

399
283



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

SITUACION JURIDICA DEL EMANCIPADO EN EL
DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA:
MARIA DE JESUS TORRES SANCHEZ

ASESORA: LIC. ALICIA BERTHIER VILLASENOR.

SAN JUAN DE ARAGON, ESTADO DE MEXICO

1993

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.

"SITUACION JURIDICA DEL EMANCIPADO EN EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO"

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO.- LA EMANCIPACION	
1.1.- CONCEPTO.....	1
1.2.- ANTECEDENTES HISTORICOS	4
1.2.1.- SU REGULACION EN LAS DOCE TABLAS	8
1.2.2.- EMANCIPATIO ANASTASIANA ..	12
1.2.3.- EMANCIPATIO JUSTINIANA ...	14
1.2.4.- LA VENIA AETATIS DEL DERE CHO ROMANO POSTCLASICO ...	15
1.3.- CARACTERISTICAS	16
1.4.- EFECTOS	17
CAPITULO SEGUNDO.- NOCIONES CONEXAS	
2.1.- LA PATRIA POTESTAD	19
2.1.1.- CONCEPTO	19
2.1.2.- EVOLUCION HISTORICA	22
2.1.3.- CONTENIDO	23
2.1.4.- CARACTERISTICAS	24

2.1.5.- SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS.	26
2.1.6.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DE LA PATRIA POTESTAD	29
2.1.7.- EXCUSAS	33
2.1.8.- SUSPENSION, PERDIDA Y EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD	34
2.2.- LA TUTELA	40
2.2.1.- CONCEPTO	41
2.2.2.- ANTECEDENTES	43
2.2.3.- SISTEMAS TUTELARES	47
2.2.4.- CARACTERISTICAS	48
2.2.5.- SUJETOS PASIVOS	55
2.2.6.- CLASES DE TUTELA	59
2.2.7.- ORGANOS TUTELARES	65
2.2.8.- EXCUSAS	71
2.2.9.- EXTINCION	72
2.3.- REFORMAS A LOS CODIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, PUBLICA- DAS EN EL DIARIO OFICIAL DEL 23 DE JULIO DE 1992	72

**CAPITULO TERCERO.- EL EMANCIPADO EN EL DIVORCIO POR
MUTUO CONSENTIMIENTO**

3.1.- DIVORCIO	77
3.2.- CLASES DE DIVORCIO	78
3.2.1.- DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	79

	Pág.
3.2.1.1.- REQUISITOS	80
3.2.1.2.- PROCEDIMIENTO	82
3.2.1.3.- FACULTADES DEL MINISTERIO PUBLICO ...	84
3.2.1.4.- CONSIDERACION SOBRE EL TUTOR ESPECIAL DEL EMANCIPADO	87

CAPITULO CUARTO.- DERECHO COMPARADO

4.1.- LEGISLACIONES QUE EQUIPARAN EN CAPACIDAD AL MAYOR DE EDAD Y AL EMANCIPADO	92
4.2.- LEGISLACIONES QUE CONSIDERAN A LA EMANCIPACION COMO ESTADO INTERMEDIO ENTRE LA CAPACIDAD RELATIVA Y LA PLENA CAPACIDAD.	94
4.3.- POSICION QUE ADOPTA EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL	98
 CONCLUSIONES	 100
 BIBLIOGRAFIA	 107

INTRODUCCION

La inquietud primordial de este trabajo, era en principio analizar la contradicción que se encontraba en los Códigos Civily de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, por lo que se refiere a la regulación de la emancipación que se hace en el primero de los citados ordenamientos, y al trato o calidad concedida al menor emancipado en el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento.

De acuerdo a la investigación que se realizó, llegamos a la conclusión de que el menor emancipado sólo adquiere plena capacidad respecto a los actos inherentes a su persona, y a la administración de sus bienes, pero no así para la realización de actos de enajenación. Por lo tanto, los efectos que produce la emancipación regulada por nuestra legislación, no son iguales a los los que se aceptaban en el derecho romano, ya que en éste, se concedía absoluta capacidad al emancipado, sin ninguna clase de restricciones; más bien el antecedente directo de la emancipación que ahora conocemos es la figura de la *venia aetatis*, que sólo era una especie de anticipo de edad para gobernar libremente la persona y administrar los bienes, pero no para ejecutar sobre ellos actos de dominio.

También contamos con la fortuna de que durante la elaboración de este trabajo, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación, el 23 de julio de 1992, diversas reformas a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles, relativas todas ellas a la capacidad y a la tutela, por lo cual se presenta un breve comentario de las mismas.

II

Por otra parte, se analiza la presencia de la figura tutelar dentro del procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento, llegándose a concluir que no se encuentra plenamente justificada.

Por último, se efectúa una breve comparación del trato que le otorgan a la emancipación, diversas legislaciones, nacionales y extranjeras, que han adoptado esta figura como solución a la falta de capacidad en personas aptas para tenerla.

Pretendemos que el presente trabajo aporte algún concepto novedoso, alguna utilidad, o cuando menos despierte el interés de los lectores en profundizar el estudio de las figuras que aquí se analizan.

CAPITULO PRIMERO

LA EMANCIPACION

1.1.- CONCEPTO

1.2.- ANTECEDENTES HISTORICOS

1.2.1.- SU REGULACION EN LAS DOCE TABLAS

1.2.2.- EMANCIPATIO ANASTASIANA

1.2.3.- EMANCIPATIO JUSTINIANA

1.2.4.- LA VENIA AETATIS DEL DERECHO ROMANO POSTCLASICO

1.3.- CARACTERISTICAS

1.4.- EFECTOS

CAPITULO PRIMERO

LA EMANCIPACION

1.1.- CONCEPTO

Partamos del principio de que el ser humano adquiere desde su nacimiento, plena capacidad o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la cual conserva durante toda su vida y no la pierde sino hasta el momento de su muerte. Esta capacidad de adquirir derechos y obligaciones, es denominada por la doctrina como capacidad de goce y el Código Civil para el Distrito Federal vigente la reconoce en su artículo 22 como capacidad jurídica.

Por otro lado, quienes pueden ejercitar sus derechos y contraer o cumplir sus obligaciones por sí mismos gozan de capacidad de ejercicio, misma que se adquiere a los dieciocho años cumplidos que es cuando se llega a la mayoría de edad; sin embargo, no todas las personas pueden obligarse ni ejercer sus derechos personalmente sino que necesitan forzosamente de alguien que los represente; tal es el caso de los mayores de edad que se encuentran disminuidos en sus facultades mentales o físicas (en este último caso se encuentran los sordomudos o los ciegos que no saben leer ni escribir) y el de los menores de edad.

Como ya se dijo, la mayoría de edad y con ella la plena capacidad civil, se adquieren a los dieciocho años, pero a pesar de que el menor de edad no tiene capacidad de ejercicio, hay actos que puede realizar por sí mismo, como por ejemplo si tiene dieciseis

años puede designar a su propio tutor dativo y al curador y puede prestar sus servicios como trabajador, así como también puede otorgar testamento y si ha cumplido catorce años no puede ser adoptado sin su consentimiento, entre otros.

Sin embargo, dentro de la gama de actos que puede llevar a cabo el menor, el más relevante es sin duda el de contraer matrimonio; pueden hacerlo las mujeres que han cumplido catorce años y los varones si han llegado a la edad de dieciseis años, considerando que para ésto, deben otorgar su consentimiento las personas que ejerzan sobre ellos la patria potestad, según lo disponen los artículos 148 y 149 del Código Civil en vigor.

Al contraer nupcias, se opera en el ámbito jurídico del menor un cambio que va de la incapacidad que tenía por razón de su edad, hasta la capacidad semiplena que adquiere por efecto de su matrimonio. Este cambio de situación se conoce tanto en la doctrina como en la legislación con el nombre de emancipación.

Como un concepto de esta figura tenemos el siguiente: "...la emancipación es la 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" (1).

(1) PINA, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. vol. I Decimosexta edición, Porrúa, México 1989, pág. 399.

Por su parte, Demófilo de Buen define a la emancipación en sentido amplio "...como el hecho o acto en virtud del cual una persona se ve libre de la patria potestad o de su subrogada la tutela y adquiere la facultad de realizar por sí mismo los actos jurídicos que especialmente no le están prohibidos por el legislador" (2).

Otro concepto que encontramos es el de la emancipación como "...la terminación de la patria potestad que conforme a la ley opera cuando un menor de dieciocho años contrae nupcias" (3).

En nuestra opinión, la emancipación es un efecto necesario del matrimonio del menor de edad, que hace cesar sobre él la patria potestad o la tutela y le confiere el libre gobierno de su persona y cierta capacidad jurídica.

De las definiciones vertidas, podemos afirmar que gracias a la emancipación el menor de edad queda facultado para la libre realización de los actos inherentes a su persona y goza anticipadamente de cierta capacidad de ejercicio, que le permite irse desenvolviendo paulatinamente en el campo jurídico, hasta el momento en que obtenga la capacidad plena de la mayoría de edad, eliminando de esta forma un cambio radical entre su estado inicial de falta de capacidad y el de capacidad completa. Al respecto se hacen necesarias las palabras del maestro Josserand cuando dice "La emancipación abre un periodo intermedio entre el estado de la incapacidad del principio y el de la plena capacidad: permite al menor hacer una especie de noviciado, iniciarse gradualmente en la vida jurídica de los negocios" (4).

(3) DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Segunda edición. en coedición con Porrúa, México 1987.

(4) Cit. pos. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Tercera edición. Porrúa, México 1979. pág. 725.

Atendiendo al contenido del artículo 641 del Código Civil, encontramos que nuestra legislación sólo contempla actualmente la emancipación en virtud del matrimonio del menor de edad. Sin embargo, debemos recordar que anteriormente la mayoría de edad se alcanzaba hasta los veintiún años, por lo que se les otorgaba a las personas mayores de dieciocho años que estuvieran sujetas a la patria potestad o la tutela, y que demostrasen buena conducta y aptitud para el manejo de sus bienes, la facultad de exigir su emancipación; pero en este último caso, a diferencia del anterior, no operaba de pleno derecho, sino que los padres o los tutores debían otorgar su consentimiento para tal efecto. Con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1970, se estableció como edad límite para alcanzar la mayoría de edad, los dieciocho años cumplidos, en consecuencia, se hizo obsoleta y se derogó esta última forma de emancipación.

1.2.- ANTECEDENTES HISTORICOS

En la organización político-social de Roma, así como en su sistema jurídico, encontramos que desde la época primitiva predominaba un sistema eminentemente patriarcal, lo que se ve reflejado en el ordenamiento y estructura de diversas instituciones. Sin embargo donde más puede apreciarse el vasto poder del padre de familia es, sin lugar a dudas, en la *domus*.

Si entendemos la familia o *domus* como la congregación de personas que se encuentran sometidas a una misma autoridad paterna, tenemos que en consecuencia, la conformaban el paterfamilias como jefe, los descendientes de éste sometidos a su autoridad, los esclavos y las esposas casadas *cum manu*, que eran consideradas como hijas.

Recordemos que las personas que integraban la familia romana podían ser divididas en dos clases: una, la de los *alieni iuris* que son las personas que se encuentran sometidas a la autoridad de otro y por otra parte, la de los *sui iuris*, que son personas independientes, libres de cualquier autoridad. Los hombres que se encontraban en esta situación eran llamados *paterfamilias*.

Dentro del núcleo familiar, el *paterfamilias* era la más alta autoridad, ya que se erigía como juez en las distintas controversias familiares, era el sacerdote de los dioses domésticos, patrón de los clientes a quienes les daba socorro y asistencia, recibiendo a cambio abnegación, respeto y ayuda en la guerra entre otros servicios; era titular de los derechos de patronato (*iura patronatus*) sobre los libertos y es la única persona que podía ejercer la patria potestad sobre sus hijos y nietos pues la madre no jugaba ningún papel y sus nueras casadas *cum manu* también se encontraban sometidas a su incomparable poder.

El *pater* era un ciudadano romano libre y *sui iuris*, no im portando si era menor de edad o si estaba casado, o si tenía descendientes ya que por ejemplo, un recién nacido cuyo padre hubiese muerto y que no debiera recaer en la patria potestad del abuelo, se consideraba como *paterfamilias*, aunque todavía sin capacidad de ejercicio. Además de los derechos de mando y señorío arriba anotados, el *pater* gozaba en exclusiva de plena capacidad de goce y de ejercicio, dentro de ésta, la procesal en sus aspectos activo y pasivo, siendo también propietario absoluto de todos los bienes de la *domus*. Por si lo anterior no bastara para evidenciar la amplitud de poder con que se investía al *pater*, debemos señalar que cualquier decisión que pudiera afectar a algún miembro de la familia o al patrimonio de ésta, tenía que someterse insoslayablemente a la opinión y decisión del *pater*.

Por lo expuesto, la familia romana ha sido considerada por diversos tratadistas, con justa razón, como una pequeña monarquía en donde todos los actos, bienes y personas inherentes o pertenecientes a la *domus*, deben circunscribirse a la potestad paterna.

Estamos de acuerdo con Max Kaser cuando dice que "Entre los derechos de señorío en que se fracciona el poder pleno del pater familias... el más importante y destacado es el de la patria potestas" (5), ya que el padre podía ejecutar sobre su hijo las penas o castigos más rigurosos, incluso le pertenecía el derecho de vida y muerte sobre ellos (*ius vitae necisque*).

Asimismo, en caso de indigencia podía vender a sus hijos mediante la *mancipatio*, pudiendo recuperarlos después contra la entrega al adquirente de un esclavo o una suma de dinero a título de rescate y en caso de que hubiesen cometido algún delito y no quisiera responder por el infractor, podía abandonarlo a su suerte (abandono noxal), o entregarlo a la persona que resultara ofendida para que lo empleara como esclavo. Ahora bien, si algún recién nacido presentaba alguna deformidad también podía venderlo como esclavo o exponerlo si era su deseo (imperativo expreso en la Ley de las Doce Tablas)

En este orden de ideas, se colige que la situación jurídica y social de los hijos de familia estaba muy alejada de los modernos conceptos pedagógicos de dirección, asistencia y tutela que tanto se proclaman actualmente, en virtud de que la antigua potestad paterna se inclinaba más a proteger los intereses del jefe de familia que a buscar el bienestar del hijo.

Sin embargo, es menester señalar que existían preceptos de derecho sacro (eclesiástico) que establecían penas a quienes hacían mal uso de las facultades derivadas de la patria potestad y por otra parte, el magistrado censor tenía facultad de reprender a los padres que abusaban del derecho de vida y muerte sobre sus hijos o a quienes incurrían en exceso de severidad o lenidad respecto a ellos. Posteriormente en época del emperador Augusto, estas restricciones

(5) KASER, Max. Derecho Romano Privado. Segunda edición. editorial REUS, 1982. pág. 275.

de carácter religioso y consuetudinario se integraron al Derecho Privado, creándose por cierto nuevas limitaciones (6).

Comúnmente los hijos se encontraban sometidos a la rígida patria potestad hasta la muerte del *paterfamilias*, ya que aquélla no se extinguía como ocurre actualmente, por contraer matrimonio o al canzar cierta edad.

Al respecto, Petit clasifica las causas de extinción de la autoidad paterna en: a) acontecimientos fortuitos y b) actos solemnes. Dentro de los primeros encontramos la muerte del jefe de familia, su reducción a la esclavitud y la pérdida del derecho de ciudadanía; por lo que hace a los segundos son: la entrega en adopción y la emancipación; por tratarse del tema en estudio nos referiremos esencialmente a ésta última. (7).

Los romanos concebían la emancipación en términos generales, como el acto en virtud del cual el *paterfamilias* hace salir al hijo de su potestad para convertirlo en *sui iuris*.

Es admirable el desarrollo que presentó esta figura pues, antes de aparecer estructurada como actualmente se conoce, tuvo que pasar por diversas etapas en las cuales se le dió un procedimiento y valorización distintos, así pues como veremos, en un principio implicó una extrañación del hijo de familia, un verdadero repudio; posteriormente gracias a las reformas que se hicieron en los gobiernos de Anastasio y Justiniano, cambió el signo axiológico original y gradualmente se convirtió en el reconocimiento de la personalidad del hijo, con la adquisición de todos los derechos pertenecientes a una persona con plena capacidad de goce y de ejercicio.

(6) Actualmente del amplio poder del padre sobre sus hijos no queda sino la facultad de corrección que otorga el art.423 del Código Civil.

(7) PETIT, Eugene. Derecho Romano. Segunda edición. Porrúa, México 1985. pág. 119.

A fin de asimilar las grandes diferencias existentes entre los efectos de la emancipación primitiva y la vigente en el de recho clásico, baste recordar que el derecho romano antiguo permite una dramática escisión de los hombre en cuanto a su capacidad: li-- bres y esclavos; aquéllos con plena capacidad y los últimos con nin guna. En situación de incapacidad absoluta también se encontraban las personas sometidas al yugo paternal, pues todo cuanto hacían u obtenían era en beneficio del *pater* a quien además le debían absoluta sumisión y respeto, así que prácticamente eran reducidos a la condi ción de esclavos con la diferencia de que posteriormente podían ad quirir plena capacidad civil cuando desapareciera por algún motivo la autoridad paterna.

Es momento de analizar cada una de las etapas en que se desarrolló la institución que nos ocupa.

1.2.1.- SU REGULACION EN LAS DOCE TABLAS

Primitivamente la emancipación significaba la expulsión del seno familiar que sufría el *filius* (hijo de familia) por desacato a la autoridad paterna o la comisión de un delito. Sin embargo, co mo no había un modo específico para librar directamente a los hijos de la patria potestad, ya que el padre no podía romper por sí mismo el vínculo jurídico que lo unía con su hijo, se recurrió a un método indirecto establecido en la Ley de las Doce Tablas. Este ordena= miento admitía el finiquito de la patria potestad cuando el padre - vendía por tres veces sucesivas a su hijo: "*SI PATER TER VENUM DUIT, A PATRE FILIUS LIBER ESTO*" (si el padre ha vendido tres veces al hijo, que el hijo sea libre en relación al padre) (8). El procedimiento

(8) Al respecto nos comenta Margadant en su obra "El Derecho Privado Romano", que tras la expedición de las XII Tablas los sacerdotes

era el siguiente: Mediante la *mancipatio* (que era una venta ficticia) (9), el padre vendía a su hijo a una tercera persona que actuaba de buena voluntad, llamada durante este procedimiento *coemptionador*, -- quien a su vez asumía el compromiso de *manumitirlo*, es decir, de liberarlo a la mayor brevedad posible, pudiendo mantenerlo a su servicio mientras eso sucedía; una vez libre, el hijo se reintegraba al seno familiar, conservando el padre los derechos de la patria potestad. Posteriormente se realizaba una segunda venta, generalmente a la misma persona, y el hijo era puesto en libertad por segunda ocasión, - quedando aún intacta la potestad paterna; pero cuando el padre vendía a su hijo por tercera vez, se extinguía de pleno derecho la autoridad que sobre él ejercía, sin poder recobrarla por ningún medio, y al ser liberado el hijo después de esta tercera venta, obtenía su independencia, convirtiéndose de este modo en *sui iuris*.

