

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

“ARAGON”

FALLA DE ORIGEN

LOS DERECHOS DEL MENOR PARA LA
LIBRE DISPOSICION DE SUS BIENES

T E S I S

Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a :

VIRGINIA OLVERA GOMEZ



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.

A mis Hijos:

Vicky , Jorgito, y Karen.

Que siempre están presentes en mi pensamiento y son

la primavera que cada día alienta y motiva mi vida.

Los Amo

A mi Hermano:

Jorge.

**Por ser la persona que creyó en mí, por alentarme día
con día para que continuara adelante y concluyera la
carrera de Derecho, por su confianza y apoyo.**

Gracias

A mi Esposo y mis padres.

**Por compartir conmigo todos los desvelos,
apoyandome y comprendiendome , día con día.**

Gracias.

Al Lic. Fernando Pineda Navarro

**Por ser un ejemplo a seguir en la Abogacia y
en la Docencia.**

**A la Universidad Nacional Autónoma de México,
E.N.E.P. Aragón por abrirme sus puertas y por
los momentos tan agradables que pase en ella.**

**A todas y cada una de las personas que de
una u otra manera me brindaron su apoyo
para que lograra la conclusión de éste
trabajo.**

INDICE

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS DEL MENOR

1.1. ROMA	1
1.2. FRANCIA	7
1.3. O.N.U.	13
1.4. MEXICO	20
1.4.1. EPOCA PRECOLONIAL	20
1.4.2. EPOCA COLONIAL	23
1.4.3. SIGLO XIX	25
1.4.3.1. CODIGO CIVIL DE 1870	26
1.4.3.2. CODIGO CIVIL DE 1884	30
1.4.3.3. LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917	33

CAPITULO II

CONCEPTOS GENERALES

2.1. CONCEPTO DE MENOR	37
2.1.1. DERECHOS	39
2.2. CONCEPTO DE HIJO	41
2.2.1. DERECHOS	43

2.2.2.OBLIGACIONES.....	43
2.3. CONCEPTO DE PUPILO	45
2.4 CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD	45
2.4.1. PADRES	48
2.4.2. ABUELOS	49
2.5. TUTELA	51
2.5.1. REQUISITOS	55
2.5.2. CARACTERISTICAS	56
2.6. REPRESENTACION	58
2.6.1. LEGAL	59
2.6.2. VOLUNTARIA	60

CAPITULO III

LOS DERECHOS DEL MENOR FRENTE A SUS BIENES	63
3.1. DERECHO A ADMINISTRARLOS	67
3.2. DERECHO A USUFRUCTUARLOS	69
3.3. DERECHO A POSEERLOS	72

CAPITULO IV

LOS DERECHOS DEL MENOR PARA LA LIBRE DISPOSICION DE SUS BIENES

4.1. LA EMANCIPACION	75
4.1.1. REQUISITOS	76

4.1.2. ANALISIS DEL ARTICULO 181	79
4.1.3. ANALISIS DEL ARTICULO 643 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE	83
4.2. CONCEPTOS GENERALES Y REQUISITOS DEL TESTAMENTO .	86
4.2.1. CLASES DE TESTAMENTO	90
4.2.2. CAPACIDAD PARA TESTAR	100
4.2.3. CAPACIDAD DEL MENOR PARA TESTAR	103
4.3. INCONGRUENCIA ENTRE LOS ARTICULOS 181 Y 643 RESPECTO AL ARTICULO 1306 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE	106

INTRODUCCION

Durante los dos últimos dos años, tanto en revistas, conferencias o libros, se ha tratado un tema común, nos estamos refiriendo a los derechos del menor o del niño como en algunas legislaciones se le contempla.

Inclusive la O.N.U. ha llevado a cabo una Declaración Universal de dichos derechos, que abarcan diferentes ramas y conceptos.

Por ello y en atención a lo establecido en el código civil para el Distrito Federal que actualmente nos rige ha surgido la preocupación de contemplar los derechos que tiene el menor respecto de su persona, así como de sus bienes, más sin embargo al leer los diferentes preceptos enunciados en el citado ordenamiento legal, encontramos que no existe una concordancia en lo referente a la libre disposición de sus bienes, sobre todo en lo que se refiere a las capitulaciones matrimoniales, emancipación y capacidad para testar.

El Código civil mexicano, para el Distrito Federal nos dice que el hombre dentro de su personalidad tiene una serie de derechos y obligaciones frente al Estado y sus conciudadanos, y los tiene el individuo desde el momento de su concepción hasta su muerte, esto de acuerdo a lo que establece el artículo 22 del mencionado código.

De ésta manera el niño tiene capacidad de goce desde su concepción hasta su muerte.

Mientras que, la capacidad de ejercicio requiere que se cumpla básicamente la mayoría de edad, ésta conforme al derecho mexicano, el individuo la adquiere a los 18 años, de acuerdo a lo que establece el artículo 646 del código civil para el Distrito Federal, y en consecuencia, a partir de este momento el individuo puede ejercer todos sus derechos y obligaciones por sí mismo.

Más sin embargo, existen algunas limitantes o restricciones a la personalidad jurídica; tal como sería la minoría de edad o el estado de interdicción, conforme a lo establecido en el artículo 23 del código civil para el Distrito Federal.

Como podríamos citarlo en el caso de que un menor de 18 años requiera realizar la compra venta de un inmueble, para que ésta sea válida, requerirá de la autorización de quienes ejercen la patria potestad o la tutela, así mismo si un menor de 18 años desea contraer matrimonio requerirá de dicho consentimiento y autorización, so pena de que los actos que se celebren con menores sean inexistentes, debido a la falta de consentimiento.

Como podemos observar en el ejemplo citado anteriormente el menor, o menor emancipado por razón de matrimonio no cuenta con la capacidad para la libre disposición de sus bienes, tal y como lo establece el Código civil en los artículos 181 y 643.

En tanto que el artículo 1306 le otorga al mayor de 16 años y menor de 18 plena capacidad para disponer de sus bienes por medio de testamento, exceptuándose el testamento ológrafo, ya que éste solo podrá ser otorgado por personas mayores de edad conforme lo menciona el artículo 1551 del código civil para el Distrito Federal.

Por lo que sentimos que en estos tres preceptos en su conjunto, contemplan una incongruencia total, ya que mientras unos le niegan la capacidad de disponer de sus bienes, el otro se la otorga .

Debido a ello el objetivo que se pretende con la presente investigación es el de unificar criterios, ya sea el que se le reconozca la plena capacidad para disponer de sus bienes a la edad de 16 años como en su caso lo estipula el artículo 1306 en donde si se le reconoce capacidad para testar y por lo tanto para disponer de sus bienes o bien que ésta capacidad para testar le sea negada, hasta cumplir con la mayoría de edad.

CAPITULO I.

ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS DEL MENOR.

1.1. Roma.

1.2. Francia.

1.3. O.N.U.

1.4. México.

1.4.1. Epoca Precolonial.

1.4.2. Epoca Colonial.

1.4.3. Siglo XIX.

1.4.3.1. Código Civil de 1870.

1.4.3.2. Código Civil de 1884.

1.4.3.3. Ley sobre relaciones familiares de 1917.

• ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS DERECHOS DEL MENOR.

1.1. ROMA.

En el derecho romano la persona debía contar con tres elementos fundamentales:

a) El Status Libertatis, en cuanto a que sean libres y no esclavos, ya que los esclavos no eran considerados personas.

b) El Status Civitatis, referente a que deberían ser ciudadanos romanos y no extranjeros.

c) El Status Familiae referente a que la persona debería ser independiente de la patria potestad del paterfamilias, ahora bien en cuanto a este último inciso Bravo González menciona: *"Se llama paterfamilias a aquel que tiene el señorío de su casa, domus y se le designa correctamente con este nombre aunque no tenga hijo"*¹.

Es decir el paterfamilias es el centro de la domus, él resulta ser el amo de sus esclavos, el único que ejerce la patria potestad sobre sus descendientes, el supremo sacerdote y en resumen la máxima autoridad dentro de su domus.

El paterfamilias era sui iuris, es decir totalmente independiente, de lo que resulta que todos los que vivían bajo su domus eran alieni iuri, cabe aclarar que los alieni iuris eran los esclavos, los hijos, las esposas y aún las nueras in manu.

¹ BRAVO GONZALEZ, AGUSTIN Y VIAL OSTOSKY SARA. Compendio de Derecho Romano, Editorial Pax, México, 1975 p.37.

Por lo que se refiere a la situación de los alieni iuris tenemos:

a) No podían tener propiedades debido a la dependencia total con el paterfamilias, en vista de que podían realizar actos jurídicos pero solo por instrucciones del paterfamilias y en beneficio de éste.

b) Carecían de la capacidad de ejercicio y al respecto Floris Margadant enuncia: *"En cuanto a la capacidad de ejercicio, ésta comienza normalmente con la pubertad, sin embargo en varias etapas se interpuso entre la plena incapacidad y la plena capacidad de ejercicio una zona intermedia, que termina con los veinticinco años"*

c) En materia penal no sucedía lo mismo ya que se tomaba en consideración no la edad sino la capacidad de discernimiento que regularmente era tomado después de la pubertad.

d) El paterfamilias ejercía sobre sus hijos y nietos la patria potestad, respecto a este último punto el padre e incluso el abuelo tienen sobre el menor un poder disciplinario en forma ilimitada toda vez que podía llegar hasta matarlo, aunque la autoridad le imponía la obligación de justificar dicho castigo. De tal manera que podía incluso venderlo o abandonarlo, en caso de que se vendiera solo podía llevarse a cabo en casos de emergencia financiera.

² FLORIS MARGADANT GUILLERMO, Derecho Romano, Décima Edición, Editorial Esfinge, S.A., México, 1981, p.134.

e) La situación del hijo en cuanto a que pudiese adquirir o bien usufructuar un bien propio resulta totalmente negatoria de derecho alguno ya que todo usufructo o peculio que pudiera recibir el hijo debería pasar a formar parte del patrimonio del paterfamilias.

f) Así mismo el derecho romano trataba de proteger a los menores o aquellos que sufrían enfermedades mentales por medio de un tutor, para ello el derecho romano clasificaba al menor de la siguiente manera:

- 1.- Infante.- designado así hasta la edad de 7 años.
- 2.- Impúber.- nombrado con este término de los 7 años al comienzo de su capacidad sexual, es decir, 12 años para las mujeres y 14 para los hombres.
- 3.- Minor.- o también llamado viginti quinque annis, es decir de la pubertad a los 25 años.

Respecto a los dos primeros el tutor se designaba por testamento o por vía legítima. En el primer caso el padre nombraba al tutor en su testamento, en el segundo se elegía al familiar más cercano, y en caso de no existir, era el pretor quien nombraba al tutor en forma oficial.

Las funciones que desarrollaba el tutor consistían en la representación del menor, intervenía en los negocios del pupilo, en caso de que el tutor fuere acusado de fraude en perjuicio de su pupilo, el tutor tenía la obligación de indemnizar por partida doble del daño sufrido.

La tutela terminaba con la muerte, la pérdida de la libertad o de la ciudadanía o por matrimonio cum manu

g) La emancipación en el derecho romano consistía en el acto por medio del cual el jefe de familia hacía salir a su hijo de su patria potestas, haciéndole sui iuris.

A través de la historia del derecho romano la emancipación se llevó a cabo de diferentes maneras que a continuación mencionaremos:

1.- En tiempos remotos la emancipación se utilizó como un castigo, es decir, el pater familias expulsaba a su hijo de la domus.

Este tipo de emancipación no producía efectos jurídicos, ya que la patria potestad prevalecía

2.- Se realizaba por medio de tres ventas ficticias, en este caso el padre

mancipaba a su hijo a un tercero de buena voluntad, éste a su vez lo mancipaba a otro y éste a otro, por lo que después de la tercera mancipación quedaba totalmente rota la autoridad paterna, y por lo tanto el menor adquiría la categoría de sui iuris.

3.- En caso de tratarse de una hija o de un descendiente lejano, bastaba con una sola emancipación.

4.- Posteriormente la mancipación de un hijo se realizaba ante la petición de éste.

Las consecuencias que podemos encontrar en la mancipación de un hijo por el padre serían en su caso las siguientes.

- Únicamente el manumitido se encontraba unido a su antigua familia por la cognación.

- Como sui iuris podía contar con un patrimonio, aunque para ello requería de un tutor.

Por lo que podemos ver en el derecho romano el menor de edad mientras no adquiriera la categoría de sui iuris dependía totalmente del paterfamilias quien era dueño no solo de su patrimonio sino incluso de su propia vida, por lo que los derechos del menor

en esta etapa histórica simple y sencillamente no existieron, aunque los puntos anteriormente mencionados han ido evolucionando, en relación con los peculios que les fueron confiados, y por la creciente frecuencia de la emancipación.

Al respecto Floris Margadant nos dice: "Originalmente, el usufructo del peculio castrense correspondía al paterfamilias, pero el emperador concede un importante privilegio al filiusfamilias: No sólo en caso de muerte del padre el peculio en cuestión sea entregado directamente al hijo, sin entrar en la masa sucesoria, sino que el hijo pueda inclusive disponer por testamento de los bienes que se trata."³

Cabe hacer la aclaración de que en el derecho romano no se habla de mayoría o de minoría de edad como requisito para tener plena personalidad y por lo tanto, capacidad de ejercicio, toda vez que para tener tal capacidad era necesario ser sui iuris, incluso muchos menores de edad eran sui iuris y muchos mayores permanecían siendo alieni iuris.

³ IBIDEM p.200

1.2. FRANCIA.

En el derecho francés la patria potestad no fue abolida sino que se establecieron algunas reformas a la misma, entre ellas; que ya no comprendía a los mayores y solamente se contemplaba a los menores de edad.

Estas reformas representaron críticas de la sociedad francesa ya que el término usado no era propiamente el de patria potestad, ya que en su lugar se utilizaba el término autoridad.

El siglo XIX en el derecho francés fue sumamente importante para los derechos del menor, puesto que surge una serie de leyes netamente protectoras, tales como las que enunciamos a continuación:

- a) Ley sobre el contrato de aprendizaje.
- b) Ley sobre el trabajo industrial.
- c) Ley sobre la protección de los menores empleados en las profesiones ambulantes.

d) Ley sobre la protección de los niños en su primera edad.

e) Ley sobre los pupilos de la nación.

Ahora bien el Código Civil en su artículo 371 establecía "*Que los hijos en cualquier edad deben honrar y respetar a sus ascendientes*"⁴

Como podemos observar en el anterior precepto se conceptualizaban términos morales, a fin de ubicar al hijo en sus obligaciones para con sus padres.

