



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

PROBLEMATICA JURIDICA DEL MATRIMONIO
DE MENORES

T E S I S

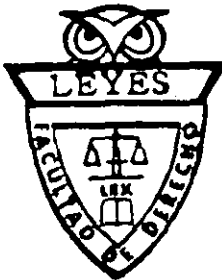
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

HELENA INGRID HERRERA RAMIREZ

ASESOR: LIC. JOSE BARROSO FIGUEROA .



MEXICO, D. F.

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MI UNIVERSIDAD,
CON PROFUNDA GRATITUD
POR DARME ESTA OPORTUNIDAD

A MIS PADRES, A MIS HERMANOS
JUAN MANUEL Y ROBERTO
CON CARIÑO

A TODOS AQUELLOS
QUE ME HAN ENSEÑADO CON SU EJEMPLO
A SEGUIR CREYENDO EN EL DERECHO

A TODOS MIS MAESTROS,
POR SUS CONOCIMIENTOS Y FORMACIÓN,
Y EN ESPECIAL AL LIC. BARROSO FIGUEROA
POR SU GENEROSIDAD EN LA DOCENCIA

A MAURICIO LAZZERI, POR ENSEÑARME
A SEGUIR LUCHANDO MAS ALLA DE LA ADVERSIDAD



REPÚBLICA NACIONAL
AZULENA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

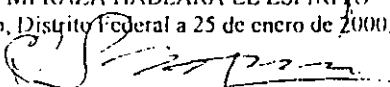
SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.,
P R E S E N T E

La alumna HELENA INGRID HERRERA RAMIREZ,
elaboró en este seminario, bajo la asesoría del Lic. José Barroso Figueroa, la
tesis denominada "PROBLEMÁTICA JURIDICA DEL MATRIMONIO DE
MENORES", que consta de 125 fojas útiles.

La tesis de referencia satisface los requisitos reglamentarios
respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del
Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta de esta
facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su
presentación al jurado recepcional en los términos del reglamento de
Exámenes Profesionales de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación
dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le
sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho
lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede
para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no
podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional
conservase su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para
la celebración de el examen haya sido impedida por circunstancia grave,
todo lo cual calificará la Secretaría General de la facultad.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
México, Distrito Federal a 25 de enero de 2000.


DR. IVAN LLAGUNES PÉREZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

LIC. IVÁN LAGUNES PÉREZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL DE LA
FACULTAD DE DERECHO U.N.A.M.
P R E S E N T E

Muy distinguido maestro:

La pasante Helena Ingrid Herrera Ramírez, ha concluido bajo la dirección del suscrito, la tesis profesional intitulada "PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL MATRIMONIO DE MENORES", que por este conducto someto a su consideración, para que si es el caso, le otorgue la autorización correspondiente para que sea sometida a sínodo.

Por mi parte, considero que el trabajo recepcional mencionado reúne sobradamente las calidades que son de exigirse a los de su especie, por lo que de no haber inconveniente de su parte, lo considero apto para el fin que se pretende.

Aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ MI ESPÍRITU"
México, D.F., 5 de enero de 2000.

No. Co
24/1/2000
[Handwritten signature]

[Handwritten signature]
LIC. JOSÉ BARROSO FIGUEROA

**PROBLEMÁTICA JURIDICA DEL
MATRIMONIO DE MENORES**

INDICE

CAPITULO PRIMERO

LA CAPACIDAD DE LA PERSONA FISICA

I. Concepto jurídico de capacidad	
1. Definición de capacidad.....	1
2. Diferentes especies de capacidad.....	3
A. Capacidad de goce.....	4
B. Capacidad de ejercicio.....	5
II. Distinción entre capacidad y personalidad.....	6
Adquisición de la capacidad por las personas físicas.....	8
IV. Pérdida de la capacidad	
1. Diferentes formas de extinción de la capacidad (personalidad) conocidas históricamente.....	11
2. La pérdida de la capacidad en el Código Civil vigente en el Distrito Federal.....	13
V. La incapacidad. Concepto.....	18
1. Explicación del las dos fracciones del artículo 450 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.....	20
VI. Las declaraciones de interdicción y de minoridad.....	26

CAPITULO SEGUNDO

LA ACTUACION JURIDICA DEL MENOR

I. La necesaria representación del menor, para su actuación en el mundo del Derecho.....	31
1. Caso excepcional del artículo 2392 del Código Civil para el Distrito Federal.....	35
2. La capacidad del menor frente al matrimonio.....	36
II. La representación legal del menor mediante el ejercicio de la patria potestad	
1. Concepto de patria potestad.....	38
2. Personas que ejercen la patria potestad. Orden relativo para su ejercicio, que establece la Ley.....	42
3. Efectos de la patria potestad sobre la persona y sobre los bienes del menor sujeto a ella.....	46
4. Terminación, pérdida y suspensión de la patria potestad. Excusa de su ejercicio.....	50
III. La representación del menor mediante tutela	
1. Concepto de tutela. La curatela.....	55
2. Diferentes especies de tutela. Breve referencia sobre cada una de ellas.....	57
3. Efectos de la tutela sobre la persona y los bienes del pupilo.....	60
4. Obligaciones que incumben al tutor.....	63
5. La terminación de la tutela.....	65
IV. Distinción entre representación y asistencia.....	66

CAPITULO TERCERO

GENERALIDADES SOBRE EL MATRIMONIO

I. Concepto de matrimonio.....	68
II. Breve referencia histórica del matrimonio.....	74
III. Requisitos para contraer matrimonio.	
1. Edad púber o edad mínima matrimonial.....	78
2. Asistencia de las personas que deban prestarla conforme a la Ley.....	79
3. Formación del expediente matrimonial.....	80
IV. Impedimentos matrimoniales.....	83
1. Clasificación de los impedimentos para contraer matrimonio.....	84
2. Impedimentos matrimoniales contenidos en el Código Civil. Breve referencia a cada uno de ellos.....	86
V. Efectos patrimoniales del matrimonio.....	92

CAPITULO CUARTO

PROBLEMAS QUE ENTRAÑA EL MATRIMONIO DE LOS MENORES

I. La edad mínima matrimonial es excesivamente temprana.....	97
1. La edad mínima matrimonial en los Códigos Civiles vigentes en el Distrito Federal, en 1870 y 1884	103
2. La edad mínima matrimonial en la Ley de Relaciones Familiares.....	104
3. La edad mínima matrimonial en el Código Civil vigente. Crítica. Necesidad de que se eleve la edad requerida para el matrimonio; propuesta de la sustentante.....	106
II. Confusión acerca de quiénes de los ascendientes deben en el matrimonio de un menor	
1. Tratándose de los padres, si viven ambos deben consentir en el matrimonio del menor.....	112
2. Si se trata de los abuelos, los paternos no tienen prelación respecto de los maternos, debiendo consentir en el matrimonio del menor, los que ejerzan la patria potestad.....	113
II.- La anuencia de los ascendientes o tutores en el matrimonio del menor, no es un acto de representación sino de asistencia.....	115
Conclusiones.....	119
Bibliografía.....	122

CAPITULO PRIMERO

Concepto jurídico de capacidad

I. Definición de capacidad

En busca de alguna definición en ley del concepto en estudio, se consultaron los códigos civiles vigentes en los Estados de nuestro país. El Código Civil para el Distrito Federal regula la capacidad legal en diversos artículos, al ocuparse de la incapacidad, la interdicción, las personas físicas y morales, la materia de nulidades, el Derecho Sucesorio y también materia procesal. Sin embargo, no se encuentra definido en este ordenamiento el concepto de capacidad legal.

Destacó la legislación de Quintana Roo¹ por que dedica su título tercero a los atributos de la personalidad y define en su artículo 515: "La capacidad es atributo de la personalidad."

Para entender mejor éste concepto, acudimos a los autores nacionales y extranjeros, encontrando que se utilizan indistintamente los términos capacidad jurídica, y capacidad legal. Empecemos analizando las definiciones que ofrece la doctrina nacional.

Galindo Garfias² define así la capacidad de las personas físicas: "Se entiende por capacidad, tanto la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo."

Rojina Villegas estudia la capacidad como el atributo más importante de la personalidad, y haciendo referencia a la concepción de Kelsen del sujeto como un centro de imputación de derechos, obligaciones y actos jurídicos, afirma: "La capacidad viene a constituir la posibilidad jurídica de que exista ese centro ideal de imputación, y al desaparecer, también tendrá que extinguirse el sujeto jurídico."³

Por su parte el Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra, al tratar los elementos de validez del acto jurídico, explica que, es el atributo de la personalidad elemental y trascendental hasta el punto de confundirse con la persona misma, definiéndola así:

¹ *Código Civil para el Estado de Quintana Roo*. Editorial Porrúa, México 1994, p. 76.

² Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil Mexicano*. Editorial Porrúa, México 1989, p.387.

³ Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano* Tomo I. Editorial Porrúa, México 1990, P. 432.

“...es la aptitud que la persona adquiere por razón a su nacimiento, para ejercitar y disfrutar sus derechos, así como para cumplir sus obligaciones.”

Al estudiar este mismo concepto dentro de los atributos de la personalidad afirma que debe ser reconocido como su atributo esencial.⁴

Rafael de Pina al tratar los sujetos de derecho (personas) vincula dos conceptos: “La aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas se designa con la palabra personalidad. Esta equivale a capacidad jurídica...”⁵

Antes de citar la doctrina extranjera, cabe aclarar que existen muchos más autores nacionales que explican la noción en estudio.

De la doctrina italiana, citamos a Francesco Messineo que estudia la capacidad jurídica o capacidad de derechos, como atributo de la personalidad del sujeto y de su existencia para el Derecho, definiéndola de la siguiente manera: “Es la aptitud (o idoneidad) para ser sujeto de derechos en general, de manera que no se conciben seres humanos que no estén dotados de la capacidad jurídica. Es el antecedente lógico de los derechos subjetivos singulares (con el contenido más diverso); es una cualidad jurídica.”⁶

Mariano Aramburo y Machado, autor que dedica una obra entera a la capacidad civil, la define así: “es la facultad por la cual el hombre es sujeto de Derecho, o, lo que es lo mismo, la propiedad por cuya virtud el hombre puede exigir prestaciones y debe cumplir obligaciones”, y agrega: “La aptitud del hombre para intervenir como sujeto en las relaciones jurídicas y la facultad de producir actos con eficacia jurídica forman la capacidad legal, que tiene tantos aspectos cuantas son las ramas del derecho positivo.”⁷

Cuando Marcel Planiol y Georges Ripert tratan la capacidad de contratar explican que la capacidad “es la aptitud de una persona para celebrar un acto jurídico válido”, y agregan que, “si ésta hace falta, el acto jurídico que se celebre será anulable.”⁸

⁴ Magallón Ibarra, Jorge Mano. “*Instituciones de Derecho Civil*”. Tomo I. Editorial Porrúa, México 1987. p. 215

⁵ De Pina, Rafael. “*Elementos de Derecho Civil Mexicano*”. Editorial Porrúa, México 1980. p. 200

⁶ Messineo, Francesco. “*Manual de Derecho Civil y Comercial*”. Ediciones Jurídicas Europa, Argentina. P.100.

⁷ Aramburo y Machado, Mariano. “*La Capacidad Civil*”. Editorial Reus, España 1931. pp. 7 y 9.

⁸ Planiol, Marcel y Ripert, Georges. “*Tratado Elemental de Derecho Civil*”. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1981. p.65.

Jean Carbonnier por su parte, se refiere a la capacidad de la siguiente manera: "Persona en sentido jurídico, es todo ser con capacidad de goce de derechos, sirviéndonos de una expresión equivalente podemos decir, que persona y sujeto de derecho son una misma cosa". El autor identifica la aptitud para ser sujeto de derecho, con la personalidad.⁹

En razón a que las definiciones anteriores se relacionan con el concepto de persona, nos parece oportuno definir su connotación jurídica.

Flores Barroeta expone: "Persona en Derecho, es el sujeto de derechos y obligaciones otorgadas e impuestas por el ordenamiento jurídico. Pero, además, no sólo los hombres son personas en Derecho. Existen otros entes que aunque compuestos por hombres, no lo son en sí y que, sin embargo, son personas en derecho; es decir, sujetos de derechos y obligaciones. El derecho los considera como tales, y así, según el artículo 25 de nuestro Código Civil, son personas, por ejemplo, la Nación, los Estados, los Municipios; las sociedades civiles o mercantiles; etc."¹⁰

En atención a las definiciones expuestas podemos aseverar como lo hace al autor español Antonio Gordillo Cano, en que "Con variantes terminológicas pero con absoluta coincidencia en el fondo, la capacidad jurídica suele definirse como la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos, la idoneidad para ser sujeto de facultades y deberes. En definitiva, capacidad jurídica es tanto como capacidad de titularidad de relaciones jurídicas. A través de ella se refleja el momento estático de la personalidad y su exigencia abstracta de ser sujeto de cualquier tipo de derechos. De la anterior concepción de la capacidad jurídica derivan sus propiedades. Es siempre una y la misma y en cada cual estática (presupone una actitud estática del sujeto), constante, uniforme y general o abstracta. No admite grados ni modificaciones."¹¹

2.- Diferentes especies de capacidad.

Como explica Raúl Ortiz Urquidi, nuestro Código Civil para el Distrito Federal hace referencia a la capacidad legal, mientras que la doctrina expone dos

⁹ Carbonnier, Jean. "Derecho Civil". CH Casa Editorial, España, pp. 214

¹⁰ Flores Barroeta, Benjamín. "Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil". Mexico, p. 261.