Sin embargo, el *coemptionador* que había favorecido al hijo con su libertad, adquiría a su vez el derecho de patronato sobre éste, lo que equivalía a convertirse en tutor de los hijos del emancipado y, en caso de no tenerlos, su futuro heredero intestamentario

hicieron aplicaciones prácticas de las normas respectivas que los creadores de las Tablas nunca hubieran sospechado, así, desvirtuando el sentido del texto jurídico que se comenta, permitieron que se utilizara esta sanción para realizar, con tres ventas ficticias, una emancipación.

(9) Efectivamente la *mancipatio* era una venta imaginaria en la que vendedor y comprador se colocaban frente a cinco testigos y una portabalanza, siendo necesario que la cosa que se trataba de vender se encontrara presente, a menos de que se tratara de un bien inmueble. Una vez reunidos estos requisitos, el vendedor tomaba con la mano el objeto de la compraventa y declaraba ser su propietario según el Derecho Civil, por haberla comprado con ayuda del cobre y de la balanza, golpeando al mismo tiempo la balanza con un pedazo de cobre, mientras que por su parte, el vendedor recibía el metal en señal de pago. De esta manera se consumaba la transmisión de la propiedad.

No obstante, el padre podía evitar tales consecuencias haciéndose remancipar al hijo tras la tercera venta, para ser quien luego lo libere. De esta forma el *pater* se reservaba los derechos de patronato sobre el *filius* y en lugar de ser tutor fiduciario se constituía en tutor legítimo.

Este procedimiento era exclusivo para el hijo varón, ya que se interpretó literalmente la palabra *filius* del precepto decenviral (10), (*si pater ter venum duit, a patre FILIUS liber esto*); por lo que se consideró que para la mujer o un descendiente más lejano bastaba una sola *mancipatio* seguida de una *manumisión* para que se extinguiera la patria potestad. En virtud de las diversas mancipaciones o ventas que tenían que llevarse a cabo y de la situación que quedaba el hijo, se llamó a este acto *EMANCIPATIO*.

Considerando las costumbres y el entorno político-social de la Roma republicana, podemos concluir que las consecuencias que traía para el *filius* el hecho de ser expulsado de la *domus* a la que pertenecía, significaban una verdadera humillación y reducción de su personalidad y condición social. Como ejemplo de tales consecuencias tenemos las siguientes:

a) El emancipado sufría una *capitis deminutio*. Es decir, sufría una pérdida de personalidad. El respecto, Petit afirma que la disminución era mínima, ya que el *filius* liberado de la potestad paterna conservaba no obstante, su ciudadanía y libertad. (11)

(10) A la Ley de las XII Tablas se le conoce también como Ley Decenviral, ya que se supone que fué elaborada por diez magistrados patricios, elegidos en los comicios por centurias para tal efecto y que eran llamados *decenviros*.

(11) Op. cit. pág. 121

b) Resultaba la pérdida de sus calidades de agnado y gentilis. No olvidemos que para el derecho y la sociedad romanos, el único parentesco que realmente importaba era el civil, también conocido como agnatio y que es el que se establecía entre los descendientes, por vía de varones, de un jefe de familia común; debemos advertir en consecuencia, que por vía de mujeres no se podía transmitir este parentesco (12).

En pocas palabras, podemos decir que el acceso a una familia de agnados estaba sumamente restringido, ya que a veces ni siquiera la esposa era considerada pariente.

Como consecuencia de dejar de considerarse agnado, el fillus salía de su familia y cesaban los derechos de agnación que el derecho civil le conferían, tales como el de sucesión legítima y el de tutela y curatela también legítimos. En virtud de que la gentilidad era una especie de título de nobleza otorgado casi en exclusiva a familias patricias de alto abolengo, el hecho de ser expulsado de dichas familias por causas supuestamente imputables al hijo, originaba el menosprecio público.

c) Siendo sui iuris no dependía de nadie, sin embargo, lo que podía considerarse como ventaja no lo era, pues el emancipado se encontraba de pronto solo en el mundo sin ningún patrimonio propio que lo respaldara y además sin derechos hereditarios.

Nos dice Alfredo Di Pietro (13), que para el perfeccionamiento de la emancipación eran necesarios tres supuestos:

(12) Distinta situación acontecía con el parentesco natural o cognatio, por el que se unían las personas descendientes unas de otras o de un autor común, como ocurre actualmente, es un parentesco que resulta de la misma naturaleza.

(13) GAYO. Institutas. Traducc. de Alfredo Di Pietro. Tercera edición. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, pág. 140.

1) El consentimiento del *paterfamilias*. La regla general es que no se le podía obligar a emancipar contra su voluntad. Como casos de excepción a esta regla, se forzaba al padre a emancipar cuando se excedía en los maltratos hacia su hijo, ya que esa conducta iba en contra de los más elementales deberes de piedad; así como cuando el *impuber* que fué adoptado se ha hecho *puber* y desea ser emancipado, o bien cuando la emancipación del hijo figura como condición en una disposición testamentaria otorgada a su favor.

2) El consentimiento del *filius*. Al efecto bastaba simplemente con que el hijo no se opusiera a ser emancipado para que se interpretara que estaba de acuerdo.

3) El cumplimiento exacto de las formalidades de la emancipación. Para lo cual debían llevarse a cabo las tres ventas sucesivas que señalaba la ley, seguidas de las correspondientes *manumisiones*.

Esta forma de emancipación se practicó durante la república y todavía a principios del Imperio, sin embargo decayó notablemente como forma de castigo, debido al gran desarrollo que tuvo el pueblo romano.

1.2.2.- EMANCIPATIO ANASTASIANA

Como ya se señaló, aún en el derecho clásico se observó el mismo procedimiento para llevar a cabo la emancipación, sólo que la condición del emancipado mejoró bastante, gracias a que la gentilidad cayó en desuso, por lo que las familias patricias perdieron su fuerza política y encumbramiento social, alejándose de esta forma el sino de fatalidad que perseguía a los hijos liberados. Aunado a esta

circunstancia, el pretor llama a los hijos emancipados a la herencia del padre de familia, con los mismos derechos que los hijos que daban bajo la patria potestad. Por otra parte, también se les concede la propiedad de los peculios que estuvieran administrando hasta antes de la salida del seno familiar.

En estas condiciones, el emperador Anastasio estableció en una constitución del año 502 una nueva forma de emancipación para los *alieni iuris* ausentes de la ciudad en que vivía el *paterfamilias* y cuyo procedimiento iniciaba cuando el padre exponía a la opinión del emperador su voluntad de liberar al hijo que se encontraba sometido a su autoridad (14). Si de las razones expuestas por el pater no se encontraba inconveniente que obstaculizara tal pedimento, se autorizaba la emancipación.

La resolución emitida por el emperador (*rescriptum principis*) junto con el total de diligencias que se llevaban a cabo eran depositadas en poder de un magistrado para que fueran transcritas en registros públicos para hacerlas del conocimiento de la gente.

La peculiaridad de este tipo de emancipación consistía principalmente en que no se exigía la presencia del hijo, permitiendo emanciparle aún estando ausente; lo cual no podía hacerse con la emancipación antigua, porque era preciso, según las formas de la *mancipatio*, asir con la mano el objeto vendido.

De esta forma, con Anastasio se reconoce legítimamente a la emancipación como institución autónoma y no tiene que disfrazarse con otros actos jurídicos; suprimiendo además las operaciones que -según el precepto decenviral- era preciso realizar: *mancipatio*, *fiducia*, *manumisión*.

(14) Generalmente el público acostumbraba pedir opinión al emperador en controversias jurídicas. Las respuestas que en concepto de dicha autoridad se consideraban idóneas para dirimir los conflictos en estudio, eran conocidas como rescriptas imperiales o *rescriptum principis*.

1.2.3.- EMANCIPATIO JUSTINIANA

En su constitución del 531, Justiniano eliminó todos los requisitos de las anteriores formas de emancipación y simplificó el procedimiento suprimiendo las ventas y permitiendo además al padre emancipar al hijo con una sencilla declaración delante del magistrado judicial competente, sin necesidad de autorización.

No obstante, solo quedó en vigor la forma establecida por Anastasio, para el caso de que el hijo fuera *infans* (personas menores de siete años de edad) y resultara imposible en consecuencia, su comparecencia en juicio.

Suprimidas las antiguas formalidades, en estas nuevas formas de emancipación ya no se requería la presencia o intervención de un tercero (*coemptor*), pues el padre es quien lleva siempre el título de patrono, conservando los derechos que de él emanan.

Como en la última época la *emancipatio* era considerada como un favor para los hijos, se le consideró revocable cuando el que adquiría la libertad tenía comportamiento ingrato.

Del anterior orden de ideas observamos que la emancipación sufrió un desarrollo verdaderamente notable; comenzando con un procedimiento bastante complicado para obtenerla, además de ser considerada como castigo o extrañación hacia el hijo, pasando luego por el rescripto del príncipe que supone un trámite largo y burocratizado hasta la Justiniana, que es la forma más simple de todas las que fueron hasta nuestros días.

1.2.4.- LA VENIA AETATIS DEL DERECHO ROMANO POSTCLASICO

Como premisa, es necesario recordar que en Roma la mayoría de edad se alcanzaba hasta los veinticinco años cumplidos, en virtud de que a criterio del legislador, la madurez el intelecto se medían de acuerdo al desarrollo físico del sujeto y no del intelectual como ocurre actualmente. En consecuencia, los menores de veinticinco años eran considerados incapaces y se encontraban bajo el cuidado e inspección de un tutor.

En una constitución emitida a finales del siglo III después de Cristo por el emperador Constantino, se otorgó un beneficio particular a los menores de edad, que consistía en lo siguiente: los varones mayores de veinte años o las mujeres que hubiesen cumplido dieciocho años, podían alcanzar por rescripto imperial una especie de anticipo de edad y quedar eximidos de la tutela o la curatela siempre y cuando demostrasen honorabilidad y capacidad suficiente para administrar sus bienes.

Con este anticipo de edad realmente las personas disfrutaban de una capacidad semiplena, pues si bien es cierto que podían disponer con absoluta libertad de sus bienes muebles, no se les autorizaba para enajenar inmuebles ni constituir hipotecas o hacer donaciones, sino hasta su mayoría de edad.

Nos dice Rafael de Pina que "...en el derecho consuetudinario europeo, se conoció esta especie de autorización expresa, que capacitaba al menor de edad para la celebración de ciertos actos jurídicos, particularmente para administrar sus bienes ... sin embargo, el emancipado necesitaba de la asistencia de un curador para comparecer en juicio y para realizar actos de enajenación de inmuebles..."(15).

(15) Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol I, Op. cit., pág. 727.

Adviértase pues que la antigua emancipación convierte un *alieni iuris* en *sui iuris*, mientras que la moderna emancipación da a un menor de edad la condición de mayor con algunas ligeras restricciones, por lo que podemos concluir que el antecedente de la emancipación es la institución romana de la *venia aetatis*.

1.3.- CARACTERÍSTICAS

Haciendo un análisis de los conceptos vertidos hasta el momento, podemos enunciar de la siguiente forma algunos rasgos característicos de la emancipación:

1.- Es una consecuencia del matrimonio. Razón fundada en que nuestra legislación contempla que se requiere que el menor de edad contraiga matrimonio para que se produzca de pleno derecho la emancipación. Por lo tanto, el matrimonio es un requisito *sine qua non* para obtener la liberación del menor.

2.- Confiere al menor una capacidad de ejercicio semi plena. El sistema adoptado por nuestro Código se equipara al francés en cuanto confieren al emancipado una capacidad restringida, pues le niegan la intervención en varios actos jurídicos, existiendo en consecuencia una diferencia entre la plena capacidad del mayor de edad y la capacidad que el derecho le atribuye al menor de edad emancipado.

3.- Es un acto irrevocable. "Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad", reza el artículo 641 del Código Civil; también se mantiene la emancipación aunque fallezca alguno de los cónyuges.

Cabe señalar que distinta situación se presenta cuando el matrimonio es declarado nulo, en esta hipótesis el matrimonio se tiene como no celebrado por lo que la emancipación queda sin efecto.

1.4.- E F E C T O S

Importantes efectos lleva consigo la emancipación del menor, algunos de ellos de carácter personal, otros de carácter patrimonial, pero los más sobresalientes a nuestro juicio son a saber:

1.- Hace cesar la patria potestad o la tutela. Situación contemplada en los numerales 443 fracción II y 606 fracción I del Código Civil, ya que sería ilógico que el menor asumiera el papel de jefe de familia y simultáneamente se mantuviera en un estado de subordinación frente a otros. Además, el emancipado vería obstaculizado en muchos casos el cumplimiento de sus obligaciones personales por la injerencia de terceros de distinta opinión.

2.- Confiere al emancipado una capacidad restringida para la enajenación de bienes. Adviértase que por lo que hace a la enajenación de bienes inmuebles, el emancipado necesita de autorización judicial para vender, permutar, donar, hipotecar y en general para efectuar actos traslativos de dominio, según se estatuye en el artículo 643 del Código sustantivo en consulta. Atendiéndose literalmente a este precepto, entendemos que por lo que hace a los bienes muebles, el menor goza de absoluta libertad para su disposición.

3.- Otorga al emancipado capacidad para administrar sus bienes. El menor puede realizar todos los actos de administración relativos a sus bienes tanto inmuebles como muebles.

4.- No atribuye al menor la capacidad procesal. Según la fracción II del citado artículo 643, necesita el emancipado que se le nombre un tutor para que lo represente en cualquier clase de juicio, ya sea en calidad de actor o demandado, o en cualquier negocio judicial.

5.- El menor emancipado dispone libremente de su persona. El matrimonio produce la emancipación de derecho, en virtud de que es el fundamento de la familia y los cónyuges tienen que ir a la cabeza de ese nuevo grupo familiar, asumiendo los derechos y obligaciones que la ley les confiere. Es necesario atribuir al menor la capacidad de ejercicio en la medida que se requiera para los fines del matrimonio, ya que la vida familiar requiere de una independencia que exige la libertad de determinación y la asunción madura de responsabilidades.

CAPITULO SEGUNDO

NOCIONES CONEXAS

2.1.- LA PATRIA POTESTAD

- 2.1.1.- CONCEPTO
- 2.1.2.- EVOLUCION HISTORICA
- 2.1.3.- CONTENIDO
- 2.1.4.- CARACTERISTICAS
- 2.1.5.- SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS
- 2.1.6.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DE LA PATRIA POTESTAD
- 2.1.7.- EXCUSAS
- 2.1.8.- SUSPENSION, PERDIDA Y EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD

2.2.- LA TUTELA

- 2.2.1.- CONCEPTO
- 2.2.2.- ANTECEDENTES
- 2.2.3.- SISTEMAS TUTELARES
- 2.2.4.- CARACTERISTICAS
- 2.2.5.- SUJETOS PASIVOS
- 2.2.6.- CLASES DE TUTELA
- 2.2.7.- ORGANOS TUTELARES
- 2.2.8.- EXCUSAS
- 2.2.9.- EXTINCION

2.3.- REFORMAS A LOS CODIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DEL 23 DE JULIO DE 1992.

CAPITULO SEGUNDO

NOCIONES CONEXAS

2.1.- LA PATRIA POTESTAD

Esta institución de Derecho Familiar está regulada en nuestro Código Civil en sus artículos 411 a 418, de cuya lectura no se infiere una definición específica; sin embargo la doctrina es prolija en ese aspecto y a ella nos remitiremos a continuación.

2.1.1.- CONCEPTO

Rafael de Pina define a la patria potestad como "...el conjunto de facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria"(16).

Para Chávez Asencio, es "el conjunto de deberes, obligaciones y derechos que la ley concede a quienes la ejercen (padres o abuelos) en función a la promoción integral del menor no emancipado y para la administración de sus bienes" (17).

(16) Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. I. Op. cit., pág. 373.

(17) CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. (Relaciones jurídicas paterno-filiales). Primera edición. Porrúa, México, 1987. pág. 272.

Por su parte, la maestra Pérez Duarte afirma que "Es una institución que se presenta como de asistencia, protección y representación de los niños y niñas cuya filiación esté clara y legalmente establecida"(18). En otras palabras, la patria potestad es una institución tuitiva a favor de los hijos cuya paternidad o maternidad están plenamente reconocidas; esto, si atendemos a que la filiación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes en primer grado: padre o madre, hija o hijo Finaliza la autora en cita, diciendo que en la patria potestad se contienen un conjunto de facultades y deberes que tienen tanto el padre como la madre en función de la atención que le deben a sus hijos.

Para la Doctora Montero Duhalt, la patria potestad "Es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad" (19).

Planiol opina que la patria potestad "...es el conjunto de derechos y poderes que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones de padres" (20).

(18) PEREZ DUARTE y N., Alicia E., Derecho de Familia. Primera edición, Porrúa, México, 1990. pág. 61.

(19) MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Tercera edición. Porrúa, México, 1987. pág. 339.

(20) PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Cajica, Puebla, México, 1980. pág. 233.

Aceptamos parcialmente la definición que antecede, pues la patria potestad no sólo implica derechos y poderes para los padres, sino también una serie de obligaciones que tienen que acatar, verbigracia observar una conducta que sirva de buen ejemplo a sus hijos; porque en caso contrario, quedarían privados de su ejercicio.

En este orden de ideas, "La asistencia, protección y representación jurídica de los hijos menores por sus padres, determinan la adscripción de aquéllos al núcleo familiar e implica reconocer relaciones jurídicas fundadas en la autoridad paterna y materna, cuyo ejercicio tiende al cabal cumplimiento de los fines que obedece: primordialmente la formación integral de los hijos" (21).

Con independencia de que se considere a la patria potestad como un conjunto de poderes-deberes, como una función social o bien como una simple figura jurídica, podemos apreciar que todas las definiciones transcritas convergen en señalar que se trata de una institución de asistencia y protección, con una naturaleza específica y un fin determinado.

Coinciden los doctrinarios en señalar que el término "patria potestad" es inadecuado, pues si atendemos a su sentido etimológico, deriva del latín *patrius*, lo relativo al padre y *potestas*, que significa potestad o poder, veremos que tal nomenclatura corresponde únicamente a datos históricos; ya que en primer lugar, su ejercicio incumbe a ambos esposos, y aún a la madre sola en ausencia del padre, y en segundo lugar no sólo implica potestades, sino también una serie de facultades de quien la ejerce, en atención directa a los deberes que tiene que cumplir con sus descendientes.

(21) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Tercera edición. Porrúa, México, 1979. pág. 667.