Marcel Planiol manifiesta que "*La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades 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 como tales*"⁵

De la anterior definición sobresalen los siguientes elementos:

a) ¿Quién la ejerce?. A diferencia del derecho romano el derecho francés contempla no solo al padre sino a la madre también.

⁴ PLANIOI MARCEL Y RIPERT GEORGES, Tratado de Derecho Civil, Décima Segunda Edición, Tomo II, Editorial Cadenas Editor y Distribución, México, 1981, p.255.

⁵ IBIDEM, p.251

b) ¿Sobre quién la ejercen?. Sobre los menores de edad. Aquí encontramos otra diferencia con el derecho romano, ya que éste contemplaba también a los mayores de edad siempre y cuando fueran alieni iuris.

c) Obligaciones. Son las cargas del padre y la madre que se traducen en educación y alimentos para con el hijo.

Al respecto cabe aclarar que a pesar de que la ley contemplaba a ambos progenitores como sujetos que ejercen la patria potestad, la preponderancia que la ley establecía era en el sentido de que la madre únicamente la ejercitaba, en los casos de muerte, ausencia, locura o pérdida por el padre de la patria potestad.

A continuación haremos mención en forma por demás somera a los derechos y obligaciones de los padres para con los hijos:

a) Educación. Los padres tienen la obligación de otorgarle a los hijos una educación con bases morales, para lo cual la ley les otorga el derecho de vigilancia, que consiste: En el derecho del hijo a que habite la casa paterna, y en caso de que el hijo no lo hiciera, el padre podía obligarlo, incluso por la fuerza pública, en esta obligación y derecho que tienen los padres para con los hijos, fue otorgada con el objeto de reglamentar las relaciones de los hijos con terceras personas, inclusive podían revisar la correspondencia del menor, tanto la que escribía como la que recibía.

b) El Derecho de corrección. Este derecho facultaba al padre para corregir la conducta del menor, aunque cabe hacer la aclaración que el derecho francés no establecía limitación alguna a dicho derecho, los medios de coacción permitidos por la ley eran:

- 1.- Permitir al padre colocar al hijo como aprendiz.
- 2.- Autorizar al padre a despojar al menor de sus derechos hereditarios.
- 3.- Encarcelar al hijo en cárceles públicas a petición de la autoridad doméstica.

c) Para el ejercicio de estos derechos, el padre tenía la obligación de mantener al hijo, es decir, otorgarle alimento, vestido, casa, gastos de enfermedad, educación, por lo cual y como medio de compensación el código francés le otorgaba a los padres el usufructo legal de sus hijos menores de dieciocho años, es decir percibían los frutos sin rendición de cuentas.

Por lo que tomando en consideración lo mencionado en párrafos anteriores el que gozaba plenamente de los frutos era el padre, en tanto que la madre sólo podía hacerlo en caso de muerte, ausencia, locura o pérdida de la patria potestad del padre. Incluso en los casos de disolución del matrimonio, el usufructo legal lo seguía ejercitando el padre, salvo en los casos en que él hubiere sido el cónyuge culpable.

Como podemos notar los derechos son muy parecidos a los que ejercitaba el paterfamilias en Roma, con la diferencia de la edad y de que no se tenía total poder sobre la vida de los hijos.

Ahora bien el menor podía llevar a cabo su emancipación, es decir, la posibilidad adquirida con el matrimonio para gobernar su persona, gozar y administrar sus bienes, con una capacidad limitada.

Respecto a esa limitante el código francés en sus artículos 481 y 484 establece:

*"Que el menor emancipado puede realizar por sí solo todos los actos que sean de mera administración; respecto a los demás, necesita ser asistido por su curador o llenar las formalidades impuestas al tutor"*⁶

Para el código francés el menor emancipado puede celebrar contratos de arrendamiento, y por lo tanto, cobrar rentas, realizar compra de inmuebles, con la limitación de que no puede enajenarlos, esto de acuerdo con el artículo primero del código de comercio, para hacerlo no necesita obtener el consentimiento de su tutor o ser asistido por su curador, salvo en la limitante ya mencionada.

⁶ PLANIOL MARCEL, Y RIPERT GEORGES, Tratado de Derecho Civil, Ob Cit p.413

Al respecto Marcel Planiol enuncia: *"De ésto resulta que el curador se encuentra casi eliminado: situado entre la libertad de administrar, dejada al menor, y la intervención del consejo de familia requerida para todos los actos importantes, sus funciones son reducidas casi á la nada".*⁷

⁷ PLANIOL MARCEL y RIBERT GEORGES, Tratado de Derecho Civil, Ob. Cit. p.421

1.3. O.N.U.

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Enseguida mencionaremos brevemente los derechos humanos contemplados en dicha declaración:

Artículo 1º.- Se establecen los derechos de libertad, igualdad, y dignidad para todos los hombres.

Artículo 2º.- No existe distinción de raza, color, sexo, idioma opinión política, posición económica o cualquier otra condición.

Artículo 3º.- Menciona el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad.

Artículo 4º.- Prohíbe expresamente la esclavitud o todo tipo de servidumbre.

Artículo 5º.- Del mismo modo establece que ninguna persona será sometida a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 6º.- Establece el reconocimiento a la personalidad jurídica.

Artículo 7º.- El Derecho a la igualdad.

Artículo 8º.- Derecho a recursos efectivos ante tribunales nacionales que amparen al sujeto contra actos que violen sus derechos constitucionales.

Artículo 9º.- Prohibe la detención arbitraria.

Artículo 10º.- Establece la garantía de audiencia y legalidad sobre todo en materia penal.

Artículo 11º.- En el orden penal toda persona se presumirá inocente, hasta que no se pruebe lo contrario.

Artículo 12º.- Nadie será molestado en su vida privada, familia, domicilio o correspondencia.

Artículo 13º.- Derecho al libre tránsito.

Artículo 14º.- Establece el derecho de asilo.

Artículo 15º.- Menciona el derecho a la nacionalidad.

Artículo 16º.- Contempla el derecho de contraer matrimonio.

Artículo 17º.- Toda persona tiene derecho a la propiedad.

Artículo 18º.- Contempla el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión.

Artículo 19º.- Enuncia el derecho a la libertad de expresión.

Artículo 20º.- Cita la libertad de reunión y asociación.

Artículo 21º.- Alude al derecho de participar políticamente en forma activa en su país de origen.

Artículo 22º.- Plasma el derecho a la seguridad social.

Artículo 23º.- Menciona el derecho al trabajo.

Artículo 24º.- Establece el derecho al descanso.

El artículo 25 lo transcribiremos textualmente, debido a que es el que se refiere a los menores.

Artículo 25º "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; Tiene así mismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de subsistencia por causas independientes de su voluntad. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de él tienen derecho a igual protección social".⁸

Artículo 26º.- Establece el derecho a la educación.

Artículo 27º.- Contempla el derecho a participar en la vida cultural y en el progreso científico, así como a la protección de sus intereses por la producción científica, y literaria.

Artículo 28º.- Cita la obligatoriedad del orden social internacional a conservar éstos derechos.

⁸ BURGEOA IGNACIO, *Las garantías individuales*, Vigésima quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1993, p.54.

Artículo 29º.- Sanciona las obligaciones que tiene todo individuo en sus comunidades nacionales.

Artículo 30º.- Establece la no preferencia a estado determinado, grupo o persona que busquen como fin suprimir los derechos contemplados en ésta declaración.

En 1959 la O.N.U., lleva cabo la proclamación de los derechos del niño en la que se contemplan los siguientes puntos:

- a) Todos los niños gozarán de los derechos, sin tomar en cuenta su raza, sexo, idioma, religión opinión política o bien quienes sean sus padres.
- b) Tienen el derecho a crecer y desarrollarse tanto físicamente como espiritualmente en forma sana.
- c) Cuentan con el derecho a un nombre y a una nacionalidad.
- d) Poseen el derecho a cuidado y protección especial, es decir a una buena alimentación, vivienda y atención médica.
- e) Tienen el derecho al amor y la comprensión.

f) El derecho a asistir en forma gratuita a la escuela.

g) También tienen el derecho a expresar sus opiniones y a ser escuchados.

Ahora bien Loreta Ortíz Ahlf menciona: *"La preocupación por los derechos de los niños ha aumentado en los últimos años. Los Estados y Organizaciones Internacionales se han preocupado por mejorar la calidad de vida de la familia y como consecuencia de este objetivo tan general, la situación del niño en cuanto a educación, salud, vivienda, etc., han mejorado en términos generales, aunque recientemente este avance se ha obstaculizado en los países subdesarrollados por los problemas económicos que viven la mayoría de estos países.*

En la época actual se aprecia una urgente necesidad de atacar cierto tipo de problemas, en especial, los referentes a los niños con impedimentos, niños en situación irregular, (entendiéndose por irregular a aquel que se separa del modelo común presentando alguna anomalía o deficiencia somática, psíquica o social), el tráfico de menores y la utilización de menores en actividades bélicas o violentas".⁹

La Organización de las Naciones Unidas a lo largo de su existencia se ha venido preocupando por el respeto de los derechos humanos de cada uno de los Estados

⁹ DERECHOS DE LA NIÑEZ, Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., México 1990 p.241

miembros, de tal manera que en la conferencia internacional de derechos humanos celebrada en Teherán en 1968 se estableció: *"Todos los medios de enseñanza se emplearán de manera tal que los jóvenes se formarán y desarrollarán en un espíritu de respeto por la dignidad humana y por la igualdad de los derechos de los seres humanos. Consideró que la base de esa educación, era la formación objetiva y encareció que se adoptaran todas las medidas apropiadas para estimular el interés por los problemas del mundo en preparar a la juventud para desenvolverse en la sociedad".*¹⁰

Diez años más tarde, la U.N.E.S.C.O. organiza en Viena un Congreso Internacional sobre la enseñanza de los Derechos Humanos que tuvo como resultado el llevar a cabo planteamientos sobre técnicas y estímulos para conseguir y cumplir tal objetivo.

¹⁰ ABC DE LOS DERECHOS HUMANOS, S.I.E.P., México, 1992, p.10

1.4. MEXICO.

Los derechos del menor como persona y como miembro de un grupo han ido variando en sus diferentes épocas como veremos a continuación.

1.4.1. EPOCA PRECOLONIAL.

Antes de la llegada de los españoles existieron diferentes pueblos, dentro de los cuales consideramos el de mayor importancia el pueblo azteca.

Dicho pueblo contaba con una organización social perfectamente establecida en la que el rango superior se encontraba integrado por el *Tlatoani*, es decir el rey, y su familia, en segundo lugar encontramos la clase sacerdotal y a los militares de alto rango, siguiendo en línea descendente encontramos a los *pipiltzin*, es decir los caballeros o hidalgos, que debido a sus dotes militares, administrativas o comerciales, el *tlatoani* les había otorgado el título de caballeros o príncipes.

El siguiente escalón en la estratificación social de los aztecas se encontraba los *macehuales* o gente del pueblo.

El último estrato social correspondía a los esclavos, pero con una esclavitud diferente a la existente en Europa, ya que los esclavos podían adquirir su libertad y sus hijos no nacían necesariamente como esclavos.

Respecto a los *macehuales*, éstos se encontraban organizados en *calpullis* o barrios, cada *calpulli* contaba con un consejo de ancianos cuya función primordial consistía en otorgar las tierras existentes en el barrio a los jefes de familia para su sostenimiento.

Su organización familiar se caracterizaba por una monogamia o bien una poligamia, ello debido a los recursos económicos con que contaba el varón; éste podía tener una esposa y un número indeterminado de concubinas.

Los hijos comenzaban su instrucción en el hogar, de tal manera que durante los primeros años era la madre la que se encargaba de su educación, posteriormente tomando en consideración el sexo era el padre el que se encargaba de instruir a sus hijos varones a fin de enseñarles su oficio, mientras que las mujeres se quedaban al cuidado de la madre para aprender actividades domésticas.

A los 15 años comenzaban su educación escolar, en el *Calmecac* dedicado para los nobles o en el *Tepochcalli* para los miembros del pueblo; en el primero se les enseñaba fundamentalmente religión y enseñanzas de tipo militar, así como también se les enseñaba a leer y escribir códices, historia y astrología, en tanto que en el segundo se les preparaba para la guerra, el manejo de las armas, prácticas religiosas y normas generales de conducta ciudadana.

Los aztecas contaban con una moral sumamente rígida por lo que desde la infancia el individuo debía seguir una conducta social correcta por lo que en caso de violación a la ley se les aplicaba castigos de una total severidad, tales como si faltaban a la castidad o eran negligentes, se les punzaba con estacas de encino, se les quemaba con ocotes de encino o los apaleaban, como prueba de ello Fray Bernardino de Sahagún refiere "*Que en los casos graves llegaba la pena hasta ahorcar, azotar o quemar vivo al delincuente. Así la clase sacerdotal condenaba y castigaba a los que les pertenecían*".¹¹

De tal manera que en esta época los hijos se encontraban totalmente sujetos a la patria potestad del padre y posteriormente cuando entraban al *calmecac* o *tepochcalli* en su caso, la autoridad la ejercían los sacerdotes o maestros que los instruían.

¹¹ CHIAVERO ALFREDO D. México a Través de los Siglos, Tomo I, Décimo Primera Edición, Editorial Cumbre, S.A., México, 1974, p. 580.

1.4.2. EPOCA COLONIAL.

A la conquista de nuestra tierra que comprendió no solo México, sino también gran parte de otros territorios de América siguió un período de dominación económica, social, política y religiosa, que llamamos Colonia.

A la conquista militar de México, le siguió inmediatamente la espiritual que tenía como fin inmediato el de catequizar a los indígenas e instruirlos en la doctrina cristiana.

La Nueva España era una posesión de la Corona de Castilla; es decir, del reino más importante de España. La autoridad máxima en México era el virrey, éste era un representante directo del rey, ya que él era quien lo nombraba.

El virrey tenía las funciones de gobernador, presidente de la Audiencia, capitán de los ejércitos y protector de la iglesia.

Por lo que podemos deducir que el virrey se encargaba de dirigir la política del virreinato, ver que se hiciera justicia y administrar la economía de la nueva España.

Además del virrey, había en la Nueva España dos Audiencias o tribunales superiores cuyos funcionarios se encargaban de hacer justicia y asegurarse que las leyes se cumplieran.

Por ser México una colonia española, se regía a través del virrey por las leyes establecidas en España, entre las que podemos mencionar:

Las leyes del Toro, mismas que ordenaron en cuanto al tema que nos ocupa lo siguiente " *Que el hijo o hija emancipado adquiriese para sí el usufructo de todos sus bienes advenicios, por tanto, el padre el de la parte que las partidas de conformidad con Justiniano le asignaban*".¹²

¹² PUIG IPIÑA FEDERICO, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f, p.152.