¹¹ Gordillo Cano, Antonio. "Capacidad, Incapacidad y Estabilidades de los Contratos". Editorial Tecaos, España, pp. 20 y 21.

especies de ella: la de goce (denominada también capacidad de derechos o titularidad) y la capacidad de ejercicio (capacidad de obrar o negociar).¹²

La capacidad es la aptitud legal para gozar de los derechos civiles y para ejercitarlos: gozar de un derecho es ser titular de ese derecho, tenerlo a su cargo; ejercer un derecho es usarlo, ponerlo en movimiento, transmitirlo, extinguirlo, hacerlo valer, si ha sido negado, ante los tribunales.¹³

A efecto de explicar más ampliamente lo anterior, cito a Magallón Ibarra: "Capacidad es un vocablo jurídico que, como lo hizo la Instituta de Justiniano, comprende su lado negativo, o sea, la incapacidad, que, paradójicamente esta ampliamente reglamentada, tanto en el Derecho Civil de fondo como en el procesal para determinar esta limitación. De ahí que se reconoce como su aspecto positivo la aptitud que tiene el individuo para disfrutar y cumplir por sí mismo derechos y obligaciones. Cuando decimos disfrute, estamos haciendo referencia al aspecto genérico de la capacidad, esto es, a su goce. Cuando hablamos de cumplimiento de derechos y obligaciones nos estamos situando ante la capacidad de ejercicio. Luego entonces, en el doble ángulo del goce y del ejercicio se manifiesta plenamente este atributo. Desde el punto de vista de su goce, éste no tiene obstáculos."¹⁴

A. Capacidad de goce

Rojina Villegas define: "La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones. Todo sujeto debe tenerla. Si se suprime desaparece la personalidad por cuanto impide al ente la posibilidad jurídica de actuar. No puede quedar suprimida totalmente en el ser humano, basta esta calidad, es decir, la de ser hombre para que se reconozca un mínimo de capacidad de goce y, por lo tanto, una personalidad."¹⁵

Otros autores, se refieren a las especies de capacidad jurídica con otras acepciones que se asimilan conceptualmente a las ya expuestas, por ejemplo, Rafael de Pina expone el tema de la siguiente manera: "la doctrina en general, admite que esta capacidad presente dos manifestaciones, que son la idoneidad para tener derechos y la idoneidad para ejercitarlos (capacidad abstracta y concreta respectivamente)".¹⁶

¹² Ortiz Urquidí, Raúl. *Derecho Civil*. Editorial Porrúa. México 1982, p.297.

¹³ Capitant, Henri. *Introduction à L'étude du Droit Civile* p. 68.

¹⁴ Magallón Ibarra, Jorge Mano. *ob. cit.* Tomo II p.32.

¹⁵ Rojina Villegas, Rafael. *ob. cit.* p.432

¹⁶ De Pina, Rafael. *ob. cit.* p. 208.

También con similitud conceptual, las traducciones consultadas de los autores europeos citados posteriormente en el presente capítulo, utilizan también los términos "capacidad de derechos y capacidad de obrar".

B. Capacidad de ejercicio

Aramburo destaca el estado físico del sujeto y la capacidad de ejercicio: "La capacidad jurídica es inherente a la naturaleza humana y como tal, propiedad esencial del hombre independiente por completo de su voluntad y de sus determinaciones la facultad de obrar supone cierto grado de razón actual, requisito indispensable para la libertad, y por lo tanto para la naturaleza jurídica de las determinaciones voluntarias es la capacidad jurídica la esencia, mientras la facultad de obrar constituye la potencia."¹⁷

Francesco Messineo expone en relación a las especies de capacidad: "Diversa de la capacidad jurídica, es la capacidad de obrar. Es la aptitud para adquirir y para ejercitar con propia voluntad, o sea, por sí solo derechos subjetivos, o de asumir con la propia voluntad, obligaciones jurídicas, es decir, de realizar los actos (de naturaleza personal o patrimonial) de la vida civil. La capacidad de obrar se diferencia de la capacidad de derechos, por que toma en consideración la persona, no ya en cuanto la misma tenga la pertenencia de los derechos subjetivos en general, sino en cuanto sea apta para gobernarse por sí, en la diversas contingencias de la vida práctica o sea para ejercitar por sí el derecho subjetivo y presupone por consiguiente, la capacidad jurídica capacidad de obrar corresponde a un estado psíquico de idoneidad para entender y para querer".¹⁸

Para distinguir la capacidad de goce, de la capacidad de ejercicio, hacemos hincapié en la suplencia. Afirma el autor supracitado: "A diferencia de la capacidad de obrar, en los que se la pueda suplir mediante la intervención de otro sujeto, capaz de obrar, que opera en nombre del incapaz, en el caso de la incapacidad de derechos, no se la puede suplir, por que la ley *niega* en absoluto, el determinado derecho subjetivo a la persona, o sea que se le quita su pertenencia."¹⁹

¹⁷ Aramburo, Mariano. *ob. cit.* p.p. 7, 8.

¹⁸ Messineo, Francesco. *ob. cit.* p.p. 109, 110.

¹⁹ *Ibid.* p. 110.

II.- Distinción entre capacidad y personalidad.

De las definiciones estudiadas del concepto de capacidad jurídica, se desprende que su concepto se encuentra estrechamente vinculado por los autores con el término personalidad, al grado de conceptuarse como sinónimo, atributo o condición misma de la personalidad. Alberto Pacheco Escobedo explica: "Y es que esta confusión parte del concepto mismo de persona, que entre los pandectistas y positivistas equivale a capacidad jurídica, y así afirman que persona es el ser capaz de derechos y obligaciones, con lo cual se cae en un círculo vicioso, pues a continuación se afirma que el ser capaz de derechos y obligaciones es persona...La persona es una realidad metajurídica, es un supuesto anterior al Derecho que éste no crea ni elabora, reconoce. La personalidad y capacidad jurídica son cualidades específicas de la persona, consecuencias de su naturaleza social, no creaciones del orden jurídico...Así, la capacidad jurídica es un atributo de la persona pero no es constitutiva de la misma, aunque sólo las personas las tengan."²⁰

Sirva para abundar lo anteriormente expuesto, el hecho de que históricamente a evolucionado el concepto de personalidad jurídica. Jorge Mario Magallón Ibarra explica lo anterior de la siguiente manera:

" En cuanto a la evolución de las ideas propias acerca de la personalidad jurídica de los seres humanos, sabemos perfectamente que a pesar de que muchos poseían esa calidad ontológica, el derecho se negaba a reconocerla, por que existían esclavos, o sea, individuos que siendo personas en el sentido físico, no lo eran en el sentido jurídico, pues la misma ley los sometía al régimen legal de las cosas. Los jurisconsultos romanos no llegaron a construir una doctrina general sobre la persona por cuya causa el derecho era constituido; pero nos dieron las nociones básicas sobre la misma."²¹

Por otra parte la muerte civil fue otra figura que contribuyó a discusiones doctrinales respecto a la persona, la personalidad y la capacidad. Rojina Villegas explica: "Se ha sostenido que la esclavitud y la muerte fueron causas extintivas de la personalidad, de tal manera que el esclavo se reputaba como cosa y el declarado civilmente muerto, perdía todos sus derechos, cesando de inmediato su personalidad. La verdad es que, ni la esclavitud, ni la muerte civil lograron extinguir todos los deberes de la persona, aún cuando si extinguieron sus derechos."²²

²⁰ Pacheco Escobedo, Alberto, *La persona en el Derecho Civil*, Panorama Editorial, México 1985, p.136

²¹ Magallón Ibarra, Jorge, *Ob. cit.* Tomo II, p.8

²² Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, p.p.432, 433.

Otro factor que contribuye a ésta confusión semántica es que, para el Derecho, no todos los individuos tienen personalidad, ni todas las personas son individuos.

En efecto, no basta para el Derecho, la existencia del hombre en sí, sino que además se requiere la satisfacción de ciertos requisitos que establece la ley. El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 337 dispone que, para los efectos legales, sólo se reputa nacido al feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al registro civil.

Es así que el concepto jurídico de nacimiento, es distinto del fisiológico. Así lo concluye Flores Barroeta quien afirma: "Lo anterior es demostración de que no todo ser humano tiene personalidad jurídica, pues si ésta se adquiere hasta que el ser recién nacido ha satisfecho los extremos citados, obviamente siendo ya ser humano, no es aún persona, en Derecho."²³

Galindo Garfias sostiene: "Los conceptos de personalidad y de capacidad de goce, no significan lo mismo aunque se relacionen entre sí. La personalidad significa que el sujeto pueda actuar en el campo del derecho. Diríamos que es la proyección del ser en el ámbito jurídico. Es una mera posibilidad abstracta, para actuar como sujeto activo o pasivo, en la infinita gama de relaciones jurídicas que puedan presentarse. La capacidad alude a situaciones jurídicas concretas. De tal manera que sin mengua de su personalidad, una persona puede carecer de capacidad para adquirir un bien determinado. Si es por ejemplo, mandatario del vendedor". El doctor agrega:

"La personalidad es única, indivisa y abstracta. La capacidad de goce es múltiple, diversificada y concreta... es una cualidad que el Derecho toma en cuenta para regular dicha conducta, un *presupuesto normativo* respecto de la persona referida al derecho."²⁴

Ante tales explicaciones podemos afirmar de manera categórica, que se trata de cuestiones muy diferentes, en tanto que la personalidad es un presupuesto normativo (así lo refiere el autor antes citado), la capacidad es una aptitud derivada de la ley que es susceptible de medida, como no lo es la personalidad, la cual es una categoría, que simplemente, se tiene o no. Decimos que la capacidad es susceptible de medida pues tomando en cuenta la edad o el estado físico del individuo, puede variar su capacidad en relación a un acto concreto.

²³ Flores Barroeta, *Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil*, n. e. México, p. 265

²⁴ Galindo Garfias, Ignacio, *ob. cit.*, p. 307, 310.

Flores Barroeta concluye que el examen de la cuestión relativa a la personalidad jurídica de las personas físicas, se reduce a investigar cómo es que un ser humano adquiere la personalidad jurídica y cómo deja de tenerla.²⁵

III.- Adquisición de la capacidad por las personas físicas

A efecto de entender el vínculo que hace la doctrina y la legislación vigente en nuestro país, entre la adquisición de la capacidad de la persona física y la existencia de la misma, consideramos oportuno el siguiente comentario que al respecto hace Jean Carbonnier:

“ El cuerpo humano es el “substratum” de la persona. Si bien es verdad que la filosofía espiritualista del Código de Napoleón y los juristas liberales del siglo XIX hacían residir la personalidad más bien en la voluntad que en la substancia física, no es menos cierto que resulta desacertado afirmar, en un principio, que el cuerpo humano estructura la persona, pues el loco y el menor, no dejan de ser personas, pese a estar desprovistas de voluntad y, por otro lado, la voluntad no se concibe sin una entidad física a la que se vincula.”²⁶

Para subrayar los efectos legales que ha tenido a través de la historia el nacimiento del ser y sus manifestaciones de vida, baste hacer referencia a la discusión que entre los jurisconsultos romanos existió al respecto. Los juristas proculeyanos estimaban que la vida se manifestaba, cuando había gemido o chillado la criatura significando que el nuevo ser había nacido vivo, puesto que había llorado al nacer. Al contrario, los sabinianos opinaban que un recién nacido que fuera mudo sería incapaz de adquirir personalidad, a pesar de vivir. Esta posición satisfizo a Justiniano y su compilación la acepta, consignando que era suficiente para poder heredar, que el niño naciera con vida.²⁷

Nuestra legislación vigente establece en el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal como opera la adquisición de la capacidad de la persona física:

“Artículo 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.”

²⁵ Flores Barroeta, *ob. cit.* p.263.

²⁶ Carbonnier, Jean. *ob. cit.* p.218

²⁷ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *ob. cit.* p. 14

Citamos a Francesco Messineo para explicar desde el punto de vista doctrinal, la adquisición de la capacidad por el nacimiento, como acontecimiento que marca el surgimiento de la capacidad de la persona física: "...la primera cuestión que sugiere el problema de la persona, es la relativa a su existencia. Ahora bien, puede decirse que el sujeto existe, a los ojos de la ley solamente si resulta ante todo, el hecho del nacimiento del mismo, puesto que el nacimiento es, a un tiempo, el fundamento y el inicio de existencia del sujeto y su personalidad. Por tanto, la existencia del sujeto coincide y comienza con el nacimiento del mismo.

A) Nacimiento es separación (aún cuando sea prematura, esto es, al final de la gestación normal) del nuevo ser respecto del cuerpo de la madre; pero a condición de que el ser tenga una vida propia, aunque sea brevísima. El nacido muerto, no adquiere, ni por un momento siquiera, la personalidad.

B) Antes del nacimiento, el sujeto es inexistente y no adquiere personalidad ni derechos.

Sin embargo, también en cuanto al período de tiempo anterior al nacimiento, (esto es, en cuanto al período de gestación del concebido), la ley se ocupa de los derechos del sujeto (por nacer) por que lo considera esperanza del hombre (aún cuando se preocupe de él solamente para peculiares efectos: especialmente de derecho hereditario y patrimonial) siempre que, después nazca efectivamente y, nazca vivo. En tal caso, la persona que nace, adquiere derechos, con efecto que se retrotrae al momento en que se debe considerar ya sujeto de derechos. (retroactividad al momento de la concepción).²⁸

Nicolás Coviello, por su parte afirma: "La personalidad del hombre comienza con el nacimiento, que tiene lugar en el instante en que el feto ha salido completamente del seno materno; pues éste es el momento en que puede ser objeto de una protección jurídica independiente de la que corresponde a la madre. Por eso no basta que salga únicamente la cabeza; pero por otra parte no es necesario que se haya cortado el cordón umbilical".²⁹

De manera contraria a gran parte de la Doctrina, Rojina Villegas considera por su parte, que el embrión humano tiene personalidad antes de nacer, toda vez que no puede explicarse la adquisición de derechos patrimoniales (heredero, legatario, donatario) sin tener personalidad jurídica.³⁰

²⁸ Messineo, Francesco. ob. cit. p. 90

²⁹ Corvello, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. Traduc. De Felipe J. Tena, México, 1938, pag. 158. Cit. por Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*, p. 159.

³⁰ Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Editorial Porrúa, México p.160.

El mismo autor nos explica que, sin la satisfacción de los requisitos establecidos en el artículo 337 del Código Civil para el Distrito Federal, no hay personalidad jurídica y la que se reconocía, si naciera viable queda negada ipso iure, dada esta consecuencia posterior, que opera como condición resolutoria en los tres casos de que nazca muerto, viva menos de veinticuatro horas o no sea presentado vivo al Registro Civil.³¹

Para el análisis de éste artículo, es necesario hacer referencia a otro del mismo ordenamiento, pues debemos tomar en cuenta y relacionar los requisitos que establece la ley sobre la certeza del nacimiento del ser, de tal modo que no exista duda sobre tal acontecimiento.

“Artículo 337. Para los efectos legales, sólo se reputa nacido al feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al registro Civil. Faltando una de éstas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad.”