2.1.2.- EVOLUCION HISTORICA

Es sumamente peculiar el proceso histórico de la insti tución que nos ocupa, ya que inicialmente comprendió sólo faculta des para el jefe de familia, y era éste el único que podía ejercer las, ocupando la madre un papel sin importancia dentro de las rela ciones paterno-filiales; sin embargo, el omnímodo poder del padre fué debilitándose gradualmente, y por su parte, la presencia de la mujer fué imponiéndose con firmeza, lo que ha provocado que actual mente, en honor a la justicia, se establezca que tanto el hombre como la mujer gozan de autoridad y consideraciones iguales dentro - del hogar, por lo que ambos están facultados y obligados a ejercer la patria potestad en beneficio de sus hijos menores.

Así pues, la figura de la patria potestad es regulada, en principio, sin participación de la madre; como ejemplo tenemos al pueblo hebreo, que en su legislación establece que todas las obligaciones que son necesarias cumplir hacia un hijo, incumben en exclusiva al padre.

Entre los pueblos de Grecia y Roma, la patria potestad tenía un sentido despótico, nacido de la especial configuración política y religiosa de aquella época, pues recordemos que el representante de toda la familia, juez, sacerdote único, continua-- dor de los ascendientes y máxima autoridad, era el padre; de allí su extenso poder. La patria potestad viene siendo sólo el reflejo del poder ejercido por el pater en todos los ámbitos familiares; pudiendo consistir su debilitamiento en la creciente intervención del Estado en los asuntos familiares.

"Hay que advertir, sin embargo, que por mucha que sea la rigurosidad que se pueda atribuir a esta institución en el pasado más remoto, desde el punto de vista exclusivamente legal, se puede suponer, con fundamento en el sentimiento de afección existente entre padres e hijos, que siempre estuvo temperada por el sentimiento de amor paternal, aparte de las reglas imperiosas de la moral" (22).

En el derecho germánico, el padre tenía la *mund* sobre el hijo, que significaba un derecho y deber de protección a cambio de la administración y disfrute del patrimonio del hijo; este derecho terminaba cuando el hijo adquiría independencia económica; se reconocía la autoridad materna, pero no podía ejercitarse sino hasta la muerte del padre.

2.1.3.- CONTENIDO

La atribución de la función protectora de los hijos menores, descansa en la confianza que inspiran los padres para desempeñar esa misión; el legislador confía en que por razones de cariño, el ascendiente procurará siempre el bienestar de sus hijos.

Al respecto, la Partida IV dice: "PIEDAD E DEBDA NATURAL DEUEN MOUVER A LOS PADRES, PARA CRIAR A LOS FIJOS, DANDOLES E FAZIENDOLES LO QUE ES MENESTER, SEGUN SU PODER. E ESTOS SE DEUEN MOUVER A FAZER POR DEBDO NATURAL. CASI LAS BESTIAS QUE NO HAN RAZON NI ENTENDIMIENTO AMAN NATURALMENTE E CRIAN A SUS FIJOS, MUCHOS MAS LOS DEUEN FAZER LOS OMES QUE HAN ENTENDIMIENTO E SENTIDO SOBRE TODAS LAS OTRAS COSAS"(23).

(22) PINA, Rafael de. Derecho Civil Mexicano. Op. cit., pág. 376.

(23) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Op. cit. pág. 656.

Atendiendo a la naturaleza de la patria potestad, se establece lo siguiente:

a) Tiene un contenido de orden natural, derivado de la procreación.

b) Como conclusión lógica del parentesco y de que el hijo es considerado continuación y consecuencia del amor de los padres, tiene un alto sentido afectivo.

c) La patria potestad guarda un contenido ético (y hasta cierto punto religioso), que deviene del deber moral que tienen por un lado, los padres para atender los intereses de sus hijos y por otro, del deber de los hijos de honrar y obedecer a su padre y madre.

d) Se denota un contenido social, consistente en la tarea que deben cumplir los padres para que, mediante una sana educación, formen hombres útiles a la sociedad.

e) Hasta cierto punto contiene un aspecto cultural, ya que es de todos conocido que no por el simple hecho biológico de cumplir dieciocho años la persona sale del seno familiar; y quizá la razón sea que, en nuestra idiosincrasia, perdura para los hijos la necesidad de sentirse protegidos, apoyados por sus progenitores pese a su mayoría; mientras que éstos a su vez mantienen viva la idea de cuidado y dirección hacia sus hijos, porque los siguen considerando "hijos de familia" hasta en tanto no formen su propio hogar, y cuando esta hipótesis se actualiza, perdura en los padres el ánimo de dirigirlos en la vida.

2.1.4.- CARACTERISTICAS

Interesantes aristas presenta la patria potestad, por lo que consideramos oportuno analizarlas, aunque sea de manera

general, a efecto de lograr una mejor comprensión de esta figura y de la relevancia que guarda dentro del derecho familiar.

A) Es un cargo de interés público. En virtud de que el derecho contemporáneo ampara el desarrollo de la familia con una especial protección a las mujeres y a los menores, la patria potestad se considera como una función social en la cual, está directamente interesado el Estado; interés que se traduce en la intervención concedida por el legislador al Ministerio Público, al Juez de lo Familiar y al Consejo Local de Tutelas en diversas disposiciones

B) En virtud de que confiere obligaciones y derechos que se derivan en exclusiva de la paternidad y de la maternidad, y por tanto no pueden ser cumplidos por un tercero, se considera que es una función personal.

C) Por tratarse de un cargo de interés público, se considera irrenunciable, pues el padre y la madre deben asumir las responsabilidades que contrajeron al concebir hijos y traerlos al mundo. Asimismo, en el artículo 448 del Código Civil, se determina que la patria potestad no es renunciable.

D) Es intransferible porque los derechos y obligaciones que integran esta relación jurídica están fuera de comercio, son personales; en consecuencia no pueden ser materia de enajenación, porque corresponden en exclusiva a los padres o abuelos.

E) La patria potestad no se adquiere ni se extingue por el transcurso del tiempo, por lo tanto es imprescriptible; quien está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por el transcurso del tiempo su deber o su derecho para entrar a su ejercicio, y por otra parte, la persona que sin ser padre o madre, protege de hecho a un menor y lo representa como si lo fuera, no adquiere por prescripción este encargo.

F) Se dice que el cumplimiento de la patria potestad es de tracto sucesivo, porque implica una serie de actos tendientes a la educación, custodia y procuración en general de los menores, actos que deben ser ejercitados sucesivamente por el tiempo requerido, que generalmente se prolonga hasta que los hijos alcanzan la mayoría de edad.

G) Es temporal en atención a que este cargo se ejerce sobre menores de edad no emancipados, por lo que concluye cuando el hijo cumple dieciocho años o bien cuando contrae matrimonio.

2.1.5.- SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS

Dentro de la relación jurídica de la patria potestad, entendemos por sujeto activo como aquél que debe desempeñarla, y por sujeto pasivo, aquél sobre quien recae su ejercicio.

Como sujetos activos tenemos:

A) Los padres; mancomunadamente o sólo uno de ellos.

B) Los abuelos paternos y los maternos, también conjuntamente o bien uno solo .

Los sujetos pasivos siempre serán los hijos o nietos menores de edad; pero en caso de que algún menor carezca de padres o abuelos, no recaerá en la patria potestad, sino que se le proveerá de tutor.

El orden y formas en que deben cumplir con la patria potestad quienes están obligados a ello, se establece en los artículos 414 a 420 del Código Civil y se sintetiza de la siguiente forma:

Respecto de los hijos de matrimonio, se ejerce de manera preferencial por el padre y por la madre, aunque puede hacerlo solo alguno de ellos si el otro se encuentra impedido; la falta o imposibilidad de ambos padres será suplida por los abuelos paternos, ya sea que la ejerzan en conjunto o bien uno solo de ellos, sólo en el caso de que ninguno de los ascendientes mencionados pueda cumplir con tan importante encomienda, se llamará a los abuelos maternos para que sean ellos quienes lo hagan.

Montero Duhalt critica la preferencia del legislador hacia los abuelos paternos y señala que debiera ser el juez quien analizara la idoneidad de la pareja, sin soslayar la preferencia del menor si éste ha cumplido siete años de edad (24).

Tratándose de hijos habidos fuera de matrimonio, debemos considerar tres situaciones específicas para establecer a quién corresponde entrar al ejercicio de la patria potestad.

1º En caso de que ambos padres hayan reconocido en el mismo acto al hijo. Si viven juntos, los dos ejercerán la patria potestad, pero señala el artículo 417 que si se separan, convendrán quien continuará en su desempeño, y en caso de discrepancia, será el juez quien realice la elección, teniendo en cuenta los intereses del hijo.

(24) Derecho de Familia. Op. cit. pág. 345.

Nos parece inapropiada la solución que establece el legislador para el caso de separación de los padres no casados, pues consideramos que el hecho de que estén o no unidos en matrimonio, o que vivan juntos o separados, no los excluye del deber y del derecho de ejercer la patria potestad; sobre todo si tomamos en cuenta que si ambos padres han reconocido al hijo es porque desean hacerse responsables de proveer a su sano desarrollo, educación y asistencia, y para ello, es necesario que ambos conserven la patria potestad para que en conjunto decidan las cuestiones fundamentales sobre la persona y patrimonio del menor, procurando siempre su beneficio; y por otra parte la simple separación de los padres no es causal de pérdida o suspensión de la patria potestad, por lo que nos parece injusto que se prive a uno de los progenitores de su ejercicio, lo que indirectamente es en perjuicio del menor.

Por último, consideramos que uno solo de los padres deberá conservar la custodia, ya que sería contraproducente que el menor viviera una situación continua de inestabilidad física y emocional al tener que trasladarse de un lugar a otro para vivir alternadamente con sus padres.

En caso de que desde un principio vivan separados los padres, deberán acordar quien conservará la custodia, ya que en caso de disenso, el juez resolverá lo que convenga a los intereses del hijo.

2º Si los padres efectuaron sucesivamente el reconocimiento. En este supuesto ejercerá la custodia el primero en reconocer; nótese que en este caso, al igual que en el párrafo anterior, la ley establece únicamente a qué padre corresponde la custodia en caso de no cohabitación o desacuerdo en la titula

ridad de aquélla, pero como ya lo manifestamos, definitivamente ambos deben ejercer la patria potestad.

3º Cuando falten los padres del menor. En este caso asumirán la patria potestad los abuelos, ya sean paternos o maternos, en el orden que establece la ley.

El hijo adoptivo se encuentra bajo la patria potestad de sus adoptantes, nadie más la podrá ejercer.

2.1.6.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DE LA PATRIA POTESTAD

I.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS MENORES

El deber supremo lo recoge el artículo 411 del Código Civil, que a la letra dice:

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

Para que la familia se considere una institución sólida, se requiere que las relaciones entre sus miembros sean de respeto e igualdad mutuas. Cualquiera que sea la edad del hijo, debe honrar a sus ascendientes, por lo que este deber no se extingue al alcanzar el hijo la mayoría de edad o al contraer matrimonio, pues este deber deriva esencialmente de la calidad de hijo.

Algunos autores señalan que esta obligación es una norma de las llamadas *leges minus quam perfectae*, porque no es posible exigir coercitivamente su cumplimiento.

Asimismo, los hijos no deben dejar la casa de los que ejercen la patria potestad sin permiso de ellos o decreto de autoridad competente. Este deber encuentra su fundamento en el hecho de que para que el padre pueda cumplir con sus obligaciones, entre ellas las de dar buen ejemplo, cuidarlo y educarlo; y pueda además ejercer facultades de corrección, es presupuesto indispensable la vida en común en el domicilio familiar.

Existen otros deberes y facultades para los menores, pero de alguna manera son correlativos a los derechos y obligaciones de los que deben ejercer la patria potestad, por lo que se detallarán a continuación.

II.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD

Por su naturaleza y objeto podemos dividirlos en dos: respecto a la persona de los descendientes y respecto a los bienes de éstos.

A) Respecto a la persona de los descendientes

a) Representación legal. El artículo 425 establece que los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella; razonamiento lógico si consideramos que los menores son incapaces de ejercicio, por lo que no pueden comparecer en juicio ni contraer obligación alguna perso

nalmente, y quien mejor para representarlos que sus propios padres que buscan su bienestar y conocen su personalidad.

b) Designación de domicilio y custodia. El domicilio legal de los menores de edad, es el de las personas que ejercen sobre él la patria potestad; éstos deben tener a sus hijos o nietos, según sea el caso, en su compañía para vigilarlos y cuidarlos.

c) Educación. La educación es parte del derecho a alimentos de los hijos; Zannoni dice que, en sentido amplio, "el deber de la educación de los hijos implica el deber y el derecho de ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor, así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad. Esta tarea paterna incluye la formación del carácter, del espíritu y de los sentimientos que van a incidir sobre sus inclinaciones en la vida" (25).

d) Corrección y ejemplaridad. Señala el artículo 423 del Código Civil, que quienes estén compelidos a ejercer la patria potestad, tienen la facultad de corregir a los menores y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. Al respecto, Chávez Asencio opina que el padre que educa y administra, necesariamente dará órdenes y reprimirá, y requiere del hijo, la obediencia y la aceptación, ya que en éstos consiste la responsabilidad filial (26).

(25) CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Fam. en el Dcho. Op.cit. pág 294

(26) IDEM. pág. 284

Antes de la reforma de 1974, el precepto que se ha citado, establecía la facultad de castigar a los menores, y con ese pretexto, se justificaban las lesiones que padre, madre o abuelos provocaban a sus hijos o nietos. Esta facultad de castigar fué sustituida por el deber de observar una conducta que sirva a los menores de buen ejemplo; mientras algunos opinan que es una excelente reforma, pues nada es más educativo que el buen ejemplo, para otros, este imperativo, por ser de carácter eminentemente moral, conlleva el riesgo de ser interpretado arbitrariamente por los diversos sectores sociales, ya que el orden moral normativo variará según la condición social o la educación de cada persona.

e) El padre puede instituir válidamente en su testamento, un tutor a su descendiente.

B) Respecto a los bienes de los descendientes

Los bienes que adquiere el hijo por su propio trabajo, le pertenecen en propiedad, administración y usufructo; mientras que los bienes que adquiere por cualquier otro título como herencias, legados, donaciones, etcétera, le corresponden en propiedad pero la administración y el cincuenta por ciento de su usufructo, le pertenecen a sus ascendientes.

De lo anterior se deduce que quienes ejercen la patria potestad :

a) Tienen a su cargo la administración de los bienes del menor, y como simples administradores no tienen facultades para actos de dominio, por lo que no pueden enajenar ni gravar los bienes del hijo, salvo por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio para el hijo y siempre previa la autorización judicial.

b) Tienen derecho a percibir el usufructo legal de los bienes que adquiriera el hijo por causas distintas a las de su trabajo. Este derecho se extingue por la emancipación o la mayoría de edad del hijo; por pérdida de la patria potestad y por renuncia, esta última deberá hacerse por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a dudas y será considerada como donación a favor del hijo.

2.1.7.- EXCUSAS

En su oportunidad se señaló que la patria potestad es irrenunciable, sin embargo, la ley contempla circunstancias por las que , quienes la ejerzan o tengan que entrar a su ejercicio, puedan excusarse de su cumplimiento; estos supuestos son:

A) Cuando se tienen sesenta años cumplidos, y

B) Cuando el mal estado habitual de salud obstruya su eficaz desempeño.

Tales excusas, que contempla el artículo 448 del Código Civil, son una facultad de que las tiene a su favor, pero no quiere decir que las personas que se encuentren en dichas hipótesis no puedan ejercer la patria potestad si su labor es benéfica para el descendiente.

En una interpretación del artículo que se comenta, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido:

"La edad avanzada del progenitor no está incluida como causal de pérdida de la patria potestad, entre las que señala el artículo 444 del C.C., y de acuerdo con el art. 448 del mismo ordenamiento, aquellos a quienes corresponda ejercerla, tienen solamente la facultad discrecional de excusarse cuando tengan sesenta años cumplidos, por lo que en esta virtud, la sola edad avanzada del progenitor no puede invocarse por un tercero como causa forzosa de pérdida de la patria potestad" (Informe 1967, núm. 62, pág. 63)

2.1.8.- SUSPENSIÓN, PÉRDIDA Y EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

A) La suspensión, procede en supuestos en que aún sin mediar conducta dolosa del padre o madre, no pueden proveer a una asistencia adecuada y representación efectiva, por lo que se trata de evitar que el hijo quede indefenso; las causas por las que procede la suspensión son a saber:

a) Por incapacidad declarada judicialmente. En virtud de que la persona que deba ser representante de otra, requiere estar en pleno ejercicio de sus derechos.

b) Por la ausencia declarada en forma. Si se ignora el paradero del que debe custodiar y existe incertidumbre de si aún vive; es lógico que no puede ejercitar ningún derecho o cumplir obligación alguna.

c) Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión. En caso de que el juez considere que la conducta del padre es nociva para los intereses del menor, impone como sanción la suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad.

La suspensión tiene carácter temporal, pues si el incapaz recobra su capacidad de ejercicio, el ausente regresa o las causas de suspensión judicial desaparecen, se les restituye el ejercicio de la patria potestad.

B) La pérdida . El artículo 444 del Código Civil, señala específicamente las hipótesis en que se pierde la patria potestad; debemos observar que todas implican necesariamente que los ascendientes que la ejercen incurran en actitudes social y jurídicamente reprochables; estos casos son los siguientes:

a) Cuando el que ejerza la patria potestad es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho.

b) Cuando el ascendiente que está obligado a su desempeño, es condenado dos o más veces por delitos graves.

c) 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.

d) Por la exposición que el padre o madre hicieren a sus hijos (27), y

e) Por abandonar a los hijos más de seis meses.

(27) Refiriéndose obviamente al sentido jurídico de la palabra, que en su acepción más amplia, significa abandonar a su suerte a un menor de edad; lo que generalmente se hace dejándolo intencionalmente en un paraje solitario o a las puertas de una institución de beneficencia.

El Código Penal para el Distrito Federal, también contempla la pérdida de la patria potestad como sanción en el artículo 295, que literalmente señala:

"Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera 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".

En lo que respecta a la exposición y abandono, Chávez Asencio opina que son conceptos distintos, pues el abandono sería el género y la exposición una de sus formas típicas. "La exposición significa dejar al niño de corta edad, por ejemplo, en la puerta de un establecimiento público, de una iglesia, de alguna casa. El abandono puede configurarse aún cuando no medie exposición, dejando al menor de edad sin posibilidad de subsistencia, privándolo de vivienda y alimentación; implica un despego o abdicación total de los deberes y obligaciones que impone la patria potestad"(28).

Para Montero Duhalt, es innecesaria la casuística propuesta en el artículo 444, ya que "Bastaría con declarar que la patria potestad se pierde, a juicio del juez, cuando la conducta de los que la ejercen constituye una amenaza para la salud, seguridad o moralidad de los menores; ya que de esta forma quedarían comprendidas todas las conductas nocivas, independientemente de que las mismas fueran consideradas o no como delitos" (29).

