



Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

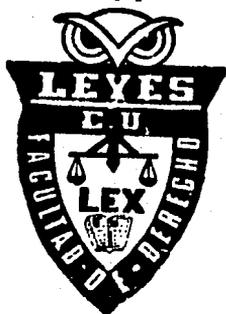
LA EMANCIPACION, NECESIDAD DE EQUIPARARLA
A LA CAPACIDAD JURIDICA PLENA

T E S I S

Que para optar al Título de
LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a

LEONCIO JESUS RAFAEL MUÑOZ



México, D. F.



FACULTAD DE DERECHO
COORDINACION DE EXAMENES
PROFESIONALES

1985



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.

LA EMANCIPACION, NECESIDAD DE EQUIPARARLA A LA
CAPACIDAD JURIDICA PLENA.

A manera de prólogo..... I

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA EMANCIPACION..... 3

1.- Concepto gramatical y doctrinario..... 4
2.- Concepto legislativo..... 15
3.- Concepto que se propone..... 18
4.- Elementos del concepto propuesto..... 19

CAPITULO II

ESPECIES DE EMANCIPACION..... 22

1.- Per decisión del soberano..... 23
2.- Per resolución judicial..... 28
3.- Per matrimonio..... 33

CAPITULO III

LA EMANCIPACION EN EL DERECHO COMPARADO..... 40

Introducción..... 41
1.- Francia..... 42
2.- Italia..... 52
3.- España..... 59
4.- Chile..... 68
5.- Argentina..... 71

CAPITULO IV

LA EMANCIPACION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.... 77

Introducción..... 78

**I.- Personas que ejercen la patria potestad de los hijos
menores de edad no emancipados..... 81**

**2.- Hipótesis en que al hijo se le considera respecto de la
administración como emancipado..... 90**

**3.- Consecuencias de la emancipación respecto del derecho de
usufructo a favor de quienes ejercen la patria potestad. 91**

4.- Extinción de la patria potestad..... 92

**5.- El caso de los menores de edad emancipados como consecuen
cia del matrimonio..... 93**

**6.- Clase de tutela a la que estará sujeto el menor de edad
emancipado..... 100**

**7.- Nulidad de todo convenio entre el tutor y el pupilo, ya
mayer o emancipado respecto a la administración de la
tutela o a las cuentas mismas..... 103**

**8.- Designación del curador de los menores de edad emancipa
dos por razón del matrimonio..... 104**

**9.- Nulidad de los actos de administración y contratos cele
brados por los menores emancipados..... 105**

**10.- Capacidad del emancipado para constituir el patrimonio
de la familia..... 108**

... CAPITULO V

**LA EMANCIPACION COMO ADELANTO DE LA CAPACIDAD DE
EJERCICIO, Y SU NECESIDAD DE EQUIPARARLA
CON LA CAPACIDAD JURIDICA PLENA..... 114**

Introducción..... 115

| | |
|---|-----|
| 1.- Derechos del emancipado..... | 116 |
| 2.- Obligaciones del emancipado..... | 120 |
| 3.- Efectos de la emancipación..... | 121 |
| 4.- Semejanzas y diferencias entre la emancipación y la capacidad jurídica..... | 124 |
| 5.- La emancipación, necesidad de equipararla a la capacidad jurídica plena..... | 128 |
| | |
| Conclusiones..... | 131 |
| Bibliografía..... | 133 |

A manera de prólogo

Cuando pensé en desarrollar el tema de la EMANCIPACION, varios fueron los motivos que me impulsaron a ello:

1.- Al emancipado en nuestra legislación no se le ha ubicado en la esfera jurídica que realmente debería tener, esto es, que significando ésta la liberación, libertad o no sujeción hacia alguien, la ley continúa limitándolo en sus manifestaciones para con la sociedad.

2.- Si bien es cierto que en las legislaciones de Francia, Italia, España, Chile y Argentina entre otras, se ha legislado en esta materia situándola a través de una serie de restricciones, limitaciones o prohibiciones, no es el caso para que nuestro país lo haga en forma similar.

3.- Siende la emancipación sinónimo de libertad e de autonomía, debemos entenderla en su verdadero significado, esto es, en otorgarle al emancipado la PLENA CAPACIDAD JURIDICA con el objeto de considerarlo como un sujeto mayor de edad, otorgándole la CAPACIDAD DE EJERCICIO en forma tal que pueda cumplir por sí mismo con todas sus obligaciones.

4.- Tomando en cuenta que algunos tratadistas consideran a la emancipación como un "estado intermedio entre la menor y la mayor edad", estimo que no debe tomarse en este sentido, ya que la emancipación no debe constituir una etapa intermedia entre la menor y la mayor edad, sino que por esencia, por su naturaleza misma, implica un cambio total; y adecuando este significado al ámbito jurídico, debe entenderse como

la liberación de la patria potestad o de la tutela para otorgarle al emancipado la LIBRE DISPOSICION DE SU PERSONA y de SUS BIENES EN FORMA PLENA, es decir, en considerarlo en su "esfera" jurídica como un sujeto MAYOR DE EDAD.

5.- Otros tratadistas consideran a la emancipación como una "institución protectora del menor", o como una especie de "noviciado" que lo va preparando para cuando éste llegue a su mayoría de edad. Considero que si por un lado es muy justificable que el legislador a través de dispositivos legales proteja al menor, NO ES EL CASO para que a este tipo de ordenamiento le llame EMANCIPACION, sino más bien a lo que esto se asemeja es a una especie de HABILITACION, ya que esto es precisamente lo que está haciendo, está HABILITANDO AL MENOR para poder realizar DETERMINADOS ACTOS que todavía no desiera efectuarlos por ser menor de edad; sin embargo la ley lo faculta para hacerlo, pero solamente para determinados actos previamente autorizados, y no para otros, ya que entonces carecerían de validez.

6.- Por lo tanto, tratándose de la EMANCIPACION, sencillamente debe otorgarse o no debe otorgarse; pero si se concede, debe considerarse como tal, esto es, en ANTICIPAR LA PLENA CAPACIDAD JURIDICA como la que corresponde al mayor de edad.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA EMANCIPACION.

- 1.- Concepto gramatical y doctrinario.
- 2.- Concepto legislativo.
- 3.- Concepto que se propone.
- 4.- Elementos del concepto propuesto.

I.- CONCEPTO GRAMATICAL Y DOCTRINARIO.

Es importante definir primeramente a la emancipación desde el punto de vista etimológico, ya que de aquí se van a derivar más ampliamente los conceptos tanto doctrinarios como legislativos de esta institución. Por lo que expongo enseguida lo que al respecto nos esbozan los diccionarios etimológicos.

El diccionario de Derecho Usual nos ofrece la etimología de la palabra "emancipación", y así, señala que: "Emancipación.- Del verbo latino emancipare, que equivale a soltar de la mano o sacar del poder de alguien.

El valor propio del vocablo se encuentra desde hace unos 30 siglos en el Derecho Civil. Efectivamente, como fin, liberación, dimisión o abdicación de la patria potestad o de la tutela se encuentra ya caracterizada en el Derecho Romano, como renuncia que hace el padre de la patria potestad ejercida sobre el hijo.

Por la emancipación no sólo sale el hijo de la patria potestad, sino también de la situación de incapacidad jurídica casi total en que se encuentra: íntegra, en realidad, una mayoría de edad auticipada, prevista por la ley para ciertos casos excepcionales, si bien subsisten determinadas restricciones, por los numerosos actos que la ley prohíbe realizar sin legítima autorización al menor emancipado, por tener a que resulte víctima, en su inexperiencia, de las maniobras taimadas de los expertos en demasía.

El objeto de la emancipación es el de conceder al menor de edad el gobierno de su persona y el goce y administración de sus bienes

con una capacidad limitada." (1).

El mismo Diccionario de Derecho Usual, nos señala mas adelante lo siguiente: "Emancipador.- quien emancipa, libera o redime.

Emancipar.- Libertar o sacar de la patria potestad, tutela o servidumbre. Liberar de sujeción." (2).

Por su parte la Gran Enciclopedia Larousse define a la emancipación de la siguiente manera: "Emancipación.- Acción y efecto de emancipar o emanciparse. Actualmente la emancipación es uno de los modos de poner término a la existencia de la patria potestad. El emancipado que no ha llegado a la mayoría de edad puede realizar por sí solo determinados actos jurídicos, pero para otros necesita el consentimiento de determinadas personas." (3).

En la doctrina jurídica universal, los autores nos muestran cada uno un concepto propio sobre esta figura jurídica, y en el fondo todos coinciden en sus apreciaciones en considerar a la emancipación como un otorgamiento de capacidad relativa, y así tenemos las siguientes posturas.: Henri Capitant en su texto Vocabulario Jurídico nos ofrece el concepto de emancipación. "Emancipación.- Acto jurídico solemne, o beneficio legal resultante del matrimonio, por efecto del cual un menor

- (1). Diccionario de Derecho Usual. Guillermo Cabanelas. Tomo II. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. República Argentina. 1953. p. 29
- (2). Diccionario de Derecho Usual. Guillermo Cabanelas. Tomo II. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. República Argentina. 1953. p. 30
- (3). Gran Enciclopedia Larousse. Tomo Cuarto. Editorial Planeta, S.A. Impreso en España. Reimpresión de la Segunda Edición, marzo 1980. p. 159

de edad es liberado de la patria potestad o de la tutela, o de ambas, y adquiere el gobierno de su persona, así como el goce y administración de sus bienes, dentro de los límites fijados por la ley." (4).

De lo anterior se desprende que Henri Capitant sólo se refiere a la emancipación por efecto del matrimonio, sin mencionar siquiera las otras dos especies (emancipación por concesión del soberano y por resolución judicial).

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales también nos ofrece el concepto de emancipación: "Emancipación.- Acción y efecto de emancipar o emanciparse, de liberar de la patria potestad, de la tutela o de la servidumbre a las personas que estaban sometidas a ellas.

En las legislaciones modernas, la emancipación es un final anticipado de la patria potestad, de la tutela o de ambas, que un menor obtiene por el solo hecho de contraer matrimonio, adquiriendo así el gobierno de su persona y la administración de sus bienes. Algunos códigos permiten que el padre o madre, en ejercicio de la patria potestad, concedan al hijo menor el beneficio de la emancipación." (5).

Manuel Ossorio dice que la emancipación es un final anticipado de la patria potestad, de la tutela o de ambas, sin hacer mención especial a que este final anticipado sea de una manera total; esto es, que al emancipado se le confiera una plena capacidad jurídica como al

- (4). Henri Capitant. Vocabulario Jurídico. Traducción castellana de Aquiles Horacio Guaglianone. Ediciones Depalma. Buenos Aires. p.243
 (5). Manuel Ossorio. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Primera Edición. Editorial Helissta S.R.L. Buenos Aires. República Argentina. 1974. p. 278.

mayor de edad; ó que esta extinción de la patria potestad o de la tutela signifique sólomente una "capacidad" semi-plena.

Por otra parte, Manuel Ossorio distingue entre la emancipación por matrimonio y por concesión del soberano, olvidándose de la emancipación judicial.

Los autores de la Enciclopedia Jurídica Omeba colocan a la emancipación en un estado intermedio entre la incapacidad del menor y la plena capacidad del mayor de edad, al decir que: "Entre la incapacidad de los menores mitigada apenas en ciertas y determinadas circunstancias o situaciones, por habilitaciones parciales y referidas a actividades propias o por las inherentes a las de la edad adulta de los mismos; y la plena capacidad de toda persona que ha alcanzado la mayor edad, se instaura un modo de conducta, que hace del menor una persona capaz, salvo excepcionales limitaciones. A este modo de conducta que se caracteriza aún en la menor edad y que marca un claro deslinde entre la incapacidad del menor y la capacidad del mayor de edad, desde antiguo en Derecho se le llama: Emancipación.

La emancipación se muestra como conducta de persona que, aunque en menor edad, se la capacita con tendencia a una mayor habilitación en ejercicio de la libertad que como tal el ordenamiento jurídico concede plenamente sólo al alcanzar la mayor edad.

La emancipación se presenta, pues, en general, aunque bajo formas y sentidos distintos en los diversos ordenamientos jurídicos, bajo el signo que señala el arbitrio de una solución para el problema que crea la falta de capacidad en personas aptas para tenerla, y que no han alcanzado la mayor edad." (6).

(6). Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo IX. Editorial Bibliográfica Argentina S.A.L.. Impreso en la Argentina. 1969. p. 680

sin embargo, la misma enciclopedia también dice: "tampoco constituye siempre una etapa intermedia entre la relativa incapacidad del menor de edad adulto y la plena capacidad del mayor de edad; toda vez que en determinadas legislaciones, la emancipación significa por sí la capacidad de la mayor edad aunque no se haya alcanzado ésta, pero siempre que ocurra aquella, según los motivos que la fundan; con lo que no se la podría ver ya como una especie de "noviciado", según se la calificará por algunos autores como Marcel Planiol y J. Ripert." (7).

Por otra parte, la Nueva Enciclopedia Jurídica nos dice lo siguiente: "La emancipación en el sistema del Derecho representa un período en la vida del menor de edad, que se prolonga hasta el momento en que llega a su mayoría. Durante este período el emancipado puede realizar por sí solo determinados actos jurídicos por salir de la patria potestad, y en cambio para otros necesita el consentimiento de determinadas personas.

Mediante la emancipación, el sometido a la patria potestad o a tutela se libera de estas instituciones protectoras. No quiere decirse que se rompa por completo el vínculo de dependencia, sino que la transformación que se opera en el ejercicio de la capacidad es de tal naturaleza, que todo se modifica como preparando al menor para el momento de su declaración de mayoría." (8).

Claramente hemos visto que la Nueva Enciclopedia Jurídica se inclina por una capacidad semi-plena, ya que no confiere al menor la misma capacidad jurídica de la que goza el mayor de edad.

(7). Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo IX. Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. Impreso en la Argentina. 1969. p. 880.

(8). Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo VIII. Publicada bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1956. Impreso en España. p. 206

Marcel Planiol en su Tratado Elemental de Derecho Civil dice:

"La emancipación es un acto que tiene por objeto conferir a un menor:

1° El gobierno de su persona; 2° El goce y la administración de sus bienes con una capacidad limitada.

El estado del menor emancipado es intermedio entre la incapacidad total, que afecta al menor no emancipado, y la libertad absoluta de que goza el mayor que ha llegado a la edad de su plena capacidad civil. En esto reside la utilidad propia de la emancipación: inicia al menor en el uso de su libertad, lo que ha hecho que se le compare a una especie de prueba o de noviciado. Se evita así el tránsito brusco de un extremo a otro, que no carece de peligro." (9).

Por lo anteriormente expuesto podemos decir que Marcel Planiol también se inclina por la emancipación como un estado intermedio entre la incapacidad del menor y la capacidad absoluta del mayor de edad; y es precisamente aquí, -dice él,- donde radica la utilidad de la emancipación; en este sentido, Planiol considera a la emancipación como una forma de preparar al menor hacia su mayoría de edad, esto es, que la emancipación no lo dota de una plena capacidad jurídica.

Josserand citado por Galindo Garfias nos dice que: "La emancipación abre un período intermedio entre el estado de la incapacidad del principio y el de plena capacidad: permite al menor hacer una especie de noviciado, iniciarse gradualmente en la vida jurídica y en los negocios." (10).

(9). Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Divorcio, Filiación, Incapacidades. Traducción de la 12ª Edición Francesa por el Lic. José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. 1946. p.p. 407-408

(10). Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil. Primer Curso. Sexta Edición 1983. Editorial Porrúa, S.A. p. 399

Julien Bonnacase en su Tratado Elementos de Derecho Civil dice que: "La emancipación es un acto jurídico, en virtud del cual el menor se encuentra provisto o es expresamente provisto de la dirección de su persona y de una capacidad parcial en lo que se refiere a su patrimonio." (II).

De la misma manera, Julien Bonnacase al referirse a una capacidad parcial, se refiere lógicamente a una capacidad semi-plena.

Ambrosio Colín y H. Capitán en su Curso Elemental de Derecho Civil establecen que: "La emancipación es un acto solemne o un beneficio de la ley que produce la consecuencia de libertad al menor de la patria potestad o de la tutela y de conferirle, con el gobierno de su persona, una cierta capacidad, por lo demás limitada a la pura administración, en cuanto a su patrimonio.

En los actos que sobrepasan su capacidad, el menor emancipado es asistido por un curador; en los actos más graves debe, como el menor ordinario, solicitar la aprobación de los poderes de alta tutela." (I2).

De la misma manera que los anteriores, también establecen estos dos autores a la emancipación una cierta capacidad, esto significa que el menor de edad gozará solamente de una capacidad semi-plena; esto es, sin poder disponer de su patrimonio, solo de poder administrarlo.

Incluso se establece, que llegado el caso, el menor deberá ser asesorado por un curador.

- (II). Julien Bonnacase. Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Nociones Preliminares, Personas, Familia, Bienes. Traducción por el Lic. José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. 1945. p. 467
- (I2). Ambrosio Colín y H. Capitán. Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo II. Incapacidad Civil - Personas Jurídicas. Tercera Edición 1952. "Instituto Editorial Reus" Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A. p. 253

II

De lo expuesto por Colín y Capitant no podemos decir que se trate verdaderamente de una emancipación, ya que el menor de edad se ve limitado por una serie de restricciones que le impiden actuar como un mayor de edad.

En el mismo sentido se pronuncia Raymundo M. Salvat en su Tratado de Derecho Civil, al decir que: "La emancipación es una institución que tiene un doble objeto: 1° Sustraer al menor de edad a la patria potestad del padre; 2° Conferir una cierta capacidad; desde este punto de vista, el menor casado tiene una posición jurídica especial, intermedia entre la falta completa de capacidad del menor y la plena capacidad del mayor de edad. Así considerada, la emancipación es el resultado de la fusión de dos instituciones antiguas: la emancipación y la habilitación de edad." (13).

De la misma manera, Salvat coloca a la emancipación en una posición intermedia, esto es, le atribuye una capacidad semi-plena.

George Ripert y Jean Boulanger en su Tratado de Derecho Civil, establecen que: "La emancipación es un acto que tiene por fin conferir a un menor: 1° El gobierno de su persona; 2° El usufructo y la administración de sus bienes con una capacidad limitada.

El estado del menor emancipado es intermedio entre la incapacidad completa que pesa sobre el menor no emancipado y la libertad absoluta de que goza el mayor que ha llegado a la edad de la plena capacidad civil. Allí radica la utilidad propia de la emancipación: inicia al menor en el ejercicio de su libertad; por ello es la ha podido com-

(13). Raymundo M. Salvat. Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General. Tomo I. 10ª Edición. Tipografía Editora Argentina, S.A. 1926. p. 423

parar a una especie de etapa o de noviciado. De este modo se evita el pasaje brusco de un extremo al otro, que no se produce sin peligros."(14).

De la misma manera que Marcel Planiol, estos autores colocan a la emancipación en una etapa intermedia que es donde radica, dicen ellos, la utilidad de la emancipación, ya que prepara al menor en el ejercicio de su libertad.

En el mismo sentido se pronuncia José Castán Tobeñas en su Tratado de Derecho Civil Español, Común y Foral, al decir que: "La emancipación en alguna de sus especies (las originadas por el matrimonio y por concesión) y la habilitación de edad son en el derecho español dos instituciones paralelas que implican un estado intermedio entre la menor y la mayor edad, entre la incapacidad y la plena capacidad."(15).

Sin embargo podemos interpretar en otro sentido los conceptos de Federico de Castro y Bravo en su Tratado de Derecho Civil de España, al manifestar: "La fijación del significado jurídico de la emancipación requiere atender a su sentido general, esto es, al efecto que es común a todas sus formas o causas. Conforme al código civil español, la característica de la emancipación es la de ser causa determinante de la independencia jurídica del menor de edad; por ella se sale de la patria potestad o de la tutela y el menor pasa a un nuevo estado jurídico, al de mayor edad o al de menor emancipado." (16).

- (14). George Ripert y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil (Según el Tratado de Planiol). Tomo III. De las personas 2° Parte. Ediciones La Ley. Buenos Aires, Argentina. 1963. p.p. 528-529
- (15). José Castán Tobeñas. Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo Primero. Introducción y Parte General. Octava Edición. Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A. Madrid. 1952. p. 140
- (16). Federico de Castro y Bravo. Derecho Civil de España. Tomo II. Derecho de la persona. Parte Primera. La persona y su estado civil. Instituto de Estudios Políticos. 1952. p. 210

De la definición que nos da Castro y Bravo, podríamos interpretar que cuando dice que por medio de la emancipación el menor pasa a un nuevo estado jurídico, o sea el de mayor edad, aquí pretende este autor según su personal criterio, darle al emancipado una capacidad jurídica completa. Y en caso de ser veraz o cierta mi interpretación, sería el único autor de los que se han consultado que le determina o concede al que se emancipa una capacidad de ejercicio total, que contradice a la mayoría de los doctrinarios.