1.4.3. SIGLO XIX.

El siglo XIX inicia con un panorama de insalubridad, miseria y un alto número de desempleados, se menciona: " *La capital era una ciudad sobrepoblada de menesterosos y adornada con dos o tres docenas de suntuosos edificios. Hacia 1813 de los ciento veinte mil habitantes de la ciudad de México, apenas dos mil eran dueños de sus casas (considerando como casas los jacales). Solo la mitad de las personas en edad de trabajar (Que era entonces de 12 años) tenía empleo fijo, y aún éstos no recibían salario alguno, ni tenían jornadas fijas; se trabajaba a destajo y la paga en el mejor de los casos se realizaba en especie mediante vales para tiendas de raya o expendios similares.*"¹³

Ante ésta situación, agravada por el latifundismo, y el problema de las costas, se inicia en México el movimiento insurgente, en 1810, culminando con la Independencia en 1821.

Durante gran parte del siglo XIX la sociedad civil se vio regida por las normas jurídicas de la época colonial, más sin embargo en algunos estados de la República como en Oaxaca, Jalisco y Zacatecas se realizaron códigos en materia civil pero en cuanto al tema que nos ocupa nos avocaremos al análisis del código civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California , abarcando los temas que consideramos pertinentes para la realización de este trabajo.

¹³ HISTORIA GRAFICA DE MEXICO, Tomo V, Editorial Patria, Instituto Nacional de Antropología e Historia, p.5.

1.4.3.1. CODIGO CIVIL DE 1870.

El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, comenzó a regir a partir del 1o. de marzo de 1871.

Respecto al tema en estudio éste código contemplaba lo siguiente:

a) Por lo que se refiere a la patria potestad, ésta se ejercía sobre los bienes y la persona de los hijos, por el padre, la madre, el abuelo paterno, el abuelo materno, así como por las abuelas en primer término la paterna y después la materna. Esto de acuerdo a los artículos 391 y 392 del citado ordenamiento jurídico.

Cabe mencionar que la madre o demás ascendientes que nombra el artículo 391 no ejercerán la patria potestad; salvo que el llamado preferentemente, en este caso el padre haya muerto, este sujeto a interdicción o se encuentre ausente.

Artículo 401.- " Los bienes del hijo mientras se esta bajo la patria potestad, se dividen en cinco clases que se mencionan a continuación.

1.- Bienes que proceden de donación del padre.

2.- Bienes que proceden de donación de la madre, o de los abuelos, aún cuando la madre o los abuelos esten ejerciendo la patria potestad.

3.- *Bienes que proceden de donación de los parientes colaterales, o de personas extrañas, aunque éstos y los de la segunda clase se hayan donado en consideración al padre.*

4.- *Bienes debidos a don de la fortuna.*

5.- *Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto sea cual fuere*".¹⁴

Respecto a los bienes de la primera clase los bienes pertenecían al hijo, pero la administración le correspondía al padre, el artículo 402 otorgaba al padre la facultad de concederle al hijo la administración de los bienes, así como establecer la proporción de los frutos, por lo que si el padre no establecía dicha proporción, se entendía que el hijo recibía únicamente la mitad de los frutos.

En relación a los bienes citados en la segunda, tercera y cuarta clase, de acuerdo al artículo 403 le correspondía la propiedad y la mitad del usufructo al hijo, en tanto que al padre le correspondía la administración y la otra mitad del usufructo.

Este precepto facultaba al padre a otorgarle, al hijo, la administración, la mitad del usufructo que le correspondía o bien ambas cosas.

¹⁴ CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA de 1870, Edición Oficial, Editorial José Batiza, México, 1870, p.78.

En cuanto a los bienes de la quinta clase, le correspondía al hijo tanto la propiedad, la administración y el usufructo.

Como podemos observar el padre, tenía amplias facultades respecto de los bienes del hijo, pudiendo enajenar o gravar dichos bienes, por causa de absoluta necesidad y previa autorización del juez competente, ésto de acuerdo con el artículo 409 del código civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870.

b) Emancipación. El artículo 689 del citado ordenamiento establecía:

" El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación, aunque el matrimonio se disuelva después por muerte, el cónyuge sobreviviente que sea menor, no recaerá en la patria potestad" ¹⁵

Del mismo modo el artículo 690 establecía la edad para que se pudiera emancipar un menor, requiriéndose ser mayor de 18 años y menor de 21, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de quien ejerza la patria potestad y con la aprobación del juez competente.

El artículo 692 contemplaba lo siguiente:

¹⁵ IUDICEM, p.123.

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

I) Del consentimiento del que lo emancipó para poder contraer matrimonio antes de llegar a la mayoría de edad, si el que otorgó la emancipación, ha muerto o esta incapacitado legalmente, al momento en que el emancipado intenta casarse, necesita éste el consentimiento del ascendiente a quien corresponda darlo, conforme a los artículos 165 y 166, y en su defecto el del juez.

II) De la autorización del que lo emancipó, y a falta de éste , de la del juez, para la enajenación, gravámen o hipoteca de bienes y raíces.

III) De un tutor para los negocios judiciales".¹⁶

La mayoría de edad de acuerdo a este código comenzaba a los 21 años, por lo que, el varón mayor de edad podía disponer libremente tanto de sus bienes como de su persona, no así, las mujeres mayores de 21 pero menores de 30 años, ya que no podían dejar la casa paterna, sin consentimiento del padre o de la madre, salvo en el caso en que ella se casara, o cuando el padre o la madre hayan contraído nuevo matrimonio.

¹⁶ *IBIDEM* p. 124

De lo anterior podemos decir que el código civil de 1870, sin mencionarlo contemplaba al paterfamilias, es decir se le otorgaba amplísimas facultades respecto de los bienes del menor sujeto a su patria potestad y respecto a la persona de la hija, prevalecía un dominio extremo, quizá por las costumbres de la época y de los prejuicios sociales.

1.4.3.2. CODIGO CIVIL DE 1884.

El código civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884 contemplaba lo siguiente respecto al tema en estudio:

a) Patria potestad.- Esta se ejercitaba sobre la persona y bienes de los hijos, por el padre, la madre, el abuelo paterno, el abuelo materno, la abuela paterna y la abuela materna, ésto de acuerdo al artículo 366 del ordenamiento de referencia.

El artículo 374 establecía: *" El que ejerce la patria potestad es legítimo representante de los que están bajo de ella, y la administración legal de los bienes que les pertenecen conforme a las prescripciones de este código" .¹⁷*

Igual que el anterior código, éste en su artículo 365 clasificaba los bienes del hijo sujeto a la patria potestad estableciendo lo siguiente:

¹⁷ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA DE 1884, Edición Oficial, Tip. y Lit. La Europea de J. Aguilar Vera y Cia., México 1884, p.64.

Artículo 365 " Los bienes del hijo, mientras esta bajo la patria potestad se dividen en seis clases:

- 1.- Bienes que proceden de donación del padre.*
- 2.- Bienes que proceden de herencia o legado del padre.*
- 3.- Bienes que proceden de donación, herencia o legado de la madre o de los abuelos, aún cuando alguno de los citados estén ejerciendo la patria potestad.*
- 4.- Bienes que procedan de donación, herencia, o legado de los parientes colaterales o de personas extrañas, aunque éstos y los de la tercera clase se hayan donado en consideración al padre.*
- 5.- Bienes debidos a don de la fortuna.*
- 6.- Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto seu cual fuere".¹⁸*

Los bienes de la primera clase correspondían en propiedad al hijo y la administración al padre, dándole facultades al mismo para otorgar la administración y los frutos.

¹⁸ *IBIDEM*, p. 70.

En relación a los bienes establecidos en la segunda, tercera, cuarta y quinta clase, la propiedad y la mitad del usufructo le correspondían al hijo, mientras que la otra mitad y su administración le correspondía a quien ejerciera la patria potestad.

Por lo que el hijo tenía la administración y usufructo, únicamente de los bienes que adquiriese por su trabajo.

b) Emancipación._ Respecto a este tema éste código seguía los mismos lineamientos que el anterior, incluso el dominio sobre las hijas, hasta en tanto no cumpliesen los 30 años.

De tal manera que en este código el único cambio que contempló con relación al código anterior es respecto a la clasificación de los bienes, al hablar, no solamente de donaciones, ya que introduce otros conceptos, tales como, herencias y legados, ampliando con ello la clasificación otorgada por el artículo 401 del código civil de 1870.

1.4.3.3. LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Respecto al tema en estudio, la presente ley establecía que la mayoría de edad se adquiría a los 21 años.

En relación a la patria potestad, en su artículo 241 contemplaba que ésta se ejercía por:

- a) Por el padre y la madre.
- b) Por el abuelo y abuela paternos.
- c) Por el abuelo y abuela maternos

Los efectos de la patria potestad respecto a los bienes del hijo, ésta ley no contemplaba la distinción de bienes a que hacían mención los anteriores códigos, por lo que los englobaba en el artículo 247, que al respecto establecía lo siguiente:

Artículo 247. " Los que ejercen la patria potestad, son los legítimas representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de ésta ley" ¹⁹

¹⁹ LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917, Comentada y Concordada por el Código Civil Vigente en el Distrito Federal, Segunda Edición, Edición Oficial, México 1923, p. 82

Debido a tal administración se les otorgaba la mitad del usufructo de los bienes administrados, pudiendo enajenar o gravar solo en caso de extrema necesidad o evidente utilidad, previa la autorización del juez competente.

La emancipación se encontraba establecida en los artículos 475 a 477. Esta ley establecía la misma situación que los códigos ya analizados, salvo lo establecido en el artículo 477 que mencionaba lo siguiente:

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

Al igual que en el código anterior ésta ley disponía lo mismo para los mayores de edad, inclusive le seguía dando el mismo tratamiento a la mujer, toda vez que ésta solo podía dejar su casa paterna por matrimonio de ella o de sus progenitores antes de cumplir los 30 años.

Consideramos que esta ley tuvo poca aceptación debido al pensamiento liberal que predominaba en ella, así como al caos político social en que se encontraba nuestro pueblo.

Mencionamos que es del todo liberal en lo que se refería al divorcio, ya que es hasta que aparece ésta ley cuando se le contempla al divorcio como la disolución del vínculo matrimonial, mientras que en el código civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884 menciona que el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial, sino que suspende algunas de sus obligaciones civiles.

Del mismo modo y en relación al tema que nos ocupa llego a tener diferencia acerca de las personas que ejercen la patria potestad, ya que en el código de 1884 en su artículo 366 se enumeraba las personas que debían ejercerla, siendo las que a continuación se mencionan:

El Padre.

La madre.

El abuelo paterno.

El abuelo materno.

La abuela paterna.

La abuela materna.

Mientras que ésta ley en su artículo 241 indicaba que la patria potestad se ejercía por:

El padre y la madre.

El abuelo y la abuela paternos.

El abuelo y la abuela maternos.

Como podemos notar en el código civil de 1884 se daba preferencia a los varones y en línea paterna, mientras que en la Ley de Relaciones Familiares de 1917 la patria potestad se ejercía por ambos ascendientes aunque prefiriéndose los paternos.

Así como tampoco contempla si los bienes de los hijos eran producto de donaciones, testamento o legado, ya que hablaba de bienes en términos generales.

CAPITULO II.

CONCEPTOS GENERALES.

2.1. Concepto de Menor.

2.1.1. Derechos.

2.2. Concepto de Hijo.

2.1.1. Derechos.

2.1.2. Obligaciones.

2.3. Concepto de Pupilo.

2.4. Concepto de patria potestad.

2.4.1. Padres.

2.4.2. Abuelos.

2.5. Tutela.

2.5.1. Requisitos.

2.5.2. Características.

2.6. Representación.

2.6.1. Legal.

2.6.2. Voluntaria.

CONCEPTOS GENERALES.

Son diversos los conceptos necesarios para el mejor entendimiento del presente tema, muchos de ellos han sido analizados someramente al estudiar lo establecido por legislaciones que forman parte de nuestro pasado legislativo por lo que a continuación analizaremos brevemente cada uno de ellos.

2.1. CONCEPTO DE MENOR.

Rafael de Pina nos menciona que menor es: "*La persona que no ha cumplido todavía los 18 años de edad (En México)*".²⁰

Este concepto tan generalizado está íntimamente relacionado con la capacidad, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 23 de nuestro actual código, la menor edad, es una restricción a la personalidad jurídica, requiriéndose la presencia de un representante para ejercitar derechos y contraer obligaciones.

El menor de edad cuenta con la capacidad de goce, misma que para el licenciado Rojina Villegas es: "*La aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto*

²⁰ PINA RAFAEL DE y PINA VARA RAFAEL., Diccionario de Derecho, Décima Octava Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1992, p. 371.

*de obligaciones*²¹

Nuestro código civil para el Distrito Federal en su artículo 22 establece que la personalidad jurídica se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.

Cabe hacer la aclaración que en la parte final del citado artículo acerca de los efectos declarados en el presente código, no son otros que para ser heredero, legatario (Artículo 1314) o donatario (Artículo 2357)

²¹ PINA VILLIGAS RAFAEL. Compendio de Derecho Civil, Tomo I Décima Séptima Edición, Editorial Porrúa S.A. México 1980 p.158.

2.1.1. DERECHOS.

Por lo que se refiere a los derechos del menor, éstos ya fueron mencionados en el capítulo que antecede, más sin embargo recordemos que éstos se encuentran establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, misma que contempla al menor como: "*Toda persona menor de 18 años, salvo que en virtud de la ley de su país, hayan alcanzado antes la mayoría de edad*".²²

Las disposiciones de las Convención se basan en el principio de la no discriminación, se aplican a todos los niños independientemente de su raza, color, sexo, idioma, opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social.

Independientemente de éstos derechos debemos mencionar los derechos otorgados por nuestra legislación, en cuanto a:

a) Los hijos habidos de matrimonio, mismos que tienen el derecho a llevar los apellidos de los padres, y tener los derechos y obligaciones que la ley les confiere debido a ese parentesco, como en su caso sería el que se presuman hijos de matrimonio los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio, así mismo los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o divorcio., éste termino se contará en los casos de divorcio o nulidad desde que de hecho quedaron separados los

²² DERECHOS DE LA NIÑEZ, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. Ob. Cit. p. 16.

cónyuges por orden judicial (Artículo 324)

Los hijos habidos fuera de matrimonio tienen el derecho a la legitimación, siempre y cuando sus progenitores contraigan matrimonio, entendiéndose por legitimación el reconocimiento que hacen los progenitores del hijo, antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo o durante él, haciendolo ambos padres, junta o separadamente.(Artículo 354 y 355).

b) Alimentos. El artículo 285 establece: Que aunque el padre o la madre pierdan la patria potestad quedan sujetos a las obligaciones que tienen para con sus hijos, así mismo el artículo 287 en su parte final nos dice que los consortes divorciados tendrán la obligación de contribuir , en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayor edad.