Anteriormente, la ley establecía como causal de pérdida de la patria potestad el divorcio, (refiriéndose seguramente al necesario) quedando facultado el juez para decidir todo lo

(28) La Familia en el Derecho. Op. cit. pág. 314.

(29) Derecho de Familia. Op. cit. pág. 353.

concerniente a su ejercicio y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. Gracias a la reforma de diciembre de 1983, se suprimió esta disposición, pues atentaba al principio de que los hijos no deben pagar por los errores de los padres, criterio sostenido en la exposición de motivos de nuestro Código Civil, por lo tanto, se consideró injusto que las desavenencias de la pareja repercutieran indirectamente en los hijos, al privar de la patria potestad a uno de sus progenitores (30).

Sin embargo, consideramos que cuando el divorcio se decreta por la comprobación de causales tales, como la realización de actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, o la tolerancia en su corrupción, o bien la negativa injustificada de proporcionarles lo necesario para su subsistencia, debe condenarse al cónyuge culpable a la pérdida de la patria potestad, pues se actualizan los extremos señalados en el artículo 444 del Código Civil, ya que de lo contrario, sería una abominación obligar a los hijos a honrar, respetar u obedecer a una persona que es perjudicial para su integridad física o moral.

Como ya se mencionó, para que proceda la pérdida de la patria potestad como sanción, es menester probar en juicio la desatención de los deberes del padre obligado a su ejercicio. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado la siguiente tesis jurisprudencial:

(30) MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit., pág. 353

"Patria potestad, pérdida de la. La pérdida de la patria potestad es una sanción de notoria excepción, toda vez que lo normal es que la ejerzan - siempre los padres; y consiguientemente las disposiciones del Código Civil que establecen las causas que la imponen deben considerarse como de estricta aplicación, de manera que solamente cuando haya quedado probada una de ellas de modo indiscutible, se surtirá su procedencia; sin que puedan aplicarse por analogía ni por mayoría de razón; por su gravedad de sanción trascendental que repercute en los hijos menores". (Informe 1978, núm. 108, p. 71).

Chávez Asencio sugiere a la adopción como causa de pérdida de la patria potestad, en perjuicio del progenitor que estaba en su ejercicio; ya que el artículo 403 del Código Civil dispone que este derecho será transferido al adoptante (31); en nuestro concepto se trata mas bien de una causa de extinción que perjudica al padre natural.

A diferencia de la suspensión, la pérdida de la patria potestad tiene carácter absoluto, pues una vez decretada judicialmente, no puede volver a ejercerla por ningún motivo quien fué privado de la misma; no obstante, debemos tener presente que el artículo 285 del Código Civil menciona que, aunque los padres pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Si bien es cierto que la regla general es que los padres amen a sus hijos y, en consecuencia, procuren su bienestar,

(31) La familia en el Derecho. Op. cit. pág. 315

el legislador prevé conductas anormales o antisociales y les aplica sanciones, traducidas en este caso, en la privación del ejercicio de la patria potestad.

Por último, debe señalarse que los padres o abuelos que contraigan segundas nupcias, no pierden por ese solo hecho la patria potestad, pero el nuevo cónyuge no la ejercerá sobre los hijos del matrimonio anterior, ya que "...entre el nuevo marido de la madre o esposa del padre y los menores hijos de uno o de la otra, nace el parentesco por afinidad pero no existe vínculo de filiación que justifique el ejercicio de la patria potestad" (32).

C) La extinción de la patria potestad puede ser decretada por tres causas, contempladas en el artículo 443 del Código Civil y son a saber:

a) La muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.

La ley establece a qué personas corresponde el ejercicio de la patria potestad y el orden en que deberán asumir dicha función; asimismo dispone que a falta o por imposibilidad de las mismas, nadie más la podrá ejercer, sino que se nombrará tutor al menor.

(32) CODIGO CIVIL COMENTADO. Libro Primero. De las personas. Segunda edición. UNAM-Porrúa, México, 1990. pág. 300.

b) La emancipación derivada del matrimonio. Esta causa tiene su fundamento, como ya se dijo, en el principio de que el matrimonio es incompatible con el estado de subordinación de un menor sometido a patria potestad.

c) La mayor edad del hijo. Cuando el hijo cumple dieciocho años, se presume que ha alcanzado pleno discernimiento sobre sus actos y, en consecuencia, puede desenvolverse satisfactoriamente en todos los ámbitos de su vida, por lo que se hace innecesaria la dirección de sus padres.

En virtud de que la patria potestad es un conjunto de facultades y deberes, ejercidos recíprocamente por lo que podríamos llamar el binomio perfecto: padre e hijo, nos sumamos a la opinión de Chávez Asencio en el sentido de que a las causas de extinción señaladas, debe añadirse la muerte del hijo, pues al configurar se tal situación, no habría sujeto pasivo en quien recayeran los cuidados de los padres (33).

2.2.- LA TUTELA

En su oportunidad, mencionamos que no todas las personas tienen capacidad para obrar por sí mismas en la vida jurídica;

(33) Op. cit., pág. 312

atendiendo a esta circunstancia, el legislador ha procurado que ninguna persona quede sin representación a efecto de hacer valer sus derechos y, por qué no decirlo, de cumplir con sus obligaciones. Es así como se ha dispuesto que, para los menores de edad no emancipados, sean sus padres quienes los representen legítimamente y, tratándose de menores que no deban recaer en la patria potestad, o de mayores disminuidos en sus capacidades físicas o mentales, se les provea de un tutor que vigile sus intereses. Después de este preámbulo, veamos cómo define la doctrina a la tutela.

2.2.1.- CONCEPTO

La palabra tutela proviene del latín *tueor*, que significa proteger, defender; por tanto, esa es la función primordial del tutor: salvaguardar los intereses personales y patrimoniales del pupilo.

"La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derecho por sí mismos, para regir, en fin su actividad jurídica" (34).

Por su parte, Planiol señala que es "una función jurídica, confiada a una persona capaz y que consiste en el cuidado de una persona incapaz y en la administración de los bienes de éste" (35).

Galindo Garfias prefiere hablar de la tutela como institución jurídica, entendiéndola por ella "...el conjunto de normas y

(34) PINA, Rafael de. Elem. de Dcho. Civil Mexicano. Op.cit. pág 383

(35) Tratado Elemental de Derecho Civil. Op. cit., pág. 281

preceptos armónicamente enlazados y definitivamente establecidos, que estructuran la función del estado de asistencia normal a los jurídicamente incapaces" (36).

En una amplia acepción, también podemos entenderla como "el mandato que emerge de la ley, determinando una potestad jurídica sobre la persona y bienes de quienes, por diversas razones, se presume hacen necesaria -en su beneficio- tal protección (37).

Por último, para Chávez Asencio "es una institución formada por un conjunto de reglas de derecho de orden público, cuyo objeto es la guarda de la persona y bienes de los que no están sujetos a patria potestad, tienen incapacidad legal y natural o solamente la segunda para gobernarse a sí mismos, y que responde a una necesidad social en beneficio de los menores e incapaces" (38).

Como podemos observar, la última definición es tomada casi en su integridad del artículo 449 del Código Civil, precepto que además señala que la tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en casos especiales, y que en su ejercicio, se cuidará preferentemente de la persona de los incapaces.

Aunque tanto la patria potestad como la tutela tienen como finalidad la protección de la persona y bienes de quienes están

(36) Derecho Civil. Primer Curso. Op. cit., pág. 679

(37) DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Segunda edición. Porrúa, México 1988. pág. 3187

(38) Op. cit., pág. 335

sujetos a su ejercicio, su principal diferencia radica en que aquélla, deriva del vínculo natural de afecto de los padres hacia sus hijos, mientras que ésta, ha sido creada y organizada para protección de menores de edad no sujetos a patria potestad e incapaces en general, sobre las bases del derecho positivo; por lo que al no emanar de una relación natural como la filiación, inspira menos confianza al legislador, de ahí su excesiva regulación.

De lo anteriormente expuesto, se desprende la esencia de la tutela: "un poder protectivo no constituido directamente por la naturaleza, sino organizado por la ley para suplir el defecto de capacidad, ora en los menores a quienes falta la protección natural de la patria potestad, ora en los incapacitados en general" (39).

2.2.2.- ANTECEDENTES

El precedente directo de la tutela lo encontramos en el derecho romano; esta institución junto con la curatela, cumplían la función tutelar y, al igual que la patria potestad, se inclinaba a proteger preferencialmente el patrimonio del incapacitado o el interés de la familia de éste.

Aunque los tratadistas no han logrado establecer criterios específicamente distintivos entre la tutela y la curatela romanas, se ha pretendido que la primera se confería a los *infantes* (menores de siete años), a los *impubes* (considerados así las mujeres de siete a doce años y los hombres de siete a catorce años), y a

(39) PINA, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Op. cit., pág. 385.

las mujeres, ya que por razón de su sexo eran consideradas incapaces de obrar; mientras que la curatela era establecida para proteger situaciones excepcionales, como en el caso de los dementes (*furiosi*), pródigos (*prodigi*), imbéciles (*mente capti*), así como a los sordos y mudos y a quienes padecieran enfermedad perpetua (*surdi et muti et qui morbo perpetuo laborant*) o bien, para dirigir al menor de veinticinco años, quien por su inexperiencia podía ser fácilmente timado.

Por otra parte, hay quienes consideran que la diferencia substancial entre ambas figuras tutelares, radicaba en que la tutela era otorgada para asistir a quienes por razón de su edad o sexo y siendo *sui iuris*, no eran libres para gobernar su persona; y la segunda atendía fundamentalmente a la protección de los bienes del pupilo.

En un principio, la función tutelar se encomendaba al más próximo heredero varón del pupilo (*agnado*), era por tanto una tutela legítima y familiar; posteriormente se reconoce a la tutela en sus formas testamentaria y dativa y se otorga a este cargo un carácter social en protección del pupilo, además del aumento de garantías procesales encaminadas a vigilar la gestión del tutor.

Grecia por su parte, reguló la función del tutor limitándola a la administración de bienes del pupilo, este manejo quedaba bajo la supervisión de un magistrado, y cualquier ciudadano podía presentar su queja en contra de un tutor negligente; al llegar el tutelado a la mayoría de edad, (dieciocho años), podía exigir el reembolso y la restitución de su patrimonio.

En España, las Leyes de Partidas reconocían a la tutela como la guarda dada y otorgada al huérfano libre menor de catorce años o a la huérfana menor de doce años, que no se puede ni sabe amparar; diferenciándola con la curatela en que ésta se confería a los adultos menores de veinticinco años, a los mayores que eran locos, fatuos o pródigos, y aún interinamente a los que no habiendo alcanzado la pubertad se encontraban desamparados por ausencia, incapacidad temporal o impedimento del tutor.

Tratándose de pupilos menores, la tutela era forzosa, en cambio, si un incapaz adulto no quería la curatela, era prácticamente imposible obligarlo a aceptarla, excepto en el caso de que se viera involucrado en pleitos judiciales.

Cesaba la tutela cuando el infante llegaba a la pubertad, y la curatela cuando el menor cumplía veinticinco años de edad, o el loco recobraba el sano juicio o bien el pródigo recuperaba las buenas costumbres.

En nuestro país, encontramos un vestigio de que la función tutelar era asumida principalmente por los curadores, en la Ley del Enjuiciamiento Civil de 1818 (40). Este cuerpo legal distinguía tres clases de curatela:

a) Ad bona. Que se otorgaba a los menores de veinticinco años.

(40) Cfr. CHAVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Op. cit. pág. 330

b) La ejemplar. Establecida para todos los incapacitados física o moralmente (*sic*), cualquiera que fuese su edad.

c) *Ad litem* o para pleitos. Se concedía generalmente a los menores de edad que no podían ser representados en juicio por su padre o tutor por las causas que señalaba la misma ley.

Nos parece importante destacar que el objeto de la tutela permanece intacto desde el Código de 1870, ya que en su artículo 430 decía:

"El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o sólo la segunda, para gobernarse a sí mismos".

Esta disposición es acogida textualmente en el Código de 1884, en la Ley sobre Relaciones Familiares y en el primer párrafo del artículo 449 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Como puede verse, desde antaño ha prevalecido en el ánimo del legislador, la intención de proteger a quienes no se encuentran favorecidos con la patria potestad y a quienes no fueron dotados físicamente de los elementos óptimos para desempeñarse independientemente en la vida.

2.2.3.- SISTEMAS TUTELARES

La estructura de la tutela varía según el sistema jurídico de cada Estado, no obstante, podemos apreciar que son tres las categorías en que se agrupan los sistemas tutelares que se conocen:

a) Tutela de autoridad. La función tutelar es ejercida y vigilada por autoridades administrativas y judiciales; adoptan este sistema países como Inglaterra, la Comunidad de Estados Independientes, Brasil, Bolivia y Estados Unidos.

b) Tutela como institución familiar. El órgano dirigente en el desempeño de la tutela es el Consejo de Familia y los actos se realizan a través de un protutor. "Es el sistema preferido en aquellos países que entienden la tutela como una misión de la familia, como una necesidad sentida que sólo puede llevarse a efecto bien y mejor por un cúmulo de personas ligadas al menor por los vínculos de parentesco o de la buena amistad, lo que hace que los ciudadanos sean el exponente de los desvelos que aproduce el cariño y el buen querer"(41). Comprenden este grupo la mayoría de los países de derecho latino como España, Francia, Italia y Portugal, entre otros.

c) Tutela de carácter mixto. Se identifica por contener matices de los dos sistemas precedentes, ya que pueden participar en su desempeño tanto familiares como organismos públicos, pero siempre bajo la estricta vigilancia de la autoridad; como países que admiten este sistema, nombraremos de manera ejemplificativa a Costa

(41) Cfr. CHAVEZ ASECIO, Manuel. Op. cit., pág. 336

Rica, Chile, Argentina y Uruguay.

Mientras que autores como Galindo Garfias, Chávez Aseñcio y García Mendieta consideran que el Código Civil para el Distrito Federal se circunscribe dentro del sistema tutelar de autoridad, porque en su desempeño, vigilancia y remoción intervienen tanto el Juez de lo Familiar como el Ministerio Público y el Consejo Local de Tutelas; otros como Montero Duhalt y Rafael de Pina, estiman que el sistema tutelar adoptado por nuestra legislación es el mixto, consideración con la que estamos de acuerdo, pues debemos tomar en cuenta que, por una parte, pueden desempeñar la función tutelar en favor de los menores e incapacitados sus propios familiares, y al efecto la propia ley establece el orden de prelación en que entrarán en funciones; y por otra, que dicho cargo debe ser discernido por el Juez y vigilado por el Ministerio Público y el Consejo Local de Tutelas.

2.2.4.- CARACTERISTICAS

Consideramos conveniente analizar en forma sucinta las características de la función tutelar para comprender por qué se trata de una institución de derecho familiar que no pierde su vigencia con el devenir histórico, sino por el contrario, la encontramos renovada para atender las exigencias sociales.

a) Es un cargo de interés público. En nuestro concepto la regulación de la tutela responde a la necesidad que tiene el Estado de cumplir una de las finalidades para las cuales fué creado: garantizar el bien común a todos los miembros de la sociedad, prestando mayor interés a la protección de quienes, por determinadas cir

cunstances se encuentran en desventaja en relación a la generalidad de las personas.

Ahora bien, como ente abstracto no puede cumplir personalmente la función tuitiva, por lo que a través del establecimiento de normas de carácter público la delega a los particulares, rodeando su ejercicio con medidas preventivas y de seguridad, y estableciendo autoridades vigilantes de su conducta.

Consideramos que por los motivos expuestos, el Código Civil en su artículo 452 ha investido a la tutela con la categoría de "cargo de interés público".

b) Es irrenunciable. Precisamente al ser la sociedad la más preocupada en salvaguardar la integridad de los individuos que se encuentran en relativa inferioridad, el legislador le ha impuesto el deber de asumir la función tutelar de los mismos, y al efecto, ha señalado casuísticamente qué personas se encuentran obligadas a desempeñarse como tutores.

Con el fin de evitar que el ejercicio de la tutela sea fácilmente evadido por los particulares en perjuicio del incapaz, se ha establecido en la ley su irrenunciabilidad; por lo tanto, quien siendo nombrado tutor rehuse sin causa legítima a desempeñar el cargo, responde de los daños y perjuicios que se ocasionen al incapaz citado.

c) Temporal. El ejercicio de la tutela varía, tanto en relación de la persona que la ejerce como a las circunstancias personales del pupilo. En este sentido, la tutela de menores cesará cuando éstos cumplan dieciocho años y, si recae sobre un mayor de

edad incapacitado, se ejercerá todo el tiempo que dure la incapacidad si el tutor es su ascendiente o descendiente, y si es su cónyuge estará obligado a desempeñarla durante el tiempo que conserve tal carácter; pero si es un extraño, tiene derecho a que se le releve del cargo al cumplir diez años en el desempeño del mismo.

d) Es supletorio. Esta característica se da propiamente en la tutela de menores, y consiste en que cuando no hay ninguna de las personas señaladas por la ley para que ejerzan la patria potestad, se le debe de proveer al menor de un tutor, quien tiene la responsabilidad de desempeñarse con la diligencia de un padre de familia. En otras palabras, no hay lugar a la tutela mientras exista quien ejerza la patria potestad; sólo se puede organizar la tutela cuando falta aquélla.

e) Es un cargo unitario. El artículo 455 del Código Civil dispone que un incapaz sólo puede tener a un tiempo un tutor y un curador definitivos, razonamiento lógico si consideramos que la multitud de funciones que pesan sobre los hombros de un tutor y de un curador, en sus respectivas competencias, no pueden ser confiadas a una pluralidad de personas, ya que se requieren el análisis y la acción coherentes para llevar a feliz término los propósitos de la función tutelar.

Sin embargo, este principio no se aplica al tutor, que puede serlo hasta de tres incapaces a la vez si tienen intereses en común; o de más si son hermanos, coherederos o legatarios de una misma persona.

En el caso de que entre dos o más incapaces sujetos a una misma tutela exista un conflicto de intereses, el tutor lo notificará al juez, quien nombrará un tutor especial para que defienda los intereses en disputa, mientras se emite la resolución que

ponga fin a la controversia.

Por último, debe señalarse que una sola persona no puede ejercer los cargos de tutor y curador a la vez, ni tampoco pueden hacerlo quienes tengan entre sí parentesco en cualquier grado de línea recta, o hasta dentro del cuarto grado de la colateral (42).

f) Es un cargo remunerado. El tutor tiene derecho a percibir una remuneración, que será cuantificada sobre los bienes del incapacitado. Sin embargo, la clase de tutela que se esté desempeñando determinará quién debe fijar la retribución. Así pues, para el caso de tutor testamentario, el pago será establecido a discreción del ascendiente o extraño que lo instituya en su testamento; y para los tutores legítimos o dativos, será el juez quien fije la retribución que les corresponde, misma que deberá fluctuar entre el cinco y el diez por ciento de las rentas líquidas de los bienes del tutelado, y no podrá ser inferior o superior a dichos límites en ningún caso.