En nuestra doctrina mexicana, Rafael de Pina en su Tratado Elementos de Derecho Civil Mexicano, se pronuncia por un sistema de capacidad semi-plena, al manifestar: "La emancipación es, de acuerdo con el derecho mexicano, una institución civil que permite sustraer de la patria potestad y de la tutela al menor, otorgándole una capacidad que le faculta para la libre administración de sus bienes, con determinadas reservas, expresamente señaladas en la ley. Algunos tratadistas consideran a la emancipación como una fusión de dos instituciones romanas, la emantipatio y la venia aetatis. La venia aetatis podía ser solicitada del emperador por los varones mayores de veinte años y las mujeres mayores de dieciocho, adquiriéndose mediante ella una capacidad casi plena antes de los veinticinco años, subsistiendo algunas limitaciones referentes a las donaciones y a la enajenación de bienes inmuebles." (17).

En el mismo sentido se inclina el Dr. Ignacio Galindo Garfias

(17). Rafael de Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen Primero. Introducción-Personas-Familia. Decimotercera Edición. 1963. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 399-400

en su Tratado de Derecho Civil, al manifestar: "En virtud de la emancipación, el menor de edad sale de la patria potestad o de la tutela a que se hallaba sujeto, disponiendo así libremente de su persona y administrar sus bienes, con ciertas restricciones. Se señala como antecedente histórico de la emancipación, la institución romana de la venia aetatis, concedía el emperador a los varones mayores de veinte años y a las mujeres si habían alcanzado la edad de dieciocho 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 que no las autorizaba para hacer donaciones y para enajenar los bienes inmuebles, sino hasta que alcanzaran la mayoría de edad, que en Roma empezaba a los veinticinco años de edad." (18).

Finalmente, Ricardo Couto en su Tratado de Derecho Civil Mexicano, señala: "La emancipación es la condición civil en virtud de la cual el menor de edad sale de la patria potestad. Puede tener lugar por matrimonio del menor o por voluntad del que ejerce la patria potestad. La primera se llama emancipación legal; la segunda emancipación voluntaria." (19).

(18). Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil. Primer Curso. Sexta Edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A. p. 394

(19). Ricardo Couto. Derecho Civil Mexicano. Tomo I. De las personas. p. 161

2.- CONCEPTO LEGISLATIVO.

En el derecho positivo, es decir, en los ordenamientos legales vigentes, se contempla a la emancipación otorgándole al emancipado una capacidad restringida, coincidiendo con las tesis de la doctrina, y así tenemos que primeramente en nuestro código civil vigente no proporciona un concepto de emancipación, sino sólo se concreta a manifestar en su artículo 641 que "El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad."

El artículo mencionado dá por entendido el concepto de "emancipación", sin embargo, creemos necesario que en la legislación civil debería insertarse tal concepto a efecto de determinar sus características esenciales, esto es, precisar sus elementos.

En lo que se refiere a los códigos civiles correspondientes a todas y cada una de las entidades federativas que conforman nuestro país, hemos podido apreciar que tampoco ninguno de estos códigos contiene un concepto de "emancipación", ya que en el capitulado correspondiente del mismo, encontramos una serie de disposiciones que se asemejan casi en forma idéntica a las que señala el código civil para el Distrito Federal. En consecuencia, sirvan por vía de ejemplo lo que al respecto señalan los códigos de Aguascalientes y de Jalisco que a continuación se transcriben:

El artículo 665 del código civil de Aguascalientes dice "El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado que sea menor de edad, no recaerá en la patria potestad, excepto cuando haya obrado de mala fe al contraer matrimonio.

El Oficial del Registro Civil anotará las respectivas actas de nacimiento del o de los cónyuges menores de edad, haciendo constar al margen de ellas la emancipación en virtud del matrimonio y citando la fecha en que éste se celebró, así como el número y foja del acta relativa."

El artículo 609 del código civil de Jalisco dice "El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva por muerte, por divorcio o por anulación, si se considera válido como matrimonio putativo y el esposo menor era de buena fe, el cónyuge emancipado que sea menor no recaerá en la patria potestad."

Por otra parte en el código civil de Ecuador se sigue la misma postura que en el nuestro, y al efecto transcribiremos el artículo correspondiente a esta legislación: Así, en su artículo 285 señala que "La emancipación da fin a la patria potestad. Puede ser voluntaria, legal o judicial."

Como se observa del concepto que nos da el código civil ecuatoriano, esta legislación regula tres especies de emancipación: La voluntaria que se produce a instancias de quienes ejercen la patria potestad o en su caso la tutela; la legal que es consecuencia del matrimonio del menor de edad; y la judicial que es el resultado de la decisión de los tribunales correspondientes.

En tanto que el código civil de Chile dice lo siguiente: "Art. 264.- La emancipación es un hecho que pone fin a la patria potestad. Puede ser voluntaria, legal o judicial."

Como hemos visto, este código al igual que el anterior también reglamenta las ya conocidas tres especies de emancipación, que son la voluntaria, la legal y la judicial.

5.- CONCEPTO QUE SE PROPONE.

Habiendo analizado diferentes conceptos de la "emancipación", considero que ninguno de ellos abarca ampliamente el verdadero y real sentido que debe tener esta institución; ya que si el legislador ha querido sustraer a un menor de la patria potestad, y por lo tanto, no volverlo a dejar entrar a ella, creo injusto que solamente se le dé una capacidad de ejercicio relativa, pues si ya lo sustrajo de la patria potestad o de la tutela es porque lo considera apto para poder desarrollarse y manifestarse por sí mismo como un mayor de edad. En tal virtud el concepto que de "emancipación" contienen las legislaciones no abarca esta amplitud, razón por la cual me permito proponer el siguiente concepto:

EMANCIPACION.- La emancipación es una institución jurídica que tiene como fin sustraer al menor de edad de la patria potestad, o de la tutela, y de conferirle la plena capacidad jurídica como si fuera mayor de edad, es decir, anticiparle la libre disposición de su persona y de sus bienes; siendo su libertad civil en forma definitiva e irrevocable.

4.- ELEMENTOS DEL CONCEPTO PROPUESTO.

Analizando cada uno de los elementos de la definición propuesta, se desprenden las siguientes consideraciones:

Los elementos del concepto que acabamos de proponer se desprenden de su misma definición, y que son:

- 1.- Es un negocio jurídico.
- 2.- Tiene como fin sustraer al menor de edad de la patria potestad o de la tutela.
- 3.- Como consecuencia del punto anterior, otro de sus fines es el de conferirle la plena capacidad jurídica como si fuera mayor de edad.
- 4.- La irrevocabilidad de la emancipación.

A). Para poder comprender porque decimos que la emancipación es un negocio jurídico hemos tenido muy en cuenta los artículos 26 al 29 del anteproyecto de Código Civil para el Estado de Morelos que presenta el Dr. Raúl Ortiz-Urquidi en su "Tratado de Derecho Civil, que textualmente dicen lo siguiente:

Artículo 26.- Supuesto jurídico es la hipótesis prevista por la ley, de cuya realización depende el nacimiento, la transmisión, la modificación o la extinción de derechos y obligaciones o de situaciones jurídicas concretas.

Artículo 27.- Cuando el supuesto se realiza y consiste en un acontecimiento real, toma el nombre de hecho jurídico.

Artículo 26.- Cuando el hecho es realizado voluntariamente por su autor, pero sin intención de producir ninguno de los efectos que menciona el artículo 26, no obstante lo cual se producen, se le llama acto jurídico.

Artículo 29.- Cuando el acto es lícito y se realiza con el propósito primordial de producir cualesquiera de las consecuencias a que se refiere el artículo 26, toma el nombre de negocio jurídico. (20).

Por lo tanto, la emancipación la podemos situar en un primer plano como un supuesto jurídico, y cuando éste se realiza toma el nombre de hecho jurídico, pero si a este hecho le agregamos la voluntad no solamente del emancipador o emancipadores, sino también la del futuro emancipado, entonces estamos ya frente a un acto jurídico; finalmente como este acto es lícito y tiene como fin producir consecuencias de derecho, se trata entonces de un NEGOCIO JURIDICO.

B). El siguiente elemento es el de sustraerlo de la patria potestad o de la tutela, esto es, que ya no se tendrá sobre el menor ese conjunto de facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación al menor y a los bienes de éste, con el objeto de salvaguardarlos en la medida necesaria.

C). El tercer elemento radica en el fin de otorgarle la plena capacidad jurídica como si fuera mayor de edad, es decir, que se convierta en un sujeto jurídicamente capaz; significa esto que el emancipado tenga la facultad de gozar de sus derechos y de cumplir sus obliga-

ciones por sí solo sin intervención alguna de terceras personas, ya que si se le otorgó la libertad de conducirse para formar una familia propia, debe de considerarse también apto para realizarse en todos los aspectos de su vida, esto es, tanto desde el punto de vista social, familiar, económico como jurídico.

D). Por último, el cuarto elemento que contiene el concepto de "emancipación" que hemos propuesto en el punto anterior de este capítulo, vemos que se refiere a la irrevocabilidad de la misma, significa esto, que una vez que el menor de edad haya sido sustraído de la patria potestad, o en su caso de la tutela, es porque se le ha considerado una persona con madurez y responsabilidad, capaz de disponer de su persona y de sus bienes en forma plena, es decir, de la misma manera en que lo puede hacer el mayor de edad; en este sentido debe tener la garantía de continuar en forma definitiva e independiente con este nuevo estado jurídico que le ha sido anticipado, estableciendo para ello la irrevocabilidad de la emancipación.

CAPITULO II

ESPECIES DE EMANCIPACION.

- 1.- Por decisión del soberano.
- 2.- Por resolución judicial.
- 3.- Por matrimonio.

I.- POR DECISION DEL SOBERANO.

A partir de las reformas hechas al código civil en 1970, se observa que en nuestra legislación mexicana, solamente se reglamenta una sola especie de "emancipación" que es la conocida "Por virtud del matrimonio", encontrando en otras legislaciones que contemplan otras formas de "emancipación", y estas son: "Por decisión del soberano" y "Por resolución judicial", mismas que en el presente capítulo analizaremos debidamente.

La "emancipación por decisión del soberano" en la legislación francesa la expresa Planiol en su Tratado Elemental de Derecho Civil en los siguientes términos:

"Emancipación expresa.

Personas que tienen facultades para emancipar.

Menor cuyo padre o madre vive aún.- La facultad de emancipar al hijo corresponde, en principio, a sus padres; es un atributo de la patria potestad de que abdica en cierta forma a fin de liberar al menor; mientras que el padre viva, sólo él tiene facultad para emancipar al hijo, porque es el único a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad. Cuando el padre haya muerto, perdido la patria potestad o si se halla imposibilitado para ejercitarla, el derecho de emancipar se transmite a la madre. (art. 477, inc. I del c.c. francés)." (I).

La observación que podemos hacer a esta especie de emancipación es que Planiol indica que en primer lugar el derecho para emancipar

(I). Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Divorcio. Filiación, Incapacidades. Traducción de la 12ª Edición Francesa por el Lic. José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. 1946. p. 409

al hijo corresponde al padre, y en segundo lugar a la madre; estimo que no debería existir esta distinción, sino que a ambos debiera corresponder de común acuerdo conceder o no la emancipación, ya que ambos ejercen la patria potestad sobre el hijo, sin tener porque hacer tal distinción.

En cuanto a las formalidades, Marcel Planiol señala las siguientes:

"Formalidades.- Si el padre o la madre son los autores de la emancipación, el acto consiste en una declaración autorizada por el Juez de Paz asistido de su secretario (art. 477, inc. 2 del c.c. francés).

Si es el consejo de familia, la emancipación resulta de una decisión suya, y que el Juez de Paz ejecuta por sí mismo inmediatamente, declarando "que el menor queda emancipado" (art. 478 del c.c. francés). Ningún recurso es posible contra esta decisión.

En ambos casos la prueba autentica de la emancipación no se encuentra en la oficina del Registro Civil sino en la Secretaría del Juzgado de Paz.

Emancipación por los padres. Según el proyecto del código civil francés, el hijo nunca podía beneficiarse con una emancipación expresa antes de haber cumplido dieciocho años. Portalis propuso disminuir esta edad, a fin de facilitar el establecimiento del hijo. Aunque esta previsión fuese poco verosímil, decidió al Consejo de Estado, y se autorizó la emancipación a partir de los quince años, pero solamente por parte del padre y de la madre (art. 477 del c.c. francés). A veces estos tienen interés en no emancipar al hijo antes de los 18 años, para conservar su derecho de usufructo sobre los bienes de éste." (2).

(2). Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Divorcio, Filiación, Incapacidades. Traducción de la 12ª Edición Francesa por el Lic. José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. 1946. p.p. 410-411

Por otra parte, Rafael de Pina en su Tratado de Derecho Civil Mexicano, señala: "La emancipación producida por la voluntad de los padres o tutores se denomina expresa o dativa.

Esta especie de emancipación se basa en el reconocimiento, en casos concretos, de un estado de madurez que autoriza, sin perjuicio de los intereses del menor, la concesión de una esfera más amplia en su capacidad." (3).

Hemos visto que este autor dice que el emancipado tiene la concesión de una esfera más amplia en su capacidad, mas no se refiere a una total capacidad, por lo que en este caso podemos decir que se inclina por una capacidad semi-plena.

Federico de Castro y Bravo en su Tratado Derecho Civil de España, se refiere a esta especie de emancipación en los siguientes términos: "Emancipación por concesión del padre o de la madre que ejerza la patria potestad.- Este tipo de emancipación está basado en la declaración de voluntad de quien ejerce la patria potestad y necesita especiales requisitos de capacidad, contenido y forma.

Intervienen en la emancipación el concedente y el hijo, en cuanto se requiere el consentimiento de este. Corresponde la facultad de emancipar al padre o a la madre que esté en el ejercicio de la patria potestad (art. 314, 3º c.c. español). El hijo sólo tiene aptitud para ser emancipado cuando tenga dieciocho años cumplidos (art. 318 c.c. español).

La facultad de emancipar es una de las facultades que integran

(3). Rafael de Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen Primero. Introducción-Personas-Familia. Decimotercera Edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A. p. 401

la patria potestad; mas, a la vez, la emancipación es un acto que modifica el estado civil del menor; por ello, el negocio jurídico de emancipación reúne características propias del Derecho de familia y del Derecho de la persona.

Como manifestación del poder paterno, el padre o madre no puede ser obligado a emancipar al hijo ni tiene que justificar la emancipación; pero, como la patria potestad misma, ha de ejercitarse para la protección del hijo y ha de ser ineficaz la emancipación hecha para perjudicar al hijo y defraudar la ley (Por ejemplo, para que el hijo avale una letra de cambio del padre, posponga en su favor una hipoteca, renuncie a una servidumbre, le done o venda a bajo precio).

En cuanto afecta al estado civil, la emancipación no puede ser objeto de contrato, está fuera del comercio; su contenido y sus efectos no pueden ser alterados, aumentados o disminuídos por la voluntad privada, y por la misma razón no puede estar sometida a condición o a término.

Es preciso el consentimiento del menor (art. 318 c.c. español); este requisito no hace de la emancipación un contrato.

La emancipación requiere como requisito sine qua non una forma especial: escritura pública o comparecencia ante el juez municipal (art. 316 c.c. español); en ella ha de constar la declaración de voluntad de conceder la emancipación. El consentimiento del hijo hay que entender, aunque no se diga expresamente en el código (art. 318 c.c. español), que ha de constar también de modo solemne, en el mismo acto o en otro separado. También, como respecto de otros cambios del estado civil, se exige para producir efectos respecto a terceros la anotación en el Registro Civil (art. 316 c.c. español)." (4).

(4). Federico de Castro y Bravo. Derecho Civil de España. Tomo II. Derecho de la Persona. Parte Primera. La Persona y su Estado Civil. Instituto de Estudios Políticos. 1952. p.p. 213-214

Ambrosio Colín y H., Capitán en su Curso Elemental de Derecho Civil hacen alusión a esta especie de emancipación de la siguiente manera: "La emancipación voluntaria o expresa es la que resulta de una declaración hecha a este efecto por el padre, la madre o el consejo de familia, según los casos, declaración que se ha calificado de solemne, porque ha de hacerse forzosamente ante el Juez de Paz, acompañado del escribano, lo mismo si el Juez se limita a inscribirla que si participa personalmente en calidad de presidente del consejo de familia de que emana."(5).

Por otra parte, Raymundo M. Salvat en su Tratado de Derecho Civil Argentino dice: "El código civil argentino no admite la antigua emancipación voluntaria, lo cual se explica por la distinta organización de la familia. Ya que antiguamente la patria potestad continuaba cualquiera fuese la edad de los hijos; la emancipación era el medio de libertarlos de ella. Actualmente, llegado el hijo a la mayor edad, la patria potestad queda concluida; el hijo es desde entonces absolutamente libre. Por otra parte, la mayor edad se adquiría antes a los veinticinco años, en tanto que ahora se adquiere a los veintidós. En estas condiciones, la emancipación voluntaria no hubiera respondido -continúa diciendo Raymundo M. Salvat- a una necesidad realmente sentida." (6).

- (5). Ambrosio Colín y H. Capitán. Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo II. Incapacidad Civil-Personas Jurídicas. Tercera Edición. 1952. "Instituto Editorial Neus" Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A. p. 256
- (6). Raymundo M. Salvat. Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General. Tomo I. Décima Edición. Tipografía Editora Argentina, S.A. 1958. p.p. 425-426

2.- POR RESOLUCIÓN JUDICIAL.

Esta emancipación no surge como su nombre lo dice, por medio de un Consejo de Familia, que aparentemente nos hace pensar que se reúne el grupo familiar al cual pertenece el presunto emancipado y por virtud de un acuerdo entre ellos se decide la emancipación, no, este no es el procedimiento que señala la ley, sino que como nos lo describe Castro y Bravo, este tipo de emancipación se desarrolla con la intervención de funcionarios estatales que tienen relación íntima con los problemas familiares de sus gobernados, y así nos lo expone el autor citado; es así como Federico de Castro y Bravo en su Tratado de Derecho Civil de España se refiere a esta clase de emancipación y la denomina al igual que el código "Habilitación por concesión del consejo de familia", comentandonos de esta institución lo siguiente:

"Habilitación por concesión del consejo de familia.- Esta forma de emancipación es un acto de ejercicio de la tutela que precisa la reunión de más complejos requisitos que la emancipación por concesión del padre o de la madre que ejerza la patria potestad.

La concesión corresponde hacerla al consejo de familia. El beneficio puede obtenerlo el "huérfano de padre y madre" (art. 322 c.c. español) de dieciocho años cumplidos (art. 323, I° c.c. español). La frase entrecomillada hay que entenderla, no en sentido literal, sino conforme a la finalidad de la ley, o sea, referida al carente de o huérfano de patria potestad, al sujeto a tutela por no estar bajo la patria potestad (art. 199 c.c. español).

El consejo de familia ha de decidir la habilitación mediante un acuerdo válido, que ha de versar sobre su conveniencia para el menor y contener la resolución decretando la concesión. La concesión, para ser eficaz, precisa de dos nuevos requisitos: I° Su aprobación por el

Presidente de la Audiencia territorial del Distrito, oído el Fiscal; para darla se habrá de contrastar el cumplimiento de los requisitos legales y en especial si se puede considerar conveniente al menor (art. 322, 323 c.c. español); 2º Que el menor consienta en la habilitación (art. 323, núm 2º c.c. español).

La habilitación deberá hacerse constar en el Registro de tutelas y anotarse en el Registro Civil, debiendo entenderse que hasta entonces no produce efectos contra terceros de buena fe, conforme a la doctrina general sobre la publicidad registral (art. 316 c.c. español). (7).

En la legislación francesa también se contempla esta forma de emancipación y es llamada "Emancipación por el consejo de familia", que se asemeja a la "Habilitación por concesión del consejo de familia" que acabamos de señalar en el Derecho español, y al respecto Marcel Planiol nos comenta:

"Emancipación por el consejo de familia.- Esta sólo puede realizarse a partir de los 18 años (art. 478 c.c. francés). Una reunión de parientes frecuentemente alejados, parecía ofrecer menos garantía que el afecto de los padres, y se ha temido que el tutor tratara de liberarse de la tutela, obteniendo una emancipación apresurada del menor. Puede agregarse que los padres guardan, después de la emancipación, una autoridad moral que basta para proteger al menor, y que faltaría tratándose de la emancipación por el consejo de familia.

Hijos adoptivos.- La ley de 19 de julio de 1923 no previó la

(7). Federico de Castro y Bravo. Derecho Civil de España. Tomo II Derecho de la persona. Parte Primera. La persona y su estado civil. Instituto de Estudios Políticos. 1952. p.p. 214-215

emancipación de un hijo adoptivo, y cabe preguntarse si el padre adoptivo puede liberarse de las obligaciones que ha aceptado voluntariamente, mediante la emancipación. Pero como la emancipación puede ser útil al menor, y como es indispensable para quien quiere dedicarse al comercio, es necesario conceder al padre adoptivo el derecho de emancipar, puesto que inudablemente el padre legítimo ha perdido este derecho junto con la patria potestad." (6).

De la misma manera que en la emancipación a través del Consejo de familia en la legislación española, como en la emancipación por el Consejo de familia en el derecho francés, vemos que también en este caso tienen intervención no precisamente las personas del núcleo familiar dentro del cual se desarrolla el menor, sino que se trata de funcionarios que han sido designados previamente para otorgar esta especie de emancipación.