Cabe hacer mención que éste último derecho que tienen los hijos, es recíproco toda vez que ellos también tienen la obligación de proporcionar alimentos a sus padres, tal y como lo establece el artículo 304 del código civil vigente.

Respecto a la personas que tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos, el artículo 315 establece que, puede ser el acreedor alimentario, el ascendiente que le tenga bajo su patria potestad, el tutor, los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado y el ministerio público.

2.2. CONCEPTO DE HIJO.

La palabra hijo proviene del vocablo latín filius que equivale a la procedencia de los hijos respecto de sus padres.

Para el maestro Rafael de Pina hijo es: "*La designación del parentesco que liga a cada persona con los que la engendran*".²³

Nuestro código civil para el Distrito Federal, en su libro I, título séptimo denominado de la paternidad y filiación establece, dos tipos de hijo; el hijo nacido dentro del matrimonio y el hijo habido fuera del matrimonio.

Más sin embargo en el libro I, título cuarto, capítulo II de las actas de nacimiento, el legislador establece otra clasificación totalmente diferente en la que se refiere a:

- a) Hijo nacido dentro de matrimonio (Artículo 59)
- b) Hijo nacido fuera de matrimonio (Artículo 60)
- c) Hijo adulterino (Artículo 62)

²³ PINA RAFAEL, DE, Diccionario de Derecho, Ob. Cit. p. 308.

d) Hijo incestuoso (Artículo 64)

e) Hijo espósito (Artículo 65)

Del mismo modo se establece una otra modalidad, en cuanto a la definición de hijo, misma que se señala en el libro I, título séptimo, capítulo V referente a la adopción, que conceptualiza al hijo adoptivo en el artículo 391, ya que menciona que el marido y la mujer podrán adoptar cuando los dos esten conformes en considerar al adoptado como hijo, así mismo el artículo 396 establece que el adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo.

Aunque consideramos oportuno manifestar que la clasificación anteriormente expuesta únicamente se realiza para efectos de manifestar el nombre del padre, ya que la madre no tiene el derecho de dejar de reconocer al hijo, teniendo la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo, sin que se mencione en la misma si el hijo es considerado como se estableció en la clasificación anterior.

Por lo que se refiere a los hijos habidos dentro o fuera de matrimonio, el legislador de 1928 suprimio la diferencia que se establecia entre ambos, procurando que unos y otros gozasen de los mismos derechos.

Al referirnos a los códigos civiles del siglo pasado, éstos contemplaban la clasificación anterior agregandole a la misma, los hijos bastardos, naturales y espurios.

2.2.1. DERECHOS.

Los derechos del hijo (s) son semejantes a los derechos del menor, enunciados con anterioridad, en nuestra legislación vigente en su artículo 308, se establece el derecho de los hijos a recibir por parte de los padres alimento, recordemos que los alimentos incluyen: Comida, vestido, habitación, asistencia en casos de enfermedad, gastos necesarios para la educación a fin de proporcionarle un oficio, arte o profesión honestos.

2.2.2. OBLIGACIONES.

Con referencia a las obligaciones de los hijos para con sus padres, el artículo 411 del código civil vigente establece la obligación del hijo cualquiera que sea su estado, edad y condición a honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Al igual que el tema anterior, el artículo 304 establece la obligación de los hijos a proporcionar alimentos a los padres de acuerdo a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos.

Al respecto la doctora Carmen García Mendieta menciona: "*Este deber tiene su fundamento en la moral, que debe regir siempre en las relaciones paterno filiales. La familia como célula básica de la sociedad, requiere que las relaciones entre sus miembros reposen sobre un principio de respeto y dignidad mutua. Cualquiera que sea la edad y*

condición de los hijos, deben honrar y respetar a sus ascendientes, por lo cual éste deber no se acaba al alcanzar la mayoría de edad.

Mientras el hijo es menor de edad, el deber impuesto por el precepto 411 se complementa con el deber de obediencia hacía quienes ejercen la patria potestad.

La presente es una norma de las llamadas leyes minus quam perfectae, porque no es posible erigir coactivamente su cumplimiento".²⁴

²⁴ Consultese a CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, COMENTADO, CFR Libro I, de las Personas, Tomo I, Segunda Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., Miguel Angel Porrúa Editor, México, 1989, p.283.

2.3. CONCEPTO DE PUPILO.

Son pocos los autores que hacen referencia al concepto de pupilo, ya que conceptualizan a la tutela, sin mencionar específicamente la definición de pupilo.

Por su parte el licenciado Rafael de Pina menciona que la palabra pupilo es:

" La persona que por su estado de minoridad esta sujeta bajo tutela".²⁵

Más sin embargo es necesario aclarar que pupilo también lo es el mayor incapacitado sujeto a interdicción , como en su caso lo menciona la fracción II del artículo 450 del código civil para el Distrito Federal.

De tal manera que para poder entender el concepto de pupilo es necesario analizar la definición y características de la tutela que veremos más adelante.

2.4. PATRIA POTESTAD.

Son diversos los tratadistas que nos hablan de la patria potestad, entre ellos el profesor Edgar Baqueiro Rojas que conceptualiza a la patria potestad como: *" El conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así*

²⁵ RAFAEL DE PINA DE, Diccionario Jurídico, Ob. Cit. p. 426.

como para que administren sus bienes y los representen en tal período".²⁶

2.4 Patria Potestad

Por lo que la patria potestad es una institución derivada de otra llamada filiación, entendiéndose por filiación la relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre la madre y su hijo, ésta situación crea el parentesco en primer grado y su repetición produce las líneas como por ejemplo la línea recta ascendente, la que es contemplada también en la patria potestad, así pues podemos resumir a la patria potestad como el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes, llameseles padres o abuelos respecto de la persona y bienes del descendiente menor de edad no emancipado.

Aunque es menester aclarar que la patria potestad también abarca el parentesco civil, en el caso de la adopción.

De la anterior definición sobresalen los siguientes elementos:

- a) Derechos y obligaciones de las personas que la ejercen, de lo que se desprende lo siguiente:

²⁶ BAQUERO ROJAS EDGAR Y HUEN ROSTRO HAEZ ROSALIA, Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial Harla, México, 1990, p. 493.

1.- Los padres o abuelos tienen la obligación de custodiar al menor y de vivir con él.

2.- Tanto los padres como los abuelos son representantes del menor, quien no puede contraer obligación alguna ni comparecer en juicio sin su autorización.

3.- Se le debe otorgar al menor, educación, ya se ha hecho mención en temas anteriores que los alimentos incluyen a la educación.

4.- Tienen el derecho y la obligación de corregir, más sin embargo hasta antes de 1974 se les otorgaba los padres y abuelos, la facultad de castigar mesuradamente, dicha facultad actualmente fué suprimida, ya que nuestra legislación actual se rige por el principio de igualdad e interés del menor, así como también las normas penales han variado en el mismo sentido, hasta las reformas de 1983 el código penal declaraba como no punibles a las lesiones inferidas en uso de la facultad de corregir, siempre que tardaran en sanar menos de 15 días y no se abusare del derecho por parte de quien ejerciese la patria potestad, actualmente en el artículo 295 del código penal castiga al que en ejercicio de la patria potestad infiera lesiones a un menor y le impone además la suspensión o privación de ese ejercicio.

5.- Derecho a nombrar tutor testamentario.

b) Derechos y obligaciones respecto a los bienes del menor.

1.- Derecho a administrar los bienes, que adquiera el menor por cualquier otro título exceptuándose de ésta administración los bienes que adquiera por su trabajo.

2.- Derecho al usufructo. en un 50% de acuerdo al artículo 430

2.4.1. PADRES.

Los padres son sujetos activos de la patria potestad, esto significa que el ejercicio de la misma sobre los hijos, recae sobre el padre y la madre conjuntamente si viven juntos o bien por uno de ellos en caso de muerte, o por haber incurrido en la pérdida de la misma, en los casos de divorcio se estará a lo dispuesto por el artículo 283 del código civil para el Distrito Federal.

El artículo 414 lo menciona en su primer párrafo, siempre y cuando sea hijo de matrimonio.

Cuando se trate de hijo habido fuera de matrimonio y ha sido reconocido por ambos, si viven juntos, los dos ejercerán la patria potestad, en caso contrario convendrán cual de los dos ejercerá la custodia, si no se pusieren de acuerdo el juez de lo familiar

b) Derechos y obligaciones respecto a los bienes del menor.

1.- Derecho a administrar los bienes, que adquiera el menor por cualquier otro título exceptuándose de ésta administración los bienes que adquiera por su trabajo.

2.- Derecho al usufructo. en un 50% de acuerdo al artículo 430

2.4.1. PADRES.

Los padres son sujetos activos de la patria potestad, esto significa que el ejercicio de la misma sobre los hijos, recae sobre el padre y la madre conjuntamente si viven juntos o bien por uno de ellos en caso de muerte, o por haber incurrido en la pérdida de la misma, en los casos de divorcio se estará a lo dispuesto por el artículo 283 del código civil para el Distrito Federal.

El artículo 414 lo menciona en su primer párrafo, siempre y cuando sea hijo de matrimonio.

Cuando se trate de hijo habido fuera de matrimonio y ha sido reconocido por ambos, si viven juntos, los dos ejercerán la patria potestad, en caso contrario convendrán cual de los dos ejercerá la custodia, si no se pusieren de acuerdo el juez de lo familiar

resolverá, siempre y cuando lo hayan reconocido simultáneamente.

En caso de adopción sólo el adoptante puede ejercer la patria potestad.

Cabe hacer mención que el licenciado José de Jesús López Monroy menciona: "*La filiación es el vínculo de unión de los hijos con los padres; la relación entre los padres y los hijos recibe el nombre de paternidad y de maternidad, el padre engendra al hijo, la madre lo concibe*".²⁷

2.4.2. ABUELOS.

Rafael de Pina menciona que por abuelo debe entenderse:

" En relación con una persona determinada el padre o la madre de sus progenitores ".²⁸

El artículo 414 en su fracción II y III establece las personas que ejercerán la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, por su parte el artículo 418 indica que a falta de padres la patria potestad sera ejercida por las personas señaladas en el artículo 414 fracción II y III en el orden que lo determine el juez de lo familiar dependiendo las circunstancias del caso.

²⁷ Consultese a, CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL COMENTADO, CFR, Libro I de las Personas, Tomo I, Segunda Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., p.232.

²⁸ PINA RAFAEL DE, Diccionario de Derecho, Ob. Cit. p. 19.

Para concluir con el tema de la patria potestad haremos una comparación entre la patria potestad romana y la actual institución.

La patria potestad romana estaba instituida en beneficio del grupo familiar representado por el paterfamilias, mientras que la actual se establece en beneficio del menor.

En Roma era facultad del paterfamilias, o sea del varón, nunca de la mujer, actualmente es facultad de la pareja, si viven juntos o están casados, en los casos en que los padres estén divorciados y no exista un convenio entre los padres acerca de quien ejercerá la patria potestad, será el juez de lo familiar quien determine quien la ejerza, según las circunstancias del caso; por lo que se refiere al caso en que los padres no estén casados y que vivan juntos se estará a lo dispuesto por los artículos 380 y 381 del código civil para el Distrito Federal.

Otra de las diferencias que encontramos es que en Roma la patria potestad era perpetua, mientras viviera el paterfamilias, independientemente de la edad del hijo, entre tanto, actualmente se encuentra limitada por la minoría de edad del hijo y termina por la emancipación o la mayoría de edad.

2.5. TUTELA .

Servio Sulpicio establecía que: *" La tutela es un poder dado y permitido por el derecho civil sobre una cabeza libre para proteger a quien a causa de su edad no puede defenderse por sí mismo".*²⁹

Para Sara Montero Duhalt la tutela es: *" La institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad, y de los menores de edad, no sujetos a patria potestad".*³⁰

Para algunos autores la tutela es una función pública, por medio de la cual el Estado otorga protección a la infancia para otros en cambio es una actividad privada.

El código civil en su artículo 449 establece que el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley.

²⁹ Consultese a PETIT EUGENIE, CFR, Derecho Romano, Editora Nacional, México, 1976, p. 125.

³⁰ MONTERO DUHALT SARA, Derecho de Familia, Quinta Edición, Editorial Porrúa S.A. México, 1992, p. 30.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados.

Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413, siendo éstas las resoluciones de acuerdo con la ley de previsión social de la delincuencia infantil en el Distrito Federal.

De tal manera que la tutela es una representación ya que como se analizará más adelante la representación es el acto por el cual una persona puede actuar en nombre y por cuenta de otra, más sin embargo de acuerdo a lo establecido en el artículo 1801 nadie puede contratar en nombre de otro sin estar autorizado por la ley.

Brevemente describiremos las clases de tutela contempladas en el código civil vigente para el Distrito Federal.

a) Tutela testamentaria. Es la que debe de desempeñar la persona designada por el último ascendiente del incapaz a través de testamento de acuerdo a lo establecido por el artículo 470, del código de referencia.

Dentro de éste tipo de tutela es menester citar la que establecen el artículo 473 y 475 de nuestro actual código que al margen nos indican:

Artículo 473.-El que en su testamento, aunque sea un menor no emancipado,

deje bienes, ya sea por legado o por herencia a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje.

Artículo 475.- El padre que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario si la madre ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela.

b) Tutela legítima. Esta se lleva a cabo cuando no exista persona que ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario o cuando deba de nombrarse tutor por causa de divorcio; ésta tutela recae en los hermanos o parientes colaterales hasta el cuarto grado, en caso de que hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca el más apto, pero si el menor ha cumplido dieciséis años, él hará la elección; conforme lo establece los artículos 282, 283 y 284 del código civil para el Distrito Federal.

Por lo que se refiere a la tutela legítima de los mayores de edad incapacitados esta se encuentra reglamentada por los artículos 486 a 491 del ordenamiento citado.

En cuanto a los menores expositos la ley los coloca bajo la tutela de quien los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores. (artículo 492 del código civil.)

c) Tutela dativa. Se presenta cuando no hay tutor testamentario ni legítimo, o bien cuando el tutor testamentario se encuentre impedido temporalmente de ejercer su cargo y no haya hermanos o parientes colaterales hasta el cuarto grado en quien recaiga, esto de acuerdo a lo establecido por el artículo 495 en relación con el artículo 483 del código civil para el Distrito Federal.