Si los bienes del incapacitado aumentan considerablemente gracias a la óptima administración del tutor, el estipendio podrá ser incrementado hasta en un veinte por ciento de los productos líquidos,

La ley sanciona el hecho de que el tutor contraiga matrimonio con su pupilo, sin haberse aprobado previamente las cuentas de la tutela, con la privación de cualquier tipo de emolumentos, obligándolo además, a devolver todo lo que con ese carácter hubiere recibido.

(47) Artículo 458 del Código Civil.

g) Es general. Cuando el juez discierne del cargo al tutor, lo enviste de una serie de facultades equiparables a las que se le otorgan a un representante legal; se dice que tales atribuciones son generales, pues comprenden a saber:

- La persona del pupilo. El tutor realizará actos tendientes a procurar su sustento, educación y protección en general

- Administración de los bienes.

- Poder para actos de dominio. Traducido en actos de enajenación de bienes inmuebles y objetos preciosos, previa autorización judicial.

- Facultad para pleitos y cobranzas. El tutor representará al menor en todo momento dentro y fuera de juicio, ya sea como actor o demandado.

h) El discernimiento del cargo debe ser posterior a la declaración de incapacidad del que va a quedar sujeto a él. "Como la tutela es una restricción impuesta a la libertad de los individuos, no puede sujetarse ninguna persona a ella sin que conste de una manera evidente la necesidad de privarla del ejercicio de sus derechos civiles, y del gobierno de su persona" (43).

La declaración de incapacidad debe efectuarse mediante el procedimiento que previenen los artículos 902 a 904 del Código de Procedimientos Civiles. Galindo Garfias define la interdicción diciendo que "...es el estado de una persona que, careciendo de

(43) GALINDO GARFIAS. Derecho Civil. Primer Curso. Op. cit. pág. 683

aptitudes para gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes, ha sido declarada incapaz por sentencia judicial y sometida, en consecuencia, a la guarda y autoridad de un tutor que la representa legalmente en los actos de su vida civil" (44).

Rafael de Pina nos dice que podemos entender el estado de interdicción como "...la situación de una persona a quien judicialmente se ha declarado incapaz de los actos de la vida civil, privada de la administración de su persona y bienes"; agregando que no debe considerarse como una pena, sino como una medida de precaución para salvaguardar los intereses de aquél cuyos derechos se limitan, por no ser capaz del ejercicio de ellos (45).

i) Es un cargo removible. Como se ha venido manifestando, la ley rodea el ejercicio de la tutela con una serie de normas encaminadas a la protección de la persona y bienes del pupilo; consecuentemente, es posible solicitar la remoción del tutor si su actuación excede los límites que le son establecidos para el desempeño de su cargo. En este orden de ideas, el artículo 548 del Código Civil previene:

"En caso de maltrato, de negligencia en los cuidados debidos al incapacitado o a la administración de sus bienes, podrá el tutor ser removido de la tutela a petición del curador, de los parientes del incapacitado, del Consejo Local de Tutelas o del Ministerio Público."

(44) Op. cit., pág. 683

(45) Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. I. Op. cit., pág. 396.

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA

S
E
M
E
J
A
N
Z
A
S

- Tanto la patria potestad como la tutela buscan la protección integral de quienes están sujetos a su ejercicio.
- Ambas conceden prioridad al bienestar de la persona que al de los bienes.
- En los dos se establece un orden y prelación en que deberán entrar a su ejercicio los que estén llamados a su desempeño.
- El maltrato de los hijos o pupilos es sancionado en idéntica forma por la Ley Penal.
- El padre o tutor, según sea el caso, debe rendir cuentas de la administración de los bienes del hijo o tutelado.
- Para optimizar el desempeño de estos cargos, existen órganos de vigilancia especializados.

D
I
F
E
R
E
N
C
I
A
S

- La patria potestad deriva del hecho natural de la paternidad y la maternidad, mientras que la tutela es creada por la Ley.
- La patria potestad se ejerce sobre menores de edad no emancipados, contrariamente a la tutela, que se confiere a menores no sujetos a patria potestad o mayores discapacitados.
- En consecuencia, la patria potestad es una institución principal, mientras que la tutela es subsidiaria.

También pueden ser separados de su cargo los tutores que celebren cualquier contrato respecto de los bienes del pupilo, ya sea para sí o para sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos.

El artículo 504 del Código Civil enumera otras causas que motivan la remoción del cargo de tutor, sin que ello sea óbice para que el juzgador, en ejercicio de sus facultades discrecionales, pueda decretar esta sanción por alguna otra causa que a su juicio lo amerite.

En cualquier caso, para que un tutor o curador puedan ser removidos del cargo, es requisito indispensable que previamente hayan sido oídos y vencidos en juicio.

2.2.5.- SUJETOS PASIVOS

Recordemos que la regla general es que todos los individuos gozan de capacidad, entendida esta como la aptitud para ser sujetos de derechos y obligaciones y ejercitarlos por sí mismos; luego entonces, la excepción a dicha regla es la incapacidad.

Por lo tanto, las personas que indefectiblemente deben sujetarse a la tutela, son aquellas que la ley señala como incapaces, ya que de este modo, tendrán quien las represente en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus obligaciones, en tal sentido se pronuncia el artículo 23 del Código Civil.

Para saber a quiénes considera incapaces el derecho, debemos remitirnos a lo preceptuado en el artículo 450 del ordena

miento sustantivo que nos rige, que a la letra dice:

"Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que ésto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos o manifestar su voluntad por algún medio."

Asimismo los menores de edad emancipados tienen incapacidad legal para realizar por sí mismos actos de enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces y carecen de legitimación procesal para intervenir personalmente en negocios judiciales (46).

La Doctora Carmen García Mendieta, señala que "...las normas sobre incapacidad tienen un fundamento biológico: la falta o merma de discernimiento del incapaz para poder apreciar cabalmente la conducta más acorde con sus intereses; esta carencia puede provenir de falta de madurez intelectual, como en el caso del menor de edad, por subdesarrollo mental congénito e irreversible... por alteración de las facultades mentales en los supuestos de locura, ciertos grados de embriaguez o la drogadicción, o por imposibilidad de adecuada comunicación e interacción con la sociedad, como es el

(46) Artículo 451 en relación con el 643 del Código Civil.

caso de los sordomudos que no saben leer ni escribir." (47)

De lo hasta aquí expuesto, podemos concluir que por disposición de la ley, los menores de edad no sujetos a patria potestad, las personas que padecen alguna disfunción física o mental que les impida desenvolverse por sí mismos en los actos de la vida jurídica, y los menores emancipados que deseen efectuar actos de enajenación sobre bienes inmuebles o intervenir en negocios judiciales, necesitan forzosamente que se les nombre un tutor; en otras palabras, son los sujetos pasivos de la tutela, son los incapaces en general.

En su momento, señalamos que una persona puede ser declarada incapaz sólo mediante resolución judicial, derivada de la tramitación del juicio correspondiente; aunque tratándose de la incapacidad por minoría de edad, no se requiere más que la comprobación de la misma ante la autoridad respectiva, considerándose la prueba más idónea el acta de nacimiento expedida por el Registro Civil, y en este caso, se hará de plano la declaración de minoridad. Si no se cuenta con el acta, se utilizarán como medios de prueba los testimonios, documentos o certificados médicos que acrediten la edad.

Sin embargo, para que el mayor de edad sea declarado incapaz, se requiere previamente la substanciación de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, seguido entre el peticionario (puede ser el cónyuge, los presuntos herederos legítimos o el Ministerio

(47) Cfr. CODIGO CIVIL COMENTADO. Op. cit., pág. 303. Debemos considerar que la autora hizo la reflexión acotada cuando en el artículo 450 del Código Civil, aún se manejaban inadecuadamente los términos de locura, idiotismo, imbecilidad, sordomudez, embriaguez consuetudinaria y drogadicción, para señalar las causas de incapacidad.

Público) y un tutor interino que para tal efecto designe el juez. En dicho procedimiento se practicarán como diligencias prejudiciales las medidas necesarias para el aseguramiento de la persona y bienes de aquel cuya interdicción se trata, ordenándose que se ponga a éste a disposición de médicos alienistas o de la especialidad, y que se justifique con medios de convicción suficientes la utilidad de las medidas preventivas; acto seguido, los médicos designados por el juez practicarán en su presencia y con la citación del solicitante y del Ministerio Público, el examen correspondiente, y si dictaminan que se encuentra comprobada la incapacidad o hay duda sobre la plena capacidad, el juez nombrará al posible interdicto un tutor interino para que le administre provisionalmente sus bienes, y también proveerá de patria potestad o tutela a las personas que tiene bajo su guarda el presunto incapacitado, hecho lo cual, ordenará un segundo reconocimiento a cargo de médicos distintos, y si el dictamen que éstos emitan coincide con el de los primeros peritos, se dictará la resolución que decreta o no la interdicción con la conformidad del Ministerio Público, el tutor y la persona que haya solicitado la declaración de incapacidad.

La oposición que manifestaren las partes al conocer la resolución emitida, se substanciará mediante juicio ordinario civil con intervención del Ministerio Público. Durante este procedimiento subsistirán las medidas preventivas dictadas en el anterior, pudiéndose modificar si las circunstancias lo ameritan; además, si el presunto incapacitado lo desea puede ser oído en juicio, pero insoslayablemente deberá ser examinado por otros tres médicos en presencia del juez, quien podrá formularles preguntas a los testigos, médicos y al propio examinado, a fin de calificar el resultado de las pruebas. Mientras no se dicte sentencia definitiva, la tutela interina se limitará a los actos de protección de la persona y bienes del incapacitado, pero una vez que cause ejecutoria la sentencia de interdicción se procederá a nombrar y discernir el cargo de

tutor definitivo que en derecho corresponda. Estas mismas reglas se aplicarán en lo conducente cuando el objeto del juicio sea suspender la interdicción (48).

2.2.6.- CLASES DE TUTELA

Atendiendo tanto a la persona encargada de la tutoría como a la forma de su designación, debemos señalar que existen tres formas de tutela: la testamentaria, que como su nombre lo indica, es la que se establece en un testamento; la legítima, en donde la ley previene expresamente quiénes son las personas obligadas a desempeñarse como tutores y el orden en que deberán hacerlo; y por último la dativa, cuyo cumplimiento quedará a cargo de la persona nombrada por el juez de lo familiar de entre las listas proporcionadas por el Consejo Local de Tutelas, o bien por la que nombre el propio menor (si este ha cumplido dieciséis años). Veamos pues en qué consiste cada una de ellas.

A) Tutela testamentaria. Podemos definirla en términos generales como aquella que se confiere en un testamento por los sujetos autorizados en la ley y que tiene por objeto elegir a la persona que se considera más apta para el cuidado del incapaz, excluyendo de este modo a los ascendientes de ulteriores grados.

Las personas con derecho a nombrar tutor son:

a) Cualquiera de los padres o abuelos que sobrevivan y

(48) Ver artículos 902 a 905 del Código de Procedimientos Civiles.

que legalmente ejerzan la patria potestad, pueden nombrar un tutor a su hijo o nieto respectivamente (artículo 470 del Código Civil).

b) El padre o madre que ejerza la tutela de un hijo incapacitado (artículo 475 del código sustantivo).

c) La persona que en su testamento deje bienes a un incapaz que no esté bajo su patria potestad. En este caso el tutor designado se ocupará únicamente de la administración de los bienes que hayan sido heredados al incapacitado, por lo que al no cumplir en estricto sentido con la función tutelar, algunos autores consideran que debe ser llamado administrador testamentario (ver artículo 473 del Código Civil).

d) El adoptante que ejerza la patria potestad sobre su hijo adoptivo (artículo 481 del Código Civil).

En caso de que se nombren varios tutores en el testamento, desempeñará el cargo el primero de los nombrados, a quien sustituirán sucesivamente los demás por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción; pero si el testador dispone el orden en que se suplirá la falta del tutor titular, se respetará su voluntad.

B) Tutela legítima. Es la que tiene lugar cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni existe disposición testamentaria que nombre tutor, y corre a cargo de las personas señaladas en la ley.

El Código Civil regula tres situaciones específicas en que tiene lugar la tutela legítima:

a) Tutela legítima de menores. El artículo 483 señala que en este caso, el ejercicio de la tutela corresponde preferentemente a los hermanos, y dentro de estos a los que lo sean por ambas líneas; por falta o imposibilidad de los hermanos, están obligados a tal ejercicio los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive; aunque si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá al que considere idóneo para el desempeño del cargo, o el propio menor puede efectuar la elección si ya hubiese cumplido dieciséis años.

b) Tutela legítima de mayores de edad incapacitados (49). Cuando uno de los cónyuges sea el incapacitado, el otro fungirá como su tutor legítimo y forzoso; tratándose del padre o madre viudos, sus hijos mayores se desempeñarán como sus tutores, pero en el caso de pluralidad de hijos adultos, se preferirá al que viva en compañía de su padre o madre y si varios están en la misma situación, será el juez quien seleccione al que le parezca apropiado. Asimismo los padres serán tutores de sus hijos solteros o viudos cuando éstos no tengan hijos que puedan cuidarlos.

Cuando ninguna de las citadas personas pueda asumir el cargo, ni exista disposición testamentaria que nombre tutor, serán llamados al desempeño de la tutela en este orden: abuelos, hermanos del incapacitado y parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive.

Los hijos del mayor de edad incapacitado, estarán sometidos a la misma tutela que su padre si no existe algún otro ascendiente que ejerza sobre ellos la patria potestad.

(49) Antes de la reforma al Código Civil publicada en el Diario Oficial de 23 de julio de 1992, el encabezado del Capítulo IV del Título Noveno, Libro Primero, se leía: "De la tutela legítima de los

c) Tutela legítima de los menores abandonados. Dispone la ley que los expósitos estarán bajo la tutela de la persona que los haya acogido, y que los directores de hospicios y casas de beneficencia que reciban a estos menores, están obligados a ejercer sobre ellos la tutela; en este caso no es necesario el discernimiento del cargo.

Como podemos observar, el desempeño de la tutela legítima se basa en los lazos de afecto o amistad existentes entre el incapaz y su familia, por esta razón se prefiere a ésta en relación a cualquier otro extraño; además incluye a quienes no siendo parientes, por razones de piedad o solidaridad acogen a un menor.

C) Tutela dativa. En términos generales podemos definir a la tutela dativa como aquella "que surge a falta de la testamentaria y de la legítima, y la que corresponde a menores emancipados para casos judiciales" (50). En esta idea queda resumido el contenido del artículo 495 del Código Civil.

El rasgo quizá más importante de la tutela dativa, es que su existencia supone la exclusión de cualquier otro tipo de tutela, léase testamentaria o legítima, es decir se aplica solo en forma subsidiaria. Por lo tanto, podemos afirmar que sólo se podrá instituir un tutor dativo cuando no hubiere posibilidad del testamentario o del legítimo, o porque estos hubiesen presentado alguna excusa o hayan sido removidos del cargo y no exista otro familiar que pueda encargarse de dicha función.

dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes". Afortunadamente este título se cambió para quedar como aparece en este inciso.

(50) MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Op. cit., pág. 373

**A QUIEN CORRESPONDE EJERCER LA
TUTELA LEGITIMA**

**MENORES
DE
EDAD**

LOS QUE TIENEN
FAMILIA

- Corresponde desempeñarla a los hermanos
- A falta de hermanos a los colaterales, dentro del cuarto grado inclusive.
- Si el menor ha cumplido 16 años, hará la elección.

LOS EXPOSITOS

- Asumirá la tutela la persona que lo hubiere acogido, ó
- Los directores del establecimiento que lo haya recibido.

**MAYORES
DE EDAD**

CONYUGES.-
HIJOS.-

El marido es tutor legítimo de su mujer y viceversa
Los padres son tutores de sus hijos solteros o viudos
cuando éstos no tengan hijos que puedan desempeñar la
tutela.

INCAPACITADOS

PADRES.-
PARIENTES.-

Hijo mayor será tutor de su madre o padre viudos.
A falta de los señalados, entrarán los parientes
a cumplir el cargo.

Sin embargo, el artículo 499 del Código Civil menciona un caso de excepción a este rasgo de subsidiaridad, al instituir como obligatoria la tutela dativa para asuntos judiciales del menor emancipado; cuestión que a nuestro juicio es discutible, sobre todo si consideramos que puede existir algún familiar que, con el objeto de asesorarlo, esté dispuesto a ejercer sobre aquél la tutela legítima. No obstante, para José A. Márquez, "Una respuesta probable reside en la intención del legislador de evitar la intervención familiar en los asuntos del menor independizado. De esta forma se asegura entonces, que sea el propio menor quien decida respecto a su tutela (especialmente dada la gran probabilidad de que ya haya alcanzado los dieciséis años) o bien que ésta se discierna a alguna persona ajena que figure en la lista del Consejo." (51)

Otra característica sobresaliente es que el propio menor, si ha cumplido dieciséis años, puede nombrar a su tutor; esta designación será sometida al análisis del juez para que la apruebe o rechace en uso de sus facultades discrecionales. Si ocurre lo primero, el tutor designado deberá comparecer ante la presencia judicial para que sea investido del cargo; pero si no se aprueba el nombramiento, el menor podrá hacer nueva designación, misma que no podrá desaprobarse el juez si previamente no ha consultado al Consejo Local de Tutelas; y si tampoco es aprobado el nombramiento propuesto por el menor, el juez le nombrará un tutor de entre las personas que se mencionan en la lista formada anualmente por el citado Consejo; esta misma facultad tendrá el juez cuando el incapaz sea un menor de dieciséis años, ya que por razón de su edad no se le concede el derecho de nombrar por sí mismo a su tutor.

(51) CODIGO CIVIL COMENTADO. Op. cit., pág. 331

Parece ser que las disposiciones que hasta aquí se han comentado, son aplicables al caso del menor de edad que cuente con un patrimonio, o al menos eso se infiere del análisis del artículo 500 del Código Civil, que establece:

"A los menores de edad que no estén sujetos a la patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes, se les nombrará tutor dativo..."

Obligando en este caso a los delegados, profesores oficiales, miembros de juntas de beneficencia que perciban sueldos del erario y a los directores de establecimientos de beneficencia pública a desempeñar la tutela mientras duran en sus cargos; con la particularidad de que su función consistirá en cuidar de la persona del menor y procurar que reciba la educación adecuada a sus posibilidades y aptitudes; todo ello sin perjuicio de que el nombramiento pueda recaer en alguna persona de las que integran la lista formada por el Consejo Local de Tutelas.

Por último, es conveniente señalar que la tutela dativa que se otorga al emancipado, es única y exclusivamente para que sea representado en asuntos judiciales, por lo tanto cesará una vez concluidos éstos.