En la legislación francesa existe otro tipo de emancipación denominada "Emancipación por menor huérfano", y el mismo autor Marcel Planiol nos dice lo siguiente:

"Menor huérfano.- Después de la muerte o de la caducidad de los padres, el menor sólo puede ser emancipado por el consejo de familia (art. 478 c.c. francés). La emancipación nunca depende de los ascendientes ni del tutor.

No siendo el consejo de familia un cuerpo permanente, no puede provenir la iniciativa de él; el tutor es quien pide la emancipación

(6). Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Divorcio, Filiación, Incapacidades. Traducción de la 12ª Edición Francesa por el Lic. José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. 1946. p.p. 409-410

cuando la juzga útil. Si no hace ninguna diligencia con este fin, el art. 479 permite a los parientes por consanguinidad y afinidad, hasta el grado de primo hermano, solicitar la convocatoria del consejo. El juez de paz está obligado a hacerlo a solicitud de aquellos (art. 479 c.c. francés)." (9).

Por lo que respecta a la "Emancipación del menor huérfano" a que se refiere Marcel Planiol, considero que ante esta situación no debería surgir tal emancipación, sino que debiera dar lugar a la tutela del menor.

Por otra parte, Federico de Castro y Bravo en su Tratado Derecho Civil de España, se refiere a otro tipo de emancipación (por concesión de la patria) en los siguientes términos:

"Emancipación por concesión de la patria.- Se produce en favor de los mayores de dieciocho años que se alistan como voluntarios en el Ejército o Marina Nacional en tiempo de guerra. No se señala ningún requisito de forma ni publicidad, pues se considera suficiente el alistamiento.

Esta forma, aun dado su origen ocasional y su carácter excepcional "tiempo de guerra", continúa vigente y será aplicable si se vuelve a estar en tiempo de guerra." (10).

- (9). Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Divorcio, Filiación, Incapacidades. Traducción de la 12ª Edición Francesa por el Lic. José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. 1946. p. 409
- (10). Federico de Castro y Bravo. Derecho Civil de España. Tomo II. Derecho de la persona. Parte Primera. La persona y su estado civil. Instituto de Estudios Políticos. 1952. p.p. 215-216

Parece ser que no se trata de una real y verdadera emancipación, ya que el citado autor señala que será aplicable si se vuelve a estar en tiempo de guerra, lo cual nos hace pensar que mientras ésta no exista, tampoco existirá entonces la emancipación. Lo cierto es que nunca llegó a existir, ya que en ningún momento amplió la capacidad jurídica del menor.

3.- POR MATRIMONIO.

Finalmente, corresponde analizar la última de las especies de "emancipación" que ya hemos mencionado desde el principio de este segundo capítulo, es decir, estudiaremos el caso de la "Emancipación producida por virtud del matrimonio", misma que analizaremos más ampliamente en el capítulo cuarto denominado: "La emancipación en el Derecho positivo mexicano", ya que hoy en día es el único caso de emancipación reconocida en nuestra legislación civil vigente.

Por lo que respecta a este especie de "emancipación", Marcel Planiol en su Tratado Elemental de Derecho Civil nos dice lo siguiente:

"Sistema actual.- El hecho único que actualmente produce la emancipación tácita, es el matrimonio del menor (art. 476 c.c. francés). Este texto es vestigio de un sistema diferente, que se propuso al redactarse la ley, y según el cual, la emancipación sobrevenía de pleno derecho, como una etapa intermedia, durante los últimos tres años de la minoridad.

Razones de la emancipación tácita.- Todo menor que se casa, es de pleno derecho emancipado, sin que se necesite declaración alguna. El matrimonio es incompatible, según las costumbres francesas actuales, con el estado de subordinación de un menor sometido a la patria potestad o a la tutela. Si el marido es el menor, necesita su independencia, puesto que llega a ser jefe de familia; si es la mujer, siendo éste el caso más frecuente, encuentra en su marido un guía y un protector, no debiendo tener ningún otro.

Sus caracteres generales.- Dados los motivos de la emancipación tácita, podemos concluir que se produce -dice Planiol- :

1° Cualquiera que sea la edad del menor, aún antes de que tenga 15 o 18 años. Las mujeres pueden casarse antes de los 15 años, y el hombre antes de 18, mediante dispensas. Puede, pues, realizarse en un momento en que la emancipación expresa sea aún imposible.

2° Cualquiera que sean las personas que hayan autorizado el matrimonio, por ejemplo, la madre o los ascendientes que no hayan tenido facultades para hacer una emancipación expresa.

3° A pesar de la voluntad contraria del esposo o de sus padres. Desde el momento en que el matrimonio se celebra, se realiza necesariamente la emancipación.

Su duración.- Una vez celebrado el matrimonio, la emancipación es definitiva; sobrevive a la disolución del matrimonio por la muerte del otro esposo o por divorcio.

La emancipación por matrimonio supone un matrimonio válido o por lo menos putativo; si el matrimonio es anulado en condiciones tales que no produzca efectos civiles en provecho del menor, éste no es emancipado." (II).

Por lo que respecta al matrimonio putativo en el derecho positivo mexicano, el artículo 255 del código civil para el Distrito Federal dice: "El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separado los consortes; o desde su separación, en caso contrario."

(II). Marcel Pianiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Divorcio, Filiación, Incapacidades. Traducción de la 12ª Edición Francesa por el Lic. José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. 1946. p.p. 411-412

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

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

Por otra parte, el artículo 257 menciona lo siguiente: "La buena fe se presume; para destruir esta presunción se requiere prueba plena."

Siguiendo el mismo orden de legislaciones que tuvieron gran influencia en nuestro derecho, analizaremos esta forma de emancipación en España, y así tenemos que Federico de Castro y Bravo en su Tratado Derecho Civil de España, se refiere a la emancipación por matrimonio en los términos siguientes:

"Emancipación por matrimonio.- La emancipación por matrimonio exige un único requisito: el hecho del matrimonio; mediatamente, por tanto, habrá que atenderse, según los casos, a los requisitos necesarios para la validez del matrimonio civil o canónico (art. 42 c.c. español).

Esta forma de emancipación se produce automáticamente, con la celebración del matrimonio, y de la eficacia de éste depende la de la emancipación. La disolución del matrimonio por muerte o la suspensión de sus efectos, por ausencia, declaración de fallecimiento o divorcio, no afectan a la emancipación; ésta se produce por el matrimonio del menor y no sólo durante su matrimonio.

La nulidad del matrimonio hace que la emancipación derivada del matrimonio determine, según la lógica, la nulidad de la emancipación; pero la figura del matrimonio putativo, por la que se mantienen los

efectos civiles del matrimonio en favor del cónyuge o cónyuges de buena fe (art. 69 c.c. español), hace que se mantenga la emancipación respecto al cónyuge o cónyuges de buena fe.

El cónyuge menor de mala vuelve a la situación de dependencia que le corresponda (patria potestad o tutela). Mientras la nulidad no sea declarada, hay una apariencia de estado, con eficacia especialmente enérgica, porque el código civil español da plena validez a la situación económica creada respecto a los terceros." (12).

Como se observa de los autores antes mencionados, tanto en la legislación francesa como en la española, la emancipación por matrimonio, cuando éste resulte putativo hace recaer al supuesto emancipado a la patria potestad.

Por lo que respecta a la "emancipación por virtud del matrimonio" en la legislación argentina, Raymundo M. Salvat se refiere a ella en su Tratado de Derecho Civil de la siguiente manera:

"Condición de la autorización para celebrar el matrimonio; su verdadero alcance.- El artículo 131 del código civil argentino establece que la emancipación se produce con tal que el matrimonio se hubiese celebrado con la autorización necesaria, conforme a lo dispuesto en este código. Esta autorización es la de los padres o tutores, o la del juez en su defecto (art. 10 ley matr. civ., concordante con los antiguos artículos 169, 173 y 175 del código).

El código civil argentino, como disposición complementaria

(12). Federico de Castro y Bravo. Derecho Civil de España. Tomo II. Derecho de la persona. Parte Primera. La persona y su estado civil. Instituto de Estudios Políticos. 1952. p.p. 212-213

del artículo 151 contiene el artículo 13 de la ley de matrimonio civil, equivalente al 177 antiguo. Según éste artículo, casándose los menores sin la autorización necesaria, les será negada la posesión y administración de sus bienes hasta que sean mayores de edad; no habrá medio alguno de cubrir la falta de autorización.

Caso de nulidad de matrimonio.- La emancipación supone un matrimonio válido; anulado éste, aquella queda sin efecto, pero sólo para el futuro; respecto al pasado, la anulación del matrimonio no tiene influencia alguna en el derecho argentino, y los actos celebrados hasta entonces por el menor queuan válidos, con tal que lo haya sido dentro de la capacidad que la ley reconoce a los menores emancipados. El artículo 152 (c.c. argentino) establece en este sentido: Si el matrimonio fuese anulado, la emancipación será de ningún efecto desde el día en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada; sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, es aquella contra la cual no cabe ya recurso alguno." (13).

El comentario que podemos hacer respecto de esto último, es en el sentido de manifestar que en caso de nulidad de matrimonio, éste no producirá ningún efecto, y en consecuencia tampoco la emancipación, desde el momento mismo en que supuestamente se llevó a cabo el matrimonio; y no como dice el artículo 152 del código civil argentino, que la emancipación será de ningún efecto desde el día en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada.

(13). Raymundo M. Salvat. Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General. Tomo I. Décima Edición. Tipografía Editora Argentina, S.A. 1958. p.p. 426 y 429

Por otra parte, Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, señala: "La legislación argentina reconoce dos formas de emancipación: La derivada del matrimonio y la que voluntariamente concede el padre al menor que tenga 18 años cumplidos para que pueda ejercer el comercio." (14).

Por lo que nos acaba de señalar Manuel Ossorio, deducimos que en el Derecho Civil Argentino solamente está reconocida la emancipación por virtud del matrimonio y la emancipación expresa, no así la judicial.

En nuestra legislación mexicana tenemos en la actualidad una sola forma de emancipación, que es como ya hemos visto en el capítulo anterior, se trata de la "emancipación por virtud del matrimonio", haciendo la observación que antes de las reformas hechas al código civil en el año de 1970, existían otras dos especies más para otorgarla (la emancipación expresa y la judicial) que ya las hemos comentado en otras legislaciones; por lo que ahora nos avocaremos a la ya citada "emancipación por virtud del matrimonio" en nuestro derecho positivo, aunque solamente la expondremos en forma breve, ya que este tema lo ahondaré en el capítulo IV del presente trabajo. Es así como Rafael de Pina en su Tratado Elementos de Derecho Civil Mexicano expresa lo siguiente:

"La emancipación por el matrimonio se denomina tácita o legal. La emancipación por matrimonio la fundan algunos autores en que éste

(14). Manuel Ossorio. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Primera Edición. Editorial Heliasa S.R.L. Buenos Aires. República Argentina. 1974. p. 278

es incompatible con el estado de subordinación de un menor sometido a la patria potestad.

Realmente, el cumplimiento de las obligaciones que impone el matrimonio se dificultaría, por lo menos, en gran manera, si no produjese de derecho la emancipación del menor.

La emancipación es un efecto inmediato y necesario, de esencia, del matrimonio, y, por tanto, se verifica cualquiera que sea la edad de los contrayentes, sin necesidad de ninguna declaración expresa, y a pesar de cualquier convenio celebrado en contrario y que tuviera por objeto impedirla o modificarla; pues tal convenio sería nulo.

Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado que sea menor, no recae en la patria potestad." (15).

(15). Rafael de Fina. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen Primero. Introducción-Personas-Familia. Decimotercera Edición. 1963. Editorial Porrúa, S.A. p. 401

CAPITULO III

LA EMANCIPACION EN EL DERECHO COMPARADO.

Introducción.

1.- Francia.

2.- Italia.

3.- España.

4.- Chile.

5.- Argentina.

INTRODUCCION

En el capítulo anterior analizamos las diversas especies de emancipación que existen en diversos países; sin embargo, no profundizamos esencialmente sobre la emancipación en sí, es decir, en el presente capítulo estudiaremos ya no las especies de emancipación que se regulan en la ley de diversos países, sino que analizaremos a la emancipación como tal, o sea, su forma de aparición, sus características propias, sus elementos, sus consecuencias, etc., en fin, toda la gama de situaciones que le dan vida.

Como siempre comenzaremos nuestro estudio en el Derecho Comparado con el país cuya legislación ha tenido más influencia en nuestro Derecho, que es Francia.

I.- FRANCIA.

Para el estudio de la emancipación francesa, Marcel Planiol en su Tratado Elemental de Derecho Civil menciona lo siguiente :

"Independencia del menor emancipado.- En principio, el emancipado es dueño de su persona; su curador en ninguna forma está encargado de vigilarlo. Tiene derecho de escoger un domicilio separado (arg. a contrario del art. 108 que sólo atribuye domicilio legal a los menores no emancipados). Escapa al derecho de corrección (art. 377). Puede completar, según quiera, su educación, y elegir la profesión que le parezca.

Administración de los bienes.

Principio establecido por la ley.- La ley dice, en los artículos 481 y 484, inciso 1º (c.c. francés), 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. Así, a pesar de la emancipación, la ley sólo reconoce al menor una capacidad limitada; para él, la incapacidad continúa siendo la regla, la capacidad la excepción." (I).

Este autor hace referencia a la "independencia del menor emancipado", pero como se ha visto en esta clase de emancipación, el emancipado solo puede realizar actos de mera administración sin poder disponer en forma plena de su patrimonio, por lo que podemos decir que en el derecho francés al "menor emancipado" solo se le otorga una capacidad muy limitada; y los actos en los que sí puede intervenir son contados, al respecto, Henri Leon Mazeaud nos expone:

(I). Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Divorcio, Filiación. Incapacidades. Traducción de la 12ª Edición Francesa por el Lic. José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. 1946. p.p. 412-413

"Actos que el menor emancipado puede cumplir solo.- Son actos de pura administración:

1° Los actos conservativos: tanto la inscripción o la renovación de una hipoteca a su favor, la interrupción de una prescripción -actos que el menor no emancipado puede cumplir también solo-, como las reparaciones necesarias para los inmuebles, los seguros.

2° El pago de deudas.

3° Los arrendamientos de menos de nueve años (art. 481 c.c. francés).

4° La percepción de rentas. El menor puede dar recibo tan sólo de los alquileres y de las rentas de arriendos rurales, percibir por sí los dividendos e intereses (art. 481 c.c. francés).

5° Las compras. Puede disponer de los ingresos que perciba para hacer todas las compras.

6° El ejercicio de las acciones mobiliarias y de las acciones posesorias." (2).

Lo anterior confirma lo que hemos expuesto sobre la muy limitada capacidad de obrar del menor emancipado al establecer el derecho civil francés una serie de actos determinados que el emancipado puede realizar por sí solo, concediéndole el legislador una capacidad muy restringida.

En consecuencia, los actos en los que interviene directamente el emancipado, son los únicos que van a ser realizados válidamente, y sobre el particular, Marcel Planiol nos comenta:

(2). Henri Leon Mazeaud y Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. La Familia. Organización de la Familia. Disolución y Disgregación de la Familia. Primera Edición. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1959. p. 299

"Validez de los actos de administración realizados por el menor.- Los actos que el menor realiza en los límites de la administración son válidos como si hubiesen sido realizados por un mayor: la ley le da capacidad para realizarlos y es este el fin de la emancipación." (3).

A los actos ya mencionados la legislación civil francesa le otorga plena validez siempre y cuando hayan sido realizados los actos previamente señalados. Ahora bien, ¿Que sucede si el menor emancipado rebasa estos límites? Marcel Planiol dice que es posible reducir las obligaciones del menor, y nos comenta:

"En caso de exceso podrán los tribunales reducir las obligaciones del menor (art. 484, inc. I del c.c. francés). No significa esto que tales operaciones sean, hablando propiamente, anuladas; son válidas en el fondo; los tribunales únicamente las revisan para reducir su monto a una cifra más razonable, en tanto que si se tratara de una operación que sobrepase su capacidad, no sería solamente reducible, sino anulable en su totalidad.

Condiciones de la reducción.- Las facultades de los tribunales han de ejercitarse mesuradamente. Deben tomar en consideración, dice el art. 484 del c.c. francés, la fortuna del menor, la buena o mala fe de las personas que hayan contratado con él, la utilidad o inutilidad de los gastos, etc. Si el menor usó de dolo para la otra parte, su obligación, por grave que sea, no es reducible." (4).

- (3). Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Divorcio. Filiación, Incapacidades. Traducción de la 12ª Edición Francesa por el Lic. José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. 1946. p. 416
- (4). Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Divorcio, Filiación, Incapacidades. Traducción de la 12ª Edición Francesa por el Lic. José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. 1946. p.p. 417-418

Por lo anterior, podemos decir que en el derecho francés, el menor "emancipado" es excesivamente protegido, ya que en el supuesto de que se haya excedido en sus obligaciones, existe la posibilidad de reducir las, e incluso hasta de anularlas; por tanto no es posible que verdaderamente exista una emancipación, ya que no está facultado para actuar en forma plena como si fuera un mayor de edad.

Por otra parte, Mazeaud se refiere a la curatela del emancipado de la siguiente manera:

"Discernimiento de la curatela.- No existe más que un caso de curatela legal: el marido mayor de edad de una mujer menor es de derecho su curador.

En todos los demás casos, la curatela es dativa: ni el padre y la madre, ni los ascendientes son de derecho curadores, y no existe curador testamentario; es el Consejo de familia quien designa el curador.

Los órganos de la curatela.- El legislador francés ha querido que el menor emancipado intervenga por sí mismo en todos los actos de la vida jurídica. Por lo tanto, no se encuentra uno ya ante un representante del menor, que actúa en su nombre, un tutor; sino ante una persona que aconseja al menor, que lo asiste: un curador. La asistencia del curador se traduce en la autorización -autorización escrita- que da a los actos que concluye el menor o en su negativa de autorización. Su papel es, pues, mucho más desdibujado que el del tutor; por no manejar fondos, no tiene que rendir cuentas al final de la curatela; se concretará que su responsabilidad es menos pasada." (5).

(5). Henri Leon Mazeaud y Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. La Familia. Organización de la Familia. Disolución y Disgregación de la Familia. Primera Edición. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1959. p.p. 293-294

De lo anteriormente expuesto, podemos decir que en la legislación francesa, el menor "emancipado" no es realmente autónomo e independiente, ya que además de tener un tutor, debe también tener un curador que va a dar la autorización de los actos jurídicos que el menor llegue a celebrar; por lo tanto podemos decir que en última instancia el menor "emancipado" en el derecho francés no es tal, puesto que requiere de la asistencia y autorización del tutor y curador para que los actos que el menor celebre, sean plenamente válidos.

También es necesario señalar que una de las prohibiciones que tiene el emancipado en el derecho francés, es la de no poder ejercer el comercio, sin embargo, Mazeaud señala una excepción a ésta regla:

"El artículo 2° del Código de Comercio francés exige una edad mínima y una autorización para ejercer el comercio que vayan a agregarse a la emancipación; por tanto, el menor emancipado no es capaz de pleno derecho para efectuar los actos de comercio; esos actos le están vedados en principio, como al menor no emancipado; pero la prohibición puede ser levantada.

Cuatro requisitos se exigen por el artículo 2° del Código de comercio para que el menor emancipado se obligue válidamente por sus actos de comercio:

1° Debe tener 18 años de edad, mientras que la emancipación resulta posible desde los 15 años.

2° Debe estar autorizado regularmente por la persona que tenga cualidad para emanciparlo; y, en el caso en que la emancipación dependa del Consejo de familia, el acuerdo del Consejo por el que se autorice el comercio del menor es sometido, por razón de su gravedad, a la homologación de los tribunales. La autorización puede ser especial;

es decir, relativa a ciertos actos de comercio o, por el contrario, general.

3º El documento de autorización debe ser inscrito en el registro mercantil.

4º Las operaciones hechas por el menor emancipado debe tener relación con el ejercicio de su comercio." (6).

A continuación, veremos los actos que el "emancipado" puede celebrar, pero con la asistencia del curador; los actos que necesitan la autorización del Consejo de familia; los actos que requieren la homologación del tribunal; y finalmente los actos prohibidos.

Así pues, los actos que necesitan la asistencia del curador son:

"En primer término, ciertos actos que el tutor de un menor no emancipado podría hacer por sí solo; son, por otra parte, algunos de los actos para los que sería necesaria al tutor la autorización del Consejo de familia.

1º Actos que el tutor de un menor no emancipado podría hacer solo:

a) Percepción de capitales.

b) Venta de muebles corporales. El menor emancipado no puede proceder por sí solo a la enajenación de sus muebles corporales sino en el límite de la pura administración; es decir, si están sujetos a perecimiento (artículos alimenticios, por ejemplo).

(6). Henri Leon Mazeaud y Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. La Familia. Organización de la Familia. Disolución y Disgregación de la Familia. Primera Edición. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1959. p. 296

c) Contestación a la demanda en una acción petitoria inmobiliaria.- El artículo 482 del código civil francés prohíbe al menor emancipado figurar solo, incluso como demandado, en un proceso donde se debate una acción petitoria inmobiliaria; se teme que no sepa defender eficazmente sus intereses.

d) Recepción de las cuentas de la tutela.