El artículo 464 en relación con la fracción II del artículo 450 nos menciona que el menor de edad que se encuentre disminuido o perturbado en su inteligencia, aunque tenga intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o bien por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes, estarán sujetos a la tutela de los menores, mientras no lleguen a la mayoría de edad.

Si al cumplirse ésta continuare el impedimento, el incapaz se sujetará a nueva tutela, previo juicio de interdicción en el cual serán oídos el tutor y el curador anterior.

Ahora bien para los menores o mayores que han sido declarados interdictos, y que se encontraran bajo los supuestos mencionados en la fracción II del artículo 450 su tutor durará el tiempo que dure la interdicción, cuando éste cargo sea ejercitado por los ascendientes o por los descendientes o el cónyuge, mientras tenga este carácter, en caso de ser extraño tendrá derecho a que se le releve a los diez años de ejercerla, conforme a lo enunciado por el artículo 466 del código civil para el Distrito Federal.

2.5.1. REQUISITOS.

Los requisitos para la existencia de la tutela son :

- a) La existencia de un menor de edad que no este sujeto a patria potestad.
- b) La existencia de un mayor o menor de edad que se encuentre bajo los supuestos que menciona la fracción II del artículo 450 misma que ya fué mencionada anteriormente.
- c) La existencia de bienes, no es requisito indispensable ya que como lo indica el primer párrafo del artículo 500 del código civil para el Distrito Federal, los menores de edad que no se encuentren sujetos a patria potestad, ni a tutela legítima o testamentaria se les nombrará un tutor dativo, aunque éstos no tengan bienes.

Ya que como lo menciona el Lic. Jose Antonio Marquez González: " Se insiste particularmente en el caso de la ausencia de bienes en el menor tutelado. El cuidado de la persona no es, desde luego, menos importante que el de sus propiedades materiales. La alimentación en primer lugar y su educación en segundo, constituyen los dos aspectos fundamentales de la tutela".³¹

³¹ Consultese a, CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL COMENTADO CFR, Libro I, de las Personas, Tomo I, Segunda Edición, Unituto de Investigaciones Juridicas de la U.N.A.M.p.331.

2.5.2. CARACTERISTICAS

Las características que presenta la tutela son las siguientes:

a) Es un cargo de interés público, del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima tal y como lo contempla el artículo 452 del código civil.

La doctora Carmen García Mendieta menciona al respecto: "*Tanto el tutor como el curador o el juez que conoce de la tutela, cumplen deberes y ejercen poderes, en función de una situación jurídica que la ley ha tomado en cuenta para llamarlo al cumplimiento de las funciones tutelares.* El tutor al serle discernido su cargo asume facultades y deberes reguladas por la ley. Y queda investido de esas facultades y deberes por determinación expresa de la ley. Por la misma razón, el tutor no puede eximirse por su sola voluntad.³²

b) Es renunciable.- Mencionamos que es renunciable, ya que a pesar que la tutela es un cargo público y que nadie puede eximirse de realizarlo, salvo los empleados y funcionarios públicos, los militares en servicio activo, los que tengan bajo su patria potestad a más de tres descendientes, los que fueran tan pobres que no puedan atender la tutela sin menoscabo

³² IUDICEM, p. 304.

de su subsistencia, los que tengan sesenta años cumplidos, los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría o bien los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no esten en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela. Fuera de éstas excusas, el tutor tiene la obligación de cumplir con todas las facultades y deberes que la misma ley le confiere y de no hacerlo perdera el derecho que tiene para heredar al incapacitado que muera intestado, así como también será responsable por los daños y perjuicios que por su renuncia hayan sobrevenido al incapacitado, de acuerdo a lo que establece el artículo 517 del código civil para el Distrito Federal.

c) Temporal. Ya se ha dicho en párrafos anteriores que la tutela se extingue para los casos de minoría, al adquirir la mayoría de edad, para los casos de interdicción cuando termine la incapacidad.

Cuando sobreviva la incapacidad, el tutor en caso de ser un extraño durará en su cargo 10 años.

d) Excusable. El Artículo 511, ya citado, señala los casos, por los cuales se puede excusar al tutor de su cargo, teniendo únicamente cinco días contados a partir de la notificación de su nombramiento para ejercitar su impedimento o excusa.

c) Tiene un sentido remuneratorio, de acuerdo a lo establecido por el artículo 585 del código civil, por lo que no deberá entenderse como un cargo gratuito, salvo lo previsto en el último párrafo del artículo 501.

2.6. REPRESENTACION.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo menciona: "*Se puede definir a la representación como la facultad que tiene una persona de actuar, obligar y decidir en nombre y por cuenta de otra.*"³³

Rafael de Pina al referirse a la representación nos indica que ésta es: "*La institución en virtud de la cual una persona puede realizar un acto jurídico por otra ocupando su lugar.*"³⁴

En materia de representación podemos mencionar varios tipos, tales como:

a) Directa.- Es cuando una persona actúa en nombre y por cuenta de otra, produciendo como efectos una relación inmediata entre el representado y el tercero, como sucede en el caso de la tutela.

³³ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO BERNARDO, Representación, Poder y Mandato, Prestación de Servicios Profesionales y su Ética, IV Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1989, p.3

³⁴ PINA RAFAEL. DR, Diccionario de Derecho, Ob. Cit., p.441.

b) **Representación indirecta.**- Esta se da cuando una persona actúa en nombre propio y por cuenta de otra, por lo que el representante adquiere los derechos y obligaciones del representado frente al tercero, como sería en el caso del mandato y la prestación de servicios.

c) **Voluntaria.**- Cuando una persona autoriza a otra para actuar en su nombre.

d) **Legal.**- Esta se da cuando el representado es incapaz o se encuentra ausente.

e) **Representación orgánica.** Esta se da en razón a las personas jurídicas, es decir, en cuanto a las personas morales, que confieren al representante ciertas funciones que la persona moral no puede ejecutar.

2.6.1. LEGAL.

La representación legal se da cuando ésta es impuesta por la ley, son diversas las causas que motivaron dicha representación, entre las que podemos mencionar:

a) Cuando el representado tiene limitada su capacidad de actuar, es éste el caso del menor de edad, o bien del mayor o menor de edad que ha sido

declarado interdicto..

b) Cuando es necesario administrar un patrimonio en defensa del titular, como podría ser en el caso del ausente, quiebra, concurso, o la sucesión.

c) O bien cuando es necesaria porque el representado carece de personalidad jurídica.

En lo que se refiere a la representación de menores, encontramos dos sumamente importantes como sería en su caso la patria potestad y la tutela, mismas que ya fueron analizadas con anterioridad.

2.6.2. VOLUNTARIA.

Como mencionábamos en párrafos anteriores es la que se produce tomando en consideración la voluntad.

El código civil vigente en sus artículos 1800 y 1801 establecen que:

Artículo 1800.- El que es hábil para contratar puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado.

Artículo 1801.- Ninguno puede contratar a nombre de otro, sin estar autorizado por él o por la ley.

Dentro de la representación voluntaria encontramos a las que llevan por nombre poder y mandato.

a) Poder.- Para Bernardo Pérez Fernández del Castillo el poder es:

" El otorgamiento de facultades que da una persona llamada poderdante a otra denominada apoderado para que actúe en su nombre, es decir, en su representación" ³⁵

Como podemos observar emana el poder, de una declaración unilateral de voluntad, siendo necesaria la acreditación de dicha personalidad por medio de documento, que puede ser carta poder o poder notarial.

b) Mandato.- El Código Civil en su artículo 2546 establece que el mandato es un contrato por el cual el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga.

Dicho contrato se perfecciona cuando el mandatario lo acepta, pudiendo ser ésta aceptación tácita o expresa.

³⁵ FERNANDEZ PEREZ DEL CASTILLO BERNARDO, Representación, Poder y mandato, Ob. Cit. p.14

El mandato puede ser escrito o verbal, en el primer caso el artículo 2551 del código civil vigente establece que puede ser en escritura pública, en escrito privado, o en carta poder.

Cuando se trata de mandato verbal, éste se otorga de palabra entre presentes con o sin la intervención de testigos, pero debiendo ser ratificado por escrito antes de que se concluya el negocio por el que se dió, conforme lo establece el artículo 2552.

Algunas de las diferencias que podemos encontrar entre poder y mandato, las mencionaremos a continuación.

1.- El mandato es un contrato principal, bilateral y oneroso, en tanto que el poder es una declaración unilateral de la voluntad.

2.- El poder tiene como principal objeto, obligaciones de hacer, en tanto que el mandato es representativo.

Después de haber analizado lo referente a la representación podemos concluir que la representación que requiere el menor de edad o bien el mayor de edad declarado interdicto, es la representación legal, a través de la patria potestad o la tutela en su caso.

CAPITULO III.

LOS DERECHOS DEL MENOR FRENTE A SUS BIENES.

3.1. Derecho a Administrarlos.

3.2. Derecho a Usufructuarlos.

3.3. Derecho a Poscerlos.

LOS DERECHOS DEL MENOR FRENTE A SUS BIENES.

Para hablar de los derechos que tiene el menor frente a sus bienes, es necesario aclarar ciertos términos:

Primeramente debemos analizar el concepto de bienes, la primera idea que nos surge es la de cosa, entendiéndose por ella, de acuerdo al maestro Rafael de Pina: "*Como todo lo que tiene entidad ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta*"³⁶

El código civil establece en su artículo 747 que puede ser objeto de apropiación todas las cosas que no esten excluidas del comercio.

Es decir, ya nuestra legislación sustantiva nos hace referencia a bienes, que pueden ser susceptibles de ser apreciados en dinero, de tal manera por cosa entendemos aquellas que existen en la naturaleza en tanto que los bienes son aquellos que existiendo en la naturaleza pueden ser sometidos al poder de dominación o apropiación de una persona.

Como ejemplo de las cosas podemos mencionar la luz solar, la atmósfera o aquellas que se encuentran fuera del comercio por disposición expresa de la ley, como sería el caso de los bienes de dominio público o los de uso común.

³⁶ RAFAEL DE PINA, Diccionario de Derecho, Ob. Cit., p. 24

El código civil en su artículo 750 establece una clasificación de los bienes inmuebles tomando en consideración que son aquellos que no pueden trasladarse de un lado a otro sin alterar en algún modo su forma o sustancia, tal sería el caso de:

- a) Suelo y construcciones adheridas a él.
- b) Plantas y árboles mientras están unidas a la tierra.
- c) Todo lo que está unido a un inmueble de una manera fija, de tal manera que no pueda separarse sin deterioro del mismo.
- d) Estatuas, relieves, pinturas, u otros objetos de ornamentación colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente.
- e) Palomares, colmenares, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente.
- f) Máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca directa y exclusivamente a la industria o explotación de la misma.

g) Abonos destinados al cultivo de una heredad que esten en las tierras donde haya de utilizarse y las semillas necesarias para el cultivo de la finca.

h) Aparatos eléctricos y accesorios adheridos al suelo o al edificio por el dueño de éstos.

i) Manantiales, estanques, aljibes y corrientes de agua, así como los acueductos y las cañerías de cualquier especie que sirvan para conducir los líquidos o gases a una finca o para extraerlos de ella.

j) Los animales que formen el pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de la ganadería; así como las bestias de trabajo indispensables para el cultivo de la finca mientras estan destinadas a ese objeto.

k) Los diques y construcciones que, aún cuando sean flotantes esten destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa.

l) Los derechos reales sobre inmuebles.

m) Material rodante de los ferrocarriles, las líneas telefónicas, telegráficas

y estaciones radiotelegráficas fijas.

El artículo 752 del mismo ordenamiento menciona respecto a los bienes muebles que éstos pueden clasificarse en dos formas:

I.- Por su naturaleza, siendo los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, por sí mismos o por medio de una fuerza exterior.

II.- Por disposición de la ley, son bienes muebles las obligaciones, derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal.

Ya se ha hecho mención en temas anteriores de la situación que prevalece en el código civil respecto a los bienes que puede adquirir en propiedad el menor de edad, ya sea por su trabajo o por cualquier otro título, enseguida analizaremos el derecho que tiene para administrar, usufructuar y poseer sus propios bienes de acuerdo a nuestra legislación civil.

El artículo 429 establece que los bienes que adquiera el menor por su trabajo pertenecen en propiedad administración y usufructo al hijo, a continuación analizaremos esta facultad.

3.1. DERECHO A ADMINISTRARLOS.

Por administrar se entiende toda actividad encaminada al cuidado y conservación de un conjunto de bienes.

Para poder explicar este derecho es menester mencionar la clasificación de bienes que enuncia nuestro código civil para el Distrito Federal en su artículo 428 en cuanto a que los bienes de los hijos mientras estén bajo la patria potestad, estos se dividen en dos clases, siendo los bienes que adquiera por su trabajo y los bienes que adquiere el menor por cualquier otro título.

De tal manera que si dichos bienes son adquiridos por el trabajo que desarrolle el menor conforme lo establece el artículo 429 del citado ordenamiento, en lo que respecta al menor emancipado, éste tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad de la autorización judicial para la enajenación, gravámen o hipoteca de bienes y raíces, así como de un tutor para negocios judiciales.

Al respecto la licenciada Ingrid Brena Sesna: *" Se considera que si el menor tiene capacidad por su trabajo, la tiene para administrar dichos bienes y para disponer de ellos libremente. En éste precepto aparece claramente la huella romana, en efecto, los bienes que el filius familias adquiría por su trabajo pasaban a formar parte del peculio profecticio cuya administración era ejercida por éste y más tarde de ellos adquiere también*

el dominio".³⁷

Así mismo Ignacio Galindo Garfias manifiesta: " Pero téngase en cuenta que no tiene más que la pura administración, en consecuencia carece de las facultad de libre disposición, no puede ni gravar, ni enajenar, ni realizar en suma ninguno de los actos de dominio, para lo cual necesita de la asistencia de un representante legal".³⁸

Es necesario establecer que los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que estan bajo de ella y por lo tanto tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen a los hijos, así pues cuando la patria potestad se ejerza por el padre y la madre, por los abuelos o por el adoptante el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado requerirá del consentimiento expreso de su consorte para los actos más importantes de la administración (Artículos 425 y 426 del código civil vigente.)

Referimos que lo anterior contempla a los bienes que el hijo adquiera por cualquier otro título, ya que como se dijo en párrafos anteriores, el hijo tiene el derecho a administrar los bienes que adquiera por su trabajo.

³⁷ Consultese a, CÓDIGO CIVIL, COMENTADO PARA EL DISTRITO FEDERAL Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, C.F.R., Segunda Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de U.N.A.M. Editorial Porrúa, p. 291.