Villoro Toranzo se refiere así al artículo en comentario: “El esquema jurídico del artículo 337 no se propone, por consiguiente, ignorar los datos de la persona, sino simplemente exige una situación clara y fácil de comprobar, para que pueda seguir efectos legales, ya sea la donación de que habla el artículo 2357, ya la demanda sobre la paternidad mencionada en el 337. Sobre datos naturales y sobre una valoración de lo mismos, se ha construido el esquema jurídico del nacimiento legal de la persona.”³²

En su comentario a este artículo del Código Civil, José de Jesús Monroy orienta sobre la interpretación de dicho artículo: “El concepto jurídico de nacimiento es distinto al fisiológico. Jurídicamente el nacimiento tiene lugar si el feto desprendido enteramente del seno materno vive veinticuatro horas. Este momento posterior al nacimiento fisiológico no requiere el transcurso de veinticuatro horas siguientes al nacimiento, si antes se presenta viva la criatura al registro Civil. El nacimiento, desde el punto de vista jurídico, tiene como finalidad precisar técnicamente el hecho, que debe precisar consecuencias de derecho.”³³

En relación a la protección que otorga la ley al nonato, en nuestra legislación vigente, los efectos declarados a que se refiere el artículo 22, son para ser heredero o legatario (artículo 1314) o donatario (artículo 2357).

³¹ *Ibid*

³² Villoro Toranzo, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, México 1982, p. 423.

³³ *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentada*. Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, México 1997, Tomo I, p. 241

Asimismo, consideramos oportuno mencionar los aspectos punitivos que surgen al margen de los aspectos civiles. Nos limitamos a señalar que el artículo 329 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, define el concepto de aborto. Sobra señalar que tutela la vida del embrión, aún cuando la punibilidad es menor a la del homicidio (Artículos 330 al 332 del mismo ordenamiento).

Continuando con el análisis de los artículos transcritos, encontramos que la redacción del artículo 337 del Código Civil se refiere al feto, misma que médicamente puede definirse de la siguiente manera:

“Nuevo ser en vías de desarrollo en el interior del organismo de la madre, que, superado el periodo embrionario, comienza a adquirir el aspecto de un individuo el periodo embrionario, que corresponde a los primeros estadios del desarrollo, concluye en la especie humana al final del segundo mes de embarazo. El periodo fetal que está comprendido, entre el final del segundo mes y el nacimiento del feto.”³⁴

Es claro que, según la definición, una vez que nace el ser, éste deja de ser feto. El producto de la concepción que se expulsa muerto se denomina feto muerto. Por lo tanto consideramos que sería más acertado referirse al producto de la concepción y no al feto, en la definición legal.

IV. Pérdida de la capacidad

1. Diferentes formas de extinción de la capacidad (personalidad) conocidas históricamente.

A efecto de citar los antecedentes históricos de las causas de la pérdida de la capacidad, hacemos referencia al sistema jurídico romano, mismo que influyó en México especialmente en materia de derechos reales, obligaciones y sucesiones.

En cuanto a la capacidad de goce, el Derecho Romano no era igualitario, pues según la clase social, se tenía capacidad de goce ligeramente distinta. Sin embargo, un ser humano libre de nacionalidad romana, *sui iuris* (condición que deriva del estatus familiar, es decir, un pater familias) gozaba de plena capacidad.

De la fase clásica las causas que extinguían la personalidad física, eran las siguientes:

a) Muerte.

³⁴ Corrado Córdova, *Hombre, Medicina y Salud*, Enciclopedia Britannica, Tomo I, p. 381.

b) Caída en la esclavitud. Por ejemplo, como consecuencia de un delito cometido por un ciudadano romano libre sui iuris; en tal caso hablamos de la *capitis diminutio máxima* (*caput* es aquí equivalente de persona).

Por pérdida de la ciudadanía (a causa de la adquisición de otra nacionalidad - ya que el derecho antiguo no reconoce la nacionalidad doble- o como consecuencia de un castigo impuesto). En este caso se habla de *capitis diminutio media*.

c) Pérdida de la calidad de ser sui iuris, mediante sumisión a la patria potestad de otro pater familias, como sucede por la *adrogatio* o por medio de la *conventio in manu* de una mujer. En tal caso se habla de la *capitis diminutio mínima*.

Señalan el autor, que la realidad era mucho mas variada, como las declaraciones oficiales- de censores o de jueces- sobre la reprochable conducta de una persona, podría influir en la capacidad de un ciudadano para ocupar puestos públicos, votar, desempeñar tutela, hacer un testamento, servir como testigo, etc. Son los casos de infamia, turpido o ignominia, sanciones muy importantes en una sociedad integrada, e íntimamente unida a tradiciones y convencionalismos. También desde el triunfo del Cristianismo la adhesión a una religión distinta o a una secta no reconocida por la Iglesia podía causar ciertas incapacidades (en materia sucesoria, por ejemplo).³⁵

Al exponer las diferencias entre capacidad y personalidad tratamos la muerte civil, que estableció el artículo 25 del Código de Napoleón con antecedente del Derecho Romano, impuesta como pena a los franceses, que llegaron a pertenecer a orden sacerdotal; de la misma manera se imponía a los reos que llegaron a ser condenados a muerte, a trabajos forzados o a deportación.³⁶

A efecto de explicar mas ampliamente ésta institución, que disminuía al máximo la capacidad de las personas, citamos la descripción que Rojina Villegas hace sobre sus efectos:

“Pérdida de los derechos del estado civil, de los derechos de potestad, de los patrimoniales y de los políticos, públicos subjetivos, es decir, prácticamente todo el status de la persona desde el punto de vista de las facultades era suprimido por el derecho, bien como una pena o como una consecuencia del voto religioso que originaba para los efectos jurídicos la extinción de todas éstas facultades. Era tan estricto el régimen de la muerte civil, que implicaba la disolución del matrimonio y,

³⁵ Magadant S, Guillermo Flons . *El Derecho Romano Privado como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*. Editorial Esfinge. México. 1983 p. p. 135, 136, 137.

³⁶ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *ob. cit.* Tomo II, p. 16.

por lo tanto el otro cónyuge quedaba en libertad de celebrar otro matrimonio; quien la sufría perdía sus derechos de patria potestad y de potestad marital, su calidad de nacional y de ciudadano, y por lo tanto sus derechos políticos y públicos subjetivos; perdía también sus derechos patrimoniales: sus bienes, sus derechos de crédito y sus derechos reales (propiedad, posesión originaria y demás facultades jurídicas relacionadas con la propiedad) Sin embargo, el que sufría la muerte civil no perdía su calidad de persona por cuanto se mantenía una cierta capacidad, cuando se administraba como pena, aquél a quien se aplicaba era sujeto de deberes desde el punto de vista penal... Advertimos aquí que se respetaba una cierta capacidad para contratar; de lo contrario, habría que admitir que el que sufría la muerte civil estaba condenado a perecer, y ninguno de los sistemas jurídicos que reglamentó ésta pena, llevó las consecuencias hasta ese extremo.³⁷

Aubry y Rau relatan que en el año de 1849 fue presentada una proposición que tuvo mejor éxito, ya que la ley del 5 y 22 de abril y 8 de junio de ese año, señaló un principio favorable a la abolición, al estatuir que la deportación en particular, no entrañaría más la muerte civil. Para el resto de las penas, fue posteriormente derogada, de acuerdo con la ley de 31 de mayo de 1854, la que expresamente reintegró a los condenados a la vida civil de la que habían estado privados, aún cuando en contradicción con esa total reivindicación, Marty y Reynaud señalan que esa ley reemplazó a la muerte civil con la interdicción legal, que obviamente - agregan - se refiere a la capacidad más no a la personalidad.³⁸

2. La pérdida de la capacidad en el Código Civil vigente en el Distrito Federal.

La capacidad se pierde por la muerte, según lo ya expuesto por el artículo 22 del Código Civil. Al morir la persona, se extingue junto con su vida fisiológica su personalidad. Para determinar lo que se debe entender por muerte, desde el punto de vista científico, buscamos la definición que a la misma otorga la ciencia médica. Encontramos que el momento en que esta acontece la muerte como un hecho biológico es incierto y distinto a la muerte médica. Asimismo los adelantos médicos en materia de donación de órganos, plantean interrogantes para el estudioso del derecho. En efecto, la fuente consultada define y explica de la siguiente manera, el concepto médico de muerte:

“Definitivo e irreparable cese de la vida. Desde un punto de vista clínico este hecho coincide con el detenimiento y parada de las funciones vitales fundamentales, es decir, la respiratoria, la circulatoria y la nerviosa, aunque, en relación a los problemas que han surgido para la toma de órganos de individuos fallecidos, hoy en día el concepto de muerte se basa esencialmente sobre el último parámetro, es decir sobre la irreversibilidad de las alteraciones difusas del sistema nervioso. En sentido

³⁷ Rojas Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Editorial Porrúa, México 1990, p.p. 434, 435

³⁸ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *ob. cit.* Tomo II, p.17.

biológico, sin embargo, la muerte no puede ser entendida como un hecho instantáneo bien definido en el tiempo, diagnosticable con seguridad con los métodos electrocardiográficos o electroencefalográficos, ya que, también más allá de la muerte clínica, persiste la actividad de numerosos órganos y tejidos, esencialmente de aquellos dotados de una mayor autonomía. De hecho se sabe que el tejido nervioso no oxigenado degenera de una forma muy rápida, pero por ejemplo, los espermatozoides, tejido conectivo, los anejos cutáneos, etc., sobreviven durante un cierto tiempo. Por lo tanto se evidencia bien una gran diferencia entre muerte biológica basada sobre la degeneración absoluta de todas las células del organismos, y una muerte clínica que se basa en la supresión definitiva de las tres actividades fundamentales, estando la nerviosos en un primer plano.

Los métodos de investigación de la realidad de la muerte, importantes entre otras cosas desde un punto de vista jurídico, ya que no comportan la extinción de todos los derechos, a exclusión de los testamentarios, se basan sobre la constatación de la parada de la función del sistema nervioso central (pérdida de la conciencia, de la sensibilidad, y de la movilidad espontánea), en la parada de la actividad cardiocirculatoria o parada cardíaca, y en el cese de las funciones respiratorias que se ponen de manifiesto por un ECG isoelectrico, es decir completamente plano, durante cuatro o cinco minutos, y por un EEG también plano, método este último que se lleva a cabo en aquellos individuos que están expuestos a reanimación después de lesiones cerebrales primitivas³⁹.

Desde el punto de vista de nuestra legislación, acudimos a la Ley General de Salud, misma que dispone los signos de muerte que deberán comprobarse para la certificación de la pérdida de la vida.

“Artículo 317. Para la certificación de al pérdida de la vida, deberá comprobarse previamente la existencia de los siguientes signos de muerte:

- I. La ausencia completa y permanente de la conciencia;
- II. La ausencia permanente de respiración espontánea;
- III. La falta de percepción y respuesta a los estímulos externos;
- IV. La ausencia de los reflejos de los pares craneales y de los reflejos medulares;
- V. La atonía de todos los músculos;
- VI. El término de la regulación fisiológica de la temperatura corporal;
- VII. El paro cardíaco irreversible y
- VIII.- Las demás que establezca el reglamento correspondiente.”

³⁹ Conrado Córdova, *Hombre Medicina y Salud*, Enciclopedia Británica, Tomo II, 710.

Al relacionar el artículo transcrito con el siguiente del mismo ordenamiento, encontramos otro supuesto legal, que complementa los requisitos necesarios para disponer de órganos y tejidos con fines terapéuticos, añadiendo otras circunstancias a los signos de muerte a que se refiere el artículo 317.

“Artículo 318. La disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos podrá realizarse de cadáveres en que se haya certificado la pérdida de la vida o de aquéllos en que se compruebe la persistencia de más de seis horas de los signos a que se refieren las fracciones I, II, III, IV del mismo artículo y además las siguientes circunstancias:

Electroencefalograma isotérico que no se modifique con estímulo alguno dentro del tiempo indicado;

Ausencia de antecedentes inmediatos de ingestión de bromuros, barbitúricos, alcohol y otros depresores del sistema nervioso central, o hipotermia.

Si antes de ése término se presenta un paro cardiaco irreversible, se determinará de inmediato, la pérdida de la vida y se expedirá el certificado correspondiente.

La certificación de muerte respectiva será expedida por dos profesionales distintos de los que integren el cuerpo técnico que intervendrá al paciente”.

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal, regula los requisitos de la expedición de actas de defunción, función que corresponde al Juez del Registro Civil.

Cecilia Licona Vite, explica en relación a éstas disposiciones: “El legislador ha establecido un medio de prueba preconstituído, idóneo y excluyente de otros medios, que sin embargo admite excepciones”.⁴⁰

“Artículo 117.- Ninguna inhumación o cremación se hará sin autorización escrita dada por el Juez del Registro Civil quien se asegurará suficientemente del fallecimiento con certificado expedido por médico legalmente autorizado. No se procederá a la inhumación o a la cremación hasta que transcurran veinticuatro horas del fallecimiento excepto en los casos en que se ordene otra cosa por la autoridad que corresponda.”

⁴⁰ *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Comentado.* Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1997. Tomo I, p. 46.

El certificado médico y el plazo para la inhumación, cremación o embalsamamiento, se establecen para poder tener la certeza de la muerte de la persona a la que se refiere el acta. El Juez del Registro Civil debe levantar el acta de defunción con base en el certificado médico y las declaraciones de los testigos a que se refiere el artículo siguiente.⁴¹

Nuestro Código Civil en su título undécimo del libro primero trata de los ausentes e ignorados. Establece diversas disposiciones, que van del numeral 648 al 772, en relación a los casos en que se desconozca el momento en que aconteció la muerte.

Galindo Garfias hace referencia a la distinción entre los ausentes, los no presentes y los desaparecidos: "El desaparecido es aquél a que se ha dejado de ver a partir de un accidente o de una catástrofe y existen serias posibilidades de que en ella haya encontrado la muerte, de modo que su defunción es probable.

Diverso es el caso de la ausencia, por que la incertidumbre sobre la vida o la muerte se debe a la falta prolongada de noticias, que no nos permite saber, ni siquiera presumir, que una persona ha fallecido."⁴²

En este sentido explica Rojina Villegas: "La ley no puede terminar la extinción de la personalidad con un dato incierto. El único sistema entonces, consiste en formular presunciones de muerte, se regulan ciertos períodos en la ausencia, primero para declarar que el individuo se encuentra ausente para todos los efectos legales, no basta la ausencia de hecho, debe haber la declaración judicial de ausencia y según veremos, para ello se toma en cuenta el transcurso de ciertos plazos. Una vez que se declara la ausencia, corren ciertos plazo hasta llegar a al presunción de muerte y hasta que se formule ésta, cesa la personalidad. Ahora bien como la presunción de muerte puede ser anterior o posterior a la muerte real, tenemos aquí un caso en el cual el sujeto puede haber sido privado de la personalidad aún en vida, o el derecho puede haber reconocido personalidad a un ser que haya muerto, sin embargo estamos operando sobre una hipótesis que quedará destruida si el ausente aparece"⁴³.