2º Actos que el tutor de un menor no emancipado no habría podido hacer más que con la autorización del Consejo de familia:

a) Entablar una acción petitoria inmobiliaria (art. 482 del código civil francés).

b) Demandar la partición (art. 480 c.c. francés).

c) Aceptar una donación (art 935, párr. 2º c.c. francés).

d) Efectuar compras con los capitales. Ya se trate de comprar muebles o inmuebles, es necesaria la autorización del curador, desde el momento en que la compra se hace con dinero no proveniente de rentas, sino de los capitales." (7).

Pasemos ahora a los actos que necesitan la autorización del Consejo de familia:

"Los actos que exigen la autorización del Consejo de familia del menor emancipado, sin homologación de los tribunales, son, en principio, los mismos que en el régimen de la tutela." (8).

(7). Henri Leon Mazeaud y Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. La Familia. Organización de la Familia. Disolución y Disgregación de la Familia. Primera Edición. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1959. p.p. 299-301

(8). Henri Leon Mazeaud y Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. La Familia. Organización de la Familia. Disolución y Disgregación de la Familia. Primera Edición. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1959. p. 302

Ahora nos vamos a referir a los actos que requieran la homologación del tribunal:

"Los actos para los cuales debe ser homologada por un tribunal la autorización del Consejo de familia del menor emancipado son, en principio, los mismos que en el régimen de la tutela: préstamo; enajenación de inmuebles o constitución de derechos reales inmobiliarios (hipoteca, servidumbre, etc.); enajenación de valores mobiliarios por encima de 75.000 francos cuando el menor, antes de ser emancipado, se encontrara en tutela; transacción; es necesario el dictamen de tres jurisconsultos." (9).

Finalmente, en cuanto a los actos prohibidos, Mazeaud señala lo siguiente:

"Los redactores del código civil francés no indicaron, en el capítulo de la emancipación, los actos vedados al menor emancipado. Hay que recurrir entonces a las reglas de la tutela del menor no emancipado. Pero, en doble diferencia con el menor no emancipado, el menor emancipado puede, por una parte, según parece, aceptar pura y simplemente una sucesión con la autorización del Consejo de Familia; y, por otra parte, realizar los actos de comercio, con la condición de tener 18 años de edad, estar especialmente autorizado para el comercio y hacer que se inscriba esa autorización en el registro mercantil." (10).

- (9). Henri Leon Mazeaud y Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. La Familia. Organización de la Familia. Disolución y Disgregación de la Familia. Primera Edición. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1959. p. 303
- (10) Henri Leon Mazeaud y Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. La Familia. Organización de la Familia. Disolución y Disgregación de la Familia. Primera Edición. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1959. p. 303

Lo anterior viene a confirmar lo que ya hemos expresado acerca de la relativa capacidad que adquiere el menor "emancipado" en la legislación que hemos venido estudiando, ya que podemos concluir que a pesar de la emancipación, el menor no es totalmente independiente, sino parece ser que el legislador francés no lo considera aún con la madurez suficiente como para poder disponer plenamente no solamente de su persona, sino también de su patrimonio.

Por último es necesario señalar la revocación de la emancipación; a ella se refiere Marcel Planiol, en su Tratado Elemental de Derecho Civil, en los términos siguientes:

"Motivo de la revocación de la emancipación.- La emancipación puede ser revocada cuando las obligaciones del menor hayan sido reducidas por causa de exceso (art. 485 c.c. francés).

Caso en que la emancipación es irrevocable.- El art. 485 del c.c. francés se expresa de una manera absoluta: "Todo menor emancipado..". Sin embargo, se reconoce que la emancipación tácita, que resulta del matrimonio, es irrevocable." (II).

En forma muy breve, podemos decir que la emancipación francesa se caracteriza por:

- 1.- En principio, el emancipado es dueño de su persona.
- 2.- El emancipado puede realizar por sí solo todos los actos que sean de mera administración.

(II). Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Divorcio. Filiación. Incapacidades. Traducción de la 12ª Edición Francesa por el Lic. José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. 1946. p. 428

- 3.- Existen actos específicos que el emancipado puede celebrar por sí solo; actos en los que es necesaria la asistencia del curador; otros en los que se necesita la autorización del Consejo de familia; también existen los actos que requieren la homologación del tribunal; y otros que le están al emancipado definitivamente prohibidos.
- 4.- Existe la posibilidad de reducir las obligaciones excesivas que haya contraído el menor emancipado.
- 5.- La emancipación puede ser revocada (a excepción la otorgada por matrimonio).

De tal manera, podemos concluir, que el "emancipado" en el derecho francés, tiene mas restricciones que libertades; restricciones que en gran medida son controladas por el Estado, esto es, se traducen en una serie de medidas prohibitivas, restrictivas y de custodia que se ejercen sobre el menor emancipado mientras éste no llega aun a la mayoría de edad.

2.- ITALIA.

Por lo que respecta a la emancipación en la legislación italiana, podemos decir que en este país se tiene un concepto muy particular de esta institución, ya que no se le da la importancia ni trascendencia que en realidad tiene, pues como se verá más auelante, al analizarse esta figura jurídica, solamente se le permiten al menor emancipado los actos que no contengan para él demasiada responsabilidad.

Primeramente expondremos el concepto que de la emancipación se tiene en esta legislación:

"Emancipación.- Es la disolución para el hijo menor del vínculo de la patria potestad (y si se halla sujeto a tutela, de la tutela) por la aptitud en él reconocida para realizar actos jurídicos que no entrañen mucha gravedad e importancia. Es este un efecto que la ley asocia al matrimonio del menor o a una concesión del padre que libera al hijo de tal vínculo." (I2).

Por otra parte. tratándose de la emancipación voluntaria, dice Roberto de Ruggiero que "en este caso ha de concurrir un requisito fijo de edad, es decir, el haber cumplido el menor dieciocho años, no ya porque se requiera el consentimiento del hijo (la emancipación es acto unilateral), sino porque antes de esta edad (no habiendo matrimonio) la ley presume que no hay madurez de juicio suficiente." (I3).

(I2). Roberto de Ruggiero. Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Traducción de la 4ª Edición Italiana. Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A. p. 242

(I3). Roberto de Ruggiero. Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Traducción de la 4ª Edición Italiana. Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A. p. 243

Por lo que nos acaba de exponer este autor italiano, en su Tratado de Instituciones de Derecho Civil se desprende lo siguiente:

En primer lugar se refiere a que la emancipación surge porque se ha encontrado en el menor aptitud para realizar actos jurídicos, sólo que ésta aptitud a que él se refiere solo es para realizar actos que no entrañen mucha gravedad e importancia; esto significa en última instancia, una serie de limitaciones a su capacidad de actuar, otorgándole por lo tanto, solamente una semi-capacidad.

Por otra parte, también dice este autor que la emancipación es un acto unilateral por parte exclusiva de los padres del presunto emancipado. ¿ Quiere esto decir que en este caso no es necesario tener en cuenta la voluntad del menor ?. Estimo que en este sentido se le ocasiona al menor emancipado no un beneficio, sino un perjuicio, porque no sabrá la nueva situación en la que habrá de encontrarse, y por lo tanto no sabrá conducirse con responsabilidad y madurez suficientes para enfrentarse a este nuevo estado jurídico, que aunque en forma muy limitada le concede una capacidad de obrar, esto es, que el menor "emancipado" no tiene aún la plena capacidad jurídica como la que corresponde al mayor de edad.

En lo que se refiere a los efectos que produce la emancipación, Domenico Barbero nos dice:

"Efectos de la emancipación: La curatela.

La emancipación produce dos efectos fundamentales: por un lado, atribuye al menor una limitada capacidad de obrar; por el otro, y en consecuencia, atenúa la protección de él, subrogando precisamente,

a la "patria potestad" o a la "tutela del menor" la curatela del emancipado." (14).

Como se ha visto, la legislación civil italiana otorga al menor "emancipado" una capacidad de obrar limitada, esto es, no existe la plena independencia del menor, por tanto habrá que nombrarle un curador tal como lo señala el mismo autor.

En cuanto al nombramiento del curador, Domenico Barbero nos dice lo siguiente:

"El curador del emancipado puede ser designado de derecho o remitido al nombramiento del juez tutelar.

Es curador de derecho: 1) el progenitor que tendría la patria potestad del menor, si éste no fuese emancipado; 2) el marido en cuanto a la propia mujer menor de edad, y si él mismo es también menor o declarado en interdicción, el curador o el tutor del marido; 3) en cuanto a la menor que sea viuda o legalmente separada, o respecto de la cual haya intervenido la separación de la dote de los bienes del marido, el padre o la madre de ella, si vive el uno o la otra.

En los demás casos, es nombrado por el juez tutelar según su discernimiento (art. 392 c.c. italiano)." (15).

Las funciones que le asigna la legislación italiana al curador, son las siguientes:

"Contenido y ejercicio de la curatela.

I. Dada la relativa capacidad del emancipado, el contenido

- (14). Domenico Barbero. Sistema del Derecho Privado. 6° Edición. 1962. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 174
- (15). Domenico Barbero. Sistema del Derecho Privado. 6° Edición. 1962. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 174

de la curatela es mucho más modesto que el de la tutela. El curador no tiene ni la representación legal del emancipado (que puede actuar en nombre propio), ni la administración de sus bienes (que administra por sí). Sus funciones, pues, se limitan a:

a) asistir al emancipado en el cobro de capitales (que puede ser hecha solamente bajo condición de reemplazo: art. 394, ap. 2° c.c. italiano);

b) dar su consentimiento para los actos que excedan de la administración ordinaria (en orden a los cuales es necesaria también la autorización del juez tutelar; art. 394, ap. 3°, salvo que el menor haya sido autorizado para el ejercicio de una empresa comercial, en cuyo caso no se necesitan ya ni la autorización del juez ni el consentimiento del curador, aunque los actos sean ajenos al ejercicio de la empresa: art. 397, ap. 3° c.c. italiano).

c) exponer al tribunal las observaciones que esté llamado a hacer en orden a la concesión de la autorización para el ejercicio de empresa comercial (art. 397, ap. 1° c.c. italiano).

d) instar, cuando sea el caso, para la revocación de la autorización otorgada (art. 397, ap. 2° c.c. italiano).

II. Si hay conflicto de intereses entre curador y menor, el juez tutelar nombrará al emancipado un curador especial (art. 394, últ. ap. c.c. italiano); y lo mismo podrá hacer en el caso de que, contra la negativa injustificada del consentimiento requerido por parte del curador, autorice al menor a obrar sin él (art. 395 c.c. italiano).

III. Todos los actos llevados a cabo en infracción a estas normas pueden ser anulados a instancias del menor, de sus herederos o causahabientes (art. 396 c.c. italiano)." (16).

(16). Domenico Barbero. Sistema del Derecho Privado. 6° Edición. 1962. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. p.p. 174-175

Por lo que nos ha expuesto Domenico Barbero, estimo que no existe en ningún momento una real y verdadera emancipación, ya que el menor tiene muy limitada su capacidad de actuar, e incluso puede nombrársele un curador especial cuando haya conflicto de intereses entre el primer curador y el menor.

Este autor nos señala también las causales que dan fin a la curatela, señalando lo siguiente:

"La curatela termina con el cumplimiento de la mayoría de edad, a no ser que en el interín haya sobrevenido la inhabilitación (art. 416 c.c. italiano). Pero puede terminar también por revocación de la emancipación por parte del juez tutelar que la hubiere dispuesto, ya de oficio, ya a instancia de quien la había pedido, oído el menor (art. 398 c.c. italiano). No se da la revocación de la emancipación de derecho por efecto del matrimonio.

Cesando la curatela por obtención de la mayoría de edad, el menor asume la plena capacidad de obrar; en cambio, si cesa por revocación de la emancipación, según los casos vuelve a entrar bajo la patria potestad o la tutela, y queda sometido a ella hasta la mayoría de edad (art. 398, ap. 2° c.c. italiano)." (17).

Respecto al registro de la curatela, Domenico Barbero nos dice:

"Análogamente a la tutela, también en orden a la curatela está instituido un registro especial, en el cual deben inscribirse las providencias con que se concede o se revoca la emancipación, al cuidado

(17). Domenico Barbero. Sistema del Derecho Privado. 6ª Edición. 1962. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. p.p. 175-176

del secretario, quien debe, además, comunicarla dentro del plazo de diez días al oficial del estado civil, para su anotación al margen del acta de nacimiento del emancipado. (art. 399 c.c. italiano)." (18).

Respecto a la revocación de la emancipación, Rafael de Pina comentando la legislación italiana nos dice lo siguiente:

"El código civil italiano (art. 398) autoriza la revocación de la emancipación obtenida por resolución del juez tutelar (no la obtenida como consecuencia del matrimonio), cuando de los actos del menor demuestran su incapacidad para administrar, entrando de nuevo bajo la patria potestad o la tutela.

Esta revocación se llevará a efecto por el juez tutelar, a instancia de quien solicitó la emancipación, o aún de oficio oído el menor.

La revocación en este caso no debe ser interpretada como una sanción, sino como un medio tutelar de los intereses de quien ha demostrado no ser capaz de defenderlos." (19).

A manera de síntesis, podemos señalar que la emancipación italiana tiene las siguientes características:

- I.- El derecho civil italiano distingue entre dos especies de emancipación:
- a) Legal (Por matrimonio)
 - b) Voluntaria.

(18). Domenico Barbero. Sistema del Derecho Privado. 6ª Edición. 1962. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas. Europa-América. p. 176

(19). Rafael de Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen Primero. Introducción-Personas-Familia. Decimotercera Edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A. p. 400

- 2.- Tiene una capacidad de obrar limitada.
- 3.- El menor "emancipado" debe tener un curador.
- 4.- La emancipación puede ser revocada (a excepción la concedida por matrimonio).

Como hemos visto, también en la legislación italiana, al menor "emancipado" se le concede sólo una limitada capacidad de obrar, esto significa que adquiere únicamente una capacidad semi-plena, es decir, que en esta legislación, se le concede una menor actuación y validez en los actos jurídicos en los que interviene, en comparación con el derecho francés.

3.- ESPAÑA.

Vamos ahora a estudiar como se desarrolla la emancipación en la legislación civil española, iniciando nuestro estudio, con el significado jurídico que de ésta institución se tiene en esta legislación:

"Significado jurídico.- La fijación del significado jurídico de la emancipación requiere atender a su sentido general, esto es, al efecto que es común a todas sus formas o causas. Conforme al código civil español, la característica de la emancipación es la de ser causa determinante de la independencia jurídica del menor de edad; por ella se sale de la patria potestad o de la tutela y el menor pasa a un nuevo estado jurídico, al de mayor edad o al de menor emancipado.

Conforme al código civil español, antes de los veintiún años no se puede salir del estado de menor de edad, pues hasta entonces la emancipación, aunque suponga equiparación en el poder y la responsabilidad con el mayor no elimina por completo la condición de protegido propia del menor. Para el menor de veintiún años, la emancipación no es una declaración de mayoría de edad ni una concesión de la plena capacidad de obrar; pero supone un cambio fundamental y definitivo en su situación jurídica." (20).

Estimo que de lo dicho anteriormente por Federico de Castro y Bravo, existe una contradicción en sus conceptos, ya que en un momento determinado, señala que "la emancipación no es una declaración de mayoría de edad ni una concesión de la plena capacidad de obrar", y en seguida agrega: "pero supone un cambio fundamental y definitivo en su situación jurídica, ya que determina su independencia jurídica"; en el

(20). Federico de Castro y Bravo. Derecho Civil de España. Tomo II. Derecho de la Persona. Parte Primera. La Persona y su Estado Civil. Instituto de Estudios Políticos. 1952. p.p. 210-211

primer momento ubica a la emancipación como sinónimo de una capacidad parcial, y en el segundo, podemos interpretar que la considera o la equipara a la plena capacidad jurídica.

Por otra parte, Castán Tobeñas en su Tratado de Derecho Civil Español, Común y Foral nos dice lo siguiente:

"La emancipación en algunas de sus especies (las originadas por el matrimonio y por concesión) y la habilitación de edad son en nuestro Derecho dos instituciones paralelas que implican un estado intermedio entre la menor y la mayor edad, entre la incapacidad y la plena capacidad." (21).

Como hemos visto, este autor ubica a la emancipación entre dos extremos, al señalar que ésta institución se encuentra en "un estado intermedio entre la menor y la mayor edad", lo que nos hace pensar, que según su personal punto de vista, la emancipación debe significar solamente una capacidad parcial, esto es, una semi-capacidad.

En cuanto al Tratado de Castro y Bravo, vemos que este autor se refiere al poder del emancipado sobre sus bienes y sobre su persona, en los siguientes términos:

"Poder del emancipado sobre sus bienes.- El emancipado queda habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor (art. 317 c.c. español), o sea, que según el artículo 320 del mismo código, "es capaz para todos los actos de la vida civil, salvas las excepciones establecidas en casos especiales por el código." El emancipado, como el

(21). José Castán Tobeñas. Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo Primero. Introducción y Parte General. Octava Edición. Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A. Madrid 1952. p. 140

mayor de edad, ha adquirido la capacidad general, salvo las excepciones establecidas en el código por los artículos 317, 50 y 59. Restricciones concretas, que no cabe convertir en una regla general, que incapacite para los actos dispositivos.

Poder del emancipado sobre su persona.- Parte de la doctrina no atiende a que, en todo caso de emancipación, el emancipado queda habilitado para regir su persona como si fuera mayor." (22).

De lo anterior se desprende que el menor "emancipado" español no adquiere de ninguna manera la plena capacidad jurídica como la que corresponde al mayor de edad, sino que solamente le es concedida una capacidad jurídica muy limitada, teniendo en consecuencia limitaciones o restricciones que la legislación civil española le señala expresamente; y esto se confirma cuando Federico de Castro y Bravo señala:

"Significado general de la emancipación.- Resumiendo, puede decirse que la emancipación en nuestro Derecho -se refiere al español- se caracteriza: 1° En que equipara el emancipado al mayor de edad, pero con determinadas y excepcionales limitaciones; 2° En que las restricciones que impone el artículo 317 tiene cada una su especial razón y ámbito, no pudiendo extenderse fuera de él; la emancipación por matrimonio está sometida, en primer término, a los artículos 59 y 50, que han de ser completados por el 317, como de carácter general.

Situación personal del menor emancipado.- El artículo 317 del código civil español dice que la emancipación habilita al menor para

(22). Federico de Castro y Bravo. Derecho Civil de España. Tomo II. Derecho de la Persona. Parte Primera. La Persona y su Estado Civil. Instituto de Estudios Políticos. 1952. p.p. 216-217, 220

regir su persona como si fuese mayor; disposición general, confirmada por algunos otros preceptos, en los que explícitamente se equiparan en esta esfera la mayor edad y la emancipación (arts. 15, 19). El menor adquiere plena independencia jurídica en el ámbito personal y familiar (arts. 167, 2º; 278, 1º; 200, 1º).

La identificación con el mayor no es, sin embargo, completa, pues su poder patrimonial está sometido a importantes limitaciones, respecto a la capacidad de enajenar y, en ocasiones, de la de administrar; además, a veces, no tiene poder para comparecer en juicio. Estas restricciones no se derivan de que tales o cuales actos requieran una capacidad mayor (capacidad especial), sino de que no se habilita para ellos al menor emancipado o a una clase de menor; o sea, que la limitación deriva del especial estado de una persona, a la que, por ser menor todavía, se estima necesitada de una particular protección, que se manifiesta en exigir especiales requisitos para que sean plenamente válidos algunos actos considerados especialmente peligrosos.

Puede, por tanto, hablarse de un estado de menor emancipado, que se distingue del simple menor en su independencia y capacidad general para obligarse y del mayor de edad en que continúa siendo, en ciertos aspectos, protegido y dependiente la eficacia de algunos de sus actos de la voluntad (consentimiento) de otra persona." (23).

Como se ha visto en los párrafos anteriores, el "emancipado" español no solo no puede enajenar, sino en ocasiones tampoco administrar, ni poder comparecer en juicio; estimo que con tantas restricciones,

(23). Federico de Castro y Bravo. Derecho Civil de España. Tomo II. Derecho de la Persona. Parte Primera. La Persona y su Estado Civil. Instituto de Estudios Políticos. 1952. p.p. 220-221

a esto no se le puede llamar emancipación, porque en última instancia no le permite equiparar su capacidad jurídica como la que corresponde al mayor de edad, y se está actuando con el menor "emancipado" como si fuera sencillamente un menor de edad.

Por su parte, Castán Tobeñas nos expone:

"Capacidad del emancipado por concesión.- El artículo 317 del código -se refiere lógicamente al español- establece una regla general de capacidad, seguida de tres excepciones: La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin consentimiento de su padre; en defecto de éste, sin el de su madre, y por falta de ambos, sin el de un tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas. El menor emancipado tiene según esto, completa su capacidad en el orden personal y familiar, y dentro del patrimonial puede realizar actos de administración sobre cualquier clase de bienes, y los de disposición cuando se trate de bienes muebles." (24).