³⁸ GALINDO GARFIAS IGNACIO, Derecho Civil Primer Curso, Personas, Familia, Quinta Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1982, p.400.

3.2. DERECHO A USUFRUCTUARLOS.

Por usufructo se entiende el derecho a disfrutar los bienes ajenos.

Los bienes que el menor adquiera por su trabajo le pertenecen en propiedad administración y usufructo, respecto a los bienes que el menor adquiera por cualquier otro título, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejercen la patria potestad.

Sin embargo si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación, y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o bien que se destinare a un fin determinado se estará a lo dispuesto.

En cuanto a los bienes cuya mitad del usufructo corresponde a los que ejercen la patria potestad, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los siguientes artículos:

Artículo 217.- El marido y la mujer que ejerzan la patria potestad se dividirán entre sí, por partes iguales, la mitad del usufructo que la ley les concede.

Artículo 319.-En los casos en que los que ejerzan la patria potestad gocen de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de

dicha mitad, y si ésta no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejerzan la patria potestad.

Artículo 395.- El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos.

Artículo 431.- Los padres pueden renunciar a su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a dudas.

Artículo 433.- Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad.

El usufructuario tiene derecho de ejercitar todas las acciones y excepciones reales, personales o posesorias y ser considerado como parte en todo litigio.

Ahora bien tratándose de bienes del menor, el usufructuario únicamente tendrá el derecho a percibir el cincuenta por ciento de los frutos, salvo lo establecido en la parte final del artículo 430.

Cabe hacer la aclaración de que dicho usufructo sólo lo pueden ejercitar las personas que ejerzan la patria potestad. De tal modo que dichas personas pueden renunciar a su porcentaje del usufructo, en una constancia que no deje lugar a dudas.

Las personas que ejercen la patria potestad no podrán enajenar o gravar los bienes del menor sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa autorización del juez competente. Al respecto el juez podrá negar o impedir que las personas que la ejerzan derrochen o disminuyan los bienes del menor a instancia de persona interesada, del menor mayor de 14 años o bien del ministerio público.

El usufructo termina por la emancipación, mayoría de edad, pérdida de la patria potestad o por renuncia.

Es menester aclarar que las personas que ejercen la patria potestad tienen la obligación de rendir cuentas de su administración, a petición de parte interesada y al terminar la patria potestad. En caso que al rendirlas éstas presenten interés opuesto al del menor, éste deberá ser representado por un tutor nombrado por el juez competente, tanto dentro del juicio como fuera de él.

3.3. DERECHO A POSEERLOS.

Por posesión se entiende el poder que tiene una persona sobre una cosa, es decir, representa el goce de un derecho.

El artículo 790 del Código civil establece que es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, de tal manera que el legislador se refiere a ello en base al poder de hecho que ejerce una persona sobre un bien determinado.

El licenciado José de Jesús López Monroy menciona: "*Ejerce poder de hecho sobre bienes muebles o inmuebles según los tenga en mi poder, los use o habite respectivamente*".¹⁹

De tal manera que el poder de hecho que ejerce una persona al poseer un bien se refiere a la relación existente entre la persona y el bien debido a la relación de espacio, por lo que tomando en cuenta que el menor al contar dentro de su haber con determinados bienes tendrá en todo tiempo el derecho a poseerlos, es decir podrá usarlos, gozarlos e incluso habitarlos, tomando en consideración el bien del cual es propietario.

Cabe hacer mención que la posesión en forma continua, pública y pacífica otorga al que la ejerce la posibilidad de adquirir la propiedad a través de la prescripción,

¹⁹ CODIGO CIVIL COMENTADO, Ob. Cit, Tomo II, p. 27.

entendida ésta como el medio de adquirirla por el simple transcurso del tiempo, nuestro código civil la regula en sus artículos 1135 a 1180.

Así mismo el código civil establece en su artículo 1167 fracciones I y II lo siguiente:

Artículo 1167 la prescripción no puede comenzar, ni correr en los siguientes supuestos.

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

Fracción III.- Entre los incapacitados y tutores o curadores mientras dura la tutela.

En resumen, el menor tiene el derecho a administrar y usufructuar sus bienes si éstos son producto de su trabajo. Si los bienes provienen de cualquier otro título los que ejerzan la patria potestad tienen el derecho a administrarlos y a la mitad del usufructo, pero en ambos casos no se le podrá negar al menor el derecho de usar, gozar, o habitar sus propios bienes y por ende, las personas que lo representen, ya sea en forma legal o voluntaria, no podrán en ningún caso, y bajo ninguna circunstancia prescribir los bienes del menor a su nombre.

Debido a lo anterior podemos llegar a considerar que el derecho que tiene el menor sobre sus bienes es únicamente para administrarlos, mientras que adquiere la mayoría de edad, ya que si bien es cierto que la patria potestad termina por la emancipación, por muerte del que la ejerce o bien por la mayoría de edad, también lo es que el menor no podrá disponer libremente de sus bienes, ya que tal disposición es únicamente para las personas con plena capacidad tal y como lo establece el artículo 24 del código civil vigente, en el sentido de que el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de la persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.

CAPITULO IV.

LOS DERECHOS DEL MENOR PARA LA LIBRE DISPOSICION DE SUS BIENES.

4.1. La emancipación.

4.1.1. Requisitos.

4.1.2. Análisis del artículo 181.

4.1.3. Análisis del artículo 643 del código civil vigente.

4.2. Conceptos Generales del Testamento.

4.2.1. Clases de Testamento.

4.2.2. Capacidad para testar.

4.2.3. Capacidad del menor para testar.

4.3. Incongruencia entre los artículos 181 y 643, respecto al artículo 1306 del código civil.

LOS DERECHOS DEL MENOR PARA LA LIBRE DISPOSICION DE LOS BIENES

4.1. LA EMANCIPACION.

Como se ha establecido en temas anteriores la emancipación de acuerdo a nuestro código civil vigente, se produce por el matrimonio, cuando la mujer ha cumplido 14 años y el varón 16 o antes por causas graves y justificadas, por lo que salen de la patria potestad o la tutela dependiendo del caso, para disponer libremente de su persona, así mismo, con las restricciones que la ley establece, se le faculta para la libre administración de sus bienes.

Menciona Galindo Garfias: *"Se señala como antecedente histórico de la emancipación la institución Romana de la *venia aetatis*, misma que concedía el emperador a los varones mayores de 20 años y a las mujeres si habían alcanzado la edad de 18 años, por virtud de la cual, esos menores de edad disfrutaban de una capacidad semi plena, que les permitía disponer de sus bienes muebles, pero no los autorizaba para hacer donaciones hasta que alcanzaban la mayoría de edad que en Roma empezaba a los veinticinco años"*.⁴⁰

⁴⁰ GALINDO GARFIAS IGNACIO, Derecho Civil Primer Curso, Personas y Familia, Ob. Cit.p. 394.

El código civil en su artículo 641 establece lo siguiente:

Artículo 641.- El matrimonio del menor de 18 años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva el cónyuge emancipado que sea menor, no recaerá en la patria potestad.

4.1.1.REQUISITOS.

a) **Matrimonio.-** El artículo 148 establece que para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido 16 años y la mujer 14. El Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados, según el caso pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas.

De tal manera que el matrimonio es un requisito indispensable para que se lleve a cabo la emancipación.

b) **Edad.-** La edad que establece el código civil para la celebración del matrimonio es aquella que denota la capacidad física de los contrayentes a fin de cumplir con los fines del matrimonio, es decir, el legislador al establecer la edad de 14 años en las mujeres, se refiere a la edad nubil de los mismos, por lo que los menores de dicha edad carecen de la capacidad para la celebración del matrimonio, salvo que existan causas graves o justificadas; Sara Montero manifiesta al respecto: " *Se entiende por tales el que los*

pretendientes ya hayan dado prueba de su capacidad generadora a través del embarazo de la joven".⁴¹

c) Consentimiento.-El artículo 149 del código civil establece que el hijo o hija que no hayan cumplido 18 años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o de su madre, si vivieren ambos o del que sobreviva. Este derecho lo tiene la madre aunque haya contraído segundas nupcias, si el hijo vive con ella, a falta o por imposibilidad de los padres se necesita del consentimiento de los abuelos paternos si vivieren ambos o del que sobreviva, en caso de que éstos no viviesen se requerirá del consentimiento de los abuelos maternos.

Por lo que nos podemos dar cuenta el presente artículo contempla a las mismas personas que el artículo 414 contempla para la patria potestad, empero por lo que hace a los abuelos no guarda congruencia con lo previsto por el artículo 418, ya que en éste artículo, el orden lo determinará el juez de lo familiar dependiendo de las circunstancias del caso, mientras que el artículo 149 establece un orden en cuanto a las personas que deberán otorgar el consentimiento para contraer matrimonio

El artículo 150 establece que ha falta de los padres y abuelos se necesitará del consentimiento de los tutores y faltando éstos suplirá el consentimiento el juez de lo familiar.

⁴¹ MONTERO DUALI T SARA, Derecho de Familia, Ob Cit., p.125.

Para el caso en que el juez de lo familiar se niegue a suplir el consentimiento los interesados ocurrirán ante el Tribunal Superior de Justicia por medio de un recurso de apelación de acuerdo a lo que establece el código de procedimientos civiles para el Distrito Federal.

Ahora bien, los artículos 148 y 151 del código civil establecen que el Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados podrán, cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento, suplir el mismo, para lo cual se levantará una información sobre el caso en particular.

De lo anterior podemos mencionar que ni el Jefe del Departamento ni los Delegados ejercen la patria potestad, por lo que el código civil al no establecer las causas por las cuales los menores pueden ocurrir ante dichas autoridades a fin de que éstas suplan el consentimiento el cual fue negado o revocado por los que ejercen la patria potestad, o el tutor, por lo que consideramos que dicha suplencia por parte de las autoridades administrativas debe ser derogada, ya que sigue prevaleciendo por razones de índole histórica, toda vez que en el siglo pasado eran las autoridades encargadas de suplir el consentimiento, sin embargo en la actualidad contamos con Jueces de lo Familiar que podrán valorar la causa grave y justificada que establece el código civil para llevar a cabo dicha suplencia.

4.1.2. ANALISIS DEL ARTICULO 181.

El artículo 181 del código civil establece lo siguiente:

Artículo 181.- El menor que con arreglo a la ley pueda contraer matrimonio, puede también otorgar capitulaciones, las cuales serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio.

De lo estipulado por éste artículo se desprenden los siguientes elementos:

a) Menor de edad.- Ya en capítulos anteriores se ha hecho referencia al concepto que tanto la ley, como la doctrina establecen respecto al menor de edad, retomando dichas ideas podemos mencionar que es la persona menor de 18 años pero mayor de 16 para el caso de los varones y menor de 18 años pero mayor de 14 en el caso de las mujeres, salvo excepciones que la ley establece.

b) Matrimonio.- Es la única forma de acuerdo a nuestra legislación actual y a lo establecido por el artículo 93, para otorgar la emancipación, toda vez que por reforma publicada en el diario oficial de la federación el 3 de enero de 1979 se suprimieron del código civil las actas de emancipación.

c) **Capitulaciones matrimoniales.**- El artículo 179 establece que las capitulaciones matrimoniales son los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de bienes en uno y en otro caso, es decir, por capitulaciones matrimoniales se entiende como el convenio que los cónyuges llevan a cabo a fin de constituir un régimen patrimonial, así como la administración de los bienes existentes en dicho régimen.

Dichas capitulaciones pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante él y comprender no solo los bienes que les pertenezcan al momento de capitular, sino también de aquellos bienes que se adquieran después.

Ahora bien, si bien es cierto que para la celebración del matrimonio por un menor de edad es requisito indispensable el consentimiento de las personas que ejercen la patria potestad, o de tutores, o de autoridades administrativas o judiciales según sea el caso; lo es también que para llevar a cabo las capitulaciones matrimoniales, se requiera su consentimiento, y así dichas capitulaciones tengan validez.

Ello en base a los siguientes elementos:

1) Menciona el maestro Rafael de Pina que las capitulaciones matrimoniales son: " *El contrato que se celebra en atención a un matrimonio que tiene por objeto la*

fijación del régimen a que han de sujetarse en el mismo los bienes de los cónyuges”⁴²

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1792 del código civil convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

El artículo 1793 del código civil establece que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

2) De tal manera, que las capitulaciones matrimoniales son una especie de contrato toda vez que cumplen con los requisitos de consentimiento y objeto que se encuentran señalados por el artículo 1794.

El Artículo 189 del código civil señala los elementos o requisitos esenciales de las capitulaciones matrimoniales, de los que resultan:

- a) Inventario y avalúo de bienes inmuebles.
- b) Inventario y avalúo de bienes muebles.
- c) Deudas.

⁴² DE PINA RAFAEL, Diccionario de Derecho, Ob cit., p.144.

d) Declaración expresa de los bienes que pasan a formar parte de la sociedad.

e) Declaración expresa de si la sociedad a de comprender los bienes de los consortes o solamente sus productos.

f) Forma y persona en que ha de recaer la administración.

g) Bases para la liquidación.

3.- De todo lo anterior y de acuerdo al tratamiento que la ley establece para el menor, no se podrá permitir que éste lleve a cabo la capitulación matrimonial sin el consentimiento del que ejerce la patria potestad, toda vez que a lo más que puede llegar el menor es a administrar sus bienes, más no así a disponer de ellos. Por lo que en el caso de estudio, al llevar a cabo las capitulaciones matrimoniales y ser éstas una especie de contrato, el menor puede transferir sus obligaciones y derechos a su consorte por lo que debido a ello y por cuestión de protección jurídica, la ley exige la presencia de las personas que ejerzan la patria potestad.

4.1.3. ANALISIS DEL ARTICULO 643 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

El artículo 643 del código civil establece:

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

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

II.- De un tutor para negocios judiciales.

De lo establecido en éste precepto podemos mencionar que:

a) El menor al contraer matrimonio, sale de la potestad paterna y adquiere por ese simple hecho la libertad de administración, más no de disponer de sus bienes, por lo que para llevar a cabo enajenaciones o hipotecas sobre los bienes y raíces requiere de la autorización judicial y del nombramiento de un tutor para negocios judiciales

b) Para solicitar al Juez de lo Familiar la autorización judicial para enajenación, grávamen o hipoteca, se requiere demostrar a dicha autoridad la causa por la cual existe la absoluta necesidad o el evidente beneficio por dicho acto, esto de acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 436 del código civil vigente.