2.2.7.- ORGANOS TUTELARES

La estructura de la función tutelar se sustenta primordialmente en cuatro órganos, tres de ellos son individuales: tutor, curador y juez de lo familiar, y sólo uno es pluripersonal: el Consejo Local de Tutelas; aunque debe destacarse la especial inter

vención que otorga la ley al Ministerio Público.

a) El tutor. Antes que nada, debemos señalar que el tutor es considerado el órgano más importante, pues sobre él recaen las principales obligaciones de la función tutelar, que son la guarda y custodia de la persona y bienes de un sujeto que ha sido considerado por el derecho como incapaz; con el apercibimiento de que si no efectúa con diligencia la misión encomendada, puede ser castigado incluso por la ley penal.

Montero Duhalt se refiere al tutor como "la persona física designada por testamento, por la ley o por el juez, que cumple la triple misión de ser representante legal, protector de la persona y administrador de los bienes del pupilo." (52)

Como protector de la persona del incapaz, el tutor está obligado a alimentarlo y educarlo convenientemente, y para facilitarle y asegurar la labor educativa, la ley le concede la facultad de corregir a su pupilo, pero le impone el deber de observar una conducta que sirva a éste de buen ejemplo; asimismo deberá procurar que los recursos del incapacitado se destinen preferentemente a la curación de sus enfermedades o a su rehabilitación si fuese adicto a sustancias tóxicas, psicotrópicos o estupefacientes.

Por lo que hace a la administración de los bienes, el tutor deberá prestar garantía antes de que se le discierna (53) el

(52) Derecho de Familia. Op. cit., pág. 380

(53) El discernimiento del cargo del tutor o curador designados, es un acto judicial que los inviste de las facultades que la ley les concede, imponiéndoles de las obligaciones del cargo y facultándolos para el ejercicio efectivo del mismo; es un decreto que el juez pronuncia, no tiene naturaleza de sentencia

cargo para asegurar que su desempeño sea honesto; también durante su gestión deberá formar un inventario solemne y circunstanciado de los bienes del pupilo, con la obligación de administrarlos según la conveniencia de éste; debiendo entregar cuentas de su labor cada año o bien cuando por causas graves que califique el juez, se lo exijan el Ministerio Público, el Consejo Local de Tutelas o el propio tutelado y al final de su gestión.

Cuando el incapacitado sea parte en un juicio, el tutor está obligado a fungir como su representante legal, lo mismo hará en todos los actos civiles en que intervenga el pupilo, con excepción de los estrictamente personales como el matrimonio o el testamento.

Como ha quedado precisado, tiene derecho a percibir un pago en recompensa a su labor, y si no hay lazo de parentesco que lo una al pupilo, tiene derecho a ser relevado del cargo a los diez años de ejercerlo.

El artículo 503 del Código Civil, establece en trece fracciones quiénes se encuentran inhabilitados para el desempeño de la tutela, hipótesis que en nuestro concepto pueden resumirse diciendo que son aquellos que, debido a sus antecedentes o circunstancias personales, implican un perjuicio inminente a la persona y/o patrimonio del incapacitado.

b) El curador. Esta figura se ha instituido para que exista una persona que, de manera directa, ejerza una fiscalización sobre los actos del tutor, tratando de evitar de este modo que al incapacitado (ya de por sí en desigualdad de condiciones) se le causen daños por una mala tutoría.

De ahí que el artículo 618 del Código Civil establezca que los individuos sujetos a cualquier clase de tutela deberán tener además un curador, salvo los casos en que el tutor sea la misma persona que acogió al expósito y cuando la tutela dativa se ejerce sobre menores que no tienen bienes.

Para Montero Duhalt, el curador "es la persona nombrada en testamento, por el juez o por el pupilo mayor de dieciséis años o emancipado, que tiene como misión principal vigilar la conducta del tutor y defender los derechos del incapacitado, dentro o fuera de juicio, en el caso de que dichos intereses estén en oposición con los del tutor"(54).

El curador puede ser nombrado en un testamento; por el propio menor de edad si ha cumplido dieciséis años; por el emancipado que pretenda intervenir en algún asunto judicial, y en todos los demás casos por el juez de lo familiar.

Entre sus obligaciones se encuentran defender los derechos del pupilo cuando se contravengan con los del tutor, vigilar la conducta de éste y hacer del conocimiento del juez tanto los actos que considere dañosos para el incapacitado, como la ausencia o negligencia del tutor.

Las funciones del curador cesan hasta que el pupilo sale de la tutela, pero tiene derecho a ser relevado del cargo a los diez años de su ejercicio y a cobrar honorarios por los casos en que haya intervenido, los cuales se tabularán atendiendo al arancel para procuradores, sin que por ningún otro motivo pueda cobrar retribución.

(54) Op. cit., pág. 386

Y por lo que hace a los impedimentos o excusas, le será aplicable en lo conducente lo establecido para los tutores.

c) Juez de lo Familiar. Su participación es fundamental, pues son las autoridades encargadas de intervenir en exclusiva en los asuntos relativos a la tutela, ejerciendo una supervigilancia en los actos del tutor y decretando las medidas necesarias para salvaguardar los intereses de los incapacitados.

Su competencia está regulada den el artículo 58 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común, y que en lo conducente se transcribe a continuación:

"Los Jueces de lo Familiar conocerán:

- I.- De los negocios de jurisdicción voluntaria, relacionados con el Derecho Familiar.
- II.- De los juicios contenciosos relativos al... estado de interdicción y tutela.
- IV.- De los asuntos judiciales concernientes... a la capacidad de las personas...
- VII.- De las cuestiones relativas a los asuntos que afecten en sus derechos de persona a los menores e incapacitados..."

En tal virtud, le compete hacer las declaraciones de minoría o incapacidad, decretar las medidas provisionales necesarias para que el incapacitado no sufra perjuicios, nombrar y discernir del cargo a los tutores y curadores cuando así lo prevenga la ley, vigilar que el tutor otorgue garantía de su manejo, examinar las cuentas de la tutela, etcétera.

d) Consejo Local de Tutelas. Es un órgano de vigilancia y de información, coadyuvante de los Jueces de lo Familiar en lo que se refiere al correcto ejercicio de la tutela en beneficio de los que no estando sujetos a patria potestad tienen alguna incapacidad para gobernarse a sí mismos. (55)

En cada Delegación Política del Distrito Federal habrá un Consejo Local de Tutelas, que estará formado por un presidente y dos vocales, quienes durarán en su encargo un año y deben ser personas de buenas costumbres, interesadas en proteger a la infancia desvalida; aunque el artículo 631 del Código Sustantivo vigente, establece que dichos funcionarios serán nombrados por el Jefe del Departamento del Distrito Federal o por él autorice, o por los Delegados, en virtud del convenio celebrado el 22 de enero de 1979 entre el Departamento del Distrito Federal y el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, a éste último corresponde designar a los integrantes del Consejo Local de Tutelas. (56)

Una de las funciones principales del Consejo Local de Tutelas, es formar y remitir anualmente a los Jueces de lo Familiar, una lista de los vecinos que por sus cualidades puedan desempeñar la tutela; también deben vigilar el registro de tutelas y la labor de los tutores, y avisar al juez cuando un incapacitado carece de tutor.

(55) Cfr. MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit., pág. 387

(56) Cfr. CHAVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Op. cit., pág. 354.

2.2.8.- EXCUSAS

A pesar de que en su momento se dijo que la tutela es irrenunciable, la ley prevé ciertos casos en que es permisible excusar se de su cumplimiento, pues lo que se busca es que la persona designada como tutor se encuentre en aptitudes óptimas para cumplir cabalmente su gestión, por lo tanto, pueden excusarse del encargo tutelar los empleados y funcionarios públicos; los militares en servicio activo; quienes tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes; los que fueren tan pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia; los que por el mal estado habitual de salud, o por su rudeza e ignorancia, no puedan atender debidamente a la tutela; los de sesenta años cumplidos; los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría; los inexpertos en los negocios y los que acrediten causa grave que los imposibilite para su desempeño.

Si la persona que tiene a su favor una excusa acepta el cargo, renuncia por ese solo hecho a la facultad que le concede la ley, o bien si tiene dos o más excusas y sólo propone una, se entienden renunciadas las demás.

La excusa o impedimento debe proponerse dentro de los cinco días contados a partir de la fecha de la notificación del nombramiento, si no se hace en ese plazo, se entiende renunciada.

Por último, el tutor testamentario que se excuse de ejercer la tutela perderá la herencia que le correspondía en virtud de su cargo; mientras que el tutor que sin excusa o no aceptada la que alegó, se niegue a desempeñar el cargo, perderá el derecho de heredar al incapaz que muera intestado, siendo además responsable de los daños y perjuicios que su conducta ocasione.

2.2.9.- EXTINCION

Las causas de extinción de la tutela se encuentran comprendidas en el artículo 606 del Código Civil y son:

- Por la muerte del pupilo. Ya que no habría sujeto pasivo en quien recayera la custodia.

- Por desaparecer la incapacidad. Por ejemplo cuando el menor de edad llega a la mayoría o cuando un drogadicto o alcohólico logra su rehabilitación o cuando un enfermo mental recobra la cordura; situaciones hipotéticas que deberán probarse con la sentencia declarativa correspondiente.

- Cuando el tutelado entra a la patria potestad por reconocimiento o por adopción. Cuando un menor entra a la patria potestad, la tutela -por ser institución supletoria- deja de tener sentido y validez.

Agregaríamos que también se extingue la tutela cuando el menor de edad se emancipa en razón de su matrimonio, y en este caso, sólo la necesitará para intervenir en asuntos judiciales; por lo que podríamos decir que se trata de una extinción parcial.

2.3.- REFORMAS A LOS CODIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DEL 23 DE JULIO DE 1992.

Antes que nada, cabe señalar que las enmiendas que analizaremos competen en exclusiva a la capacidad y a la tutela, figuras a su vez esenciales en este trabajo, por lo que se justifica

la inquietud de comentarlas.

Las recientes reformas que sufrió el Código Sustantivo que nos rige, a nuestro juicio son producto, por una parte, del reconocimiento de la personalidad humana, sea cual fuere el estado físico o condición social; y por otra, de un análisis hasta cierto punto insuficiente, de diversos preceptos aplicados a estas figuras.

En este orden de ideas, y desde un punto de vista panorámico, consideramos que las reformas esenciales recayeron en los dispositivos 23 y 450 del Código Civil, y éstas sirvieron de punto de partida para la corrección y actualización de diversos preceptos correlativos.

Así pues, antes de ser modificado el artículo 23 del Código Civil, establecía textualmente:

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

Con la reforma, se estableció que las incapacidades mencionadas no debían menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; con lo que es evidente que el legislador, en su afán de adecuar el derecho a la realidad social que vivimos y que se caracteriza por la defensa de la dignidad del hombre ante cualquier acto que pretenda o implique su vejación, ha establecido con carácter imperativo, el respeto absoluto a la personalidad de aquellos individuos que sufren de algún tipo de incapacidad. En este

sentido fueron reformados los artículos 156, 331, 464, 466 y 505 del Código Civil; y consideramos que el mismo argumento se tomó en cuenta para la derogación del artículo 506.

Con idéntica finalidad, también se realizó la enmienda de la denominación del capítulo IV del Título Noveno, del Libro Primero, que anteriormente decía: "De la tutela legítima de los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes". Adjetivos que en su mayoría, lejos de entenderse en su acepción médica o científica, se han adaptado al lenguaje coloquial para denostar a la persona contra la que se profieren; por lo tanto, es plausible que dicho título actualmente se lea: "De la tutela legítima de los mayores de edad incapacitados".

Ahora bien, el artículo 450 señalaba en su texto anterior a la reforma, que tenían incapacidad natural y legal:

- " I.- Los menores de edad;
- II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o ibecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos;
- III.- Los sordomudos que no saben leer ni escribir;
- IV.- Los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes."

Redacción que fué cambiada, atendiendo al espíritu del nuevo artículo 23, para quedar como sigue:

- " I.- _____
- II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los --

psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio."

Como podemos apreciar, la reforma a las tres últimas fracciones del artículo 450 es verdaderamente trascendental, ya que dió un giro completo y necesario a los conceptos anacrónicos que en ellas se citaban; pues si bien es cierto que en su momento histórico cumplieron su función, actualmente habían dejado de satisfacer los requerimientos culturales, médicos y científicos de nuestra sociedad. Y actualmente, sin necesidad de contemplar situaciones específicas, y caer en la insuficiencia, se abarca la generalidad de los padecimientos que pueden producir la incapacidad de ejercicio, de forma más profesional y actualizada.

Por otra parte, también fué necesario modificar los artículos 544, 561, 563, 597 y 600 del Código Sustantivo que nos rige; ya que anteriormente sólo regulaban situaciones aplicables a los menores de edad, pasando por alto que los mayores de edad incapacitados también son sujetos de tutela.

A efecto de garantizar el óptimo y leal desempeño de la tutela, el legislador ha considerado conveniente otorgar mayor intervención al Ministerio Público como vigilante de la misma; razón por la cual fueron complementados los artículos 384 y 591 del Código Civil.

La única reforma al código que se comenta que no consideramos sustancial, fué la del artículo 543, pues lo único que hizo el legislador fué sustituir la palabra "pupilos" por los términos: "menores o mayores de edad, con alguna de las incapacidades a que se refiere el artículo 450 fracción II" ; lo cual consideramos intrascendente, pues por pupilo se entiende precisamente cualquier incapacitado sujeto a tutela, independientemente de la edad y/o motivo de la incapacidad.

Por otro lado, hay más artículos que utilizan la palabra "pupilo" para designar al incapacitado, y sin embargo no fueron reformados, como el 522, 537 fracción IV, 543 y 606 fracción I, por ejemplo.

En lo que corresponde a las reformas al Código de Procedimientos Civiles, debe señalarse que recayeron únicamente en dos artículos; el 902 y el 904 y consistieron fundamentalmente en subsanar el defecto en que incurrían ambos dispositivos, al contemplar en exclusiva a la enfermedad mental como causa justificativa de la declaración de incapacidad. Con las reformas, se incluyen a todas las personas señaladas en la fracción II del artículo 450 del Código Civil, como sujetos susceptibles de ser declarados judicialmente incapaces.

CAPITULO TERCERO

EL EMANCIPADO EN EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

3.1.- DIVORCIO

3.2.- CLASES DE DIVORCIO

3.2.1.- DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

3.2.1.1.- REQUISITOS

3.2.1.2.- PROCEDIMIENTO

3.2.1.3.- FACULTADES DEL MINISTERIO PUBLICO

3.2.1.4.- CONSIDERACION SOBRE EL TUTOR ESPECIAL DEL EMANCIPADO

CAPITULO TERCERO

EL EMANCIPADO EN EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

3.1.- DIVORCIO

Como introducción al presente capítulo, recordemos que el divorcio fué aceptado desde la antigüedad por los pueblos hebreo, romano, babilonio, etcétera; como una manera de disolver la unión de una pareja, cuya comunidad de vida era reconocida por la sociedad como válida o lícita; claro está que esta figura jurídica ha sido concebida y regulada de distintas formas, de acuerdo a las épocas y espacios geográficos que la han adoptado.

No puede pasar inadvertido el debate que gira en torno al divorcio, ya que mientras unos lo reprueban por considerar que es causa de disgregación familiar, otros opinan que es un mal necesario, pues no es mas que la expresión formal del quebrantamiento de hecho de las relaciones afectivas de la pareja. Nos inclinamos por esta última opinión, pues consideramos que lamentablemente, por la idiosincrasia en que nos hemos formado, y que ha sido evidentemente influenciada por el cristianismo, en no pocas ocasiones la pareja se obliga a permanecer unida "hasta que la muerte los separe", a pesar de que su relación se haya tornado insostenible con motivo de las graves y profundas diferencias que los aquejen. En este sentido, es lamentable que muchos hogares sean simples representaciones teatrales de una

felicidad conyugal inexistente, pero más lamentable es que los hijos sean testigos presenciales y perjudicados directos de la infelicidad de sus padres.

No queremos insinuar que el divorcio sea la panacea a todos los problemas familiares, pero dentro de las diversas alternativas de solución que cada pareja pudiera adoptar para resolver su conflicto familiar, consideramos que representa una decisión inteligente, sobre todo cuando ambos consortes coinciden en su voluntad de separarse sin rencores.

Actualmente, en su acepción general el divorcio es considerado como la forma legalmente establecida para extinguir el matrimonio; en este orden de ideas, el maestro Eduardo J. Couture nos ilustra con una definición integral cuando dice que: "...es la institución que permite, en las hipótesis establecidas por la ley, la disolución del vínculo matrimonial, con sus efectos respectivos en el estado civil de las personas, la situación de los hijos y el régimen jurídico de los bienes" (57).

3.2.- CLASES DE DIVORCIO

De acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal el divorcio es necesario cuando es solicitado por uno de los cónyuges, argumentando alguna de las causales que señala el artículo 267 de dicho ordenamiento, exceptuando la fracción XVII, pues ésta constituye la otra especie de divorcio, conocida como divorcio por mutuo consentimiento, el cual puede tramitarse en la vía administrada

(57) Cit. pos. ARELLANO GARCIA, Carlos. Procedimientos Civiles Especiales. Primera Edición. Porrúa, México, 1987. pág. 321.

tiva o en la vía judicial; a éste nos referiremos a continuación.

3.2.1.- DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

Tomando como base lo hasta aquí expuesto, en nuestro concepto, el divorcio por mutuo consentimiento o también conocido como divorcio voluntario, es aquel que es solicitado por ambos cónyuges, basándose únicamente en su voluntad coincidente de disolver el vínculo que los une, sin alegación de ninguna otra causa.

A su vez, el maestro Arellano García nos aporta su pro pia noción de divorcio por mutuo consentimiento: "... es la insti tución jurídica por medio de la cual, ambos cónyuges acuden ante autoridad competente, a solicitar la disolución del vínculo que los une, previa la reunión de los requisitos procesales que la ley establece"(58).

El Código Civil para el Distrito Federal, regula dos formas de divorcio voluntario; el que se solicita ante un Oficial del Registro Civil, conocido como divorcio voluntario administrativo y el que se solicita ante un órgano jurisdiccional, llamado también divorcio voluntario judicial.

a) Divorcio voluntario administrativo. Su obtención es relativamente fácil, pues de acuerdo al artículo 272 del Código Sustantivo en vigor, basta que los consortes que convengan en divor

(58) Op. cit., pág. 323.

ciarse hayan cumplido cuando menos un año de casados y sean mayores de edad, no tengan hijos y hayan liquidado la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron, acudan al Registro Civil de su domicilio con las copias certificadas de sus actas de nacimiento y matrimonio, para que el Oficial del Registro Civil los identifique y levante el acta en que se haga constar su solicitud, citándolos para que se presenten a ratificarla a los quince días; una vez hecha la ratificación, se declarará el divorcio y se levantará el acta respectiva, haciendo las anotaciones pertinentes en el acta de matrimonio anterior y expidiendo el acta de divorcio correspondiente. Este divorcio no surtirá ningún efecto si se comprueba que los cónyuges han mentido respecto a la idoneidad de los requisitos exigidos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurran.