Continuando con el estudio del artículo 317 del código civil español, Federico de Castro y Bravo nos dice lo siguiente:

"Efectos de la emancipación según el artículo 317 del código civil español.- El artículo 317 dice terminantemente que la emancipación habilita al menor para regir sus bienes como si fuera mayor; regla

(24). José Castán Tobeñas. Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo Primero. Introducción y Parte General. Octava Edición. Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A. Madrid. 1952. p. 140

general completada con unas limitaciones cuyo carácter excepcional se marca con la conjunción adversativa "pero" y el adverbio negativo "tampoco". Por tanto, para determinar el poder patrimonial del menor emancipado habrá que examinar ante todo las restricciones, porque en todo lo demás hay que considerarle equiparado al mayor.

Por el hecho de la emancipación termina la representación legal del padre o del tutor, y el emancipado será desde entonces la persona legitimada para administrar, disponer y obligar a su patrimonio. Mientras no llegue a la mayoría de edad, está sometido a algunas restricciones que, en la definitiva redacción del código, se añadieron al texto de 1882 para protegerle, haciendo depender del consentimiento del padre, madre o tutor la validez de los actos considerados tradicionalmente más peligrosos: tomar dinero a préstamo, gravar o vender bienes inmuebles, a los que se agregó, en la edición revisada, el comparecer en juicio." (25).

De lo expresado anteriormente podemos concluir que el menor "emancipado" español resulta excesivamente cobreprotegido, de tal manera que mejor hubiera sido no haberlo "emancipado", puesto que su situación jurídica se asemeja mucho a la de el menor de edad; por lo tanto, estimo que si de lo que se trata es de protegerlo, pues entonces que no se le emancipe.

Por otra parte, Castán Tobeñas menciona el caso del menor que vive con independencia de sus padres, señalando que ante ésta hipótesis, el menor se considerará como "emancipado" con las restricciones que ya

(25). Federico de Castro y Bravo. Derecho Civil de España. Tomo II. Derecho de la Persona. Parte Primera. La Persona y su Estado Civil. Instituto de Estudios Políticos. 1952. p. 224

se han señalado respecto de sus bienes, y así nos expone lo siguiente:

"Capacidad del menor que vive con independencia de sus padres.-"

Dice el art. 160 del código civil español que si el hijo no emancipado, con consentimiento de sus padres, viviere independientemente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos a los bienes que haya adquirido o adquiera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo, como emancipado. Aunque no determina el código cuál sea la extensión de esta emancipación tácita o de hecho, ha de entenderse que producirá los mismos efectos que la de derecho, debiendo asimilarse más concretamente a la emancipación por concesión, ya que arranca del consentimiento de los padres." (26).

De lo que nos acata de exponer este autor, podemos decir que tampoco se trata de una real y verdadera emancipación, ya que también en este caso, le impone al menor supuestamente "emancipado", restricciones y prohibiciones en cuanto a sus bienes, ya que no puede disponer de éstos en forma plena tal como la que corresponde al mayor de edad.

Por su parte, Rafael de Pina, refiriéndose a la "emancipación" española, señala:

"El código civil español dispone expresamente la irrevocabilidad de la emancipación.

En el derecho español existen dos especies de emancipación: la producida por el matrimonio del menor y la derivada de la voluntad

(26). José Gastón Tobeñas. Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo Primero. Introducción y Parte General. Octava Edición. Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A. Madrid 1952. p. 145

de los padres y tutores. Una y otra producen iguales efectos." (27).

En forma muy breve, podemos decir que la "emancipación" española tiene las siguientes características:

- 1.- Existe la "emancipación" por matrimonio y la derivada de la voluntad de los padres y tutores.
- 2.- El emancipado adquiere una capacidad jurídica limitada.
- 3.- La emancipación significa el "fin" de la patria potestad.
- 4.- El poder patrimonial del emancipado está sometido a limitaciones, respecto a la capacidad de enajenar y, en ocasiones, de la de administrar.
- 5.- El emancipado no puede comparecer en juicio.
- 6.- La emancipación es una creación de la ley, con valor de orden público, cuyo ámbito no puede ser restringido ni ampliado por los interesados.
- 7.- La emancipación española es irrevocable.
- 8.- La emancipación debe inscribirse en el Registro Civil.
- 9.- Se necesita el consentimiento del padre, madre o tutor para los actos jurídicos más graves, v.gr. gravar o vender bienes inmuebles, comparecer en juicio, etc.
- 10.- El casado menor de dieciocho años no podrá administrar sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste, sin el de su madre, y a falta de ambos, sin el de su tutor.

(27). Rafael de Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen Primero. Introducción-Personas-Familia. Decimotercera Edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A. p. 401

De la misma manera, concluimos, que la "emancipación" española tiene mas limitaciones que libertades, esto quiere decir que el emancipado tiene solamente una capacidad de obrar limitada, por lo que gran parte de los actos juridicos que éste pudiera llegar a celebrar, le están limitados, condicionados o totalmente vedados, de tal manera que podemos decir que el emancipado está muy lejos de haber adquirido la plena capacidad de obrar, otorgánuele tan solo una semi-capacidad, que en el mejor de los casos, hubiera sido preferible no haberlo emancipado.

4. - CIVIL.

En lo que se refiere a la "emancipación" en la legislación chilena, podemos decir, por lo que enseguida exponeremos, que ni siquiera existe la más mínima posibilidad de obrar el menor emancipado, ya que a pesar de que ésta legislación reconoce las tres especies ya conocidas de emancipación, y que ninguna de ellas otorga al emancipado la posibilidad de disponer libremente de su persona, menos aún de sus bienes. Así pues, iniciaremos nuestro estudio con la definición que de ésta institución tiene el código civil chileno:

"Concepto y clasificación de la emancipación.- Según el artículo 264 del código civil chileno, la emancipación "es un hecho que pone fin a la patria potestad", por eso, hablar de hijos emancipados es sinónimo de referirse a hijos no sujetos a patria potestad.

Atendiendo a su origen la emancipación puede ser voluntaria, legal o judicial, clasificación contemplada en el citado artículo 264." (28).

No obstante que el artículo 264 del código civil chileno dice que "la emancipación es un hecho que pone fin a la patria potestad", en realidad esto no es cierto, ya que al referirse a los efectos que produce esta institución, Fernando Fueyo nos comenta lo siguiente:

"Nacimiento de un nuevo estado que reemplaza a otro que se extingue.- Lo esencial de los efectos es que termina el estado de hijo

(28). Manuel Somarriva Undarraga. Derecho de Familia. Editorial Nascimento. 1963. p. 490

de familia y nace el de hijo emancipado.

Con esto no quiere decir que se convierta en capaz, pues no se alteran las reglas generales sobre incapacidad con motivo de la emancipación.

Pero el régimen será diferente. La administración será a cargo de un curador, quien, en el ejercicio de su cargo, no tendrá tan amplias facultades como el padre de familia." (29).

Por otra parte, es importante señalar lo que el código civil chileno dice respecto del tuter y curador del menor emancipado, así, el artículo 366 menciona lo siguiente:

"Art. 366. Tiene lugar la guarda legítima cuando falta e expira la testamentaria.

Tiene lugar especialmente cuando es emancipado el menor, y cuando se suspende la patria potestad por decreto del juez."

"Art. 435.- La curaduría del menor de que se trata en este título, es aquella a que sólo por razón de su edad está sujeto el adulto emancipado."

"Art. 437.- El menor adulto que careciere de curador debe pedirlo al juez, designando la persona que lo sea.

Si no lo pidiere el menor, podrán hacerlo los parientes, pero la designación de la persona corresponderá siempre al menor, o al juez en subsidio.

El juez, oyendo al defensor de menores, aceptará la persona designada por el menor, si fuere idónea."

Como hemos visto en párrafos anteriores, el menor "emancipado" chileno no adquiere de ninguna manera la capacidad de poder disponer no solamente de su persona, sino tampoco de sus bienes, ya que la administración de los mismos estará a cargo de un curador; por lo tanto, podemos decir que la situación en la que se encuentra el menor "emancipado" chileno, dista mucho de ser una auténtica y verdadera emancipación, ya que en ningún momento se le permite actuar en la misma forma en que lo puede hacer el mayor de edad.

A pesar de todo esto, la legislación chilena establece la irrevocabilidad de la emancipación, es así, como Fernando Fueyo en su Tratado de Derecho Civil, nos expone lo siguiente:

"El estado de hijo emancipado es irrevocable, por expresa disposición de la ley. Es un derecho del cual no podría más tarde privarse al hijo, fuera de lo que esto crearía cierta inseguridad.

Dice al respecto el art. 269: "Toda emancipación, una vez efectuada, es irrevocable, aún por causa de ingratitud."

Se incluyó toda emancipación, sea voluntaria, legal o judicial.

Su irrevocabilidad se remarcó, señalando, a mayor abundamiento, un caso excepcional que a lo mejor podría llegar a causar duda. En efecto, aun cuando el hijo incurriere para con el padre o madre en alguna causal de ingratitud, de todos modos la emancipación se mantiene firme." (30).

(30). Fernando Fueyo Laneri. Derecho Civil. Derecho de Familia. Editorial Universo, S.A. Valparaíso-Chile. Santiago de Chile 1959. p. 427

5.- ARGENTINA.

Vamos ahora a estudiar el caso de la emancipación en la legislación argentina, iniciando nuestro estudio, señalando los elementos que conforman esta institución, para ello Raymundo M. Salvat en su Tratado de Derecho Civil Argentino nos expone la siguiente definición:

"Emancipación.- La emancipación es una institución que tiene un doble objeto: 1° sustraer al menor de edad a la patria potestad del padre; 2° conferir una cierta capacidad; desde este punto de vista, el menor casado tiene una posición jurídica especial, intermedia entre la falta completa de capacidad del menor y la plena capacidad del mayor de edad." (31).

De la definición anterior, se desprende que la legislación argentina sitúa al emancipado en un estado intermedio entre la menor y la mayor edad, esto quiere decir que la capacidad jurídica que adquiere el menor emancipado argentino no se equipara a la que goza el mayor de edad, por lo tanto, el primero de ellos no goza de la plena capacidad jurídica, sino tan sólo de una capacidad parcial.

En cuanto a los efectos de la emancipación argentina, se señalan los siguientes:

"Efectos de la emancipación; capacidad del menor emancipado.-
El art. 133 (c.c. argentino) establece que la emancipación produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil.

(31). Raymundo M. Salvat. Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General. Tomo 1. Décima Edición. Tipografía Editora Argentina, S.A. 1958. p. 423

Respecto a la persona del menor, cesan completamente los poderes del padre o tutor para gobernarlo y dirigirlo, tenerlo bajo su guarda, elegirle profesión, hacerlo corregir, etc. (arts. 264, 265, 266, 277, 278, 377, 412 y 415 del c.c. argentino). En adelante el menor tiene el derecho de dirigir y gobernar su persona con entera independencia, como si fuese mayor de edad." (32)

De lo expresado en párrafos anteriores se concluye que el menor "emancipado" sí tiene plena independencia sólo en cuanto a su persona, pero no en lo que se refiere a sus bienes, ya que a continuación agrega Salvat:

"Respecto a los bienes del menor, cesan absolutamente los poderes y derechos del padre para usufructuar y administrar sus bienes, o los de administración del tutor (arts. 264, 287, 293, 377 y 441 del c.c. argentino). En adelante el menor tiene el derecho de entrar en la posesión y libre administración de sus bienes; pero bajo este aspecto su capacidad no es plena, sino que está sometida a ciertas limitaciones o restricciones, establecidas en los artículos 134 y 135 del código civil argentino.

Actos que el menor emancipado no puede realizar ni aun con autorización judicial.- El artículo 134 (c.c. argentino) establece: Los menores emancipados por el matrimonio, no podrán ni con autorización del defensor de menores, y bajo pena de nulidad, aprobar las cuentas de sus tutores, y dar finiquito a estos, ni hacer donaciones de bienes de cualquier especie y valor, por actos entre vivos.

(32). Raymundo M. Salvat. Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General. Tomo I. Décima Edición. Tipografía Editora Argentina, S.A. 1958. p. 431

Actos que los menores emancipados no pueden realizar sin autorización judicial.- El artículo 155 del código civil argentino enumera una serie de actos que los menores emancipados no pueden realizar sino con autorización judicial, a saber:

Tampoco podrán sin expresa autorización del juez, y bajo pena de nulidad, vender o hipotecar bienes raíces de cualquier valor que sean;

ni vender los fonos o rentas públicas que tuviesen, ni las acciones de compañías de comercio o de industria;

ni contraer deudas que pasen del valor de quinientos pesos;

ni hacer arrendamientos, como arrendadores o arrendatarios, por plazo que exceda de tres años;

ni recibir pagos que pasen de mil pesos;

ni hacer transacciones, ni sujetar un negocio a juicio arbitral;

ni estar en juicio en pleito civil." (33).

Por lo tanto, debemos decir que los actos que el menor "emancipado" en el derecho civil argentino puede realizar respecto a sus bienes sólo pueden ser con el objeto de administrarlos, ya que en otros que sobrepasen a la administración, deberá ser necesaria la autorización judicial.

Para confirmar lo que hemos comentado respecto a los efectos que produce la emancipación argentina, el autor Raymundo M. Salvat nos dice:

"Posición real del menor emancipado desde el punto de vista de su capacidad.- Estamos ahora en condiciones de apreciar la posición

(33). Raymundo M. Salvat. Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General. Tomo I. Décima Edición. Tipografía Editora Argentina, S.A. 1958. p.p. 431 y 433

real del menor emancipado desde el punto de vista de su capacidad. El artículo 128 (c.c. argentino) establece que la incapacidad de los menores cesa por su emancipación; el artículo 133 del mismo código agrega que la emancipación produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil; de acuerdo con estas dos disposiciones, puede afirmarse que el menor emancipado, en principio, es una persona capaz. Pero esta capacidad no es absoluta, sino que está limitada en los artículos 134 y 135 del código ya antes mencionado, de manera que en realidad el menor emancipado ocupa una posición intermedia entre la plena capacidad del mayor de edad y la incapacidad del menor.

Por otra parte, los actos que la ley prohíbe realizar, ya sea en absoluto (art. 134 c.c. argentino), ya sin autorización judicial (art. 135 c.c. argentino), son excepciones o limitaciones a su capacidad general, de manera que el menor emancipado en estricto derecho, está sometido a una serie de incapacidades relativas; en otros términos, es relativamente incapaz y por consiguiente, fuera de los actos expresamente prohibidos, el menor emancipado puede realizar todos los demás. Esta incapacidad es de una doble naturaleza. Respecto a los actos comprendidos en el artículo 134, es una incapacidad de derecho, puesto que ellos le son absolutamente prohibidos; el menor emancipado no goza del derecho de aprobar las cuentas de sus tutores, ni hacer donaciones por actos entre vivos. Respecto a los actos comprendidos en el artículo 135, los cuales pueden ser realizados por el menor emancipado pero con autorización judicial, es una incapacidad de hecho; en estos casos, lo único que está limitado es el modo de ejercicio." (34).

(34). Raymundo M. Salvat. "Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General. Tomo I. Décima Edición. Tipografía Editora Argentina, S.A. 1958. p.p. 438-439

Con respecto a la irrevocabilidad de la emancipación, cabe señalar lo siguiente:

"Carácter irrevocable de la emancipación.- La emancipación es irrevocable; una vez producida, el menor emancipado continúa gozando de ella, aunque cese la causa que le dió lugar. El artículo 133 (c.c. argentino) establece en este sentido: La emancipación es irrevocable, y produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad por muerte de uno de ellos, tengan o no hijos." (35).

Ahora bien, ¿ Que sucede en el caso de anulación y en el de disolución del matrimonio, con respecto a la irrevocabilidad ? En respuesta a estas dos interrogantes, Salvat dice:

"Existe una diferencia fundamental entre el caso de anulación y el de disolución del matrimonio. En el primer caso la emancipación queda sin efecto, al menos en principio; en el segundo, por el contrario, la emancipación subsiste." (36).

De lo previamente expuesto acerca de la emancipación en la legislación argentina, podemos decir que ésta tiene principalmente las siguientes características:

- I.- El menor emancipado tiene el derecho de entrar en la posesión y libre administración de sus bienes con ciertas

- (35). Raymundo M. Salvat. Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General. Tomo I. Décima Edición. Tipografía Editora Argentina, S.A. 1958. p. 430
- (36). Raymundo M. Salvat. Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General. Tomo I. Décima Edición. Tipografía Editora Argentina, S.A. 1958. p. 430

limitaciones o restricciones.

- 2.- El menor emancipado no puede aprobar las cuentas de sus tutores y dar finiquito a estos.
- 3.- El menor emancipado no puede hacer donaciones de bienes de cualquier especie y valor, por actos entre vivos.
- 4.- El menor emancipado no puede realizar sin autorización judicial los siguientes actos:
 - a) Vender o hipotecar bienes raíces de cualquier valor que sean.
 - b) Vender los fondos o rentas públicas que tuviese, ni las acciones de compañías de comercio o de industria.
 - c) Contraer deudas que pasen del valor de quinientos pesos.
 - d) Hacer arrendamientos, como arrendadores o arrendatarios, por plazo que exceda de tres años.
 - e) Recibir pagos que pasen de mil pesos.
 - f) Hacer transacciones, ni sujetar un negocio a juicio arbitral.
 - g) Estar en juicio en pleito civil.

Como hemos visto, la legislación civil argentina también impone determinadas restricciones al menor "emancipado", de tal manera que solamente adquiere una capacidad de obrar limitada, esto es, una semi-capacidad que le limita o restringe su capacidad de actuar, ya que a pesar de haber sido emancipado, deberá esperar a que cumpla la mayoría de edad para que pueda disponer libremente no solamente de su persona, sino también de sus bienes.

CAPITULO IV

LA EMANCIPACION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

Introducción.

- 1.- Personas que ejercen la patria potestad de los hijos menores de edad no emancipados.
- 2.- Hipótesis en que al hijo se le considera respecto de la administración como emancipado.
- 3.- Consecuencias de la emancipación respecto del derecho de usufructo a favor de quienes ejercen la patria potestad.
- 4.- Extinción de la patria potestad.
- 5.- El caso de los menores de edad emancipados como consecuencia del matrimonio.
- 6.- Clase de tutela a la que estará sujeto el menor de edad emancipado.
- 7.- Nulidad de todo convenio entre el tutor y el pupilo, ya mayor o emancipado respecto a la administración de la tutela o a las cuentas mismas.
- 8.- Designación del curador de los menores de edad emancipados por razón del matrimonio.
- 9.- Nulidad de los actos de administración y contratos celebrados por los menores emancipados.
- 10.- Capacidad del emancipado para constituir el patrimonio de la familia.

INTRODUCCION

En los anteriores capítulos, abordamos ampliamente el estudio de la emancipación en la doctrina universal, analizamos esta figura desde todos sus aspectos, tanto de su nacimiento, evolución, constitución y efectos que produce; ahora en el presente capítulo analizaremos a la emancipación en nuestro Derecho positivo, comenzaremos con los puntos esenciales de la institución como es su concepto, elementos y efectos que la forman.

Definición propuesta:

EMANCIPACION.- La emancipación es una institución jurídica que tiene como fin sustraer al menor de edad de la patria potestad, o de la tutela, y de conferirle la plena capacidad jurídica como si fuera mayor de edad, es decir, anticiparle la libre disposición de su persona y de sus bienes; siendo su libertad civil en forma definitiva e irrevocable.

Elementos.- Para determinar los elementos de la emancipación, primeramente aludiremos a la regla general de todo negocio jurídico, que viene siendo el consentimiento y el objeto como elementos esenciales, y especificando en el negocio jurídico que nos ocupa, sus elementos serían por una parte: 1.- El consentimiento o voluntad de emancipar no solamente por parte del emancipador o emancipadores (según sea el caso), sino también contar con el consentimiento del futuro emancipado. 2.- En cuanto al objeto del negocio jurídico de la emancipación, debemos entender por este la producción de consecuencias jurídicas, esto es, la creación de derechos y obligaciones, esto por supuesto es lo que se produce al realizarse la emancipación, ya que se llega a crear un nuevo estado jurídico para el menor, un nuevo estado jurídico que significa

anticiparle la capacidad jurídica plena, y que como consecuencia de ello el menor emancipado adquiera los derechos y obligaciones tal y como corresponden a la persona mayor de edad.