A continuación hacemos referencia a las disposiciones que el Título Undécimo del Código Civil en relación a las personas ausentes e ignoradas.

Las medidas provisionales podrán ser promovidas a petición de parte o de oficio, El agente del Ministerio Público o cualquiera a quien le interese tratar o litigar con el ausente, o defender los intereses de éste.

⁴¹ Ibid. p. 91

⁴² Galindo Garfias, Ignacio, ob. cit. p. 365.

⁴³ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, p. 439, 440

Tienen fundamentalmente el objetivo localizar al ausente por medio de edictos, velar por los intereses del ausente, en materia patrimonial y familiar. En materia patrimonial, se procede a nombrar un depositario de sus bienes, o representante si no es localizado. En materia familiar, se nombra tutor a petición del Ministerio Público de los hijos menores de edad, en caso de que no exista ascendiente que deba ejercerla.

La declaración de ausencia, podrá ser promovida, por los presuntos herederos legítimos del ausente, los herederos instituidos en testamento abierto, los que tengan algún derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o presencia del ausente; y el Ministerio Público.

El procedimiento dispone que el Juez de publicidad a la solicitud de declaración de ausencia a través de su publicación por edictos, transcurrido cuatro meses desde la fecha de la última publicación, y la remitirá a los cónsules de aquéllos lugares del extranjero en que se pueda presumir se encuentra el ausente o que se tengan noticias de él. Pasados cuatro meses desde la fecha de la última publicación, el Juez declarará en forma la ausencia si no hubiere noticias del ausente ni oposición de algún interesado.

Dispone la ley los efectos de la declaración de ausencia para poner a los herederos testamentarios o legítimos en posesión provisional de los bienes del ausente. En su caso, se interrumpe la sociedad conyugal, se procederá al inventario de bienes recibiendo el cónyuge presente, y sus herederos los bienes que le correspondan. Si el cónyuge presente no fuera heredero y no tuviera bienes propios, tendrá derecho a alimentos.

Cuando hayan transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, el Juez declarará la presunción de muerte a instancia de parte interesada. Al ocurrir la ausencia como resultado de una catástrofe natural o humana, bastará que transcurran solamente dos años (en caso de desaparición en guerra, por encontrarse a bordo de un buque que naufrague, al verificarse una inundación u otro siniestro semejante), o seis meses contados a partir de que ocurra la desaparición en incendio explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria y no desde la declaración de ausencia, que en este caso no existe. Asimismo, se abrirá el testamento del ausente, que en este caso no está publicado, toda vez que no se presentó la necesidad de declarar previamente la ausencia. Cabe destacar, que por causa de ausencia no se suspenden los términos que fija la ley para la prescripción.

Cabe destacar que la sentencia que declare la presunción de muerte de un ausente casado, pone término a la sociedad conyugal según el artículo 713 del propio ordenamiento.

V. LA INCAPACIDAD. CONCEPTO.

Planiol y Ripert advierten sobre el doble sentido de la palabra incapacidad. "Las expresiones incapaz, incapacidad, son anfibológicas. Ordinariamente se emplean a propósito de las personas que, poseyendo todos sus derechos, no tienen su libre ejercicio, como los menores y sujetos a interdicción, que son los incapaces propiamente dichos. Pero las mismas expresiones se emplean también para designar a las personas que están privadas en el fondo y realmente, de uno o varios derechos...estos casos de privación total del derecho, merecen distinguirse, en el lenguaje, de las simples incapacidades".⁴⁴

La incapacidad, es el término antitético de la capacidad de obrar, según lo explica Francesco Messineo, "la incapacidad de obrar, es la excepción a la regla que es la capacidad de obrar, de ahí que las normas que fijan los casos de incapacidad (taxativos), no son posibles de interpretación analógica."

El autor antes citado, expone que la capacidad de obrar puede ser anulada o disminuida por efecto de diversas situaciones de hecho, o de derecho (enfermedades físicas o psíquicas, edad, etc.) que determinan con diversa intensidad, la incapacidad legal (de obrar) esto es, de cumplir por sí actos especialmente de contenido patrimonial: incapacidad que puede ser general (o total), o sea sancionada para todo género de actos; y parcial o sea para determinados actos por efecto de diversas situaciones de hecho, o de derecho (enfermedades físicas o psíquicas, edad, etc.) que determinan con diversa intensidad, la incapacidad legal (de obrar) esto es, de cumplir por sí actos especialmente de contenido patrimonial: incapacidad que puede ser general (o total), o sea sancionada para todo género de actos; y parcial o sea para determinados actos."⁴⁵

En el derecho mexicano, que sigue una tendencia ideológica sustentada en la libertad humana, la capacidad tanto de un tipo como de otro (de hecho y de derecho) se presume. Lo que significa que toda persona es capaz mientras que no exista otra disposición normativa que le niegue esa capacidad.⁴⁶ El artículo 1798 establece: "Son hábiles para contratar toda las personas no exceptuadas por la Ley."

Brevemente haremos referencia a las disposiciones que limitan la capacidad de goce:

⁴⁴ Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *ob cit.* p.221.

⁴⁵ Messineo, Francesco. *ob. cit.* p.110, 111.

⁴⁶ Zamora y Valencia, Miguel Angel. *Contratos Civiles*. Porrúa Mexico, 1989 p.

a) El artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, limita a extranjeros respecto al derecho para adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesiones o para obtener explotación de minas o aguas. El estado podrá concederles tal derecho, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos. La prohibición de adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas, en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras, y de cincuenta en las playas.

b) La incapacidad de goce de las personas físicas derivadas de sentencia civil o penal. La capacidad de obrar e incluso la misma capacidad jurídica, pueden venir disminuidas por hechos delictivos que la persona haya cometido y que la hayan conducido a su condena penal; ésta puede privar tanto de derechos civiles cuanto de derechos públicos y políticos (Código Penal para el Distrito Federal, artículo 45); y la privación temporal de unos u otros puede, a su vez, ser consecuencia necesaria de la condena criminal o ser pronunciada por el Magistrado como anexo y agregación de otra pena. Nunca, sin embargo, la condena penal puede llegar a provocar la pérdida integral de la capacidad jurídica, la destrucción total de la personalidad.⁴⁷

Por lo que hace a la incapacidad de las personas morales, al enunciar la correspondencia entre los atributos de la persona física y de las morales, distingue Rojina Villegas lo siguiente:

a) En las personas morales no puede haber incapacidad de ejercicio toda vez que ésta depende exclusivamente de circunstancias propias e inherentes al ser humano, tales como la minoría de edad, la privación de la inteligencia por locura, etc.

b) En las personas morales su capacidad de goce está limitada en razón de su objeto, naturaleza y fines. Podemos formular como regla general la de que dichas entidades no pueden adquirir bienes o derechos o reportar obligaciones que no tengan relación con su objeto y fines propios.⁴⁸

La doctrina consultada refiere diversas clasificaciones de los grados de incapacidad en las personas. La legislación para el Distrito Federal establece la clasificación de incapacidad natural y legal. Sin embargo, Rafael de Pina afirma que la distinción entre la incapacidad natural y legal no se encuentra suficientemente clara ni en la doctrina ni en la legislación, sin embargo, explica que en realidad la

⁴⁷ De Ruggiero, Roberto. *Ob. cit.* p. 350

⁴⁸ Rojina Villegas, Rafael. *ob. cit.* p. 426

incapacidad natural es la derivada de la falta de edad o de la enfermedad y la legal la fundada en todas las demás causas establecidas por la ley.⁴⁹

Nos parece oportuna la observación que al respecto hace Gordillo Cano al exponer que la doctrina debate sobre el origen preciso de la incapacidad, cuestionando si depende de la condición natural del individuo (es decir, la aptitud natural del individuo para conocer saber o querer) o más propiamente de su estado civil, entendiendo el autor el concepto de estado civil, como el valor definitorio de la situación jurídica básica de la persona en la sociedad, al margen y más allá del solo aspecto la capacidad genérica. Hace mención el autor de la necesidad de entender a la incapacitación como un estado civil, en pie de igualdad con la nacionalidad o con distintos estados familiares, constatación jurídica (particularmente en cuanto a la enfermedad mental, y de su declaración judicial).⁵⁰

Cabe agregar, para puntualizar éste tema, la oportuna distinción que hace Pacheco Escobedo entre la capacidad y la legitimación. Explica el autor, que se confunden ambos conceptos y se habla de casos de incapacidad cuando en realidad se trata de casos de falta de legitimación. Entendemos por legitimación, la posibilidad concreta que la ley otorga a un individuo concreto de realizar un acto concreto. Para estar legitimado, no se necesita ser capaz sino solamente que le ley autorice a ese sujeto a realizar ese acto negocio jurídico.⁵¹

Vallet de Goytisolo explica: "Aparte de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar, tenemos la denominada *legitimación*. La capacidad es la aptitud abstracta y estática; la capacidad de obrar es la aptitud activa, derivada del status que da una determinada medida de posibilidades; la legitimación es la posibilidad concreta de realizar un acto determinado, que no sólo depende de la capacidad de obrar, sino además de la especial situación en que se halla el sujeto frente al objeto. Es decir, para que yo pueda transmitir una cosa, me hace falta tener capacidad de obrar plena, pero además he de ser propietario de aquella cosa o de tener un poder jurídico que me faculte para enajenarla bien habré de estar suficientemente apoderado por su legítimo dueño para enajenarla".⁵²

2. Explicación de las dos fracciones del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal.

La ley estable las incapacidades generales de ejercicio de la personas físicas, en la siguiente disposición transcrita del Código Civil para el Distrito Federal

⁴⁹ De Pina, Rafael. *ob. cit.* p. 208, 209.

⁵⁰ Gordillo Cano, Antonio. *ob. cit.* p.48,49.

⁵¹ Pacheco Escobedo, Alberto. *ob. cit.* p.140.

⁵² Vallet de Goytisolo, Juan. *Primario de Derecho Civil*. Bosch, Barcelona 1963.

“Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad

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

La fracción primera del artículo anterior, dispone como incapacidad la minoría de edad. Para determinarla, basta interpretar a *contrariu sensu*, el artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece, que la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos.

Para explicar esta fracción, nos parece oportuna la siguiente consideración en relación a la mayoría de edad: “Con el hecho de alcanzar la mayor edad, no se tiene la repentina adquisición de la capacidad natural de obrar, como si, todavía el día antes de haberla cumplido, el sujeto fuese totalmente incapaz. La verdad es que, por razones de *indole práctica*, o sea para simplificar las relaciones en las cuales es relevante la edad del sujeto, es necesario establecer un *punto cronológico fijo* de la vida de él, a partir del cual se le considera (mientras no haya prueba en contrario) capaz de obrar, y antes del cual se lo considera incapaz; ya que sería complicado y difícil exigir, caso por caso, la prueba de la capacidad en concreto, a realizarse *para cada acto singular*”.⁵³

La primera fracción de la disposición en análisis, admite excepciones. En los menores de edad, debemos tomar en cuenta, grados de incapacidad. Es absoluta o total, cuando el menor no ha sido emancipado.⁵⁴ La emancipación, que es consecuencia de Derecho por el matrimonio del menor, y cuyos efectos son el cese de la patria potestad o la tutela, confiere una capacidad restringida al menor, para administrar sus bienes, requiriendo autorización judicial, para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces y de un tutor para sus negocios judiciales durante su menor edad. (Artículos 451, 641 y 643 del Código Civil para el Distrito Federal).

⁵³ Messineo, Francisco. *ob. cit.* p. 110.

⁵⁴ González Ruiz, Samuel Antonio. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Editorial Porrúa, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas.p.397.

El menor, no obstante su incapacidad queda legitimado por la ley para realizar algunos actos como por ejemplo: el testamento (artículo 1306 del Código Civil), puede también contraer matrimonio (artículo 148 del mismo Código) y nombrar su propio tutor dativo (artículo 496).

Planiol y Ripert afirman que un menor no es incapaz de contratar, sino de lesionarse por los contratos que celebre, pues la acción de nulidad se encuentra subordinada a la existencia de una lesión. La acción de nulidad que se le concede, esta subordinada en principio, a la existencia de una lesión.⁵⁵ Para plantear el contexto general de las incapacidad del menor en el Código Civil para el Distrito Federal, hacemos referencia a las disposiciones relativas a la nulidad de los contratos celebrados por los incapaces. Nuestra legislación Civil dispone, en la fracción I del artículo 1795, que el contrato puede ser invalidado por incapacidad legal de las partes o de una de ellas, *sin* embargo, esta nulidad sólo puede alegarse por el incapaz, (artículo 2230), y el contrato puede ser confirmado cuando cese la incapacidad (artículo 2233), se tiene por ratificado tácitamente si existe cumplimiento voluntario, por medio del pago, novación o cualquier otro modo, por los contratantes. La nulidad puede invocarse por la parte capaz, cuando sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común.

A efecto de analizar y comparar la segunda fracción de éste artículo, transcribimos el texto anterior del mismo, que fue abrogado por el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de julio de 1992:

“II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos;

III.- Los sordomudos que no saben leer y escribir;

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

Se enuncia en la fracción en comento, estados clínicos. La locura es el término genérico que se utiliza en el lenguaje común como sinónimo de alienación mental, psicosis, etc. Actualmente no tiene valor científico alguno, ya que suele sustituirse, en la terminología psiquiátrica moderna, por denominaciones más precisas como psiconeurosis, psicopatía, psicosis, etc. Es necesario subrayar la gran evolución que ha sufrido este concepto desde comienzo de éste siglo: al principio se atribuía a la locura o demencia a una serie de entidades metafísicas como posesiones demoniacas, etc. Más tarde, de forma ya científica, fue considerada como una

⁵⁵ Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *ob. cit.* p.66.

alteración orgánica, de la cual era una expresión; hoy en día se interpreta como un hecho específico de la esfera psíquica por parte de los seguidores del psicoanálisis, y como una modalidad inherente a la manera de ser por parte de los seguidores de la psiquiatría existencial. El psicoanálisis ha llegado a individualizar los mecanismos específicos, que dentro una evolución psíquica han sido los responsables de la aparición de ciertas formas psicopáticas.⁵⁶

Respecto al caso de la imbecilidad, se trata de un término obsoleto hoy en día, que se refiere al retraso mental moderado.⁵⁷

La expresión retraso mental corresponde a un término aceptado en la actualidad en lugar de deficiencia mental, aunque el término actual es un eufemismo, que fue adoptado debido a que "deficiencia" implicaba un estado permanente y totalmente inmodificable. Muchas de las personas con retraso mental han sido y aún son estigmatizadas en vano debido al concepto antiguo.

