por tanto no requiere de representación legal alguna para concurrir ante autoridad competente para realizar cualquier negocio judicial, esto es, que el sujeto que se encuentre en la hipótesis aludida, no requiere que se le nombre tutor para poder disolver su vínculo matrimonial, tal y como lo dispone el artículo 24 del ordenamiento aducido, mismo que enseña-  
guida citamos:

"ART. 24.- El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley."

Por lo tanto, siendo que el divorcio en cualquiera de sus tipos es un acto netamente personal y específicamente en el administrativo, ya que este se tramita siendo los consortes mayores de edad, el individuo que ha alcanzado la mayoría de edad tiene el libre albedrío de determinar su situación sin que medie representación legal alguna, - consecuentemente tiene capacidad de goce y de ejercicio para ser sujeto de derechos y obligaciones, asimismo para realizar cualquier -- trámite ante autoridad competente.

## C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- Considero que el individuo menor de edad, emancipado en virtud del matrimonio, sale de la patria potestad a la que se hallaba sujeto, pero requiere de un representante legal para tramitar cualquier tipo de negocio judicial.

SEGUNDA.- El Divorcio Voluntario es un Negocio Judicial, en virtud de que se tramita ante un Juez de lo Familiar, ya que en este acto interviene la voluntad de las partes para realizar el acontecimiento y para que se produzcan las consecuencias de derecho.

TERCERA.- Por consiguiente, si el Divorcio Voluntario es considerado Negocio Judicial por tramitarse ante el Juez de lo Familiar, concluyo indiscutiblemente que el Divorcio Necesario también lo es porque se promueve ante la misma autoridad, además de que de la misma forma las partes desean la realización del acontecimiento, o sea, el divorcio y las consecuencias que éste produce.

CUARTA.- Se debe nombrar tutor para que el emancipado disuelva su vínculo matrimonial, ya sea a través de Divorcio Necesario o Voluntario.

QUINTA.- Considero que existe una problemática, planteada en --

nuestra legislación, respecto del tipo de tutela que deberá ejercerse para representar al menor de edad que promueva juicio de divorcio, derivándose del propio Código Civil para el Distrito Federal que procede la aplicación indistinta de la tutela dativa y de la legítima.

SEXTA.- Propongo que debe regularse en nuestra legislación la solución a la cuestión planteada en la conclusión precedente, señalando a ese efecto un tipo específico de tutela y no dar cabida a aplicarse indistintamente; o bien, que la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación emita jurisprudencia que logre decidir tal conflicto, tomando en consideración la situación concreta del menor de edad a efecto de que el cargo de tutor lo ejerza la persona idónea, sin importar el lazo que lo ligue al incapaz.

SEPTIMA.- Considero que el Juez de lo Familiar debe aceptar de manera terminante que sea el propio emancipado mayor de 16 años, el que señale al individuo que ejerza el cargo de tutor, sin importar el hecho de que sea pariente o no de éste.

OCTAVA.- Propongo la supresión de la figura jurídica de la tutela, para que el emancipado promueva juicio de divorcio, ya que si éste tiene capacidad para celebrar un contrato como lo es el matrimonio, la legislación estatuye que puede decidir enteramente en cuanto a la administración de sus bienes, resulta ilógico que no pueda gobernar por sí mismo su persona que es la esencia de su ser y no así-

los bienes materiales accesorios de su vida.

NOVENA.- Desprendiéndose de la conclusión que antecede, considero que otra razón para que el emancipado no sea representado en juicio, es que al celebrar contrato de matrimonio a éste se le atribuyen derechos y obligaciones, siendo obvio que pueda realizar cualquier otro negocio jurídico que pueda traer aparejadas otras tantas consecuencias jurídicas, como el caso del divorcio.

DECIMA.- Es indudable que la tutela testamentaria en ningún momento se ejerce para que el emancipado disuelva su vínculo matrimonial, ya que ésta es conferida por la persona o personas que ejerzan la patria potestad o que legalmente tengan derecho a ello, mediante su testamento, empezando en el cargo al morir el que la otorgó. Ahora bien, es impredecible en que tipo de negocios judiciales va a intervenir el emancipado, por tanto considero que no da lugar a nombrar tutor testamentario para que el menor de edad disuelva su vínculo matrimonial.

DECIMA PRIMERA.- En virtud de que el nombramiento de tutor interino sólo procede cuando falte temporal o condicionalmente el tutor testamentario, considero la inaplicabilidad de esta clase de tutela para que el emancipado disuelva su vínculo matrimonial.

DECIMA SEGUNDA - Propongo la derogación del artículo 677 del C6

*digo de Procedimientos Civiles, que establece la aplicabilidad de la tutela especial para que el emancipado promueva su divorcio voluntario, toda vez que los intereses de los cónyuges son afines y en ningún momento opuestos, como lo prevee la tutela de mérito.*

*DECIMA TERCERA. - Es indudable concluir que en el Divorcio Administrativo no debe existir representación alguna para que los consortes promuevan su divorcio, ya que este se tramita ante el Oficial -- del Registro Civil del lugar de su residencia y no ante el Juez de -- lo Familiar, por lo tanto no es considerado como negocio judicial.*

B I B L I O G R A F I A

1.- CAPITAN, HENRI.

*Traducción Castellano. Aquiles Horacio Guaglianone. Vocabulario Jurídico. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.*

2.- CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F.

*La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Editorial Porrúa. México, 1985.*

3.- CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F.

*La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídico Paterno Filiales.- Editorial Porrúa. México, 1985.*

4.- DE IBARROLA, ANTONIO.

*Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México, 1978.*

5.- DE PINA, RAFAEL.

*Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. México, 1985.*

6.- DE PINA, RAFAEL.

*Elementos de Derecho Civil. Editorial Porrúa. México, 1986.*

7.- ENCICLOPEDIA SALVAT DICCIONARIO.

Tomo 7, 1976. Salvat Editores S.A. Barcelona, Impresiones Gráficas Estella.

8.- GALINDO GARFIAS, IGNACIO.

Derecho Civil. Editorial Porrúa. México, 1987.

9.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO.

Derecho de las Obligaciones. Editorial Cajica, S.A. Puebla, Pue. México, 1976.

10.- MAGALLON IBARRA, JORGE MARIO.

Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Editorial Porrúa. México, 1987.

11.- MAGALLÓN IBARRA, JORGE MARIO.

Instituciones de Derecho Civil. Tomo III. Editorial Porrúa. México, 1988.

12.- MONTERO DUHALT, SARA.

Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México, 1985.

13.- ORTIZ URQUIDI, RAUL.

Derecho Civil. Editorial Porrúa. México, 1982.

14.- PALLARES, EDUARDO.

El Divorcio en México. Editorial Porrúa. México, 1984.

15.- PENICHE LOPEZ, EDGARDO.

*Introducción al Derecho. Editorial Porrúa. México, 1989.*