Por lo que se refiere a los elementos de validez, en la misma forma recurrimos a la postura general, que vendrían siendo: La capacidad legal, la ausencia de vicios de la voluntad, la licitud en el objeto, motivo o fin del negocio y, que el consentimiento se haya manifestado en la forma que la ley establece; y en el caso de la emancipación serían:

- 1.- La capacidad legal, es decir, se refiere a la capacidad de ejercicio, (también se le conoce como capacidad de obrar o negociar) del emancipador o emancipadores según sea el caso, ya que si carecen de ella, no tendrá validez la emancipación.
- 2.- En segundo lugar, el negocio jurídico de la emancipación no debe tener vicios en la voluntad, esto quiere decir que debe tratarse de una voluntad no viciada, una voluntad libre y consiente no solamente del emancipador o emancipadores, sino también del futuro emancipado.
- 3.- En tercer lugar debemos tener en cuenta la licitud en el objeto, motivo o fin del negocio, esto significa que el negocio jurídico de la emancipación no debe ser contrario a las leyes de orden público, sino que en todo caso la emancipación debe ser reconocida, aceptada por el derecho positivo para que tenga plena validez desde su forma de constituirse como por los efectos que ésta debe producir.
- 4.- Por último, resulta necesario señalar que no debemos dejar de tomar en cuenta que el consentimiento se haya manifestado en la forma que la ley establece; en este sentido es importante señalar que tratándose de la emancipación por virtud del matrimonio no se requiera de una forma expresa de manifestar el consentimiento para que se lleve a cabo la emancipación, ya que es obvio que llevándose a cabo el matrimo-

nio del menor, evidentemente surge su emancipación; pero en cambio, tratándose de la emancipación expresa y de la emancipación judicial, resulta indispensable que el consentimiento de emancipar y de ser emancipado (puesto que debe abarcar necesariamente a ambas partes) se manifieste en forma expresa, y en este caso volvería a aplicarse la ausencia de vicios de la voluntad para que pueda producir consecuencias de derecho el negocio jurídico de la emancipación.

Efectos.- En cuanto a sus efectos, estos se analizarán en forma especial en el siguiente capítulo, y en el presente aludiremos someramente a algunos de los efectos que produce esta institución.

1.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS
MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS.

Antes de empezar a señalar quienes son las personas que ejercen la patria potestad de los hijos menores de edad no emancipados, es importante anotar lo que algunos autores mexicanos y extranjeros nos dicen respecto a lo que es y como se manifiesta esta institución; de esta manera, Rafael de Pina nos dice: "La patria potestad se define como el conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria.

Algunos autores distinguen, en relación con la patria potestad, dos aspectos, uno referido a la protección de los intereses materiales (asistencia protectiva) y otro a la de los intereses espirituales (asistencia formativa, particularmente dedicada a la educación del menor)." (I).

Por su parte el Dr. Ignacio Galindo Garfias en su Tratado de Derecho Civil se refiere al origen de la patria potestad en los términos siguientes:

"La patria potestad toma su origen de la filiación. Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil).

Para lograr esta finalidad tutiva que debe ser cumplida a la

(I). Rafael de Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen Primero. Introducción-Personas-Familia. Decimotercera Edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A. p. 373

vez, por el padre y por la madre, la patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de estos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere.

La atribución de estos derechos y facultades al padre y a la madre, les permiten cumplir los deberes que tienen hacia sus hijos.

Colín y Capitant, citados por Ignacio Galindo Garfias definen a la patria potestad, diciendo que es "el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados."

Planiol define a la patria potestad -dice Ignacio Galindo Garfias- como "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."

La patria potestad es una institución necesaria que da cohesión al grupo familiar. En las antiguas legislaciones, surgía legalmente sólo dentro de la familia legítima; no se establecía respecto de los hijos naturales. En nuestro código civil, -dice el Dr. Galindo Garfias- la patria potestad es una institución que nace de la relación paterno filial. En esta manera la ley ha querido que este deber de proteger y cuidar a los hijos, no dependa de la existencia del vínculo matrimonial sino de la procreación, o de la adopción que impone a cargo de los

padres, la ineludible obligación de criarlos y educarlos convenientemente.

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

En este sentido, el concepto de patria potestad es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados. En esta manera, aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad." (2).

En cuanto a la naturaleza y contenido de la patria potestad, nos dice el Dr. Ignacio Galindo Garfias en su obra ya citada lo siguiente:

"Naturaleza de la patria potestad.- La patria potestad está constituida por un conjunto de poderes; para colocar a los titulares de la patria potestad, en la posibilidad de cumplir los deberes que les conciernen respecto de los hijos. La facultad y la obligación, la potestad y el deber en la patria potestad, no se encuentran como ocurre en otras figuras jurídicas, en una situación de oposición, y no corresponde el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder, se ha conferido para el cumplimiento de un deber.

La patria potestad tiene un contenido de orden natural (la

(2). Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil. Primer curso. Sexta Edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 667 y 668

procreación), y a veces afectivo (la adopción), de carácter ético (el deber de mirar por el interés de la prole) y un aspecto social (la misión que corresponde a los padres de formar hombres útiles a la sociedad)." (3).

Por lo que respecta al ejercicio de la patria potestad, el Dr. Ignacio Galindo Garfias en su obra ya citada nos dice que: "Aun cuando el ejercicio de la patria potestad se confiere a ambos progenitores, nuestra ley no establece una división de poderes y facultades que deban ejercer separadamente cada uno de los progenitores; sino que las cargas, los deberes y las facultades que imponga la patria potestad deben ser cumplidos conjuntamente por el padre y por la madre, siempre mirando por la educación y formación del hijo. Nuestro código no establece en que manera deberá ejercerse esa función, a la vez por el padre y por la madre; pero puesto que se trata de un conjunto de deberes y obligaciones que deben ser cumplidos indistintamente por ambos, debe interpretarse, que en todo deberán ambos actuar de acuerdo, no sólo en lo que se refiere a la administración de los bienes de los hijos, sino también en lo que atañe a los efectos de la patria potestad sobre la persona del hijo." (4).

Hasta este momento hemos visto algunos lineamientos o apreciaciones que de la patria potestad tienen algunos autores tanto nacionales como extranjeros; ahora analizaremos como es que se lleva a cabo esta institución en nuestra legislación civil vigente, es así como el

- (3). Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil. Primer Curso. Sexta Edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 673 y 675
 (4). Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil. Primer Curso. Sexta Edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 671-672

artículo 412 del código civil para el Distrito Federal dice lo siguiente: "Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley". Ahora bien, ¿ a cuales ascendientes se refiere ?. Debemos tomar en cuenta entonces que de acuerdo al artículo 414 del código ya mencionado, la patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce: 1º por el padre y la madre; 2º Por el abuelo y la abuela paternos; 3º Por el abuelo y la abuela maternos.

Es importante señalar además, de que en el supuesto de que los dos progenitores hayan reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y que además vivan juntos, entonces ambos ejercerán la patria potestad (art. 415 párrafo 1º c.c.). Pero en el caso de que vivan separados y que hayan reconocido al hijo en el mismo acto, entonces convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; y en su caso, el Juez de lo Familiar, oyendo a los padres y al Ministerio Público decidirá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor (art. 380). Por otra parte, cuando el reconocimiento se lleve a cabo en forma sucesiva por los padres que no vivan juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, a excepción de que se llegara a otro acuerdo entre las partes, siendo además indispensable que el Juez de lo Familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público como lo establece el artículo 381 c.c.

"En los casos previstos en los artículo 380 y 381 del código civil, cuando por cualquier circunstancia. Deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro." (art. 416 c.c.).

¿ Quien ejercerá la patria potestad del hijo que habiendo nacido fuera de matrimonio, sus padres que vivían juntos, se separen posteriormente ? En primer lugar, el artículo 417 establece que la patria potestad la ejercerá el que se haya designado por acuerdo entre ellos mismos, y en su caso por el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

Obligaciones para con el hijo.- Las personas que ejercen la patria potestad tienen la obligación de educar al hijo convenientemente (art. 422 párrafo primero c.c.); Y en caso contrario, y que además, los Consejos Locales de Tutela tengan conocimiento de esto, entonces lo deberán comunicar al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda (art. 422, párrafo segundo c.c.).

El hijo sujeto a patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso contrario, decidirá el juez (art. 424 c.c.).

Efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo.- Las personas que ejerzan la patria potestad son los legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen conforme a las prescripciones del código civil. (art. 425).

Autorización para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso.- A este respecto el artículo 437 del código civil señala que "siempre que el Juez conceda licencia a los que ejercen la patria

potestad, para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tozará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

Al efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial."

"Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración."(art. 426 c.c.). De la misma manera, "la persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente."(art. 427 c.c.).

Bienes del hijo sujeto a patria potestad.- Estos se dividen en dos clases: 1° Bienes que adquiera por su trabajo; 2° Bienes que adquiera por cualquier otro título (art. 426 c.c.).

Los bienes que adquiera por su trabajo pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo (art. 429 c.c.). Por lo que se refiere a los bienes por cualquier otro título, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; en cuanto a la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan 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 que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto. (art. 430 c.c.).

Obligación de dar cuentas a los hijos.- "Las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos." Así lo dispone textualmente el artículo 439 del código civil. Por otra parte, el artículo 442 establece que "las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que estos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen."

Es así como hemos visto el criterio que tiene tanto la doctrina jurídica como el derecho positivo acerca de la institución de la patria potestad; esta apreciación en última instancia puede resumirse no solamente en la facultad que tienen los padres de asistir al menor en todo lo que atañe a su persona y a sus bienes, sino además de la obligación de que así debe ser, esto por supuesto nos está indicando que si en un momento dado el progenitor o en su caso los progenitores hicieran caso omiso de las obligaciones que les son inherentes al ejercicio de la patria potestad, deberán ser éstos compelidos a cumplir con ellas, ya que está de por medio salvaguardar la integridad del menor en su persona y la seguridad de sus bienes, y que llegado el caso de presentarse situaciones contrarias a los intereses del menor, puede perderse o suspenderse la patria potestad de acuerdo a lo que determine la legislación civil vigente. Por otra parte, adecuando estos conceptos al negocio jurídico de la emancipación, debemos decir que

si uno de los efectos que produce ésta última, consiste en la sustracción del menor de la patria potestad a que estaba sujeto, debemos entenderla en su total amplitud, es decir, que si el menor de edad va a quedar desvinculado de esta institución, debemos entender que ésta independencia no solamente se concrete en cuanto a la persona del menor, sino también en lo que respecta a sus bienes; Por lo tanto, debemos concluir que de ser así, las personas que venían ejerciendo la patria potestad, deberán dejar de hacerlo a partir del momento en que surja la emancipación, teniendo entonces como consecuencia que el emancipado adquiera la libre disposición de su persona y de sus bienes, es decir, de la misma manera en la que la ejerce el mayor de edad.

2.- HIPOTESIS EN QUE AL HIJO SE LE CONSIDERA RESPECTO DE LA ADMINISTRACION COMO EMANCIPADO.

El artículo 435 del código civil dice que "cuando por la ley o por la voluntad del padre el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces."

Comentando el artículo 435 del código civil antes transcrito, debemos decir a este respecto que no podemos considerar que por el sólo hecho de que el hijo tenga la administración de los bienes deba entenderse que por ésta situación al menor se le considere emancipado; esto significa reducir a la emancipación solamente a la capacidad para administrar los bienes; y atendiendo a lo que ya hemos mencionado en capítulos anteriores postulando la tesis de considerar a la emancipación equivalente a la capacidad jurídica plena tal como la que ejerce el mayor de edad, el artículo 435 del código civil está muy lejos de considerar a la emancipación como tal, es decir, como sinónimo de capacidad jurídica plena.

3.- CONSECUENCIAS DE LA EMANCIPACION RESPECTO DEL DERECHO DE USUFRUCTO A FAVOR DE QUIENES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.

Quando se produce la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos, el derecho del usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, SE EXTINGUE; pero debemos señalar también que no es ésta la única causal, también se produce su extinción por la pérdida de la patria potestad y por renuncia. Así lo señalan las fracciones I, II y III del artículo 438 del código civil.

Del artículo 438 del código civil al que acabamos de referirnos, nos interesa hacer notar la fracción I, ya que la extinción del derecho de usufructo a favor de quienes ejercen la patria potestad es uno de los efectos que produce la emancipación respecto de los bienes del hijo, ya que si éste último es emancipado, o que en su caso haya llegado a la mayor edad como lo señala la fracción I, resulta como consecuencia que este derecho de usufructo de que venían gozando las personas que ejercían la patria potestad se extinga, puesto que a partir de este momento el ahora emancipado debe tener la libre disposición de sus bienes.

4.- EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.

Existen tres hipótesis de extinción de la patria potestad, que son las señaladas por las fracciones I, II y III del artículo 443 del código civil:

- I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III. Por la mayor edad del hijo.

Del artículo que acabamos de señalar, nos interesa para nuestro estudio, hacer notar la fracción II que se refiere a la extinción de la patria potestad como consecuencia de la emancipación derivada del matrimonio; este es otro de los efectos que produce la emancipación y que ya hemos señalado en el capítulo I de este trabajo, y hemos manifestado al respecto que esta extinción de la patria potestad debe entenderse en su concepto más amplio, es decir, que si ésta institución se ejerce no solamente sobre la persona del menor, sino también sobre sus bienes, en este mismo sentido debemos entenderla cuando ésta se extinga, esto es, que el emancipado tenga la facultad de gozar plenamente de su persona y de sus bienes sin ninguna especie de limitaciones o restricciones, y que tratándose de nuestra legislación civil vemos que no sucede así, sino que por el contrario, le impone limitaciones para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces, así como para negocios judiciales, otorgándole únicamente respecto de los bienes, su administración. Por esto es que podemos apreciar que a pesar de que el artículo 443 en su fracción II señala que la patria potestad se extingue como consecuencia de la emancipación derivada del matrimonio, vemos que en última instancia no es tal, por lo que ya hemos señalado al respecto.

5.- EL CASO DE LOS MENORES DE EDAD EMANCIPADOS COMO
CONSECUENCIA DEL MATRIMONIO.

Vamos ahora a iniciar el estudio de la única especie de emancipación reconocida por nuestra legislación civil vigente, es decir, la "emancipación" por virtud del matrimonio, iniciando este análisis con algunos conceptos que del matrimonio tienen algunos autores, es así como el Dr. Ignacio Galindo Garfias en su Tratado de Derecho Civil, dice: "El matrimonio es un acto solemne que produce una comunidad de vida entre un hombre y una mujer y crea un vínculo permanente, pero disoluble, bien por voluntad de los cónyuges, bien por disposición de la ley." (5).

Por su parte, Rafael de Pina en su Tratado Elementos de Derecho Civil Mexicano, se refiere al matrimonio en los términos siguientes:

"El matrimonio es la forma regular de la constitución de la familia. El matrimonio, de acuerdo con una concepción civil es una realidad del mundo jurídico que, en términos generales, puede definirse como un acto bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes. La palabra matrimonio designa también la comunidad formada por el marido y la mujer." (6).

(5). Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil. Primer Curso. Sexta Edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A. p. 477

(6). Rafael de Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen Primero. Introducción-Personas-Familia. Decimotercera Edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A. p. 314

"La emancipación por el matrimonio se denomina tácita o legal; la producida por la voluntad de los padres o tutores, expresa o dativa.

En México solamente está reconocida la emancipación producida por el matrimonio del menor. Así, el artículo 641 del código civil establece que el matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación, y que aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado que sea menor, no recaerá en la patria potestad.

La emancipación por matrimonio la fundan algunos autores en que este es incompatible con el estado de subordinación de un menor sometido a la patria potestad." (7).

Edad mínima para contraer matrimonio.- "Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. El Jefe del Departamento del Distrito Federal, o los delegados, según el caso, pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas."(art. 148 c.c.). "El hijo o la hija que no hayan cumplido dieciocho 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 el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos, o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos, si los dos existieren, o del que sobreviva, se requiere el consentimiento de los abuelos maternos."(art. 149 c.c.).

"Faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento de

(7). Rafael de Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen Primero. Introducción-Personas-Familia. Decimotercera edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A. p. 401

los tutores ; y faltando éstos, suplirá el consentimiento, en su caso, el Juez de lo familiar de la residencia del menor." (art. 150 c.c.).

"Los interesados pueden ocurrir al Jefe del Departamento del Distrito Federal o a los Delegados, según el caso, cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el que hubieran concedido. Las mencionadas autoridades después de levantar una información sobre el particular, suplirán o no el consentimiento." (art. 151c.c.)

"Si el Juez, en el caso del artículo 150, se niega a suplir el consentimiento para que se celebre un matrimonio, los interesados ocurrirán al Tribunal Superior respectivo, en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles." (art. 152 c.c.).

"La menor edad de dieciséis años en el hombre y de catorce en la mujer dejará de ser causa de nulidad: 1° Cuando haya habido hijos; 2° Cuando, aunque no los haya habido, el menor hubiere llegado a los dieciocho años; y ni el ni el otro cónyuge hubieren intentado la nulidad." (art. 237 c.c.).

Irrevocabilidad del consentimiento.- "El ascendiente o tutor que ha prestado su consentimiento firmando la solicitud respectiva y ratificándola ante el Juez del Registro Civil, no puede revocarlo después, a menos que haya justa causa para ello." (art. 153 c.c.).

Si el ascendiente, o tutor que ha firmado o ratificado la solicitud de matrimonio falleciere antes de que se celebre, su consentimiento no puede ser revocado por la persona que, en su defecto, tendría el derecho de otorgarlo, pero siempre que el matrimonio se verifique dentro de los ocho días siguientes en que se haya presentado la

solicitud, en el lugar, día y hora que señale el Juez del Registro Civil. (art. 154 c.c.).

"El Juez que hubiere autorizado a un menor para contraer matrimonio no podrá revocar el consentimiento, una vez que lo haya otorgado, sino por justa causa superveniente." (art. 155 c.c.).

Celebración de esponsales.- "Solo pueden celebrar esponsales el hombre que ha cumplido dieciséis años y la mujer que ha cumplido catorce."(art. 140 c.c.). "Cuando los prometidos son menores de edad. Los esponsales no producen efectos jurídicos si no han consentido en ellos sus representantes legales."(art. 141 c.c.).

Respecto a los esponsales, el Dr. Ignacio Galindo Garfias en su Tratado de Derecho Civil, menciona los requisitos de validez de los esponsales:

"La validez de los esponsales requiere:

- a) Edad para contraer matrimonio,
 - b) Forma escrita,
 - c) Aceptación del compromiso, y
 - d) En su caso, el consentimiento de los representantes legales (padres o tutores) del prometido o de los prometidos, si uno de ellos o ambos son menores de edad."
- (8).

En lo que se refiere al régimen matrimonial y a las capitulaciones matrimoniales, el Dr. Galindo Garfias nos dice lo siguiente:

(8). Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil. Primer Curso. Sexta Edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A. p. 478

"La situación jurídica de los bienes de los consortes, ya se trate de separación de bienes o de sociedad conyugal, se denomina régimen matrimonial y a los pactos o convenios que lo establecen, se les llama capitulaciones matrimoniales." (9).

"El convenio que celebran entre sí los cónyuges, para establecer el régimen de propiedad y disfrute de los bienes que les pertenecen o que en lo futuro les pertenezcan, así como de los frutos de estos bienes, se denomina capitulaciones matrimoniales." (10).

Capitulaciones.— Por su parte, el código civil nos dice lo siguiente: "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." (art. 181 c.c.).

"La sociedad conyugal puede terminar antes de que se disuelva el matrimonio si así lo convienen los esposos; pero si éstos son menores de edad, deben intervenir en la disolución de la sociedad, prestando su consentimiento, las personas a que se refiere el artículo 181.

Esta misma regla se observará cuando la sociedad conyugal se modifique durante la menor edad de los consortes." (art. 167 c.c.).

Separación de bienes.— "Durante el matrimonio la separación de bienes puede terminar para ser substituída por la sociedad conyugal; pero si los consortes son menores de edad, se observará lo dispuesto

(9). Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil. Primer Curso. Sexta Edición. 1935. Editorial Porrúa, S.A. p. 557

(10). Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil. Primer Curso. Sexta Edición. 1935. Editorial Porrúa, S.A. p. 561

en el artículo 181 del código civil.

Lo mismo se observará cuando las capitulaciones de separación se modifiquen durante la menor edad de los cónyuges." (art. 209 c.c.).

El artículo 451 del código civil menciona que "los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionan en el artículo relativo al capítulo I del título décimo de este libro." El artículo a que se refiere es el 643 que textualmente dice: "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

- I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;
- II. De un tutor para negocios judiciales."

Por otra parte, el artículo 641 del código civil dice que "el matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación." y agrega además, que "aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recuera en la patria potestad."

Aprobación del convenio.- Cuando los pretendientes sean menores de edad, el convenio que presenten con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio, deberá ser aprobado por las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio. (art. 98 fr. V c.c.).

Donaciones antenuptiales.- "Los menores pueden hacer donaciones antenuptiales, pero sólo con intervención de sus padres o tutores o con aprobación judicial." (art. 229 c.c.).

Actas de emancipación.- "En los casos de emancipación por efecto del matrimonio, no se extenderá acta por separado; será suficiente para acreditarla, el acta de matrimonio." (art. 93 c.c.).

Por otra parte, Rafael de Pina en su obra ya citada, relaciona al matrimonio con la emancipación, diciendo lo siguiente: "Realmente, el cumplimiento de las obligaciones que impone el matrimonio se dificultaría, por lo menos, en gran manera, si no produjese de derecho la emancipación del menor."

La emancipación es un efecto inmediato y necesario, de esencia, del matrimonio, y, por tanto, se verifica cualquiera que sea la edad de los contrayentes, sin necesidad de ninguna declaración expresa, y a pesar de cualquier convenio celebrado en contrario y que tuviera por objeto impedirlo o modificarlo; pues tal convenio sería nulo.

Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado no recae en la patria potestad." (II).

(II). Rafael de Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen Primero. Introducción-Personas-Familia. Decimotercera Edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A. p. 401

6.- CLASE DE TUTELA A LA QUE ESTARA SUJETO EL MENOR DE EDAD EMANCIPADO.

Antes de iniciar el estudio de la tutela a que está sujeto el menor emancipado, resulta conveniente definir ésta institución, es así como Rafael de Pina se refiere a la tutela de la siguiente manera:

"La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficiente para gobernar su persona y derecho por sí mismos, para regir, en fin, su actividad jurídica. Es por lo tanto, una institución que hay que colocar dentro del ámbito del derecho de familia.

Para algunos autores -dice Rafael de Pina- (Valverde y Ruggiero, v. gr.) la tutela es un cargo público, fundándose en que es una manera que el Estado tiene de otorgar la protección a la infancia; para otros (Sanchez Román y Clemente de Diego, por ejemplo), es un cargo privado, por constituir a su juicio más que una función y una carga, "un ministerio privado".

Para Planiol y Ripert -continúa diciendo Rafael de Pina- la han definido como una función jurídica confiada a una persona capaz y que consiste en encargarse del cuidado de un incapaz, representarlo y administrarlo." (12).

"Llámase tutor a la persona que cumple fundamentalmente de manera directa y personal los fines de la tutela. Esta es considerada como un cargo de interés público. El que rehusa sin causa legal a desempeñarlo responde de los daños y perjuicios que de su negativa resulten

(12). Rafael de Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen Primero. Introducción-Personas-Familia. Decimotercera Edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 383-384

al incapacitado.

El tutor se define por los civilistas como el órgano ejecutivo de la tutela." (13).

Por su parte, el Dr. Ignacio Galindo Garfias en su obra ya citada también se refiere a la tutela señalando lo siguiente: "La palabra tutela procede del verbo latino tueor que quiere decir defender, proteger. Es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil de interés público, y de ejercicio obligatorio.

Es la tutela una manera de dar protección social a los débiles, y un medio de defensa de los menores y de los demás individuos incapaces, no sujetos a la autoridad paterna, o que están abandonados o son maltratados. La razón fundamental de la tutela es un deber de piedad, que tiene su origen en la debilidad e imperfección del ser humano."(14).

Por lo que respecta al código civil, éste dice en su artículo 499 que "siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado."

"El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años. El Juez de lo familiar confirmará la designación si no tiene justa causa para reprobarla. Para reprobar las ulteriores designaciones que haga el menor, el juez oírá el parecer del Consejo Local de Tutelas." (art. 496 c.c.).

- (13). Rafael de Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen Primero. Introducción-Personas-Familia. Decimotercera Edición. 1963. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 390-391
- (14). Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil. Primer Curso. Sexta Edición. 1963. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 689-690

"Si el menor no ha cumplido diciséis años, el nombramiento de tutor lo hará el juez de lo Familiar de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público, quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor." (art. 497 c.c.).

"Si el juez no hace oportunamente el nombramiento de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que se sigan al menor por esa falta." (art. 498 c.c.).

Como hemos visto, en nuestra legislación civil, se establece que el menor de edad emancipado debe tener un tutor para los asuntos judiciales que el menor llegue a celebrar; esto por supuesto nos está indicando que a pesar de haber sido "emancipado" no tendrá la misma capacidad jurídica de la que goza el mayor de edad, por lo tanto no podemos decir que se trate de una real y verdadera emancipación, ya que se le está limitando o restringiendo una serie de actos jurídicos que no podrá realizar sino hasta que cumpla su mayoría de edad.

7.- NULIDAD DE TODO CONVENIO ENTRE EL TUTOR Y EL PUPILO,
YA MAYOR O EMANCIPADO RESPECTO A LA ADMINISTRACION
DE LA TUTELA O A LAS CUENTAS MISMAS.

En cuanto a esta nulidad se refiere, el artículo 605 del código civil dice que "hasta pasado un mes de rendición de cuentas, es nulo todo convenio entre el tutor y el pupilo, ya mayor o emancipado, relativo a la administración de la tutela o a las cuentas mismas."

Prescripción de las acciones relativas a la administración de la tutela.- El artículo 616 del código civil establece que "todas las acciones por hechos relativos a la administración de la tutela, que el incapacitado pueda ejercitar contra su tutor, o contra los fiadores y garantes de éste, quedan extinguidas por el lapso de cuatro años, contados desde el día en que se cumpla la mayor edad, o desde el momento en que se hayan recibido los bienes y la cuenta de tutela, o desde que haya cesado la incapacidad en los demás casos previstos por la ley."

El artículo 605 del código civil establece un plazo mínimo para poder llegar a un convenio relativo a la administración de la tutela del menor "emancipado", que consiste en que éste deberá celebrarse dentro del mes siguiente a la rendición de cuentas de la misma, ya que de llevarse a cabo posteriormente, éste convenio carecerá de validez.

Como conclusión de este punto debemos decir que el menor "emancipado" está siendo protegido por nuestro código civil, como si se tratara simplemente de un menor de edad, y ante esta situación no podemos decir que el menor se encuentre realmente emancipado.

8.- DESIGNACION DEL CURADOR DE LOS MENORES DE EDAD
EMANCIPADOS POR RAZON DEL MATRIMONIO.

El artículo 624 del código civil, autoriza al "emancipado" tener un curador al disponer que : "Designarán por sí mismos al curador, con aprobación judicial... II. Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, en el caso previsto en la fracción II del artículo 643." Y ésta última fracción se refiere como ya se ha visto anteriormente, que el emancipado siempre necesita durante su menor edad de un tutor para negocios judiciales.

Como hemos visto en el punto anterior de este capítulo, el menor "emancipado" se encuentra asistido de un tutor, pero continuando con nuestra lectura en el código civil, encontramos que el "emancipado" no sólo debe tener un tutor, sino que además debe contar con un curador, es decir, con una persona que se encargue de vigilar la conducta del tutor; todo esto por supuesto nos está indicando que la situación jurídica del "emancipado" se asemeja mucho a la del menor de edad no emancipado, esto es, que su capacidad jurídica no se iguala o equipara a la capacidad de ejercicio de la que goza el mayor de edad, ya que no solamente la ley le concede o le impone según el caso un tutor para realizar determinados actos, sino que el legislador va más allá, al otorgarle o imponerle una protección mas, es decir, una representación que vendría siendo el curador ya antes mencionado, que tiene como funciones principales además de la representación del menor, la vigilancia de los actos que realice el tutor como tal, esto nos hace pensar que tal parece que la ley está limitando con una mayor protección al "emancipado", y se antoja pensar que probablemente tenga mayores restricciones que el que está bajo la patria potestad.

9.- NULIDAD DE LOS ACTOS DE ADMINISTRACION Y CONTRATOS
CELEBRADOS POR LOS MENORES EMANCIPADOS.

Respecto a los actos celebrados por el menor emancipado si fueron realizados conforme a los lineamientos legales serán considerados válidos, sin embargo el menor emancipado puede realizar actos que no reúnan los requisitos legales más no en cuanto al acto mismo, sino a su actuación como menor emancipado, a este tipo de actos el legislador los sanciona con la nulidad, y así nos lo expresan los artículos 635, 636 y 637 del código civil.

El artículo 635 dice: "Son nulos todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los incapacitados sin la autorización del tutor, salvo lo dispuesto en la fracción IV del artículo 537; éste último artículo dice lo siguiente: "El tutor está obligado: ...fr. IV. "A administrar el caudal de los incapacitados. El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando es capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años.

La administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponden a él y no al tutor."

A continuación, el artículo 636 del código civil dice: "Son también nulos los actos de administración y los contratos celebrados por los menores emancipados, si son contrarios a las restricciones establecidas por el artículo 643." Y éste último artículo como ya los hemos visto, dice lo siguiente: Art. 643.- "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

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

II. De un tutor para negocios judiciales."

Por lo que respecta al artículo 637 del código civil, éste dice lo siguiente: "La nulidad a que se refieren los artículos anteriores sólo puede ser alegada, sea como acción, sea como excepción, por el mismo incapacitado o por sus legítimos representantes, pero no por las personas con quienes contrató, ni por los fiadores que se hayan dado al constituirse la obligación, ni por los mancomunados en ellas."

Prescripción de la acción de nulidad.- "La acción para pedir la nulidad prescribe en los términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende."(art. 638 c.c.). "Los menores de edad no pueden alegar la nulidad de que hablan los artículos 635 y 636 en las obligaciones que hubieren contraído sobre materias propias de la profesión o arte en que sean peritos."(art. 639 c.c.). "Tampoco pueden alegarla los menores, si han presentado certificados falsos del Registro Civil, para hacerse pasar como mayores, o han manifestado dolosamente que lo eran."(art. 640 c.c.).

"Manera de computar el plazo.- Gutierrez y Gonzalez -dice el Dr. Raúl Ortiz Urquidí- señala dos sistemas: el francés y el español. Se caracteriza el primero porque conforme a él nunca se debe incluir en el cómputo del plazo el día en que éste principia, pues sería incompleto, ya que "resulta muy difícil que nazca a las cero horas un segundo" de ese día. Por el contrario, conforme al sistema español tal día debe computarse completo, aunque no lo sea.

Nuestro Código Civil sigue éste último sistema. En efecto, su artículo 1956 dispone que "el plazo en las obligaciones se contará de la manera prevenida en los artículos 1176 al 1180", entre los que el 1179 estatuye que "el día en que comienza la prescripción se cuenta siempre entero, aunque no lo sea; pero aquel en que la prescripción termina, debe ser completo." (15).

(15). Raúl Ortiz-Urquidí. Derecho Civil. Parte General. Segunda Edición. 1982. Editorial Porrúa, S.A. p. 483

10.- CAPACIDAD DEL EMANCIPADO PARA CONSTITUIR EL PATRIMONIO
DE LA FAMILIA.

Rafael de Pina en su Tratado Elementos de Derecho Civil Mexicano, se refiere al patrimonio de familia en los términos siguientes:

"Generalmente se atribuye al patrimonio un doble aspecto económico y jurídico, definiéndose en el primero de estos sentidos como el conjunto de obligaciones y derechos en su apreciación económica; y en el segundo, como el conjunto de relaciones jurídicas, activas y pasivas, pertenecientes a un sujeto que sean susceptible de estimación de naturaleza pecuniaria.

En nuestro concepto -dice Rafael de Pina- el patrimonio es un atributo de la persona, pero su contenido no es exclusivamente pecuniario, siendo esto lo que permite sostener que toda persona es sujeto de un patrimonio." (16).

Por otra parte, el Dr. Ignacio Galindo Garfias menciona la fuente legislativa del patrimonio de familia, diciendo lo siguiente:

"El patrimonio de familia en el derecho positivo mexicano, tiene su fuente legislativa en la Constitución General de la República. El inciso g) fracción XVII del artículo 27 Constitucional y la fracción XXVIII del artículo 123 de la Constitución determinan respectivamente que "las leyes locales organizarán el patrimonio de familia determinando los bienes que deban constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen ninguno." (17).

(16). Rafael de Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen Primero. Introducción-Personas-Familia. Decimotercera Edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 215-216

(17). Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil. Primer Curso. Sexta Edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A. p. 718

La legislación civil le ha otorgado al emancipado, capacidad para constituir el patrimonio de la familia, al señalar el artículo 731 del código civil que "el miembro de la familia que quiera constituir el patrimonio lo manifestará por escrito al juez de su domicilio, designando con toda precisión y de manera que puedan ser inscritos en el Registro Público los bienes que van a quedar afectados.

Además, comprovará lo siguiente:

- I. Que es mayor de edad o que está emancipado;
- II. Que está domiciliado en el lugar donde se quiere constituir el patrimonio;
- III. La existencia de la familia a cuyo favor se va a constituir el patrimonio. La comprobación de los vínculos familiares se hará con las copias certificadas de las actas del Registro Civil;
- IV. Que son propiedad del constituyente los bienes destinados al patrimonio y que no reportan gravámenes fuera de las servidumbres;
- V. Que el valor de los bienes que van a constituir el patrimonio no excede del fijado en el artículo 730." (Este valor, dice dicho artículo, se obtiene al multiplicar 3650 por el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal).

De todo lo que se ha expuesto en este capítulo IV, podemos sintetizar en forma breve las características de la "emancipación" en México, y que son las siguientes:

- 1.- En México solamente está reconocida la "emancipación producida por el matrimonio del menor". Así, el artículo 641 del código civil establece que el matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación, y que aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado que sea menor, no recaerá en la patria potestad.
- 2.- La emancipación es una institución civil que permite sustraer de la patria potestad al menor, otorgándole una capacidad que le faculta para la libre administración de sus bienes, con determinadas reservas, expresamente señaladas en las leyes, esto es, que el emancipado no obstante haber salido de la patria potestad goza de una capacidad menos extensa que la que corresponde a la persona mayor de edad.
- 3.- El artículo 435 del código civil dice que cuando por la ley o por la voluntad del padre el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como "emancipado", con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.
- 4.- Cuando se produce la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos, el derecho del usufructo

concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue; pero no es ésta la única causal, también se produce su extinción por la pérdida de la patria potestad y por renuncia. Así lo señalan las fracciones I, II y III del artículo 436 del código civil.

5.- La sociedad conyugal puede terminar antes de que se disuelva el matrimonio si así lo convienen los esposos; pero si éstos son menores de edad, deben intervenir en la disolución de la sociedad, prestando su consentimiento su padre o su madre, si vivieren ambos, o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los padres, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos, o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos, si los dos existieren, o del que sobreviva, se requiere el consentimiento de los abuelos maternos.

Faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento del tutor; y a falta de éste, suplirá el consentimiento en su caso, el Juez de lo Familiar de la residencia de los menores.

Esta misma regla se observará cuando la sociedad conyugal se modifique durante la menor edad de los consortes. (art. 187 del código civil).

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

1° De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;

2° De un tutor para negocios judiciales. (art. 643 c.c.).

7.- Son nulos los actos de administración y los contratos celebrados por los menores "emancipados", si son contrarios a las restricciones establecidas por el artículo 643 del código civil.

8.- La emancipación es un efecto inmediato y necesario, de esencia, del matrimonio.

9.- En los casos de emancipación por efecto del matrimonio, no se extenderá acta por separado; será suficiente para acreditarla, el acta de matrimonio. (art. 93 del código civil).

10.- El menor emancipado tendrá un tutor dativo. (art. 499 c.c.).

11.- El artículo 605 del código civil dice que hasta pasado un mes de rendición de cuentas, es nulo todo convenio entre el tutor y el pupilo, ya mayor o emancipado, relativo a la administración de la tutela o a las cuentas mismas.

12.- El artículo 624 del código civil autoriza al emancipado tener un curador al disponer que: Designarán por sí mismos al curador, con aprobación judicial... II. Los menores de

edad emancipados por razón del matrimonio, en el caso previsto en la fracción II del artículo 343. Y ésta última fracción se refiere como ya se ha visto anteriormente, que el emancipado siempre necesita durante su menor edad de un tutor para negocios judiciales.

13.- El menor emancipado tiene capacidad para constituir el patrimonio de familia.

Por lo tanto, podemos decir que la "emancipación" en México NO CONCEDE EN FORMA PLENA LA CAPACIDAD JURIDICA, otorgándole al menor sólo UNA CAPACIDAD MUY LIMITADA, es decir, una SEMI-CAPACIDAD.

CAPITULO V

LA EMANCIPACION COMO ADELANTO DE LA CAPACIDAD DE EJERCICIO ,
Y SU NECESIDAD DE EQUIPARARLA CON LA CAPACIDAD JURIDICA
PLENA.

Introducción.

- 1.- Derechos del emancipado.
- 2.- Obligaciones del emancipado.
- 3.- Efectos de la emancipación.
- 4.- Semejanzas y diferencias entre la emancipación y la capacidad jurídica.
- 5.- La emancipación, necesidad de equipararla a la capacidad jurídica plena.

INTRODUCCION

En el presente capítulo analizaremos los derechos y obligaciones que tiene el emancipado, los efectos que produce la emancipación tanto para el emancipado como para los terceros, y por supuesto, analizaremos y propondremos la necesidad que hay de equiparar esta Institución con la capacidad jurídica plena, pues si la emancipación es un adelanto de la capacidad de ejercicio, se entiende que al salir el menor de la patria potestad, va con la conciencia, deseo y esfuerzo de formar una familia por sí solo, en la cual él pasará a ser el jefe, director o guía de dicha célula social en donde nadie podrá intervenir, más que él, por lo tanto, él será el que decida por que cauces o caminos llevará a la familia que ha formado, en consecuencia, se entiende que el legislador lo ha considerado capaz de valerse por sí mismo, y considero que no se le debe imponer limitación alguna, estas consideraciones son las que trataremos en el presente capítulo.

I.- DERECHOS DEL EMANCIPADO.

En cuanto a los derechos del emancipado, el Dr. Ignacio Galindo Garfias expresa lo siguiente:

"Conforme a la disposición contenida en el artículo 643 del Código Civil, el menor de edad emancipado, puede libremente, realizar toda clase de actos de administración relativos a sus bienes muebles e inmuebles, sin ninguna limitación y sin que para esta clase de actos, requiera autorización, asistencia o representante, para que tales actos de administración sean plenamente válidos.

En cuanto a los actos de enajenación, gravamen o hipoteca de bienes inmuebles, el menor de edad emancipado, tiene una capacidad restringida: necesita autorización judicial para vender, permutar, donar y en general para realizar actos traslativos de dominio de bienes raíces y para constituir sobre ellos toda clase de gravámenes (servidumbre, usufructo, derechos de uso de habitación) así como hipotecarlos.

De las restricciones que establece el precepto legal que se comenta, quedan excluidos, los actos de disposición de bienes muebles del menor de edad emancipado, según se desprende de la interpretación gramatical de la disposición legislativa enunciada en el artículo 643 del Código Civil." (I).

Por su parte, Rafael de Pina dice: "La interpretación de este artículo (se refiere al 643 del código civil) nos muestra claramente que la libre disposición que un menor emancipado puede hacer de su persona o de sus bienes no tiene más límites que los expresados, es decir, los relativos a la necesidad de autorización judicial para enajenar y

(I). Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil. Primer Curso. Sexta Edición. 1963. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 399-400

gravar bienes raíces y a la representación de un tutor (no de los padres) para sus negocios judiciales." (2).

"En virtud de la emancipación, el menor de edad sale de la patria potestad o de la tutela a que se hallaba sujeto, disponiendo así libremente de su persona y administrar sus bienes, con las restricciones señaladas en la ley.

El menor de edad emancipado, goza de una capacidad menos extensa que la que corresponde a la persona mayor de edad (artículo 451 del Código Civil).

Las restricciones que el Código establece a la capacidad del menor de edad emancipado, se refieren a los actos relativos a la disposición y gravamen de los bienes inmuebles y a la capacidad procesal; porque para la enajenación o gravamen de los bienes raíces, el menor de edad emancipado requiere de la autorización judicial y no puede intervenir personalmente como actor o como demandado, en los negocios judiciales para los que requiere de un tutor especial (artículo 643 del Código Civil)." (3).

Como se observa de la lectura del análisis que hacen estos autores, conviene en que al emancipado se le impongan limitaciones; postura que sostienen basándose en el Código Civil, que estudiando los preceptos legales respectivos, podemos decir que los derechos del emancipado en el derecho positivo mexicano son:

- (2). Rafael de Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen Primero. Introducción-Personas-Familia. Decimotercera Edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A. p. 402
- (3). Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil. Primer Curso. Sexta Edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A. p. 394

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

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

II. De un tutor para negocios judiciales." (art. 643 del código civil).

2.- Dispone libremente de su persona al liberarse de la patria potestad

3.- Tiene derecho a decidir de manera libre y responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. art. 162 del código civil).

4.- El menor emancipado y sus hijos en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos. (art. 165 del código civil). -claro está que para demandar este aseguramiento se requerirá la intervención del tutor-.

5.- Los cónyuges (aún tratándose de menores de edad) tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resol-

verá lo conducente. (artículo 168 del código civil). -en este caso también deberá intervenir el tutor-.

- 6.- "Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate y el juez de lo familiar resolverá sobre la oposición." (artículo 169 del código civil). -nuevamente si el caso lo llegara a requerir, será necesaria la intervención del tutor-.
- 7.- Los cónyuges que ejerzan la patria potestad se dividirán entre sí, por partes iguales, la mitad del usufructo que la ley les concede. (artículo 217 del código civil).
- 8.- Hecha la emancipación, tiene derecho a que no le sea revocada.
- 9.- Adquiere una capacidad semi-plena.
- 10.- Tiene derecho para constituir su patrimonio de familia. (artículo 731 del código civil).

2.- OBLIGACIONES DEL EMANCIPADO.