Ahora bien cabe aclarar, que el presente artículo únicamente hace mención a bienes y raíces, es decir, a los bienes inmuebles, por lo que la situación que prevalece en los bienes muebles se encuentra reglamentado en el artículo 561 del propio código, mismo que establece:

Artículo 561.- Los bienes inmuebles, los derechos anexos a ellos y los muebles preciosos no pueden ser enajenados o gravados por el tutor, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad del menor o del mayor con algunas de las incapacidades a las que se refiere el artículo 450, fracción II debidamente justificada y previa a la confirmación del curador y la autorización judicial.

De tal manera que es requisito indispensable demostrar al Juez la absoluta necesidad o el evidente beneficio para llevar a cabo la enajenación o hipoteca de los bienes del menor.

d) El legislador tratando de proteger al menor emancipado a efecto de que no despilfarrase sus bienes ha establecido la existencia de un tutor para asuntos judiciales, y de un curador, ésto de acuerdo a lo establecido por la parte final del artículo 561.

e) Tutor. Ya se ha hecho mención a los diferentes tipos de tutela, en capítulos anteriores, por lo que se refiere al tema en estudio el tutor deberá ser nombrado por el Juez de lo Familiar a efectos de otorgarle al menor un representante que intervenga

en toda clase de negocios judiciales, cabe aclarar que también puede ser designado por el menor emancipado y el Juez lo confirmará, salvo que exista una causa fundada para reprobalo, en el caso en que el tutor sea designado por el Juez de lo Familiar nos encontramos ante la tutela dativa.

c) Curador.- El artículo 618 menciona que todos los individuos sujetos a tutela tendrán un curador a excepción de los casos en que la tutela recaiga sobre menores exófitos o que carezcan de bienes. Sus obligaciones se encuentran establecidas en el artículo 626, siendo las que a continuación enumeraremos:

1.- Defender los derechos del incapacitado, en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso que esten en oposición con los del tutor.

2.- Vigilar la conducta del tutor, y a poner en conocimiento del Juez todo aquello que considere que puede ser dañoso para el menor o bien para el incapacitado.

3.- Dar aviso al Juez para que se haga el nombramiento del tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela.

4.- Cumplir con las demás obligaciones señaladas por la ley.

De tal manera que el curador es una institución que superviza y vigila al

tutor, sirviendo como una protección al pupilo respecto los actos u omisiones del tutor.

Por lo que se desprende que para que el menor emancipado pueda disponer de sus bienes, inmueble requiere de la autorización judicial la cual se tramitará ante un Juez de lo Familiar, mismo que nombrará o ratificará al tutor, así como, nombrará al curador correspondiente, evitando de ésta manera que el menor emancipado dilapide sus bienes, por lo tanto aquí podemos notar que el menor emancipado no dispone libremente de sus bienes.

4.2. CONCEPTOS GENERALES Y REQUISITOS DEL TESTAMENTO.

Para hablar de testamento es necesario hablar de la sucesión y por ende, del derecho sucesorio, es decir, el conjunto de normas jurídicas que regulan la transmisión de bienes por causa de muerte.

De tal manera que el derecho sucesorio es una rama del derecho civil que encuentra su fundamento en la necesidad de que la muerte del de cujus no rompa sus relaciones con los que siguen viviendo.

Los elementos de la sucesión los podemos englobar en tres tipos, como en su caso serían:

a) Personales.-Estos se encuentran representados por el testador o autor de la herencia y por el sucesor.

b) Reales.- Se traducen en el conjunto de bienes, derechos y obligaciones del difunto, que no se extinguen con su muerte.

c) Causales.- Este se resume, en el llamamiento a suceder.

Del mismo modo es necesario mencionar las etapas de la sucesión, mismas que a continuación enumeraremos.

1.- Apertura de la sucesión.- Esta se presenta en el momento en que acontece la muerte del autor de la herencia y se encuentra regulada en los artículos 1649 a 1652 del código civil.

Se inicia con la apertura del testamento y termina con el nombramiento de herederos, albacea y su aceptación correspondiente, conforme lo establece los artículos 785, 790 al 815 del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal.

2.- Inventario y Avalúo.- Se encuentra establecido en los artículo 1750 a 1766 del código civil para el Distrito Federal.

Se inicia con la presentación de los bienes inventariados de la masa hereditaria, conforme a lo que establece el artículo 786, 816 a 831 del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal.

3.- Administración.- Se inicia con la presentación de la cuenta general de administración, y se menciona en los artículos 832 a 853 del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal.

4.- Adjudicación.- El juez o en su defecto el notario llevará a cabo la adjudicación de los bienes al heredero establecido en el testamento.

Cabe hacer la aclaración de que únicamente se ha hecho mención a la sucesión testamentaria, debido a que es ésta la que tiene una íntima relación con el tema en estudio, y no la sucesión intestada.

Del mismo modo cabe mencionar que al tratarse de sucesión testamentaria y los herederos fueren mayores de edad y hallan sido nombrados en un testamento público, la testamentaria podrá ser extrajudicial, es decir, tramitada ante notario público de acuerdo a lo establecido en los artículos 872 a 876 del código de procedimientos civiles, siempre y cuando no exista controversia.

Ahora bien son diversos los autores que hacen referencia a los conceptos de testamento, por lo que sólo enunciaremos algunos de ellos:

Musius Scevola nos dice que el testamento es: *"Un acto espontáneo, solemne y revocable, por virtud del cual una persona, según su albitrio y los preceptos de la ley, dispone para después de su muerte, tanto de su fortuna como de todo aquello que, la esfera*

social en que vive, puede y debe ordenar en pro de sus creencias y de las personas que esten unidas a ella por cualquier lazo de interés".⁴³

Por su parte el código civil español establece que el testamento es: "*El acto por medio del cual una persona dispone libremente para después de su muerte de parte o de la totalidad de sus bienes*".

El código civil en su artículo 1295 establece el concepto de testamento:

Artículo 1295.- El Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por lo cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.

Del anterior precepto podemos deducir que:

- a) Es un acto personalísimo, debido a que no puede hacerse por intermediación de otra persona.
- b) Es un acto esencialmente revocable, debido a la elaboración de un testamento nuevo, que deja sin efectos al anterior, salvo disposición expresa del testador.

⁴³ PINA RAFAEL. D. Diccionario de Derecho, Ob. Cit. p. 286.

- c) Es un acto libre debido a que el testador manifiesta su voluntad totalmente exenta de vicios.

4.2.1. CLASES DE TESTAMENTO.

Nuestra legislación contempla dos tipos de testamento:

a) Los ordinarios.

b) Los especiales.

Los ordinarios son aquellos que se otorgan en condiciones normales, pudiendo ser a su vez de cuatro formas:

a) Testamento público abierto.

b) Testamento público cerrado.

c) Testamento ológrafo.

d) Testamento público simplificado.

Dentro de los testamentos especiales podemos mencionar a:

- a) Testamento Privado.
- b) Testamento Militar.
- c) Testamento marítimo y,
- d) Testamento hecho en país extranjero.

Pasaremos a analizar cada uno de ellos.

TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO.

El testamento público abierto es aquel que se otorga ante notario, esto de acuerdo a lo establecido por el artículo 1511 del código civil, que por Reforma Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1994 suprimió la necesidad de que se hiciera ante la presencia de tres testigos.

Este tipo de testamento es uno de los más recomendables en la práctica jurídica ya que cuenta con la certificación que hace el notario en cuanto a:

- 1.- Identificación del testador.
- 2.- Capacidad del testador, en cuanto a que se encuentre en su cabal juicio.
- 3.- Voluntad expresada en forma personalísima y libre de toda coacción.

TESTAMENTO PUBLICO CERRADO.

Es aquel que el mismo testador o persona a su ruego, escribe en papel común, debiendo rubricarlo en todas y cada una de las hojas y con la firma del testador al calce, en caso de que no supiere o no pudiere escribir rubricará y firmará por él otra persona a su ruego.

El papel en que éste escrito, o bien el que le sirve de cubierta deberá estar cerrado y sellado también deberá llevarse ante notario público, mismo que levantará acta, en la que se establezca la presunción de que en el interior del sobre existe un testamento, en la cubierta del mismo se escribirá la razón del notario y se firmará por éste, por el testador y tres testigos, dejándose en depósito del testador, del notario o de cualquier persona de confianza del testador.

TESTAMENTO OLOGRAFO.

Se llama así al escrito de puño y letra del testador debiendo depositarse en el Archivo General de Notarias.

Esto de acuerdo a lo establecido en el artículo 1550 del Código Civil vigente.

Existen diversas diferencias entre el testamento público cerrado y el ológrafo, tales como las que enunciaremos a continuación:

1.- El testamento ológrafo se hace de puño y letra del testador, en tanto que en el público cerrado podrá hacerse de puño y letra del testador o bien hacerlo en máquina de escribir o por persona que lo haga a su ruego.

2.- El testamento ológrafo deberá ser depositado en el Archivo General de Notarias, mientras que el testamento público cerrado puede ser guardado por el testador, por el notario o por cualquier persona de confianza del testador.

Cabe aclarar que éste tipo de testamento sólo podrán otorgarlo las personas mayores de edad, para que sea válido deberá estar totalmente escrito por el testador y firmado por él, con la expresión del día, mes y año en que se otorgue.

TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO.

Por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 6 de enero de 1994 se creó ésta figura.

Misma que se encuentra regulada en el artículo 1549 bis del código civil.

Se otorga ante notario público respecto a un inmueble destinado a vivienda o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente, en la misma escritura que consigne su adquisición.

Para realizarlo deberá insertarse una cláusula en las escrituras de adquisición de la vivienda, en donde sea designado el heredero del inmueble, siempre y cuando su valor no exceda de 25 veces el salario mínimo general elevado al año, también podrá realizarse en la escritura que consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las Autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia de la Administración Pública Federal, en éste caso no importará el monto del inmueble.

TESTAMENTOS ESPECIALES.

Se llaman especiales a aquellos testamentos que son otorgados cuando no es posible hacer un testamento ordinario, en razón a las características de cada caso en concreto.

En las líneas siguientes analizaremos cada uno de ellos, habiendo sido enumerados con anterioridad.

TESTAMENTOS PRIVADOS.

Este tipo de testamento se permitirá realizarlo sólo en los siguientes casos:

a) Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no dé tiempo para que concurra el Notario a dar fé del mismo.

b) Cuando no haya Notario en la población o Juez que actúe por receptoría.

c) Cuando, aunque haya Notario o Juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que concurran al otorgamiento del testamento.

d) Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

Para el otorgamiento de éste testamento es necesario que concurran los siguientes requisitos:

- 1.- Que no pueda llevarse a cabo testamento ológrafo.
- 2.- La presencia de cinco testigos, de los cuales uno de ellos redactará el testamento.
- 3.- En el caso de que los testigos no sepan escribir, no será necesario redactarlo, bastará con el dicho del testador, en caso de suma urgencia sólo se requerirán la presencia de tres testigos.
- 4.- Sólo surtirá efectos, si el testador, fallece de la enfermedad, o dentro de un mes de desaparecida la causa que lo originó.

TESTAMENTO MILITAR.

Este tipo de testamento se puede otorgar cuando el militar o asimilado del ejército entra en acción de guerra o se encuentra herido en el campo de batalla, pudiendo hacerse de la manera siguiente:

- 1.- Ante la presencia de dos testigos, el testador dicta su voluntad.

2.-Entregue a dos testigos su disposición firmada de su puño y letra en un sobre cerrado.

En éste último caso y ante la muerte del testador se entregará el pliego al Jefe de la Cooperación, mismo que se encargará de remitirlo a la Secretaría de la Defensa Nacional y ésta a la autoridad judicial competente.

Lo mismo acontecerá si el testamento fué otorgado en forma verbal ante la presencia de dos testigos.

TESTAMENTO MARITIMO.

Procede otorgar éste tipo de testamento, si el testador se encuentra en altamar a bordo de navíos de la Marina Nacional, sea de guerra o mercante, para que éste testamento sea válido deberán concurrir los siguientes requisitos:

- 1.- Se realizará por escrito ante la presencia de dos testigos y el capitán del navío.
- 2.- Será leído y firmado por el testador, el capitán del navío y los testigos.
- 3.- Se realizará por duplicado.

4.- Se conservará entre los papeles más importantes de la nave.

5.- Se hará mención del testamento en el diario.

6.- Al llegar al Puerto se entregará uno de los ejemplares al Agente Diplomático, Cónsul o Vicecónsul mexicanos, haciendo constar dicha entrega en el diario de la embarcación.

7.- Al arribar al territorio nacional se entregará el otro ejemplar a la autoridad marítima del lugar, haciendo constancia en el diario de la embarcación, de la entrega del mismo.

8.- En éstos dos últimos casos el capitán exigirá recibo de la entrega de los documentos, asentándolos en el diario de la embarcación.

9.- Las autoridades a las que se ha hecho mención remitirán los ejemplares a la Secretaría de Relaciones Exteriores.

10.- Se ordenará publicar en los periódicos la muerte del testador.

Este tipo de testamento sólo surtirá efectos si el testador fallece en el mar o dentro de un mes contado a partir de su desembarque.

TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO.

Este tipo de testamento deberá otorgarse conforme a las leyes del lugar o bien cuando se realice ante los Secretarios de Legación, Cónsules o Vicecónsules mexicanos, en éste último caso podrán hacerse testamentos ordinarios de acuerdo a las leyes mexicanas.

Para que éste tipo de testamento tenga validez deberá cubrir los siguientes requisitos:

1.- Los funcionarios remitirán copia del testamento a la Secretaría de Relaciones Exteriores.

2.- En caso de ser testamento ológrafo se remitirá a la Secretaría de Relaciones Exteriores y ésta a su vez al Archivo General de Notarias.

3.- El papel en que se hubiera redactado el testamento deberá llevar el sello de la Legación o Consulado respectivo.

Como podemos observar los testamentos más confiables resultan ser los ordinarios, debido a la presencia del notario, y de entre ellos el testamento público abierto resulta ser el más perfecto.

4.2.2. CAPACIDAD PARA TESTAR.

El Código Civil en el Libro III, Título II, Capítulo II, en sus artículos 1305 a 1312 establecen la capacidad para testar, a continuación y debido a su importancia enumeraremos cada uno de ellos.

Artículo 1305.- Pueden testar todos aquellos a que la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho.

Artículo 1306.- Están incapacitados para testar:

1.- Los menores que no hayan cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres.

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

Este artículo en particular forma parte de un tema subsecuente, por lo que omitiremos por el momento su análisis.