Cuando los cónyuges que deseen divorciarse voluntariamente sean menores de edad, o tengan hijos, deberán recurrir entonces a la vía judicial, en la que se establecen presupuestos diferentes.

b) Divorcio voluntario judicial. En adelante basaremos nuestro estudio en el divorcio voluntario judicial, pues es lógico que al ocuparnos del menor de edad emancipado, estemos desechando al divorcio administrativo, pues uno de los requisitos de éste, es que los divorciantes sean mayores de edad.

3.2.1.1.- REQUISITOS

Antes de proseguir, debemos apuntar que como requisito previo para solicitar el divorcio que nos ocupa, es necesario que haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio; quizá

el legislador consideró que este lapso era suficiente para evaluar si la pareja se adapta o no a la vida conyugal, y en caso negativo, darles la oportunidad de terminar su relación sin conflictos mayores

Para tramitar el divorcio por mutuo consentimiento en la vía judicial, los cónyuges deben presentar su solicitud respectiva ante el Juez de lo Familiar de su domicilio conyugal; a esta solicitud, deberá acompañarse el convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil, mismo que deberá contener los siguientes puntos:

I.- La designación de la persona a la que le serán confiados para su guarda y custodia los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como una vez ejecutoriado el divorcio, pudiendo ser uno de ellos.

II.- La manera de satisfacer las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después de decretarse el divorcio.

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

IV.- La cantidad que a título de alimentos un cónyuge deberá pagar a otro. Debe señalarse que en términos de los párrafos segundo y tercero del artículo 288 del Código Civil, la mujer tiene derecho a percibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio; mientras que el varón sólo podrá recibirlos cuando se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes. Este derecho cesará para el acreedor alimentista cuando contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato, pudiendo renunciar a tal derecho desde un principio.

V.- La manera en que se administrará la sociedad conyugal durante el procedimiento y la forma de su liquidación una vez ejecutoriado el divorcio, haciendo la designación de los liquidadores. A este efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes que integren la sociedad conyugal.

3.2.1.2.- PROCEDIMIENTO

El procedimiento se iniciará con la solicitud que presenten los cónyuges, acompañándola del convenio que se ha detallado y con la copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores de edad.

En caso de que ambos divorciantes sean menores de edad, o sólo uno de ellos, también deberán notificarlo al Juez en su solicitud, a efecto de que se les provea de tutor dativo para que los represente durante el procedimiento.

Acto seguido, el tribunal citará a los solicitantes y al representante del Ministerio Público a una junta de avenencia después de los ocho y antes de los quince días siguientes a la admisión de la solicitud. Los cónyuges deberán acudir personalmente a esa junta, pues por tratarse de un acto estrictamente personal no les es permitido hacerese representar por un tercero, excepto en el caso del menor emancipado, ya que deberá hacerse acompañar de su tutor; además deberán identificarse plenamente ante el Juez, quien los exhortará para que recapaciten o desistan de su intento, con el fin de salvaguardar la integridad de la familia cuando esto sea posible.

Si no se logra la reconciliación de los cónyuges, el Juez aprobará en forma provisional, oyendo previamente el parecer del Ministerio Público, los puntos del convenio que se refieran a la situación de los hijos menores o incapacitados y a los alimentos que deban percibir; a la separación de los consortes y a los alimentos que éstos se deban; dictando al efecto las medidas de aseguramiento necesarias.

Si el Ministerio Público expresa su inconformidad con los puntos del convenio por considerar que los derechos de los hijos no quedan debidamente protegidos, deberá proponer las modificaciones que estime necesarias; lo cual se hará saber a los cónyuges para que en un plazo de tres días expresen su conformidad o discrepancia con tales proposiciones, y en este último caso, el Juez resolverá en la sentencia lo que en derecho corresponda, pero siempre procurando que no sean conculcados los derechos de los hijos.

Si los cónyuges persisten en su intento de divorciarse, deberán solicitar que se lleve a cabo una segunda junta de avenencia cuya celebración fijará el Juez después de los ocho y antes de los quince días de haberse solicitado. En esta segunda junta, el Juez perseguirá el mismo fin que en la anterior, la reconciliación de la pareja; pero si tampoco lo logra y considera que en el convenio han quedado garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados y no hay oposición del Ministerio Público, procederá a dictar la sentencia en la que decreta disuelto el vínculo matrimonial y aprobará definitivamente el convenio presentado, con las modificaciones que durante el procedimiento se le hubieren efectuado.

Si el Juez considera que el convenio no puede aprobarse por no reunir los extremos previstos por la ley, en uso de sus facultades discrecionales, negará la disolución del matrimonio.

Si los promoventes o el Ministerio Público se consideran agraviados con la sentencia que se dicte, podrán interponer el recurso de apelación, el cual se admitirá en un solo efecto si se endereza contra la sentencia que haya decretado el divorcio, y en ambos efectos cuando se impugne la sentencia que lo ha negado.

Una vez que ha causado ejecutoria la sentencia que decretó el divorcio, el Juez ordenará que se remita una copia de ella al Oficial del Registro Civil de su jurisdicción, al del lugar donde se celebró el matrimonio y al de nacimiento de los divorciados, para que se hagan las anotaciones y publicaciones respectivas.

3.2.1.3.- FACULTADES DEL MINISTERIO PUBLICO

Además de la intervención concedida por el legislador al Ministerio Público, dentro del procedimiento que se analiza, se señala en forma específica a estos funcionarios adscritos a los tribunales civiles y familiares, los lineamientos a seguir en la materia de su especialidad, por medio del Instructivo para las actuaciones del Ministerio Público en materia de familia (59).

La intervención de los Agentes del Ministerio Público en materia familiar, y específicamente en el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento, puede resumirse de la siguiente manera:

- a) Acudir a la citación que se le haga para la primera junta de avenencia.

(59) Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 30 de noviembre de 1990.

b) Cuidar que se nombre tutor especial, cuando se trate de cónyuges menores de edad.

c) Vigilar que el tribunal ante el que se promueva, sea el competente.

d) Cuidar que comparezcan a las juntas de avenencia los divorciantes en forma personal y no mediante apoderado.

e) Vigilar que la pensión alimenticia en favor de los menores hijos, se encuentre fijada en forma proporcional y debidamente garantizada; de lo contrario, tiene acción para pedir el aseguramiento.

f) Vigilar el efectivo cumplimiento en relación a la separación de los cónyuges y a los alimentos que éstos deban darse.

g) Observar que al término de la segunda junta de avenencia estén completamente garantizados los derechos de menores e incapacitados, a fin de que el juzgador esté en posibilidad de resolver sobre el convenio exhibido.

h) Proponer las modificaciones necesarias al convenio presentado por los cónyuges divorciantes, cuando considere que no se garantizan los derechos de menores o incapacitados.

i) Promover la caducidad que haya operado por la inactividad procesal de los solicitantes.

j) Interponer el recurso de apelación contra la resolución que decreta el divorcio, cuando estime que los intereses de los hijos o de los incapacitados se han dejado a la deriva en la misma.

k) Vigilar que el Juez decrete las medidas tendientes a la protección de la mujer que ha quedado embarazada.

l) Constatar que entre la fecha de la celebración del matrimonio o de la reconciliación de los cónyuges y la presentación de la solicitud de divorcio, ha transcurrido por lo menos un año.

Se colige de lo anterior, que las facultades concedidas al Ministerio Público dentro del divorcio por mutuo consentimiento, están encaminadas a vigilar la legalidad del procedimiento y alcanzar la protección de los derechos prioritarios de los menores hijos de matrimonio; coadyuvando de este modo a la labor del juzgador, quien debido a la carga excesiva de trabajo, muchas veces no puede detenerse a estudiar con minuciosidad los asuntos que tiene bajo su responsabilidad; evitando de esta forma, decisiones automatizadas, improvisadas o injustas.

Merece comentario aparte la trascendencia que retoma el arbitrio judicial en este procedimiento; ya que como hemos visto, la labor del juez tiende no sólo a buscar la reconciliación de los consortes, sino también a evitar que por ignorancia o por dolo, se causen perjuicios tanto en su patrimonio como en sus personas; vigilando por supuesto, que bajo el amparo de la ley los hijos queden debida e íntegramente protegidos. Tomando especial importancia, la facultad que tiene para negar la disolución del vínculo si se considera que no se cumplen cabalmente los requisitos establecidos para la procedencia de tal pedimento.

3.2.1.4.- CONSIDERACION SOBRE EL TUTOR ESPECIAL DEL EMANCIPADO

Como ya hemos visto, en términos del artículo 678 del Código de Procedimientos Civiles en vigor, el cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial para poder solicitar el divorcio por mutuo consentimiento; disposición que tiene su fundamento en la fracción II del numeral 643 del Código Civil, que expresamente señala:

" El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

II.- De un tutor para negocios judiciales."

Asimismo establece el artículo 499 del citado Código Sustantivo, que la tutela para asuntos judiciales del menor emancipado siempre será dativa, lo que significa que el propio menor de edad puede nombrar a su tutor, siguiendo el procedimiento que ya estudiamos en su oportunidad.

Sin embargo, el Código de Procedimientos Civiles no menciona cuáles son las funciones concretas que debe realizar el tutor durante su gestión en el procedimiento que nos ocupa, pero atendiendo al concepto de tutela, se infiere que dichas funciones se centrarán en la simple representación del menor para darle validez a la actuación procesal de éste, y por lo que hace al artículo 537 del Código Civil, se establece en la fracción V que el tutor se avocará a la representación del incapacitado en juicio y fuera de él, en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales.

Ante esta situación, nos parece injustificada la obligación de proveerse de tutor el emancipado, para que pueda solicitar el divorcio primero, y para que lo represente en el procedimiento después, por los siguientes razonamientos:

I.- Por disposición expresa de la ley, el menor de edad emancipado ha salido de la patria potestad o de la tutela, según sea el caso, para formar su propia familia, y no volverá a recaer en aquellas por ningún motivo.

II.- Consideramos que por lógica jurídica, lo que se unió voluntariamente puede separarse de la misma forma.

III.- Aunque la ley señala que la tutela persistirá para negocios judiciales del menor, consideramos que el propósito subjetivo de esta norma es proteger los intereses del emancipado cuando se hallen en conflicto, estimación que apoyamos en lo dispuesto por el citado artículo 537 fracción V, que establece como función obligatoria para el tutor, la representación del menor en juicio, entendido como un procedimiento litigioso.

En consecuencia, la presencia del tutor nos parece innecesaria en el divorcio por mutuo consentimiento, pues no puede atribuirse a éste la calidad de juicio, ya que no existe controversia entre las partes, por el contrario, hay una convergencia de voluntades, que además es regulada por el órgano jurisdiccional y la representación social, personificada en la figura del Ministerio Público.

IV.- El tutor no puede representar al pupilo en los actos estrictamente personales, como lo son el matrimonio, el reconocimiento de hijos y el testamento. ¿Acaso el divorcio no es un acto estrictamente personal?; claro que lo es, y con mayor en el procedi

miento que nos ocupa, pues al no exigirse culpables, como en el caso del divorcio necesario, se permite que queden en la intimidad de cada uno de los consortes los motivos que los orillaron a tomar la decisión de separarse, y que seguramente no fueron muy gratos. Por lo que consideramos que la vida marital y sus vicisitudes, es algo que compete en exclusiva a la pareja; estimación basada en lo dispuesto en el artículo 678 del Código de Procedimientos Civiles.

V.- Si lo que se pretende es que el tutor aporte alguna orientación al emancipado, para evitar que tome una decisión precipitada, motivada por un enojo momentáneo; cabe señalar que precisamente ese objetivo se busca cumplir con las dos juntas de avenencia que se verifican durante el procedimiento bajo la dirección del Juez; además debe recordarse que después de celebrada la primera de ellas, no se fija de oficio fecha para la segunda, sino son los promoventes quienes tienen que solicitarla, en términos de lo dispuesto en el artículo 676 del Código de Procedimientos Civiles vigente. Aunado a esto, es bien sabido que los cónyuges pueden reconciliarse en cualquier tiempo, siempre y cuando la sentencia de divorcio no hubiese sido decretada; o bien, si desean reconsiderar su posición, pueden dejar de actuar en el procedimiento hasta tres meses, porque si exceden de ese tiempo, se deja sin efecto la solicitud presentada, ésta última declaración si es de oficio.

VI.- Quizá lo que más se protege en el procedimiento de divorcio voluntario, son los intereses de los hijos, tanto por el Ministerio Público, quien puede incluso formular las modificaciones que estime pertinentes al convenio presentado por los cónyuges, o denunciar las conductas que posiblemente sean constitutivas de delitos; como también por el Juez, quien en uso de sus facultades puede negar el divorcio cuando considere que no se han cumplido los requisitos legales.

VII.- Por último, la presencia del tutor en el procedimiento que nos ocupa no se encuentra justificada con la enumeración de actos específicos, concretos que deba realizar, y con todo respecto, sólo constituye una figura ornamental, que además es costosa, pues no debemos perder de vista que también debe nombrarse un curador y que ambos tienen derecho a percibir una remuneración por el desempeño de su cargo.

Por todo lo expuesto, proponemos que sólo se establezca la tutoría para asuntos judiciales del menor emancipado, cuando sus intereses se encuentren en conflicto o en inminente peligro, ya que en asuntos como las jurisdicciones voluntarias y el divorcio por mutuo consentimiento, no existe controversia, y en el caso de este último, hay además una sobrevigilancia y protección institucional; por lo que a nuestro juicio es innecesario poner a funcionar la maquinaria de la institución tutelar, para asuntos de este tipo; lo que sí se justificaría tratándose de verdaderos conflictos o de inminentes perjuicios patrimoniales para el emancipado.

CAPITULO CUARTO

DERECHO COMPARADO

- 4.1.- LEGISLACIONES QUE EQUIPARAN EN CAPACIDAD AL MAYOR DE EDAD Y AL EMANCIPADO

- 4.2.- LEGISLACIONES QUE CONSIDERAN A LA EMANCIPACION COMO ESTADO INTERMEDIO ENTRE LA CAPACIDAD RELATIVA Y LA PLENA CAPACIDAD

- 4.3.- POSICION QUE ADOPTA EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CAPITULO CUARTO

DERECHO COMPARADO

Según se desprende de lo que hemos venido analizando, entre la incapacidad de los menores y la plena capacidad de quienes han alcanzado la mayoría de edad, se tipifica una figura jurídica que permite al menor actuar válidamente en el ámbito jurídico, salvo algunas restricciones; figura que conocemos con el nombre de emancipación.

Aunque no siempre ha estado estructurada como la conoce el mundo contemporáneo, generalmente la emancipación ha sido concebida como un modo de extinguir la autoridad paterna o la tutela, facultando al menor, como ya lo dijimos, para desenvolverse con cierta autonomía en el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

Si bien es cierto que esta figura es adoptada por diversas legislaciones, no todas la regulan de la misma manera; pues mientras unas otorgan al menor emancipado capacidad restringida, otras se la conceden plena al equipararlo al mayor de edad.

Otra diferencia en cuanto a la regulación que los diversos ordenamientos le dan a la emancipación, radica en el modo de obtenerla; pues mientras algunas legislaciones como la del Distrito Federal sólo contemplan la emancipación por matrimonio, también

llamada tácita o de pleno derecho; mientras que otros ordenamientos han establecido además la emancipación expresa, que es otorgada ante la autoridad competente, por los padres o tutores que tengan bajo su cuidado al menor, y siempre que se cumplan con determinados requisitos, que pueden variar según cada criterio legislativo.

Una vez planteada esta breve introducción, procederemos a estudiar aquellas legislaciones que conceden al menor emancipado la misma capacidad que a los mayores de edad.

4.1.- LEGISLACIONES QUE EQUIPARAN EN CAPACIDAD AL MAYOR DE EDAD Y AL EMANCIPADO.

Como ya se ha señalado, en algunos ordenamientos jurídicos la emancipación tiene como efecto, además de liberar al menor de la patria potestad o de la tutela, el de adquirir la capacidad propia de la mayoría de edad, aún cuando ésta no se hubiera alcanzado; pero siempre y cuando la persona que lo tenga a su cuidado manifieste su conformidad y el menor acredite su cabal discernimiento en la toma de decisiones.

En este orden de ideas, no podemos considerar a la emancipación que produce estos efectos, como etapa intermedia entre la capacidad del menor y la plena capacidad del mayor de edad, sino que constituye el reconocimiento de capacidad plena, sin restricciones para el menor, pero de manera anticipada; es decir, sin la idea de preparación previa o "noviciado" que postula el maestro Jossierand (60); y que además sólo puede solicitarse o decretarse por

(60) Cit. pos. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Op. cit., pág. 725.

los motivos o bajo las circunstancias que contemple el propio cuerpo legal.

Los Códigos Civiles de Suiza (artículos 14, 15 y 96); Alemania (artículos 31 y s.); Brasil (artículo 9) y Perú (artículo 11), señalan que la emancipación del menor de edad, ya sea por declaración del padre, de la madre o de la autoridad tutelar de vigilancia, o bien por matrimonio, conceden al emancipado una capacidad equivalente a la del mayor de edad (61).

Por otro lado, el Código Civil Portugués regula las dos clases de emancipación: la expresa y la tácita, estableciendo que sus efectos son, habilitar al menor de edad para que gobierne su persona y sus bienes con las mismas prerrogativas concedidas al mayor de edad.

Como podemos apreciar, este tipo de emancipación es verdaderamente ventajosa para el menor, pues no lo limita en el ejercicio de sus derechos y sí le permite contraer cualquier tipo de obligación; no obstante, el modo de obtenerla se muestra limitado, pues es necesario cumplir con los requisitos de fondo y procesales que la ley establece.

Las legislaciones que adoptan la posición de equiparar al emancipado, en cuanto a capacidad, al mayor de edad, no se enfrentan a graves problemas, pues ante el surgimiento de alguna controversia, la solución aplicable será la semejante para los casos de los mayores de edad.

(61) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo IX. Driskill, S.A. Buenos Aires, 1986, págs. 888 a 894.

Por su parte, sobresale el hecho de que el Código Civil del Estado de Veracruz, contempla otra posibilidad para el menor, de obtener la capacidad plena, aunque sólo para determinados actos jurídicos; esta concesión es conocida como "habilitación de edad", y es otorgada por la Legislatura a los mayores de dieciséis años que la soliciten y que acrediten, en la forma que les marque el Código de Procedimientos Civiles de esa entidad, tener suficiente destreza para el manejo de sus bienes.