Una persona retrasada mentalmente es aquella cuyo coeficiente de inteligencia está por debajo de 70, según se determina por la escala Stanford-Binet. Las tres principales definiciones clínicas son:

1.- "Severo" (antiguamente "idiota") incluyendo aquel sujeto cuyo IQ es menor de 25; tales individuos no pueden cuidar ni siquiera de sus necesidades personales y son incapaces de protegerse contra los peligros físicos ordinarios.

2.- "Moderado" (antiguamente "imbécil") para el IQ de 26 a 49; estas personas pueden protegerse contra los peligros ordinarios pero son incapaces de manejarse así mismos o de manejar sus asuntos;

3.- "Leve" (antiguamente "morón") para el IQ de 60 a 69; tal persona puede requerir cuidado, supervisión, y custodia para protegerla, y aunque puede ser capaz de adquirir aptitudes simples por medio de enseñanza altamente especializada, no puede beneficiarse por la instrucción escolar ordinaria. También se reconoce un cuarto nivel, el límite para un IQ de 70 a 79. En un sentido más amplio, el término "retraso mental" se aplica algunas veces a un individuo cuya capacidad de aprendizaje ha sido retardada aunque sea temporalmente, y puede, por lo tanto, incluir a un psiconeurótico no comunicativo, a un psicótico aislacionista, o a un niño autista cuyos problemas no están basados en un defecto innato sino en fallas para ampliar sus talentos mentales.⁵⁸

⁵⁶Coorado Córdova. *Hombre Medicina y Salud*. Enciclopedia Britannica. Tomo II . p. 636.

⁵⁷ Brussel, James A., y Cantzlaar, George L., *Diccionario de Psiquiatría*. Editorial CESA, México, 1983. P.151.

⁵⁸ *Ibid* p. 174 y 175.

La redacción actual de la fracción II del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, no enuncia claramente, las causas de incapacidad: sino que condiciona a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque (a lo mayores de edad) que no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio. Es así que la disposición es casi genérica y no permite enunciar causas concretas de incapacidad en los mayores de edad.

Para comentar este artículo, antes de su modificación, se enunciaba lo siguiente: "Las normas sobre la incapacidad tiene un fundamento biológico: la falta o la merma de discernimiento del incapaz para poder apreciar cabalmente la conducta más acorde con sus intereses; esta carencia puede provenir de la falta de madurez intelectual, como en el caso del menor de edad, por subdesarrollo mental congénito irreversible, como en los casos denominados por éste precepto "idiotismo" e "imbecilidad", por alteración de las facultades mentales, en los supuesto de locura, cierto grado de embriaguez y la drogadicción, (o por imposibilidad de adecuada comunicación o interacción con la sociedad, como es el caso de los sordomudos que no saben leer ni escribir).⁵⁹ Consideramos, que el espíritu de esta disposición, es el mismo que el que se encuentra en vigor, pero su redacción, no refleja cabalmente la hipótesis normativa.

Bejarano Sánchez afirma a propósito de las fracciones supracitadas: "Se trata pues, de una tutela que el ordenamiento jurídico concede a sujetos carentes de entendimiento, reflexión o poder de comunicación, y les proporciona el arma de la nulidad para combatir el acto lesivo a sus intereses. La *ratio legis* de las incapacidades de ejercicio es la salvaguardia de intereses privados."⁶⁰

Afirma Roberto de Ruggiero que la salud influye en la capacidad jurídica del sujeto, afectando a determinados actos jurídico para los cuáles se precisa el uso de un órgano que si falta o es defectuoso, constituye un impedimento para el acto; otras actúan en la capacidad general del sujeto, en uno y otro aspecto pueden ser de índole físico o psíquico⁶¹.

Aún superados los términos utilizados en las disposiciones anteriores, eran explícitas en nuestra opinión, y únicamente debían ser actualizadas, pues si la razón expuesta para modificar los términos utilizados fue que se consideraban denostativos, como lo explica el Dr. Acosta Romero en su Código Civil comentado; lo cierto es que se limitaba en cuanto a sus alcances, y no suponían la aplicación de causales casi indefinidas para determinar que la alteración de la inteligencia, que provoquen (a lo mayores de edad) que no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio. Queda claro que, es necesario

⁵⁹ *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Comentado*, Miguel Angel Porrúa Grupo Editorial, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1997, Tomo I, p. 46.

⁶⁰ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones Civiles*, Harla Harper & Row Latinoamericana, México 1984, p.132.

⁶¹ De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1979, p.349.

distinguir cada caso, pues sus consecuencias son distintas, desde el punto de vista médico. Si por ejemplo, el criterio a seguir supone que una persona adicta, puede gobernarse y obligarse por si misma, o en su caso manifestarse por algún medio, no indica necesariamente que el sujeto vele por sus propios intereses, y muchos menos por intereses ajenos al propio. Lo anterior es contrario a la salvaguarda de los intereses privados a que se refiere Bejarano Sánchez.

Sobre este punto, afirma el Dr. M. Ruiz Maya en su obra "Psiquiatría Penal y Civil": " El psiquiatra no puede, en el sentido que ahora lo hacemos, medir la responsabilidad. No sabe cuándo un sujeto comienza a dejar de ser sano de la mente: sabrá decir cuándo es irresponsable, cuándo es ya enfermo, pero entre uno y otro extremo hay una situación insalvable por el psiquiatra. A la anulación y a la perturbación mental propiamente dichas se llega desde la normalidad por una gradación insensible, de contornos tan borrosos que, a veces, escapan a la percepción más aguda; claro que, lógicamente, o se está sano o se está enfermo, de un estado a otro no se salta bruscamente; es un absurdo hablar de estados intermedios en éstas cuestiones, no se puede ser sano y estar enfermo a la par; pero la realidad, a veces las enfrenta y aún vence a la lógica." ⁶²

Cierto es que dan vida a los litigios personas irresponsables con capacidad plena (desde el punto de vista jurídico) para obligarse. Es aquí donde se debe tomar en cuenta la practica forense, que dispondrá al juzgador en su caso, de peritos para evaluar cada caso concreto. Sin embargo, desde el punto de vista de la técnica legislativa, la nueva redacción del artículo en comento, no parece concreto en cuanto a las *causas* de incapacidad de los mayores de edad, un concepto fundamental en el ámbito jurídico.

Cabe agregar, a efecto de completar el panorama de las incapacidades derivadas de la segunda fracción del artículo en comento, la excepción establecida por el artículo 1307 del mismo ordenamiento, según la cual tiene capacidad para testar el demente cuando se halla en intervalo lúcido.

Visto el tema de la incapacidad, y subrayando que el espíritu de la norma plasmado en el artículo en comento no ha variado (pese a su nueva redacción), nos aunamos a la crítica que hace el Profesor Ernesto Gutiérrez y González, al censurar la manera en que el Código Civil para el Distrito Federal trata esta materia, pues no tiene un capítulo debidamente formado con las disposiciones que regulan la capacidad y la incapacidad, pues salta a la vista la falta de sistema en el ordenamiento, pues para estudiar la incapacidad es preciso remitirse a otros libros y capítulos diversos del mismo cuerpo normativo, así como a otras leyes.

⁶² Ruiz Maya, M. *Psiquiatría Penal y Civil*. Cit. por Quiroz Cuadrón, Alfonso. *Medicina Forense*. Editorial Porrúa, México, 1984, p.919.

Las declaraciones de interdicción y minoridad.

A efecto de proveer protección al incapaz y a sus bienes la ley civil estableció dos instituciones: la patria potestad y la tutela. La primera, se ejerce exclusivamente por parte de los padres o abuelos sobre incapaces menores de edad. (Artículos 411 y 414 del Código Civil para el Distrito Federal).

“La tutela es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Este cargo civil es de interés público, y de ejercicio obligatorio”.⁶³ Se diferencia de la patria potestad, en que no tiene como base el vínculo natural de la filiación.⁶⁴

El artículo 23 del Código Civil establece que las personas incapaces pueden ejercitar sus derechos a través de sus representantes (tutor): “La minoría de edad, el estado de interdicción, y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.”

“La extensa reglamentación que le ley civil provee para la protección de la persona y bienes de los incapaces culmina con el Estado de Interdicción al que se le somete, de acuerdo con los artículos 635 a 640 del mismo Código; y cuyos método de forma están consignados en los artículos 902 a 914 del Código de Procedimientos Civiles”.⁶⁵

La tutela se confiere previa *declaración del estado de minoridad o de incapacidad* de la persona que va a quedar sujeta a ella. Una vez hecha la declaración de minoridad o de incapacidad, el juez proveyerá el nombramiento del tutor, quien deberá manifestar si acepta o no el cargo, expresando sus impedimentos o excusas, y en caso de aceptar, otorgará garantía. (Artículos 906 y 908 del código adjetivo). Están legitimados para pedir esta declaración: a) el propio menor si ha cumplido dieciséis años; b) su cónyuge; c) sus presuntos herederos legítimos; d) el albacea; y e) el Ministerio Público (artículo 902 del Código de procedimientos Civiles).

La petición de declaración de minoridad se sustancia ante el Juez de lo Familiar. El juez la declarará sin más trámite si se exhibe la certificación del Registro Civil. En caso de no acompañar dicha certificación, el juez debe citar a una audiencia tanto al menor como al Ministerio Público, en la cual, “por el aspecto del menor” o

⁶³ Galindo Carfias, Ignacio. *ob. cit.* p.692.

⁶⁴ Pacheco Escobedo, Alberto. *ob. cit.* p.157.

⁶⁵ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *ob. cit.* p.216

con base en la información testimonial que se rinda en dicha audiencia, resolverá si procede o no declarar la minoridad. (artículo 903 del Código de Procedimiento Civiles).

La declaración de incapacidad (interdicción) de mayores de edad que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en la fracción II del artículo 450 del Código Civil. Los artículos 904 y 905 del código adjetivo para el Distrito Federal establecen dos procedimientos.

- a) *Un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria*, en el caso en que el tutor del presunto incapaz y el Ministerio Público estén conformes con el promovente respecto a la resolución judicial que decrete o deniegue la *interdicción* con base en los dictámenes periciales rendidos, y
- b) El *juicio ordinario* que deberá seguirse en caso de que exista oposición de alguna de las partes mencionadas, en la cual se debe dar la oportunidad de defenderse al presunto incapaz, tanto por sí mismo, como por medio de su tutor interino.

El artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles, expresa en su primer párrafo que: "la declaración de incapacidad por causa de demencia se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y el tutor interino que, para tal objeto designe el juez". El texto transcrito es inexacto, pues la declaración de incapacidad dejó de basarse en la llamada anteriormente "demencia", para proceder en los supuestos previstos en la fracción II del artículo 450 del código sustantivo, como lo previenen el artículo 902 del código adjetivo también reformado. Los autores de la reforma olvidaron incluirla en el primer párrafo del artículo 904 del código adjetivo. El mismo artículo prevé en sus párrafos siguientes como diligencias prejudiciales un *verdadero procedimiento voluntario de interdicción*.

De acuerdo con la fracción I del artículo en comento, al admitir la demanda de interdicción, el juez debe ordenar "que la persona que auxilia a aquél de cuya interdicción se trata, lo ponga a disposición de los médicos alienistas o de la especialidad correspondiente" y se presente informe fidedigno de dicha persona u otro medio de prueba que justifique la necesidad de dictar las medidas cautelares conducentes al aseguramiento de la persona y bienes del señalado como incapacitado.

Los médicos que practiquen el examen deberán ser designados por el juez y serán de preferencia alienistas o de la especialidad que corresponda. El examen se hará en presencia del juez, previa citación de la persona que haya pedido la interdicción y del Ministerio Público. (Artículo 904, fracción II del Código de Procedimientos Civiles).

Si en el dictamen pericial resulta comprobada la incapacidad, o al menos se ponga en duda la capacidad de la persona sujeta al procedimiento, el juez debe dictar las siguientes medidas:

- 1) Nombrarle tutor y curador interinos, cargo que deberá recaer en el padre, madre, cónyuge, hijos y abuelos o hermanos del incapacitado. En el caso de los abuelos, frente a la existencia de maternos o paternos el juez resolverá atendiendo las circunstancias. En el caso de no haber ninguna de las personas indicadas no siendo aptas para la tutela, el juez con todo escrúpulo debe nombrar como tutor interino a persona de reconocida honorabilidad, prefiriendo a la que sea pariente o amiga del incapacitado o de sus padres y que no tenga ninguna relación de amistad o dependencias con el solicitante de la declaración.
- 2) Poner los bienes del presunto incapaz bajo la administración del tutor interino, salvo, en su caso, los de la sociedad conyugal, que quedarán bajo la administración del cónyuge.
- 3) Proveer legalmente de la patria potestad o tutela a las personas que tuviese bajo su guarda el presunto incapaz. Contra la resolución en la que se ordenen éstas medidas procede el recurso de apelación en efecto devolutivo.

Posteriormente el juez ordenará un segundo examen del presunto incapaz, por otros médicos, también nombrado por él. Si hubiese discrepancia entre el nuevo dictamen pericial y el anterior, el juez nombrará a los peritos a una "junta de avenencia" y, si no logra superar las discrepancias, nombrará un perito tercero en discordia. Por último citará a una audiencia que, si estuviesen conformes el tutor y el Ministerio Público con el solicitante, dictará resolución declarando o no la interdicción.

Si en la audiencia pública hubiera oposición del tutor interino o del Ministerio Público, (aquí, el Código de Procedimientos Civiles prejuzgando la incapacidad del afectado, niega relevancia jurídica a su voluntad), la declaración de interdicción no podrá ser hecha en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, sino en el juicio ordinario, en el que subsistirán las medidas tomadas en dicho procedimiento, y en el que se debe dar oportunidad al presunto incapaz de defenderse independientemente de la representación atribuida al tutor interino.

La prueba de la incapacidad deberá apoyarse "en la certificación de tres médicos por lo menos, preferentemente alienistas del Servicio Médico Legal, (en realidad forense) o de instituciones médicas oficiales. Una vez que la sentencia dictada en el juicio ordinario, haya adquirido firmeza, se procederá a nombrar y discernir el cargo de tutor definitivo. El procedimiento de jurisdicción voluntaria trae consigo una privación de derechos sin previo juicio en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento."⁶⁶

⁶⁶ Ovalle Fabela, José. *Derecho Procesal Civil*. Harla Harper & Row Latinoamericana. 375, 376.