Las obligaciones que contrae el emancipado en el Derecho positivo mexicano son numerosas, ya que como se ha visto anteriormente, el emancipado adquiere no una plena capacidad jurídica, sino una capacidad muy limitada, esto es, una semi-capacidad, es por ello, que aún sigue sujeto a una representación, en consecuencia podemos enumerar las obligaciones siguientes:

- 1.- Está obligado a solicitar la autorización judicial para que pueda enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces. (art. 643, fr. I. c.c.).
- 2.- Tiene la obligación de estar asistido por un tutor para negocios judiciales. (art. 643, fr. II. c.c.).
- 3.- El "emancipado" también debe ser asistido por un curador para negocios judiciales, así lo establece la fracción II del artículo 624 del código civil.

En cuanto al matrimonio, pero ya como cónyuge, tiene las siguientes obligaciones, que son idénticas a cualquier consorte:

- 1.- Está obligado a contribuir a los fines del matrimonio. (art. 162 del código civil).
- 2.- Está obligado a vivir en el domicilio conyugal, salvo que exista resolución judicial que establezca lo contrario. (art. 163 del código civil).
- 3.- Está obligado a contribuir económicamente al sostenimiento del hogar. (art. 164 del código civil).
- 4.- Está obligado a educar a sus hijos en los términos que la ley establece. (art. 164 del código civil).

3.- EFECTOS DE LA EMANCIPACION.

La existencia del vínculo jurídico entre el menor de edad y las personas que ejercían la patria potestad sobre aquel, y que al surgir la emancipación debe significar el desenlace de este vínculo, produce efectos jurídicos muy importantes, tanto para el emancipado como para terceras personas, de modo que en primer término, analizaremos los efectos que produce esta institución en la persona del emancipado. Es así como el Dr. Ignacio Galindo Garfias se refiere a dichos efectos de la siguiente manera:

"Efectos de la emancipación.- Los efectos de la emancipación son los siguientes: 1° Hace cesar la patria potestad o la tutela. 2° Confiere una capacidad restringida al menor de edad emancipado, para la enajenación de bienes, y 3° Otorga al emancipado la capacidad para administrar sus bienes. No atribuye al menor la capacidad procesal.

Agregaré -dice el Dr. Galindo Garfias- a los efectos señalados, la importante consecuencia de la emancipación, tal como está organizada en nuestro derecho vigente, a saber: Que el menor de edad emancipado dispone libremente de su persona.

Este efecto de la emancipación, -continúa diciendo- de carácter personal y no patrimonial, que el legislador de 1928 debió de haber mencionado expresamente en el texto del artículo 643, es consecuencia natural de la salida de la patria potestad del menor de edad por virtud de la emancipación en lo que se refiere a su persona.

La capacidad plena, que adquiere el menor de edad respecto de su persona, lleva consigo la libre disposición de los llamados derechos de la personalidad, que los autores modernos consideran que se ejercen sobre la parte fisicosomática, y que en la vida social moderna han adquirido particular relevancia; como acontece con los derechos sobre la

propia imagen y los de disposición del cuerpo, de los órganos de la persona en vida de ella, de los derechos sobre el cadáver y de las partes separadas del mismo, teniendo en cuenta el desarrollo de la cirugía moderna en materia de implantación de órganos." (4).

Como hemos visto en este tercer punto del presente capítulo, respecto a los efectos de la emancipación, vemos que tanto los tratadistas del derecho civil, como el código del mismo, confieren al emancipado sólo una relativa capacidad jurídica, de tal manera que sólo permiten que el "emancipado" tenga exclusivamente la administración de sus bienes, pero no su disposición, ya que no le está permitido enajenar, gravar o hipotecar sus bienes raíces tal como ya ha quedado establecido en el capítulo anterior, y en este sentido debemos decir que no coincidimos con este criterio jurídico ni de los tratadistas, ni el de los legisladores, ya que estimamos que la emancipación debe significar en última instancia la libre disposición de su persona y de sus bienes tal como la que corresponde a la persona mayor de edad.

Por otra parte, los efectos de la emancipación en el derecho positivo mexicano en cuanto a terceros, son los siguientes:

- 1.- La persona o personas que ejercían la patria potestad sobre el menor no emancipado dejarán de ejercerla. (sólo en lo que se refiere a su persona).
- 2.- Las personas que ejercían la patria potestad y que gozaban del derecho de usufructo correspondiente, se extinguirá a partir de la emancipación.

(4). Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil. Primer Curso. Sexta Edición. 1983. Editorial Porrúa, S.A. p.p. 397-398

3.- También debemos señalar que no tendrán validez los actos de administración y los contratos celebrados por los menores emancipados si no tienen la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces; así como tampoco si no cuentan con un tutor para negocios judiciales.

4.- SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA EMANCIPACION Y LA CAPACIDAD JURIDICA.

Una vez que hemos hecho mención acerca de los derechos y obligaciones del emancipado, además de los efectos que la emancipación produce; procederemos ahora a referirnos a las semejanzas y diferencias que existen entre la emancipación y la capacidad jurídica en el Derecho positivo mexicano.

Procederemos en primer lugar a señalar sus semejanzas:

1.- El emancipado y el mayor de edad tienen la libre disposición de su persona. (art. 641, 647 y 24 c.c.).

2.- El emancipado y el mayor de edad tienen la libre administración de sus bienes. (arts. 643, 647 y 24 c.c.).

3.- Cuando se produce la emancipación y la capacidad jurídica, se extingue el derecho del usufructo concedido a las personas que venían ejerciendo la patria potestad. (art. 438, fr. I.).

En lo que se refiere al matrimonio, tanto el emancipado como el cónyuge mayor de edad tienen las siguientes semejanzas:

1.- El emancipado y el cónyuge mayor de edad tienen derecho para decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, (art. 162 c.c.).

2.- El emancipado y el cónyuge mayor de edad tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y

educación de los hijos y a la administración de los bienes que a estos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente. (art. 160 c.c.).

3.- El emancipado y el cónyuge mayor de edad podrán desempeñar cualquier actividad excepto las que denen la moral de la familia o la estructura de ésta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate y el juez de lo familiar resolverá sobre la oposición. (art. 161 c.c.).

4.- El emancipado y el cónyuge mayor de edad, están obligados

a:

- a). Contribuir a los fines del matrimonio. (art. 162 c.c.).
- b). Vivir en el domicilio conyugal, salvo que exista resolución judicial que establezca lo contrario. (art. 163 c.c.).
- c). Contribuir económicamente al sostenimiento del hogar. (art. 164 c.c.).
- d). Educar a sus hijos en los términos que la ley establece. (art. 164 c.c.).

5.- El emancipado y el cónyuge mayor de edad se dividirán entre sí por partes iguales, la mitad del usufructo que la ley les concede. (art. 217 c.c.).

6.- El emancipado y el cónyuge mayor de edad tienen capacidad para constituir el patrimonio de familia. (art. 731 c.c.).

Pasemos ahora a señalar las diferencias que existen entre la emancipación y la capacidad jurídica:

1.- La capacidad de ejercicio que adquiere el emancipado es una capacidad semi-plena; en cambio, la capacidad jurídica del mayor de edad es plena, total. (arts. 643, 24 y 647 c.c.).

2.- La "emancipación" se adquiere por el matrimonio del menor. (art. 641 c.c.); en cambio, la capacidad jurídica plena se adquiere a los dieciocho años. (art. 646 c.c.).

3.- El "emancipado" sólo puede disponer de su persona; y el mayor de edad, además puede disponer libremente no solamente de su persona, sino también de sus bienes. (art. 647 c.c.). Esto significa que el "emancipado" no puede enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces. (art. 643, fr.I).

4.- El "emancipado" debe tener un tutor y un curador para negocios judiciales; en cambio, el mayor de edad puede hacer valer por sí mismo sus derechos y cumplir con sus obligaciones. (arts. 499, 624 fr. II y 643 fr. II).

5.- El "emancipado" no puede ejercer el comercio. (art. 5° del código de comercio); en cambio, el mayor de edad sí puede hacerlo.

En cuanto al matrimonio, debemos señalar lo siguiente:

1.- El "emancipado" no tiene capacidad para terminar o modificar la sociedad conyugal, ya que será necesario el consentimiento de

su padre o su madre, si vivieren ambos, o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los padres, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos, o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos, si los dos existieren, o del que sobreviva, se requiere el consentimiento de los abuelos maternos.

Faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento del tutor; y a falta de éste, suplirá el consentimiento en su caso, el juez de lo familiar de la residencia de los menores. (arts. 187, 181, 149 y 150 c.c.).

El procedimiento anterior también se llevará a cabo, cuando durante el matrimonio la separación de bienes puede terminar para ser substituída por la sociedad conyugal. Lo mismo se observará cuando las capitulaciones de separación se modifiquen durante la menor edad de los cónyuges. (art. 209 c.c.).

5.- LA EMANCIPACION, NECESIDAD DE EQUIPARARLA A LA CAPACIDAD JURIDICA PLENA.

La capacidad jurídica plena se ha considerado como la APTITUD DEL HOMBRE DE SER SUJETO DE DERECHOS Y HACERLOS VALER POR SI MISMO, disposición que nuestro código civil la conoce como CAPACIDAD DE EJERCICIO, y, ¿ cuando surge ésta ? . Nuestro legislador nos indica que nace la capacidad de ejercicio con LA MAYORIA DE EDAD, es decir, el momento al llegar a esa mayoría ya va a ser DUENO ABSOLUTO TANTO DE SU PERSONA COMO DE SUS BIENES, sin ninguna limitación, pues él podrá disponer de su persona y sus bienes como mejor le convenga o desee, esto es, actuará a partir de ese nuevo período de edad EN FORMA LIBRE Y AUTONOMA, pues ha salido de la patria potestad, ya sea que haya contraído matrimonio, ya sin él; por otra parte el emancipado que también ha salido de la patria potestad; pero por la necesidad o deseo de formar por sí solo una familia, se está él mismo hechando a cuestras, al hombro, una responsabilidad ante él, ante la sociedad y ante la nueva familia que va a formar, es decir, situación ésta que lo acreditará ante el derecho como un ADELANTO A LA MAYORIA DE EDAD, pues presume el legislador que dicho individuo ha madurado lo suficiente como para poder ejercitar sus derechos por sí mismo. En consecuencia si la ley le ha considerado al menor emancipado UNA CAPACIDAD PLENA PARA FORMAR POR SI MISMO UNA FAMILIA CON EL MATRIMONIO CONTRAIDO, acto solemne éste, que requiere de una gran madurez, DEBERIA IGUALMENTE CONSIDERARLO CON LA CAPACIDAD PLENA PARA EJERCITAR TODOS LOS ACTOS DE SU VIDA, TANTO DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIAL COMO JURIDICO, por tanto, debiera concederle la CAPACIDAD PLENA, ya que las características que dieron origen a la emancipación fué un deseo de ADELANTAR LA MAYORIA DE EDAD por sentirse con la capacidad y madurez plena para actuar y resolver sus problemas por sí mismo, y sin que sea

necesario recurrir a la representación o asistencia a través del tutor y curador que la misma ley le señala, es decir, DEBERA HACERLO SALIR DEFINITIVAMENTE DE LA PATRIA POTESTAD, entendiendo a ésta última en su sentido más amplio, esto es, atendiendo a la COMPLETA LIBERTAD NO SOLAMENTE PARA DISPONER DE SU PERSONA, SINO TAMBIEN PARA DISPONER EN FORMA PLENA DE SU PATRINONIO.

Por otra parte, también es necesario señalar que la capacidad de las personas, se divide como es sabido en CAPACIDAD DE GOCE Y CAPACIDAD DE EJERCICIO; surgiendo la capacidad de goce con el nacimiento y que se define esta capacidad como "LA APTITUD QUE TODA PERSONA TIENE PARA SER TITULAR DE DERECHOS Y OBLIGACIONES". (5).

En cuanto a la capacidad de ejercicio, debemos decir que ésta nace con la mayoría de edad y se define como "LA APTITUD QUE TIENEN DETERMINADAS PERSONAS PARA HACER VALER SUS DERECHOS Y CUMPLIR SUS OBLIGACIONES POR SI MISMAS". (6).

La capacidad que tiene relación con el tema que aquí tratamos de la emancipación es LA CAPACIDAD DE EJERCICIO, pues ésta al aparecer con la mayoría de edad hace desaparecer la patria potestad a que estaba sujeto el menor de edad; y considerando que las características de esta capacidad de ejercicio son similares a la capacidad que concede el legislador al emancipado, es la razón por la cual me permito proponer se le conceda LA MISMA CALIDAD O EL MISMO TRATO JURIDICO TANTO AL CAPAZ PLENO POR MAYORIA DE EDAD COMO AL MENOR EMANCIPADO.

- (5). Raúl Ortiz-Urquidi. Derecho Civil. Parte General. Segunda Edición. 1982. Editorial Porrúa, S.A. p. 297.
- (6). Raúl Ortiz-Urquidi. Derecho Civil. Parte General. Segunda Edición. 1982. Editorial Porrúa, S.A. p. 297.

Para efectos de nuestro estudio, debemos decir que la emancipación DEBE EQUIPARARSE EN FORMA PLENA A LA CAPACIDAD JURIDICA DEL MAYOR DE EDAD, esto es, que el menor emancipado tenga la LIBRE DISPOSICION y ADMINISTRACION DE SU PERSONA y DE SUS BIENES, tal como si ya fuera MAYOR DE EDAD; porque esto es precisamente lo que entraña la emancipación, la LIBERACION DE LA PATRIA POTESTAD o de LA TUTELA, y en consecuencia LA LIBRE DISPOSICION y ADMINISTRACION DE SU PATRIMONIO; debe tener por tanto la capacidad de goce y la CAPACIDAD DE EJERCICIO, convirtiéndose en una persona CAPAZ JURIDICAMENTE hablando, es decir, en un sujeto que a la vez pueda ser titular de derechos, también pueda ser compelido a cumplir con sus obligaciones en caso de que no lo haga; ya que de no ser la emancipación sinónimo de CAPACIDAD JURIDICA PLENA, entonces no sería tal emancipación, sino más bien podría tratarse de una especie de HABILITACION para poder actuar en una forma determinada y no en otra, es decir, para tener capacidad jurídica SOLAMENTE para ALGUNOS CASOS, y RESTRINGIDA, LIMITADA o TOTALMENTE VEDADA para otros.

Claro que para que se otorgue la EMANCIPACION es necesario tener en cuenta LA MADUREZ ADQUIRIDA POR EL MENOR, esto es, que se hallan observado en él APTITUD y RESPONSABILIDAD para DIRIGIR SU PERSONA y MANEJAR SU PATRIMONIO EN FORMA INDEPENDIENTE y RESPONSABLE; ya que de no ser así, NO DEBERA CONSENTIRSE EN OTORGAR DICHA EMANCIPACION, porque los resultados que se obtendrían serían definitivamente contraproducentes; sin embargo, si el menor ha demostrado LA MADUREZ NECESARIA PARA DIRIGIR SU PERSONA y MANEJAR SU PATRIMONIO SIN RECURRIR AL AUXILIO o ASISTENCIA DE TERCERAS PERSONAS, entonces NO HABRA RAZON PARA NEGARLE SU EMANCIPACION, teniendo en cuenta que con ésta adquiere LA PLENA CAPACIDAD JURIDICA TAL COMO SI FUERA MAYOR DE EDAD.

CONCLUSIONES

1.- Actualmente, a la emancipación no se le ha equiparado en forma plena a la capacidad jurídica que corresponde al mayor de edad; y esto no solamente así ha sucedido en México, sino también en Francia, Italia, España, Chile y Argentina entre otros.

2.- Algunos tratadistas manifiestan que "el objeto de la emancipación es funcionar como una institución protectora del menor", esto es, como una especie de "noviciado" que lo va preparando para cuando éste llegue a su mayoría. Respecto de este punto, debo decir que si de lo que se trata es de proteger al menor, **CON LO CUAL ESTOY PLENAMENTE DE ACUERDO**, pues entonces simple y sencillamente que **NO SE LE EMANCIPE**, es decir, que **NO SE LE DE A ESTA INSTITUCION, UN SIGNIFICADO QUE REALMENTE TIENE OTRO**.

3.- Otros tratadistas ubican a la emancipación en "un estado intermedio entre la menor y la mayor edad". Considero que no debe tomarse en este sentido, ya que la emancipación no debe constituir una etapa intermedia entre la menor y la mayor edad; sino que por esencia, por su naturaleza misma, implica un cambio total; y adecuando este significado al ámbito jurídico, debe entenderse como la liberación de la patria potestad o de la tutela para otorgarle al emancipado la **LIBRE DISPOSICION DE SU PERSONA Y DE SUS BIENES EN FORMA PLENA**.

4.- La institución de la emancipación tal como se encuentra regulada en el Derecho positivo mexicano, más bien se asemeja a una

especie de HABILITACION, ya que esto es precisamente lo que se está haciendo, se está HABILITANDO AL MENOR para poder realizar DETERMINADOS ACTOS que todavía no debiera efectuarlos por ser menor de edad; sin embargo la ley lo faculta para hacerlo, pero solamente para determinados actos previamente autorizados, y no para otros, ya que entonces carecerían de validez.

5.- Para otorgar la emancipación tal como la he propuesto en el presente trabajo, se debe tener muy en cuenta que en el menor se observen MADUREZ DE JUICIO y RESPONSABILIDAD SUFICIENTES para DISPONER DE SU PERSONA Y DE SUS BIENES EN FORMA PLENA, es decir, SIN SUJECIONES NI LIMITACIONES DE NINGUNA ESPECIE.

6.- El Código Civil para el Distrito Federal no tiene el concepto de "emancipación", es por ello que he propuesto el siguiente:

EMANCIPACION.- La emancipación es una institución jurídica que tiene como fin sustraer al menor de edad de la patria potestad, o de la tutela, y de conferirle la plena capacidad jurídica como si fuera mayor de edad, es decir, anticiparle la libre disposición de su persona y de sus bienes, siendo su libertad civil en forma definitiva e irrevocable.

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

- 1.- Barbero, Domenico. Sistema del Derecho Privado. 6° Edición. 1962.
Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- 2.- Bonnacase, Julien. Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Nociones Preliminares, Personas, Familia, Bienes. Traducción por el Lic. José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. 1945.
- 3.- Cabanelas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo II.
Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires. República Argentina. 1953.
- 4.- Capitant, Henri. Vocabulario Jurídico. Traducción Castellana de Aquiles Horacio Guaglianone. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1961.
- 5.- Castán Tosenas, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo Primero. Introducción y Parte General. Octava Edición. Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A. Madrid 1952.
- 6.- Castro y Bravo, Federico de. Derecho Civil de España. Tomo II.
Derecho de la Persona. Parte Primera. La Persona y su Estado Civil.
Instituto de Estudios Políticos. 1952.
- 7.- Colín, Ambrosio y Capitant, H. Curso Elemental de Derecho Civil.
Tomo II. Incapacidad Civil-Personas Jurídicas. 3° Edición 1952.
"Instituto Editorial Reus". Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A.

- 8.- Couto, Ricardo. Derecho Civil Mexicano. Tomo I. De las Personas.
- 9.- E. Mascareñas. Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo VIII. Barcelona. Editorial Francisco Seix, S.A. 1956. Impreso en España.
- 10.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo IX. Editorial Bibliografica Argentina, S.R.L. Impreso en la Argentina. 1969.
- 11.- Fueyo Laneri, Fernando. Derecho Civil. Derecho de Familia. Editorial Universo, S.A. Valparaíso-Chile. Santiago de Chile 1959.
- 12.- Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Sexta Edición 1983. Editorial Porrúa, S.A.
- 13.- Gran Enciclopedia Larousse. Tomo Cuarto. Editorial Planeta, S.A. Impreso en España. Reimpresión de la Segunda Edición, marzo 1980.
- 14.- M. Salvat Raymundo. Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General. Tomo I. Décima Edición. Tipografía Editora Argentina, S.A. 1958.
- 15.- Mazeaud, Henri Leon y Mazeaud, Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. La Familia. Organización de la Familia. Disolución y Disgregación de la Familia. Primera Edición. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América 1959.
- 16.- Ortiz-Urquidí, Raúl. Derecho Civil. Parte General. Segunda Edición. 1982. Editorial Porrúa, S.A.

- 17.- Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Primera Edición. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires. República Argentina. 1974.
- 18.- Pina, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen Primero. Introducción-Personas-Familia. Decimotercera Edición 1983. Editorial Porrúa, S.A.
- 19.- Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Divorcio, Filiación, Incapacidades. Traducción de la 12° Edición Francesa por el Lic. José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. 1946.
- 20.- Ripert, George y Boulanger, Jean. Tratado de Derecho Civil (Según el Tratado de Planiol). Tomo III. De las Personas. 2° Parte. Ediciones La Ley. Buenos Aires, Argentina. 1963.
- 21.- Ruggiero, Roberto de. Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Traducción de la 4° Edición Italiana. Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A.
- 22.- Somarriva Undarraga, Manuel. Derecho de Familia. Editorial Nascimento. 1963.
- 23.- Código Civil para el Distrito Federal. Colección Porrúa. Quincuagesimosegunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. 1984.
- 24.- Código Civil de Aguascalientes.

25.- Código Civil de Jalisco.

26.- Código Civil de Ecuador.

27.- Código Civil de Chile.