Artículo 1307.- Es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, con tal de que al efecto se observen las prescripciones citadas en los artículos siguientes:

El artículo 450 establece como regla general que tienen incapacidad natural y legal los mayores de edad, perturbados o disminuidos en su inteligencia, aún cuando tengan intervalos lúcidos. A pesar de lo establecido por el artículo 450, el artículo 1307 reconoce la validez del testamento otorgado por una persona incapaz con intervalos de lucidez.

Artículo 1308.- Siempre que un demente pretenda hacer testamento en un intervalo de lucidez, el tutor y en defecto de éste, la familia de aquél, presentará por escrito una solicitud al juez que corresponda. El juez nombrará dos médicos, de preferencia especialistas en la materia, para que examinen al enfermo y dictaminen acerca de su estado mental. El juez tiene obligación de asistir al examen del enfermo, y podrá hacerle cuantas preguntas estime convenientes, a fin de cerciorarse de su capacidad para testar.

Tratándose de demente y tal como lo establece éste precepto es necesario que se cumplan las formalidades establecidas en el mismo, ahora bien en relación a éste precepto y en cuanto a lo establecido en el artículo 62, fracción XIII, inciso A de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, resulta que tratándose de testamento público abierto el notario podrá certificar que el testador se encuentra en su juicio y tiene capacidad legal debido al período de lucidez del testador, por lo que los requisitos establecidos en el artículo 1308 son un tanto incongruentes ya que aunque la ley del notariado no menciona que se trate de un testamento público abierto, por ser éste el que se otorga ante notario público, es facultad del mismo de hacer constar bajo su fe la identidad de los otorgantes, así como si ha su juicio tienen capacidad legal..

Al respecto opinamos que el notario a pesar de tener Fé Pública no es un perito en la materia como para poder certificar que el testador se encuentra en el momento de otorgar su testamento en un período de lúcidoz, por lo que consideramos que debería haber una homologación entre una ley y otra.

Artículo 1309.- Se hará constar en acta formal el resultado del reconocimiento.

Artículo 1310.- Si éste fuere favorable, se procederá desde luego a la formación de testamento ante notario público, con todas las solemnidades que se requieren para los testamentos públicos abiertos.

El presente precepto nos establece la necesidad de otorgar testamento público abierto cuando se trate de un demente con intervalos de lúcidoz.

Artículo 1311.- Firmarán el acta, además del notario y de los testigos, el juez y los médicos que intervinieron para el reconocimiento, poniéndose al pie del testamento razón expresa de que durante todo el acto conservó el paciente perfecta lúcidoz de juicio, y sin éste requisito y su constancia será nulo el testamento.

Artículo 1312.- Para juzgar de la capacidad del testador se atenderá especialmente al estado en que se halle al hacer el testamento.

El maestro Antonio de Ibarrola establece al respecto que: " *El adverbio especialmente se agregó al precepto en forma completamente desafortunada pues se trata de un error de copia del código civil español. Este ordenamiento utiliza el adverbio únicamente.*

La posibilidad de que un sujeto privado de sus facultades mentales pueda otorgar testamento durante intervalos de lucidez sin importar su estado general, anterior o posterior confirma que la capacidad del testador es juzgada únicamente en el momento en que se elabore el testamento".⁴⁴

4.2.3. CAPACIDAD DEL MENOR PARA TESTAR.

Ya se ha hecho mención al término de capacidad en temas anteriores, por lo que analizaremos brevemente este concepto en relación a la capacidad del menor para testar.

El artículo 1306 establece que están incapacitados para testar:

- a) Los menores que no han cumplido 16 años de edad, ya sean hombres o mujeres.

⁴⁴ IBARROLA ANTONIO DE, *Cosas y Sucesiones*, V Edición, Editorial Porrúa, México 1981, p. 668.

b) Los que habitual o accidentalmente no disfruten de su cabal juicio.

Respecto al tema en estudio nos avocaremos a lo establecido en la primera fracción.

La capacidad en términos generales es la facultad de ejercitar los derechos y cumplir obligaciones y a su vez ser sujeto de obligaciones y derechos.

Respecto a la capacidad de los que han cumplido 16 años, esta es una capacidad limitada, toda vez que el ejercicio de los derechos se realiza por medio de otra persona que actúa en nombre y por cuenta del menor o incapaz.

Ahora bien se ha señalado que el testamento es un acto personalísimo que por lo tanto y de acuerdo a su naturaleza no puede llevarse a cabo por medio de intermediario o representante, el artículo 1306 le otorga la capacidad para testar a un menor que ha cumplido 16 años, siendo que éste menor por su edad no cuenta con la capacidad de ejercicio y por lo tanto necesita de un representante para la libre disposición de sus bienes, por lo que consideramos que aquí existe una incongruencia.

De tal manera que la I fracción otorga la facultad a los menores de 18 años para la celebración de un acto jurídico que en la especie se denomina testamento, aún cuando se encuentre bajo la patria potestad o tutela sin la intervención, ni consentimiento

de la persona que represente sus derechos jurídicamente.

Por lo que nos encontramos en ésta situación ante una excepción de la incapacidad o incapacidad relativa, ya el derecho romano establecía esta incapacidad para testar.

Ya que como sabemos la ausencia de capacidad es un factor que genera la nulidad del acto jurídico.

4.3. INCONGRUENCIA ENTRE LOS ARTICULOS 181 Y 643 RESPECTO AL ARTÍCULO 1306 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

El artículo 181 del código civil establece lo siguiente:

Artículo 181.- El Menor que con arreglo a la ley pueda contraer matrimonio, puede también otorgar capitulaciones, las cuales serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio.

De lo establecido por dicho precepto se establece que el menor emancipado no puede llevar el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, sin la concurrencia y consentimiento de las personas que en su momento lo otorgaron para la celebración del matrimonio. Las capitulaciones matrimoniales se traducen en el convenio que celebran los consortes a fin de establecer el régimen patrimonial del matrimonio, es decir el menor que con arreglo a la ley celebra matrimonio, necesita para celebrar capitulaciones de un representante, pudiendo ser éste, el que ejerce la patria potestad, el tutor, o Juez de lo Familiar, por lo tanto no tiene la posibilidad de disponer libremente de sus bienes.

El artículo 643 dispone lo que a continuación se enuncia.

El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero necesita

siempre durante su minoría de edad de :

1.- La autorización judicial para la enajenación, grávamen o hipoteca de sus bienes y raíces,

2.- De un tutor para negocios judiciales.

Este precepto únicamente otorga al menor la facultad de administración, pero para la libre disposición de sus bienes requiere de la autorización judicial y de un tutor que lo represente, es decir que el menor ya emancipado por medio del matrimonio no cuenta con la capacidad para disponer de sus bienes, únicamente la ley le otorga la facultad de administrarlos.

Ahora bien el artículo 1306 establece:

Artículo 1306.- Están incapacitados para testar:

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

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

De acuerdo a lo establecido en el precepto citado y entendiéndose como testamento un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte, esto de acuerdo a lo que menciona el artículo 1295 del código civil.

Por lo tanto consideramos del todo incongruente lo establecido por los artículos 181, y 643 respecto al 1306 del mismo ordenamiento, debido a que en los primeros la ley prohíbe al menor llevar a cabo la libre disposición de sus bienes, siendo necesario para ello la presencia de su representante, llámesele el que ejerce la patria potestad en el caso del artículo 181 ya que para que el menor emancipado pueda otorgar capitulaciones necesita de la concurrencia de las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio, tutor para negocios judiciales o autorización judicial para la enajenación, gravámen o hipoteca de bienes y raíces en el caso del artículo 643. Por lo que se refiere al artículo 1306 del código civil permite al mayor de 16 años testar, es decir disponer libremente de sus bienes ya que el testamento es un acto personalísimo, y por lo tanto no se requiere la presencia de su representante.

Por lo que manifestamos que el legislador debe unificar criterios en los siguientes sentidos:

- a) Negar la libre disposición de los bienes del menor, ya sea para capitular, hipotecar, gravar o enajenar, así como para testar.

b) Ya para aceptar la capacidad del menor a efecto de otorgarle la capacidad de ejercicio a la edad de 16 años, evitando con ello dificultades al menor.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El menor a lo largo de la historia ha padecido de una serie de injusticias, prueba de ello nos la otorga el Derecho Romano, toda vez que el padre familias ejercía un poder absoluto sobre el menor y por consiguiente de sus bienes.

SEGUNDA.- La situación que prevaleció tanto en la época precolonial como en la colonial era similar a la acontecida en el Derecho Romano, es decir, la sujeción a la patria potestad paterna. De esta manera se le han negado los derechos al menor, a través de diferentes etapas y contextos históricos.

TERCERA.- Es hasta 1959 cuando la O.N.U. lleva a cabo la proclamación de los derechos del niño; basándose en la igualdad, sin distinción alguna, por lo cual existen documentos a nivel internacional con dichos reconocimientos.

CUARTA.- Los códigos civiles del siglo pasado otorgaban el derecho de usufructo a los que ejercían la patria potestad, otorgándoles amplias facultades de administración y aunque contemplaba la emancipación, el menor requería de terceras personas para la administración de sus bienes, ya que los únicos que podía administrar eran los resultantes de su trabajo. Por lo tanto, durante la vigencia de dichos códigos no se contemplaban los derechos del menor, para la libre disposición de sus bienes.

QUINTA.- La ley de relaciones familiares de 1917 , aunque siguiendo los mismos lineamientos de los códigos que le precedieron, difería de ellos en lo concerniente al otorgamiento de una administración provisional al menor, siguiendo la misma directriz de contar con un tutor para disponer de sus bienes. En este momento, se marca -creemos- un matiz diferente por el carácter que aunque provisional le permite disponer de sus bienes.

.SEXTA.- Nuestro código civil actual hace una clasificación de diferentes tipos de hijo, provocando con ello confusiones y malos entendidos, toda vez que en la práctica únicamente se establecen hijos habidos fuera o dentro del matrimonio. Sugerimos entonces al legislador, que exista una homologación en cuanto a la conceptualización de hijo.

SEPTIMA.- La patria potestad se ejercita por los padres, abuelos paternos o abuelos maternos, otorgándole al menor los alimentos necesarios, siendo ésta una diferencia con el derecho romano en que la patria potestad se ejercitaba solo por el pater familias.

Otra de las diferencias estriba en que la patria potestad romana se establecía en beneficio del paterfamilias y su patrimonio, mientras que la patria potestad actual se instituye en beneficio del menor.

OCTAVA.- El derecho que tiene el menor frente a sus bienes sigue siendo limitado, toda vez que únicamente se le reconoce el derecho a administrar, careciendo de facultades para la libre disposición de sus bienes, teniendo exclusivamente el derecho a poseerlos.

NOVENA.- Por medio de la emancipación a través del matrimonio, el menor sale de la patria potestad paterna, respecto de su persona, no así, en lo que se refiere a sus bienes, ya que el artículo 181 establece la obligatoriedad de la concurrencia de las personas que otorgaron su consentimiento para el matrimonio, a efecto de considerar válidas las capitulaciones matrimoniales.

DECIMA.- El artículo 643 establece claramente que el menor emancipado tiene el derecho para administrar sus bienes, requiriéndose de un tutor, y del consentimiento de la autorización judicial para la enajenación, grávamen o hipoteca de sus bienes, en tanto que el artículo 1306 del código civil reconoce al menor de 18 años pero mayor de 16 la plena capacidad para disponer de sus bienes para después de su muerte por medio del testamento, es decir le reconoce la capacidad para testar.

DECIMA PRIMERA.- Debido a lo anterior los tres preceptos enunciados resultan del todo incongruentes, aunque los tres persiguen como fin la protección de los bienes del menor, por lo que sentimos que debe surgir la forma de unificar criterios, ya sea para negar toda posibilidad de disponer de sus bienes a los menores de 16 años a través del testamento o que se les otorgue plena capacidad para disponer de sus bienes a los 16 años.

BIBLIOGRAFIA.

- **ABC DE LOS DERECHOS HUMANOS**, Secretaría de Educación Pública, México 1992.
- **BAQUEIRO ROJAS EDGAR Y BUEN ROSTRO BAEZ ROSALIA, Derecho de Familia y Sucesiones**, Editorial Harla, México 1990.
- **BRAVO GONZALEZ AGUSTIN Y BIALOSTOSKY SARA, Compendio de Derecho Romano**, Editorial Pax, México 1975.
- **BURGOA IGNACIO, Las Garantías Individuales**, Vigésima Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 1993.
- **CHAVERO ALFREDO D., México a Través de los Siglos**, Tomo I, Décima Primera Edición, Editorial Cumbre, S.A., México 1974.
- **FLORIS MARGADANT GUILLERMO, Derecho Romano**, Décima Edición, Editorial Esfinge, S.A., México 1981.
- **GALINDO GARFIAS IGNACIO, Derecho Civil Primer Curso**, Personas Familia, Quinta Edición, Editorial Porrúa S.A, México 1982.

- INSTITUTO NACIONAL DE ANTROPOLOGIA E HISTORIA, Historia Gráfica de México, Tomo V, Editorial Patria, México 1991.

- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS U.N.A.M. Derechos de la Niñez, Editorial U.N.A.M. , México 1990.

- MONTERO DUHALT SARA, Derecho de Familia, Quinta Edición, Editorial Porrúa S.A. México 1992.

- PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO BERNARDO, Representación . Poder y Mandato. Prestación de Servicios Profesionales y su Etica, IV Edición Editorial Porrúa S.A. México 1989.

- PLANIOL MARCEL Y RIPERT GEORGES, Tratado de Derecho Civil, Décima Segunda Edición, Tomo II, Editorial Cardenas Editor y Distribución, México 1981.

- PUIG PEÑA FEDERICO, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo II, Editorial Revista de Derecho, Madrid s/f.

- ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Décima Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1980.

LEGISLACION

- **CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA DE 1870**, Edición Oficial, Editorial José Batiza, México 1870.

- **CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA DE 1884**, Edición Oficial, Tipografía y litografía la Europea de J. Aguilar Vera y Compañía, México 1884.

- **CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL COMENTADO**, Libro I, De las Personas, Tomo I, De las Personas,, Segunda Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., Miguel Angel Porrúa, México 1989.

- **CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

- **LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917, COMENTADA Y CONCORDADA CON EL CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL**, Segunda Edición, Editorial Oficial, México 1923.

DICCIONARIOS

- **DICCIONARIO KAPELUZ DE LA LENGUA ESPAÑOLA**, Editorial Kapeluz, Primera Edición, Buenos Aires Argentina, 1979.

- **PINA RAFAEL DE Y PINA VARA RAFAEL**. Diccionario de Derecho, Décima Octava Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1992.

- **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**. Diccionario de la Lengua Española, Tomo I, Editorial Calpe, S.A. Madrid España, 1984.