La Corte especialmente se ocupa de la pericia médico-forense psiquiátrica, en los términos de la jurisprudencia a continuación invocada, mismo que establecen la forma en que se deberá apreciar la prueba en los casos de incapacidad:

"INCAPACIDAD, PRUEBAS DE LA. El certificado de un médico, expedido a solicitud del mismo interesado, no puede probar, por sí sólo, el estado de incapacidad."⁶⁷

"INTERDICCIÓN, PRUEBA PERICIAL EN LOS JUICIOS DE. El Artículo 905 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, en su Fracción II, precisa los medios de prueba del estado de demencia de una persona, y entre ellos, señala como requisito indispensable, la certificación de tres médicos, por lo menos preferentemente alienistas, que en la ciudad de México ser del servicio médico legal, y en el resto del distrito los que atienden manicomios oficiales. Ahora bien, esta disposición debe interpretarse en el sentido no de que simplemente sea necesaria la prueba pericial, sujeta a la apreciación del juez, en los términos del Artículo 419 del código citado, sino en el de que no podrá tenerse por demostrado el estado de demencia, sin el dictamen que lo declare, suscrito por tres médicos legistas; y esta modificación que hace la ley a las reglas generales sobre apreciación de la prueba pericial, encuentra su explicación en la necesidad de rodear de seguridad a quien se sujeta a un procedimiento de interdicción, dada la gran trascendencia de una resolución que priva a un individuo de capacidad jurídica."⁶⁸

La incapacidad o interdicción declarada judicialmente, termina con la muerte del incapacitado o por sentencia definitiva pronunciada en juicio en el que se demuestre que dejaron de existir las razones por las que se declaró la interdicción.

Para puntualizar este tema, citamos la crítica que hace Magallón Ibarra, respecto a la técnica legislativa de ésta institución: "Finalmente, encontramos la supuesta fase normativa del *estado de interdicción* y al llegar a este punto culminante de toda la materia de la incapacidad, vemos que el legislador civil no elabora ninguna declaración al respecto; ni especifica algún precepto que reconozca la situación, estado o condición de los sujetos de interdicción, limitándose a disponer la anulación de los actos de administración así como los contratos

⁶⁷ Amparo En Revisión. Guerrero Pablo, 24 de agosto de 1931. Mayoría de 3 Votos. Tomo XXXII, Primera Parte, P.g. 2049. Quinta Epoca Instancia; Tercera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: XXXII Página: 2049

⁶⁸ Amparo Civil-En Revisión. 8640/42. Barragán M. Paz, 22 De Septiembre De 1943. Unanimidad De 4 Votos. Tomo LXXVII, P.g. 6644. Quinta Epoca Instancia; Tercera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: XLVII Página: 250

celebrados por los incapacitados sin la autorización del tutor; abandonando esta materia básica por su indispensable y fundamental contenido, a las consecuencias de invalidez así como su canalización procesal -sea como acción o excepción- al plazo para ejercitarlas; permitiendo -a la vez- que esta abstención metódica de tan alta envergadura, sea atenuada como acto inicial, de jurisdicción voluntaria, en la que quedan comprendidos aquellos hechos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, sin que esté promovida ni promueva cuestión litigiosa alguna entre partes determinadas; privándosele así al procedimiento en que va a reconocer y declarar en su caso la incapacidad, de la jerarquía que este máximo atributo requiere. Sin embargo el legislador adjetivo se arrepintió por que ordenó que la incapacidad por demencia se substancie con las formalidades del juicio ordinario."⁶⁹

⁶⁹ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *ob. cit.* Tomo II. p.48.

CAPITULO SEGUNDO

La actuación jurídica del menor

I. La necesaria representación del menor para su actuación en el mundo del Derecho

De lo expuesto en el capítulo anterior en relación a la incapacidad, se desprende que el menor requiere de un tutor legal para sus negocios judiciales. Por otra parte, para la realización de cualquier acto jurídico, es esencial la manifestación de voluntad. La ley considera que un menor no está capacitado para actuar por sí mismo, por lo que es necesario que otra lo haga en su nombre, es decir, lo represente en la celebración del acto.

- La institución de la representación, puede definirse^a como la facultad que tiene una persona de actuar, obligar y decidir en nombre o por cuenta de otra. Es una institución jurídica muy antigua, su utilidad está fuera de duda, pues permite actuar a una persona, simultáneamente y en lugares distintos, produciendo el milagro jurídico de la multiplicidad en la unidad. A través de ella se obtiene una doble ventaja: por parte del representado se da la ubicuidad por la utilización de la habilidad ajena para los propios negocios; y por parte del representante, en caso de representación legal, se tiene la posibilidad de activar la capacidad legal de ejercicio de quien la tiene limitada. La representación normalmente se estudia dentro del derecho privado, concretamente dentro de los negocios jurídicos, cuando en realidad es más amplia ya que se extiende en el Derecho Privado, a la familia, sucesiones, concurso y demás; en el Derecho Público; en el Derecho Procesal; Administrativo, etcétera.⁷⁹

En cuanto a las diversas clasificaciones que hace la doctrina de esta institución, citamos las siguientes: *La representación legal*, también llamada *necesaria o forzosa* y *voluntaria o convencional*. Cuando se trata de representar a un incapaz o ausente, como es el caso del tutor del incapacitado o el representante legal de un ausente, se está ante la *representación legal, necesaria o forzosa*. Cuando por un acto de voluntad, a través de un contrato (mandato) se confiere la representación a otra persona, se está ante la *representación voluntaria o convencional*.

La representación legal de algunos incapaces en determinados actos es una simple asistencia que completa o integra la capacidad, pues en estos casos se

⁷⁹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Derecho Notarial*. Editorial Porrúa.

integran dos voluntades: la del menor incapaz y la de su representante, para que el acto sea válido. Tal es el caso el matrimonio del menor y el reconocimiento de hijos; asimismo los menores emancipados requieren del tutor para sus asuntos judiciales.⁷¹

Otra clasificación, es la de la *representación directa e indirecta*. Estamos ante un caso de representación directa cuando el representante solo esta legitimado para actuar "en nombre" y "por cuenta" del representado, mientras que es indirecta cuando el representante solo esta legitimado para actuar por cuenta del representado pero no en su nombre, por lo que actúa en nombre propio (del representante).⁷²

Para ahondar en el tema de la representación y la asistencia, citamos la siguiente explicación: "La noción de incapacidad de ejercicio y la serie de incapacidades que de ella derivan, colocan al legislador frente al siguiente problema: ¿A qué organización debe recurrirse para permitir a la persona que se encuentra afectada por una incapacidad de ejercicio, que haga valer los derechos que recibe en virtud de su capacidad de goce? El legislador se ha aprovechado de dos nociones: *la representación y la asistencia que adapta a cada caso particular*. En efecto, según la causa de incapacidad y su grado, al incapaz se le deja aparte y quien obrará en su nombre será un organismo u otra persona (representación) o por el contrario, el incapaz podrá *obrar por sí mismo* pero con la colaboración y bajo el control de un organismo o de una persona (asistencia). [La institución de la representación funciona cuando la persona es un incapaz que está afectado en su inteligencia o cuando por ser muy joven, no tiene el discernimiento necesario] En los otros casos de incapacidad se recurre a la asistencia. Tenemos así dos categorías de instituciones en provecho de los incapaces: unas se basan en la idea de la representación, las otras en la asistencia."⁷³

En lo que toca respecto a la naturaleza de la representación derivada de la patria potestad, se expone lo siguiente:

"Los menores de edad necesitan en la vida jurídica la asistencia de otras personas. Es natural que su representación se confiera en primer lugar, a su padres. Para éstos, el representar a los hijos constituye, como las demás funciones de la patria potestad, un derecho y un deber.

[Por la propia naturaleza de la institución, y tomando en cuenta que se deriva de la procreación, es natural que corresponda los padres en primer término, en sustitución de ellos a los abuelos paternos o maternos. Es *legal* en el sentido que su causa es la ley, a diferencia del mandato que se origine del contrato. De acuerdo con ésta, el menor es representado por quienes ejercen la patria potestad. Es *necesaria*,

⁷¹ Baqueiro Rojas, Edgard. "Derecho Civil, Introducción y Personas". Editorial Harla, México, p.87.

⁷² Torralba, Vicente. *Derecho Civil*. Volumen I. EHB, Barcelona, 1995, p.189.

⁷³ Bonetase, Julián. Citado por Rosina Villegas, *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Porrúa, México, 1983. Tomo I, p. 169.

pues los padres son los representantes necesarios de los hijos, lo que implica que no pueden declinar la representación conferida legalmente. No pueden renunciar a la patria potestad y, consecuentemente, no pueden renunciar a la representación. Es *universal*, porque comprende todas las relaciones jurídicas que los menores tengan como sujetos de derecho. Se refiere a sus personas, bienes y derechos.⁷⁴

✓ De conformidad a lo anteriormente expuesto, el artículo 23 del Código Civil, dispone que los incapaces pueden ejercer sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes, sin embargo, el menor de edad, puede administrar por si mismo lo bienes que adquiera por su trabajo, según los artículos 428 y 429 del mismo ordenamiento. El artículo 425 establece que "Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de éste Código." El menor emancipado por efecto del matrimonio, requiere de la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces y de un tutor para negocios judiciales, según el artículo 643 del propio código.

✓ En el caso específico de nuestra legislación, diversas disposiciones regulan la actuación jurídica del menor de manera casuística, refiriéndose a hipótesis que tienen trascendencia jurídica. Explica Galindo Garfías que a pesar de que el menor de edad no tiene capacidad de ejercicio, hay ciertos actos que puede realizar por si mismo, antes de llegar a la mayoría de edad, a saber:

- a) Puede contraer matrimonio cuando haya cumplido catorce años si es mujer y dieciséis años si es varón; no obstante, necesita el consentimiento de quienes ejercen sobre él la patria potestad. A falta de esas personas, el consentimiento del tutor, y a falta de éste último, el juez de lo familiar de la residencia del menor, suplirá el consentimiento (artículos 148 a 150 del Código Civil).
- b) El menor de edad, esta capacitado para solicitar de la autoridad administrativa de su domicilio, la suplencia del consentimiento para contraer matrimonio (en el Distrito Federal, el del Jefe del Departamento Central) cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el que hubieren otorgado (artículo 150 del Código Civil).
- c) El menor de edad que ha cumplido dieciséis años, tiene capacidad para hacer testamento (artículo 1306 fracción I del Código Civil).

⁷⁴ Chávez Ascencio, Manuel F. *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*. Editorial Porrúa, México 1992, p. 323.

- d) Puede, si ha cumplido dieciséis años, designar en su testamento, un tutor o sus herederos, si éstos son menores de edad o incapacitados (artículo 1306 fracción I del Código Civil). 7
- e) Tiene capacidad para administrar por sí mismo, los bienes que adquiera por su trabajo (artículo 429 del Código Civil). 7
- f) Puede pedir la declaración de su estado de minoridad (artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles).
- g) Puede designar su propio tutor dativo y al curador, si ha cumplido dieciséis años. El juez de lo familiar, confirmará la decisión, si no tiene justa causa para reprobala. (artículos 496 y 624 fracción I del Código Civil). 7
- h) Si se encuentra sujeto a tutela, podrá elegir carrera u oficio (artículo 540 del Código Civil). 7
- i) Tiene capacidad para intervenir en la redacción del inventario, que debe presentar su tutor, si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años. (artículo 537 fracción III del Código Civil).
- j) Asimismo si se encuentra en el mismo caso, deberá ser consultado por el tutor, para los actos importantes de la administración de sus bienes (artículo 537 fracción IV del Código Civil).
- k) Puede válidamente reconocer a sus hijos, asistidos de quienes ejercen la patria potestad o de su tutor (artículos 361 y 362 del Código Civil).
- l) Si ha cumplido catorce años, no puede ser adoptado, sin su consentimiento (artículo 397 del Código Civil).
- m) Los mayores de dieciséis años, están capacitados para ser sujetos de la relación de trabajo. Los menores de catorce años necesitan del consentimiento de su padre o tutor, del sindicato al que pertenecen, del inspector del trabajo o de la autoridad política (artículo 23 de la Ley Federal de Trabajo).

A pesar de que conforme al artículo 647 del Código Civil, el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes, no puede adoptar antes de haber cumplido veinticinco años (artículo 390 del código Civil).

De lo expuesto con anterioridad, podemos concluir que el menor de edad, antes de cumplir catorce años, no tiene ninguna manera de capacidad de ejercicio, exceptuando el caso en que se ha obtenido la dispensa para contraer matrimonio y el de algunas leyes especiales (artículo 158 de la Ley Sobre Contrato de Seguro). Al

alcanzar la edad de catorce años, el menor puede celebrar por sí mismo, aquéllos actos que de manera expresa permite la ley y que se menciona en el elenco que se ha presentado en párrafos anteriores.⁷⁵

✓ Para puntualizar lo anterior, nos parece oportuno retomar la importancia de la capacidad para la realización del acto jurídico. Según lo ya expuesto en el capítulo anterior en relación a la incapacidad del menor, el contrato puede ser invalidado por incapacidad legal de las partes o de una de ellas (artículo 1795); la nulidad por causa de incapacidad sólo puede invocarse por el propio incapaz, (artículo 2230). Es de concluirse la capacidad de los contratantes como condición para la validez del acto jurídico. En este orden de ideas, destaca lo dispuesto por el artículo 2392, el cual analizaremos a continuación.

1. Caso excepcional del artículo 2392 del Código Civil para el Distrito Federal

El artículo 2392 del Código Civil que pertenece al capítulo del mutuo simple establece: "No se declararán nulas las deudas contraídas por el menor para proporcionarse los alimentos que necesite cuando su representante legítimo se encuentre ausente."

En comentario a este artículo, se expone lo siguiente: "Este precepto consagra una excepción a las normas sobre nulidades. La falta de capacidad provoca la nulidad relativa o anulabilidad del contrato, (artículo 2233 del mismo ordenamiento) principio éste que queda excluido en el caso del mutuo.

Con fundamento similar al de las obligaciones naturales, esta norma crea una obligación imperativa: pagar las deudas contraídas por un menor para un fin alimentario específico.