La legislatura emitirá el "decreto de habilitación", expresando claramente si se otorga tan solo para comparecer en juicio o para la administración de bienes o para realizar actos de enajenación, pero no se otorgará para más de uno de estos actos.

La peculiaridad de esta "habilitación de edad", radica en el hecho de que no es propiamente una emancipación, sino tal parece que se trata de una especie de anticipo de edad, para que el menor se conduzca como persona plenamente capaz en la realización de un determinado acto jurídico y también es sobresaliente que la autoridad encargada de emitir la declaración de capacidad, no es el Juez de lo Familiar, sino la legislatura estatal, quien lo hace a través de la expedición de un decreto; además es interesante que tal "habilitación de edad" conceda plena capacidad al menor, pero sólo para una especie determinada de actos, conservando su incapacidad respecto de los demás actos jurídicos.

4.2.- LEGISLACIONES QUE CONSIDERAN A LA EMANCIPACION COMO ESTADO INTERMEDIO ENTRE LA CAPACIDAD RELATIVA Y LA PLENA CAPACIDAD.

Otra solución que genera la falta de capacidad en personas aptas para tenerla, aparece en los ordenamientos jurídicos que, ante la presencia de circunstancias que hacen imposible la

subsistencia de la incapacidad, establecen la emancipación como etapa intermedia que puede atenuar de algún modo esa carencia de capacidad plena.

En otras palabras, se reconoce que ante determinadas situaciones, el menor de edad necesita inexcusablemente que se le otorgue o se le faculte para actuar como persona capaz; no obstante, tampoco puede soslayarse el hecho de que debido a su minoría, puede resultar inexperto en el manejo de sus asuntos personales, pero sobre todo en los jurídicos y los patrimoniales, y ante tal inseguridad, se estima prudente conservar un régimen de asistencia.

Como podemos observar, esta clase de emancipación no favorece al menor con la plena capacidad, pues no lo equipara al mayor de edad; y como ya lo habíamos señalado, puede otorgarse por ministerio de ley, o ante la autoridad correspondiente, previos los trámites establecidos.

Otro motivo por el que diversas legislaciones adoptan este sistema de emancipación, es porque "la edad núbil o pubertad se alcanza mucho antes que la del pleno discernimiento, y con ella la capacidad suficiente para rechazar o consentir el matrimonio; de ahí la necesidad de establecer un régimen intermedio de capacidad si aquél se realiza, pues no obstante la edad núbil o pubertad, no existe aún el discernimiento necesario para otros actos de la vida civil, por lo que si bien ha de caducar el régimen de representación del menor por manifiesta incompatibilidad con el matrimonio, ha de continuar, aunque en forma muy limitada, un régimen de asistencia" (62).

(62) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Op. cit. pág. 892.

Podemos deducir que los países que adoptan la emancipación como estado intermedio de capacidad, la consideran una especie de noviciado, pues se permite que el menor se adentre gradualmente en el mundo jurídico de los mayores de edad.

Las legislaciones extranjeras que adoptan este sistema son, entre otras:

a) Francia. Que además la considera una institución de orden público, regulándola en sus formas tácita y expresa; siendo irrevocable la primera de ellas e inobjetable una vez decretada, mientras que la otra puede revocarse cuando se compruebe que atenta contra los intereses del menor.

b) España. Que contempla la emancipación tácita por virtud del matrimonio o por alcanzar la mayoría de edad; y también la expresa por concesión del padre o de la madre, y que puede ser otorgada en escritura pública; cabe señalar que ambos tipos de emancipación deben inscribirse en el Registro Civil para que surtan sus efectos contra terceros.

c) Venezuela. Concede la emancipación tanto de manera expresa como tácita, manteniendo un régimen de asistencia en reemplazo del de representación que fenece con la emancipación.

d) Argentina. Sólo admite la emancipación tácita, es decir, por matrimonio o mayoría de edad, subsistiendo a manera de asesoría la tutela para el menor.

Por lo que hace al interior de la República Mexicana, de manera ejemplificativa y por tratarse de los códigos de vanguardia, es importante destacar que el Código Familiar del Estado de Hidalgo, contempla en su artículo 328 la emancipación por matrimonio del menor, con carácter irrevocable aún en los casos de divorcio, muerte o nulidad de matrimonio.

Por su parte, el Código Civil de Veracruz regula dos clases de emancipación: tácita (artículo 571), es decir, la que se produce de pleno derecho en virtud del matrimonio; y la expresa, que pueden otorgarla los padres o los tutores a los mayores de dieciséis años que estén a su cuidado y que demuestren buena conducta y aptitud para el manejo de sus intereses (artículo 572). Hecha la emancipación en cualquiera de sus formas, no puede ser revocada.

El ordenamiento que se comenta, otorga capacidad semi plena al emancipado, pues le establece restricciones para la realización de actos de dominio y ejecución de negocios judiciales.

Podemos concluir que los rasgos característicos de la emancipación, entendida como estado intermedio, en los diversos ordenamientos que la adoptan, son:

- Confiere al menor el libre gobierno de su persona
- Establece a favor del menor la administración y goce de su patrimonio, no así la libre disposición, y
- Prevalece la asistencia al menor, en sustitución del régimen de representación.

4.3.- POSICION QUE ADOPTA EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Del análisis de los artículos 641 y 643 del Código Civil para el Distrito Federal, se deduce por un lado, que este ordenamiento admite la emancipación como estado intermedio entre la incapacidad del menor y la capacidad plena del mayor de edad; y por otro, que contempla únicamente la emancipación por virtud del matrimonio.

Es cierto que en otro momento histórico se aceptó la emancipación expresa, justo cuando la mayoría de edad se alcanzaba a los veintiún años, pero la sociedad evoluciona rápidamente, por lo que tuvo que admitirse que se redujera ese tope a los dieciocho años cumplidos, pues tal y como afirma el licenciado Gutiérrez Leyva: "...no debemos perder de vista que el derecho, como conjunto normativo que regula una realidad social, al mismo tiempo es producto de ella y por ende debe adaptarse a dicha realidad cambiante, pues entre derecho y realidad social existe una interacción" (62).

Ahora bien, como estado intermedio de capacidad, se dice que la emancipación confiere al menor el libre gobierno de su persona, porque provoca en general la caducidad de la autoridad a la que estaba sometido, es decir que nadie, en razón de su capacidad limitada, tiene derecho a corregirlo; por lo que puede realizar respecto de su persona todos los actos propios a la mayoría de edad, como lo son: profesar la religión que le plazca, elegir la profesión que más le guste, adoptar una determinada posición ideológica (ser librepensante), etcétera.

También por efectos de la emancipación, se concede al menor la administración en estricto sentido de su patrimonio, ya que

(62) GUTIERREZ LEYVA, Miguel A. Los factores de las relaciones internacionales. (Tesis), Ciudad Universitaria, México. 1990. págs. 1-2.

como aún no alcanza la plena madurez, se son vedados aquellos actos de disposición referentes a su patrimonio.

Asimismo podemos observar que, aunque la emancipación provoca la extinción de la patria potestad, ésta se reemplaza con un régimen calificado de asistencia, en virtud de que el encargado de la misma tiene por misión prestar su cooperación al menor para los actos jurídicos que debe realizar, ya sea aquilatando su conveniencia o inconveniencia, dejando que el menor los afronte, pero vigilando su ejecución, ya sea por acto de presencia en los casos que lo ameriten u otorgando su autorización para tal efecto.

Por último, nuestro código establece que la capacidad de los emancipados para estar en juicio es restringida, ya que el hecho de estar en juicio conlleva una importancia tal, que quizá supera toda otra en materia de actividades jurídicas, por lo que es menester procurar al menor la asistencia debida para protección de su persona y de sus bienes.

Sin embargo, consideramos que no todas las actuaciones judiciales del menor ameritan la intervención de un tutor, tal es el caso de las jurisdicciones voluntarias y del divorcio por mutuo consentimiento; por lo que sugerimos que se establezca expresamente cuáles juicios o procedimientos requieren, por su trascendencia para la persona y bienes del menor, la intervención de un tutor.

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

CONCLUSIONES

- PRIMERA.- La emancipación es un efecto necesario del matrimonio del menor de edad, que hace cesar sobre él la patria potestad o la tutela y le confiere el libre gobierno de su persona y cierta capacidad jurídica.
- SEGUNDA.- La emancipación sufrió un desarrollo axiológico sorprendente, pues si en épocas primitivas fué considerada como una muestra de repudio hacia el hijo, posteriormente constituyó un reconocimiento a su personalidad y autonomía.
- TERCERA.- Con Justiniano, se instituyó la forma más simple de emancipación que se ha conocido, pues bastaba que el padre manifestara ante un magistrado judicial su voluntad de emancipar a su hijo, para que operaran de inmediato los efectos de dicha declaración.
- CUARTA.- Por efectos de la *venia aetatis*, los menores de edad gozaban de una capacidad semiplena, que los facultaba para el libre gobierno de su persona y para disponer en absoluto de sus bienes muebles y administrar los inmuebles, sin poder enajenar por sí mismo estos últimos sino hasta su mayoría de edad; motivo por el cual señalamos a esta figura como el verdadero antecedente de la emancipación que regula el Código Civil vigente para el Distrito Federal.

- QUINTA.- La emancipación romana, a diferencia de la que regula nuestro Código Civil, otorgaba a una persona *alieni iuris*, la calidad de un *sui iuris*; en otras palabras, liberaba a un sujeto, que incluso podía ser mayor de edad, de la autoridad paterna, para convertirlo en hombre absolutamente libre, con plena capacidad para desenvolverse por sí mismo en todos los actos de su vida.
- SEXTA.- El término "patria potestad" es anacrónico, pues obedece a una situación socio-cultural que actualmente no prevalece, debiendo denominarla mejor como "relación paterno filial".
- SEPTIMA.- La regulación de la patria potestad no es tan compleja ni rigorista como la de la tutela, pues se considera que los padres buscarán siempre el bienestar de sus hijos en función del amor que por naturaleza les profesan.
- OCTAVA.- Estamos en desacuerdo con lo dispuesto en el artículo 417 del Código Civil en el sentido de que en caso de separación de los padres del hijo nacido fuera de matrimonio, éstos tengan que convenir quién de los dos continuará en el ejercicio de la patria potestad; pues debemos tomar en cuenta que los conflictos de los progenitores no deben afectar los intereses superiores de los hijos, y si bien es cierto que sólo uno de los padres debe conservar la custodia en beneficio de la estabilidad física y emocional del menor, también lo es que ambos deben y tienen derecho a ejercer la patria potestad sobre sus descendientes.
- NOVENA.- La adopción es una causa de extinción de la patria potestad en perjuicio del padre natural y debiera adicionarse como una fracción más del artículo 443 del Código Civil.

D E C I M A .- La diferencia entre pérdida, suspensión y extinción de la patria potestad, radica fundamentalmente en que para que sea decretada la primera, es necesario la comprobación de conductas reprochables en perjuicio del menor por parte de los titulares de ese derecho, teniendo efectos definitivos; mientras que en el caso de la suspensión, no es necesario que concurren conductas nocivas para el menor, como cuando los padres son involuntariamente privados de su ejercicio, pero una vez superados los motivos que originaron tal determinación, se reanuda el ejercicio pleno de tal derecho. Por último, la extinción de la patria potestad supone la terminación de la autoridad paternal a la que se encontraba sometido el menor.

DECIMA_PRIMERA.- Nuestra legislación adopta el sistema tutelar mixto, pues en la designación, desempeño y vigilancia de la función tutelar, intervienen instituciones de carácter social, autoridades judiciales y administrativas, y en ciertos tipos de tutela, hasta los propios familiares del incapaz citado.

DECIMASEGUNDA.- De acuerdo a lo establecido en el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles, la declaración de incapacidad por causa de demencia deberá tramitarse en juicio ordinario, a pesar de que se encuentra regulada en el título correspondiente a la jurisdicción voluntaria; por lo que proponemos que se establezca claramente si el procedimiento para la declaración de incapacidad será siempre contencioso o únicamente lo será para el caso de que surja oposición.

DECIMATERCERA.- La tutela dativa es la única excepción al rasgo de subsidiaridad que guarda la figura de la tutela respecto de la patria potestad.

DECIMACUARTA.- Carece de sentido lo dispuesto en los artículos 500, 501 y 502 del Código Civil, pues de conformidad con la investigación realizada, la tutela tiene por objeto primordial cuidar la integridad del incapaz y en segundo término el vigilar su patrimonio; asimismo resulta ilógico que en la hipótesis de que el incapacitado que carecía de bienes, los adquiriera con posterioridad, por ese solo hecho se le tenga que nombrar otro tutor para que se ocupe de su administración; con lo que se entorpece y encarece la labor tutelar. En consecuencia, se hace necesaria la derogación de dichos preceptos.

DECIMAQUINTA.- Consideramos en forma contraria a los autores consultados en este trabajo, quienes afirman que la emancipación es una causa de extinción de la patria potestad o la tutela, ya que en realidad dicha figura jurídica sólo tiene en tal sentido una extinción parcial de la tutela.

DECIMASEXTA.- Las reformas a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en materia de capacidad jurídica, publicadas en el Diario Oficial de la Federación con fecha 23 de julio de 1992, constituyen una muestra del interés legislativo por salvaguardar la dignidad de la persona, sea cual fuere su posición social, edad o causa de su incapacidad, colocándolo en un plano de consideraciones iguales respecto a la generalidad de los demás individuos.

DECIMASEPTIMA.- Por otra parte, tenemos que en algunos preceptos reformados sólo se cambiaron palabras y que no se aprovechó para hacer una revisión integral de la figura de la tutela.

DECIMAOCTAVA.- El Código de Procedimientos Civiles no especifica cuáles serán las funciones del tutor en el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento, deduciéndose que se reducen a una sola: la simple representación del menor para darle validez al acto en que intervenga.

DECIMANOVENA.- Consideramos que si el emancipado ha salido de la patria potestad o de la tutela, no tiene porqué entrar a ella de nueva cuenta en el caso de divorcio por mutuo consentimiento de un menor de edad.

VIGESIMA.- Es innecesaria la presencia del tutor en el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento, pues no se especifican claramente los actos que debe realizar, aunado a la circunstancia de que este procedimiento no tiene carácter litigioso, sino por el contrario, una convergencia de voluntades le dió vida; además de que en base a la sobreprotección institucional que rodea a este procedimiento, los intereses del cónyuge menor y de los hijos quedan debidamente protegidos.

VIGESIMAPRIMERA.- Otro argumento para discutir la presencia del tutor en el procedimiento de divorcio voluntario, lo es el hecho de que por disposición de la ley, el tutor no puede representar al menor en los actos estrictamente personales y el divorcio tiene esa característica.

- VIGESIMASEGUNDA.-** Si la intención del legislador es que el tutor aporte alguna orientación al menor para que no tome una decisión precipitada, cabe señalar que esa función se cumple con las dos juntas de avenencia que preside el Juez de lo Familiar.
- VIGESIMATERCERA.-** La figura del tutor en el divorcio por mutuo con sentimiento sólo tiene un carácter ornamental, burocratizado, costoso y obstaculizador del desarrollo pronto y expedito del procedimiento.
- VIGESIMACUARTA.-** Las facultades discrecionales del juzgador retoman importancia sin igual en el procedimiento judicial de divorcio voluntario, ya que si estima que no se cumplen los requisitos de ley, puede negar la disolución del vínculo matrimonial.
- VIGESIMAQUINTA.-** Proponemos que sólo se instaure la tutela para asuntos judiciales del menor emancipado, cuando los intereses de éste se encuentren en inminente peligro o tengan que defenderse en litigio.
- VIGESIMASEXTA.-** Las legislaciones que equiparan en capacidad al mayor de edad y al emancipado, reconocen a éste capacidad plena, aunque de manera anticipada; por lo tanto, los derechos y obligaciones serán iguales para los mayores de edad y los emancipados.
- VIGESIMASEPTIMA.-** El Código Civil del Estado de Veracruz, en su artículo 576, regula la habilitación de edad como una forma de otorgar anticipadamente capacidad a una persona que ha demostrado tener aptitudes para tenerla, aunque sólo surta efectos este reconocimiento para una especie determinada de actos.

VIGESIMAOCTAVA.- Las legislaciones que otorgan a la emancipación el carácter de estado intermedio, lo hacen *ad cautelam* protegiendo al menor de su propia inexperiencia.

VIGESIMANOVENA.- El Código Civil para el Distrito Federal, adopta la emancipación como estado intermedio entre la capacidad absoluta de la mayoría de edad y la falta de capacidad del menor de edad; pues no le concede plena capacidad al emancipado, sino que se la limita.

T R I G E S I M A.- El menor de edad que contrae matrimonio, se emancipa plenamente por lo que hace a sus asuntos personales, pero en la cuestión de su patrimonio, queda sujeto a un régimen de vigilancia, traducido en la tutela dativa.

BIBLIOGRAFIA

- ARELLANO GARCIA, Carlos. Procedimientos Civiles Especiales. Primera edición. Porrúa; México, 1987.
- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el Derecho. (Relaciones jurídicas conyugales). Segunda edición. Porrúa; México, 1990.
- _____ . La familia en el Derecho. (Relaciones jurídicas paterno- filiales). Primera edición. Porrúa; México, 1987.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo. El Derecho Privado Romano. Sexta edición. Esfinge editorial; México, 1975.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Tercera edición. Porrúa; México, 1987.
- GAYO, Institutas. (Traducción de Alfredo Di Pietro). Tercera edición. Ediciones Abeledo-Perrot; Buenos Aires.
- GUTIERREZ LEYVA, Miguel Angel. Los factores de las relaciones internacionales. (Tesis profesional). Ciudad Universitaria; México, 1990.
- KASER, Max. Derecho Romano Privado. Segunda edición. Editorial REUS; 1982.
- MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Tercera edición. Porrúa México, 1987.

- PEREZ DUARTE y N., Alicia Elena. Derecho de Familia. Primera edición. UNAM; México, 1990.
- PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Segunda edición Porrúa; México 1985.
- PINA, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. I. Decimosexta edición. Porrúa; México, 1989.
- PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Cajica; Puebla México, 1980.
- MADRAZO, Jorge. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Código Civil Comentado. Libro Primero. De las Personas. Segunda edición.. UNAM-Porrúa; México, 1990.

H E M E R O G R A F I A

- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION. (Organo del gobierno constitucional de los Estados Unidos Mexicanos). De fecha 23 de julio de 1992.

L E G I S L A C I O N

- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- CODIGO FAMILIAR REFORMADO Y DE PROCEDIMIENTOS FAMILIARES REFORMADO PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE HIDALGO.

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE VERACRUZ.

INSTRUCTIVO PARA LAS ACTUACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO EN MATERIA DE FAMILIA. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de noviembre de 1990.

O T R O S

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Coedición UNAM-Porrúa. Segunda edición. México, 1987.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomos IX y XVII. Editorial DRISKILL; Buenos Aires, 1982.