Debe hacerse la observación de que el tutor no puede tomar dinero en préstamo en nombre y por cuenta del menor o incapacitado que este bajo su tutela. Por ausencia del representante legítimo debe entenderse la no presencia de dicho representante en el lugar de residencia del menor o incapacitado."⁷⁶

Cabe destacar que, que en razón al artículo 2392, el menor se encuentra facultado para obligar válidamente al acreedor alimentario, a pesar de lo establecido en el numeral 1798 del propio Código: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley". Evidentemente el legislador procuró esta excepción a las nulidades, con el objeto de proporcionar al menor un medio, a

⁷⁵ Galindo Garfias, Ignacio, ob. cit. p.p.395, 396.

⁷⁶ Galindo Garfias, Ignacio y Carreras *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Comentado.* Tomo V p.96.

efecto de satisfacer la urgente necesidad de alimentos, pues de otra forma, nadie le fiaría al menor, al no existir quien reconozca el adeudo.

2. La capacidad del menor frente al matrimonio

Al exponer los elementos esenciales y de validez del matrimonio, Rojina Villegas aplica la doctrina general relativa al acto jurídico, pues su especial naturaleza no impiden que en su celebración se tomen en cuenta las disposiciones generales que en el Código Civil regulan los contratos. De acuerdo con los artículos 1795, 1798, 1812 a 1834, 2225 a 2231, son elementos de validez de todo acto jurídico, los siguientes: La Capacidad; ausencia de vicios en la voluntad; licitud en el objeto, fin o condición del acto; y firma cuando la ley la requiera.⁷⁷

Para la celebración del matrimonio, la ley exige que los contrayentes se encuentren en posibilidad intelectual y física para celebrarlo, y para realizar los fines propios de la institución. Se requiere que quienes van a contraer matrimonio, hayan alcanzado un desarrollo orgánico para realizar la cópula carnal; es decir que tengan edad núbil. Además que se disfrute de suficiente discernimiento, para cumplir debidamente las finalidades de la institución.

El matrimonio ha de realizarse entre un varón y una mujer púberes. La edad de la pubertad varía según las condiciones de raza, clima, medio geográfico, etc. De acuerdo con los datos de la experiencia, en nuestro medio social, se presume que la pubertad se alcanza respectivamente, en el hombre a los 16 años y en la mujer a los 14 años. La capacidad para contraer matrimonio es distinta en otras legislaciones.)

Sin embargo la posibilidad física para realizar la cópula carnal, no autoriza a presumir la suficiente capacidad intelectual para discernir en forma plena las consecuencias del acto que se pretende celebrar. Es preciso que quienes ejercen la patria potestad sobre el menor que pretende contraer matrimonio, el tutor en su defecto el Juez de lo Familiar, presten su asistencia al menor de edad, otorgando su consentimiento para la celebración del acto"⁷⁸

Subrayamos que el autor se refiere a la asistencia y no a la representación legal. "Es asistencia cuando el incapaz actúa bajo el control o con la colaboración de otra persona."⁷⁹ En el caso específico del matrimonio del menor de edad, el contrayente actúa con la colaboración de otra persona según lo antes expuesto, ya sea por quien ejerce la patria potestad, su tutor, o por la suplencia de dicha autorización. Es decir, a diferencia de la celebración de cualquier otro contrato

⁷⁷ Rojina Villegas, Rafael. ob. cit. p.289.

⁷⁸ Galindo Garfias, Ignacio. ob. cit. p. 493.

⁷⁹ Perez Fernández del Castillo Bemanrdo. ob. cit. p. 247.

otorgado por un menor a través de su representante legal, y no obstante su menor edad, en el caso del matrimonio quien manifiesta su voluntad es el menor, en un acto de trascendencia superior a la de cualquier otro acto jurídico, pues sus efectos no recaen exclusivamente entre los contrayentes, sino en su descendencia y en la sociedad.

Esta cuestión en relación a la capacidad también se aprecia en la celebración de las capitulaciones matrimoniales. En principio, la capacidad para celebrar las capitulaciones es genérica; luego en consagración al viejo principio "Habilis ad nuptias habilis ad pacto nuptialia"; aunque sin llegar a todas sus consecuencias, nuestro legislador dispuso en el numeral 181 del Código Civil que "El menor que con arreglo a la ley pueda contraer matrimonio, puede también otorgar capitulaciones, las cuáles también serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio".

Según lo expuesto en el subíndice anterior, a pesar de que el menor carece de capacidad de ejercicio, de manera casuística el artículo 148 del Código Civil establece: "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 causa graves y justificadas."

El artículo 149 del Código Civil, a su vez complementa: "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."

Ampliando estas ideas al matrimonio, tenemos que distinguir entre la capacidad de ejercicio y la capacidad de goce para celebrar dicho acto. Tienen capacidad de goce los que han llegado a edad núbil, o sea en nuestro Derecho dieciséis años para el hombre y catorce para la mujer. Los menores de edad carecen de capacidad de goce para celebrar el matrimonio, es decir, hay un obstáculo insuperable que la propia ley reconoce para que se pueda válidamente celebrar el citado acto. Sólo se exceptúa el matrimonio celebrado por menores de dicha edad, cuando haya habido hijos, o cuando sin haberlos habido el menor hubiera llegado a los veintiún años (hoy dieciocho) y ni él otro cónyuge hubieran intentado la nulidad (artículo 237 del Código Civil). Además se requiere no padecer locura ni otras enfermedades que se indican en las fracciones VIII y IX del artículo 156.⁸⁰

⁸⁰ Chávez Ascencio, Manuel F. ob. cit. p. 105.

Al estudiar los deberes y derechos derivados de la patria potestad, Chávez Asencio expone en relación al matrimonio del menor: "También en relación al matrimonio de los menores existen deberes y facultades recíprocas. Por parte de los que ejerzan la patria potestad, está el deber de otorgar el consentimiento, si no existe objeción fundada para que los menores hijos, al alcanzar la edad núbil, puedan contraer matrimonio, lo que se requiere en los términos del Código Civil. Tienen los que ejercen la patria potestad, consecuentemente, la facultad de negar el consentimiento, si tiene fundadas razones para ello. Los menores de edad tienen el derecho de obtener el consentimiento de sus padres, y en su caso que lo nieguen o revoquen, pueden acudir ante el Jefe del Departamento del Distrito Federal o los delegados para suplirlos (artículo 151 del Código Civil); pero también tienen el deber de atender la decisión y el consejo de los padres en relación al matrimonio que pretenden contraer."⁸¹

✓ II. La representación legal del menor mediante el ejercicio de la patria potestad.

I. Concepto de patria potestad.

la representación

"Las Instituciones para proteger al incapaz, sea éste por edad o por condicionés físicas y psíquicas, tienen una doble finalidad que es *proteger* la persona y los intereses del incapaz, y *representarlo*, o sea, actuar en su nombre ya sea en juicio, ya sea en otros campos del derecho, o inclusive fuera de sus relaciones jurídicas. Las instituciones de protección del incapaz son en nuestro derecho civil moderno, la patria potestad, (*es el conjunto de facultades jurídicas necesarias para el servicio que deben realizar los padres a favor de sus hijos con el objeto de cumplir con su obligación natural de criarlos y de educarlos*) y la tutela."⁸²

"En la antigüedad, el padre llegó a detentar derechos absolutos sobre el hijo, hasta el extremo de la vida y muerte y con poder que muchas veces, subsistía cualquiera que fuera la edad de aquél. Con el transcurso del tiempo este sistema absoluto se fue atenuando, el poder del padre fue transformándose en un conjunto de derechos y deberes durante la minoridad del hijo, y el Estado fue tomando intervención en la institución, controlando aquéllos derechos y deberes a través de organismos oficiales y con la posibilidad de aplicar distintas sanciones en caso de incumplimiento de los padres, sin que esto implique inmiscuirse en la vida íntima

⁸¹ Chávez Asencio, Manuel F. *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas paterno Filiales*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1992.p.314.

⁸² Pacheco Escobedo, Alberto, ob. cit. p.145.

de la familia, pues el ejercicio de los derechos fundamentales de crianza, asistencia y educación sigue siendo privativo de los progenitores”⁸³

En razón a que la mayoría de las definiciones de patria potestad se refieren a una institución, estimamos necesario apuntar lo que es una institución jurídica. Villoro Toranzo explica que se trata de un esquema complejo que comprende varios conceptos y varios principios valorativos, cuyos esquemas menores están estructurados en una visión de conjunto que versa sobre un mismo tema, que les da unidad y sentido por tener como fin la realización de determinados valores en un campo determinado.⁸⁴ En el caso de la patria potestad, es claro que los fines a realizar comprenden el valor máximo que significa la protección jurídica a la familia, y sobretodo, al menor.

Explica Castán Vázquez: “Se viene señalando en la doctrina, hace tiempo, que el nombre de la institución - “patria potestad”- no responde ya al contenido de la misma. El término parece traducir, en efecto, las ideas de poder (*potestad*) atribuido al padre (*patria*). Y en el instituto de la patria potestad, como observa Dekkers, se ve hoy, más que un poder, una protección que; por otra parte, no es específicamente paternal, puesto que incumbe a los dos esposos, y aún en la madre sólo en defecto del padre. Entendemos por patria potestad *el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole.*”⁸⁵ En relación a ésta definición apuntamos que, nuestra legislación contempla, ulterior a la emancipación, deberes de protección respecto del menor y sus bienes, es decir, la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces, y sobretodo, la necesidad de un tutor para negocios judiciales, contemplados en el artículo 643 de nuestro Código Civil. Por tanto podemos concluir, que en nuestra legislación, subsisten deberes de protección respecto del patrimonio del menor, en un afán de protección, a pesar de que haya ocurrido la emancipación.

De la doctrina italiana, tomamos la definición que de esta institución hace Messineo. “La patria potestad es un conjunto de poderes en los cuáles se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores, de proteger, de educar, de instruir al menor de edad y de cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a la falta de madurez psíquica y de su consiguiente incapacidad de obrar.”⁸⁶

⁸³ Yungano, Arturo R. *Curso de Derecho Civil y Derecho Económico*. Ediciones Macchi. Buenos Aires. p.p. 362, 363.

⁸⁴ Villoro Toranzo, Miguel. ob. cit. p.244

⁸⁵ Castán Vázquez, José María. *La patria potestad*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1960. p.p. 5, 9, 10.

⁸⁶ Messineo, Francesco. ob. cit. Tomo III, p. 136.

✓ Por su parte, Julien Bonnecase define: "Es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores considerados tanto en sus personas, como en sus patrimonios."⁸⁷ Destaca esta definición, toda vez que el autor contempla a qué sujetos les correspondería ejercerla.

✓ Planiol afirma: "La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades, que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales." y añade el autor, "sólo existe la patria potestad porque hay obligaciones numerosas a cargo del padre y de la madre, las cuáles se resumen en una sola frase: la educación del hijo."

Eduardo A. Zannoni, la define a su vez la patria potestad: "Facultades otorgadas a las personas como medio de protección de intereses legítimos determinados por las relaciones jurídicas familiares", tomando en cuenta para su explicación, varios factores de índole social. "La asistencia protección y representación jurídica de los hijos menores por sus padres determinan la adscripción de aquéllos al núcleo familiar e implican reconocer relaciones jurídicas fundadas en la autoridad paterna y materna, cuyo ejercicio tiende al cabal cumplimiento de los fines que obedece: primordialmente, la formación integral de los hijos... Por consiguiente, el niño desde que nace hasta que alcanza la plenitud de su capacidad jurídica como persona - la mayoría de edad -, queda adscripto a relaciones jurídicas de autoridad que, tradicionalmente, se contienen en la institución de la patria potestad. Pero no sólo en el ámbito familiar, como tal, se agotan éstas relaciones jurídicas de autoridad. *Coadyuva* a ellas y eventualmente las suple, el estado a través de órganos específicos. *Coadyuva* mediante la representación necesaria y promiscua del Ministerio Público. Suple la autoridad paterna o materna, mediante el ejercicio del patronato que se realiza a través de los jueces, con concurrencia de órganos administrativos."⁸⁸

Daniel Hugo D'Antonio, la define como "la institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores a los fines de lograr el pleno desarrollo y la formación integral de los hijos." Enuncia este autor, la diversas posturas que ofrece la doctrina respecto de la naturaleza jurídica de esta institución.

- a) La patria potestad concebida como poder familiar. Al comparar la patria potestad con soberanía, sostiene Cicú, que la analogía se funda sobre la común característica de ser poderes, competencias y no derechos en sentido privatístico.

⁸⁷ Bonnecase, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. Editorial José M. Cajica Jr. Torno I. México 1945. p.p. 426, 427.

⁸⁸ Zannoni, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1989. p. p. 641, 642.

- b) La patria potestad como función. Bonet Ramón sostiene que es una función, reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras sean incapaces.
- c) La patria potestad entendida como poder-función. Spota (de la doctrina argentina) entiende que los derechos subjetivos en el derecho de familia son "poderes funciones" y no meras prerrogativas individuales incausadas, siendo tales poderes- funciones amparados mientras no exista desviación de los fines sociales y éticos que los informan.
- d) La patria potestad como derecho subjetivo o derecho subjetivo familiar. Mendez Costa sostiene que quien en la inviste, goza de verdaderos derechos subjetivos para el cumplimiento del deber hacia los hijos.
- e) La patria potestad como conjunto de derechos - deberes. Highton expresa que la patria potestad es un haz de derechos y obligaciones o deberes y que parece configurarse como una suma o conjunto de derechos subjetivos interrelacionados, de manera que quien es sujeto activo de los derechos, es a la vez sujeto activo de ciertas obligaciones y deberes principales y secundarios.
- f) La patria potestad como derecho natural. Si bien es unánime el reconocimiento del origen natural de la patria potestad, en algunas precisiones de las instituciones se otorga a dicho carácter primacía tal, que pretende explicar su esencia. López de Carril sostiene que la patria potestad es un derecho natural que descansa, en último sustrato, en una posición exclusivamente biológica.

D'Antonio, concluye que ninguna de las explicaciones anteriores, encierra en sí la naturaleza de la institución, y propone tipificarla en su condición de institución protectora de la minoridad al ámbito del derecho de menores, advirtiendo que, existe una conjunción de derechos y deberes que admiten una apreciación diferenciada, en el interés del menor, comprometidos en el interés general y el bien común.⁸⁹

Para Galindo Garfias, "la patria potestad es la 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

⁸⁹ D'Antonio Daniel Hugo. *Derecho de Menores*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1994, p.p. 206 a 209.

ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil).⁹⁰ Esta definición se distingue de las anteriores, en el sentido de que trata sobre hijos habidos fuera de matrimonio, y contempla la patria potestad que surge con motivo de la adopción. Asimismo, no hace especial énfasis en las obligaciones y derechos, sino la finalidad de asistencia y protección.]

Es claro que en esta relación jurídica, predomina el deber. "en la patria potestad, la relación entre padre e hijo se apoya sobre el momento del deber: lo reconoce la doctrina cuando dice que el derecho de patria potestad se apoya sobre el deber; que el deber es la causa principal y el derecho no existe mas que en gracia del deber; que el derecho está atribuido como consecuencia a un deber jurídico preexistente; que es la idoneidad para observar las obligaciones la que constituye el verdadero fundamento de la atribución de los derechos... es interesante observar que la doctrina siempre se refiere a un derecho, pero no al derecho correspondiente al deber, esto es, a un derecho del hijo, sino por el contrario al derecho del mismo progenitor."⁹¹

[Las definiciones expuestas guardan similitud en los siguientes puntos: Se trata de una institución, cuyo origen es la filiación, que otorga a quienes la ejercen un conjunto de derechos y obligaciones cuyo objetivo es asistir y representar al menor de edad en su persona y patrimonio.]

Cabe destacar que, por lo que hace al Código Civil para el Distrito Federal, no expone una definición concreta de la institución, sin embargo establece claramente, que los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad, mientras que exista alguno de los ascendientes que deba ejercerla conforme a la ley. (artículo 412).

2.- Personas que ejercen la patria potestad. Orden prelativo para su ejercicio, que establece la ley.

Para tratar esta cuestión, es interesante abordar las reformas al Código Civil del Distrito Federal que se publicaron el 30 de diciembre de 1997, sobre la patria potestad y sobretudo del orden prelativo que para su ejercicio establece la ley. Anteriormente el artículo 414 del mismo ordenamiento, ordenaba lo siguiente:

⁹⁰ Galindo Garfias, Ignacio. ob. cit. p. 669.

⁹¹ Cicú, Antonio citado por Chávez Asencio, Manuel F. ob. cit. p. 296.

“La Patria Potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce: I.- Por el padre y la madre; II.- Por el abuelo y la abuela paternos; III.- Por el abuelo y la abuela maternos.”

Para su interpretación y aplicación, ésta disposición se enlazaba con lo que disponía el artículo 418:

“A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414, en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”

La ley no hacía diferencias en cuanto al ejercicio de la patria potestad de la madre o del padre, es decir sus derechos y obligaciones son iguales; su cumplimiento conjunto. Sin embargo, destaca el hecho de que la norma se refiere a los hijos habidos dentro del matrimonio, omitiendo el caso particular de aquéllos habidos fuera de dicha institución.

Por otra parte a pesar de la rigidez del artículo 414 en comento, respecto al orden prelativo para ejercer la patria potestad, en el cual es evidente que se prefería a los abuelos paternos sobre los maternos, se otorgó la facultad discrecional de aplicación de la norma al Juez de lo Familiar conforme a las circunstancias del caso, para determinar quienes, entre los ascendientes, se encontraba en mejor posibilidad de cumplir con los fines de la institución. En caso de que existiera igualdad de circunstancias, suponemos que el juez respetaría el orden establecido en el artículo 414. Este marco normativo era contrario a lo establecido por el artículo segundo del propio ordenamiento, según el cual la capacidad jurídica es igual para el hombre y para la mujer; en consecuencia la mujer no queda sometida por razón de su sexo a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles. Según las disposiciones anteriormente expuestas, el derecho de los abuelos a ejercer en su caso la patria potestad, dependía entonces del género de sus hijos.

La redacción actual del artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal es la siguiente:

“La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”

De lo anterior se desprende que el legislador estableció la suplencia de la patria potestad en caso de que alguno de los padres deje de ejercerla; esta

disposición se encontraba antes de la reforma del 30 de diciembre de 1997, en el artículo 416, haciendo referencia a los artículos 380 y 381 los cuales regulan la custodia de los hijos habidos fuera de matrimonio.

Asimismo se omitió un orden preexistente para el ejercicio de la patria potestad; facultando al Juzgador para que éste lo determine. En nuestra opinión, no debió tomarse en cuenta en el pasado un orden determinado para ejercer la patria potestad; en ausencia de los padres; en todo caso debería motivar el Juzgador su decisión en base a los elementos de valoración (factores como la edad, solvencia económica, educación de quien ejercerá la patria potestad), mismos que le permiten establecer que un ascendiente determinado es idóneo para ejercer la patria potestad, y cumplir sus fines.

También se eliminó del artículo 414, la referencia que se hacía sobre la patria potestad que se ejerce sobre los hijos habidos dentro del matrimonio, pues es claro que se ejerce en primer lugar por los padres, independientemente del estado civil de los mismos. Se derogó el artículo 415 que establecía que los dos progenitores que reconozcan al hijo ejercerán la patria potestad del hijo nacido fuera de matrimonio. De esta manera el legislador deja de hacer distinción entre los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio. Con anterioridad a esta reforma, se generó jurisprudencia en este sentido:

PATRIA POTESTAD, NATURALEZA DE LA.- La patria potestad no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y conformado por la ley; esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones naturales paterno-filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él.⁹²

Por otra parte, sin tomar en cuenta el factor del matrimonio, o grado de parentesco respecto del menor, el legislador hace referencia a la separación quienes ejercen la patria potestad:

Artículo 416. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá, lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las medidas previstas en el convenio o resolución judicial.”

⁹² Amparo Directo 5391/72.- Carlos Manuel Rocha Escudero.-12 de julio de 1973. Unanimidad de cuatro votos.- Ponente Ernesto Solís López. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 55, Cuarta Parte, Julio 1973, Tercera Sala, Pag. 47

Del artículo anteriormente transcrito, queda expuesta la regulación de la guarda y custodia en caso de separación de los que ejercen la patria potestad, consagrando la obligación de quien no goce la custodia, de colaborar en su alimentación, vigilancia y convivencia. Cabe destacar que, en todo caso la ley procura que sean dos personas quienes ejerzan la patria potestad. El artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, del cual hace referencia el artículo en comento, y que con anterioridad no se relacionaba, a su vez establece lo siguiente:

“Las resoluciones dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva. Las resoluciones firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente.”

Es claro que debido a que las circunstancias de cada caso concreto pueden modificarse después de que se dicte sentencia, que resuelva sobre la patria potestad, pues esta no puede tener el carácter de definitiva.

El artículo 417, que con anterioridad hacía referencia al ejercicio de la patria potestad del hijo nacido fuera de matrimonio, regula actualmente de la siguiente manera:

“Artículo 417. Los que ejercen la patria potestad, aún cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención del interés superior del menor. Solo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.”

Esta disposición contempla varios supuestos: El caso de separación de quienes ejercen la patria potestad y su derecho de convivencia con el menor a pesar de dicha circunstancia; el derecho de sostener relación entre el menor y sus parientes; el derecho de petición ante el juez de lo familiar a resolver en caso de oposición, y por último, los casos en que se limita o pierde el derecho de convivencia con el menor, respecto de quienes ejercen la patria potestad. Subrayamos la importancia de este artículo, en razón a que en la vida diaria, la

convivencia del menor con sus padres o parientes se ve mermada por conflictos entre los mismos.

Sobre esta cuestión comenta Bejarano Sánchez. "Es lamentable advertir que los padres en conflicto manejan frecuentemente la posesión de los hijos menores como instrumento de chantaje, agresión o venganza. Los litigios de custodia de infantes están matizados a menudo por móviles ajenos al bienestar de éstos."⁹³

Las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, introducen nuevos supuestos, respecto de quien tenga la custodia del menor. Consideramos lo anterior de suma importancia, pues en la vida diaria, por diversas circunstancias, pueden contar con la custodia, personas distintas a quienes deben ejercer la patria potestad, sin embargo la ley hace referencia a los parientes:

El artículo 418 establece: "Las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor. Quien conserva la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia.

La anterior custodia podrá terminar, por decisión del pariente que la realiza, por quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial."

Estas son algunas de las reformas que al capítulo primero de la patria potestad hizo recientemente el legislador. En ellas se observan los principios expuestos en las definiciones que los autores consultados nos dan; la obligación de los padres o en su caso de los ascendentes de cumplir con los objetivos de esta institución, como son la protección física al menor, el sostenimiento por ambos padres independientemente de la relación que éstos guarden entre sí, la educación al menor a través del ejemplo, la convivencia y la vigilancia del estado del cumplimiento de éstas obligaciones. Se observa en las reformas, un énfasis en la protección al menor por situaciones irregulares en la familia, pues es necesario que en su regulación se contemplen, toda vez que éstas son, desgraciadamente, cada día más frecuentes en el núcleo familiar.

3.-Efectos de la patria potestad sobre la persona y sobre los bienes del menor sujeto a ella.

La patria potestad comprende dos tipos diferentes de facultades que podríamos agrupar en poderes sobre la persona del menor, y poderes sobre el patrimonio del menor. Así lo establece el artículo 413 del Código Civil para el Distrito Federal:

⁹³ Bejarano y Sánchez, Manuel. *La Controversia del Orden Familiar, Tesis Discrepantes*. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

“ La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.”

Los atributos de la patria potestad relativos a la apersona del menor se reúnen en conjunto de derechos y deberes de los que ejercen la patria potestad; sin embargo, no es exclusivamente entre los padres y los hijos, sino que existe una creciente intervención del Estado.⁹⁴

Según Alberto Pacheco, podríamos sintetizar los poderes personales sobre el hijo en los siguientes cuatro rubros: custodiar, criar, educar y dar profesión.⁹⁵

La ley y la jurisprudencia mexicana mencionan de manera aunada los conceptos de guarda y custodia. El Diccionario Jurídico Mexicano, explica que las palabras “guardar” y “custodiar” proceden, respectivamente, del germanesco *wardon* que significa cuidar, y del latín *custos* derivado de *curtos*, forma agente del verbo *curare*, que también significa cuidar. Por “guarda de los hijos” se entiende, en lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia.⁹⁶

Según Galindo Garfias, el derecho de guarda y custodia o derecho de *vigilancia* de la conducta del menor de edad sujeto a patria potestad, se vincula a la vez con el deber de educación y con la obligación (y el derecho) del hijo de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad está sometido.⁹⁷ Planiol entiende que la guarda de un hijo, es el derecho de que habite en la casa de los padres.⁹⁸

Continuando con lo expuesto con Pacheco, y en coherencia con lo expuesto con anterioridad, en lo que se refiere a la custodia, para ayudar a cumplir con este deber, el Código Civil otorga a quienes la ejercen, el derecho de que los menores vivan en su domicilio. El artículo 421 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone: “Mientras estuviere en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.” En su aspecto negativo, el deber de custodiar puede implicar responsabilidad civil para los padres, pues quienes ejercen la patria potestad deben responder de los daños y perjuicios de los menores bajo su custodia. Esta responsabilidad podrá trasladarse a directores de

⁹⁴ Sánchez Cordero Avila, Jorge A. *Derecho Civil*. Unam, México, 1983, p.p. 125.

⁹⁵ Pacheco Ezeobedo, Alberto. Op. Cit. p. 149

⁹⁶ Lagunes Pérez, Iván, et. al. Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987, p. 1555.

⁹⁷ Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. p. 681

⁹⁸ Planiol, Marcel. Op. Cit. p. 262

colegios o talleres para el caso de que los daños y perjuicios los hubiera realizado el menor encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de esas personas. (artículo 1920 y 1921 del Código Civil para el Distrito Federal).

El deber de custodiar a los menores, debe enfocarse para que el mismo no se perjudique, para que terceras personas no le perjudiquen, o para que el menor no ejerza acto dañino contra terceros.

En lo que se refiere a la crianza, el artículo 422 del Código Civil para el Distrito Federal, reformado en enero de 1997, hace énfasis en la educación del menor. Faculta a las autoridades que deberán intervenir en caso contrario, y cabe destacar que aquí la reforma sólo introduce las palabras "o a cualquier autoridad administrativa", quedando como sigue:

"A las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia, incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisaran al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda."

El siguiente artículo, establece en su primer párrafo la facultad de quienes ejercen la patria potestad, a corregir al menor y la obligación de observar una buena conducta como ejemplo; aquí la reforma es en su segundo párrafo, el texto anterior, establecía lo siguiente: "Las autoridades en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente"

Actualmente el artículo dispone lo siguiente:

"Artículo 423.- "Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de guardar una conducta que sirva a éstos de ejemplo.

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 de este Código."

En el Código Civil no se establece el contenido y alcances de la educación. Estimo que debe precisarse el término de educación para reservar a la escuela el término instrucción. Educar significa "dirigir, encaminar, doctrinar (...) desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios, ejemplos, etc." Es decir, se comprende la formación física y espiritual del educando. El Código Civil en su artículo 422 dice que a las personas

“que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente”. ¿Qué se entiende por conveniente? Que debe darse la educación, según el sexo, según la vocación; comprende la educación física, moral y religiosa y deben tomarse en cuenta las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.⁹⁹

Por otra parte, el artículo 303 del Código Civil para el Distrito Federal establece a los padres como primeros obligados a dar alimentos a sus hijos: “Los alimentos comprenden no solamente la comida, la habitación, el vestido y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.”

Los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo, comprenden tanto la representación legal de los que ejercen la patria potestad, como la administración legal de los bienes que le pertenecen. Así lo establece el artículo 425 del Código Civil. La representación legal se entiende en el sentido de que el menor de edad no puede comparecer por sí en juicio, ni contraer obligación alguna (artículo 424 del Código Civil). Es la persona que ejerce la patria potestad quien lo representará, aunque sujeto a ciertos controles, ya que no podrá celebrar ningún arreglo si no es con el consentimiento de su consorte y con la autoridad judicial cuando así la ley lo requiera expresamente (artículo 427 del Código Civil). Los actos de administración están sujetos a reglas precisas, mismas que deberán observar escrupulosamente quienes ejercen la patria potestad; siendo las normas de derecho familiar de interés público, son en consecuencia de aplicación estricta, por lo que deberá estarse a la interpretación gramatical de las mismas. (artículo 437 del Código Civil).

La administración de los bienes da derecho a usar y a gozar de los bienes que los hijos hayan adquirido por cualquier título diverso a su trabajo, y en nuestro derecho se estudiará bajo la forma de un derecho de usufructo temporal. La idea de este usufructo consiste en considerarlo como un contrapartida a la “carga” que representa la administración. (Artículos 430 y 438 del Código Civil). La titularidad de este derecho corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad. Ese usufructo temporal conoce de su extinción por diversos motivos: emancipación, pérdida de la patria potestad y renuncia. (artículo 438 del Código Civil).

El derecho que da ese usufructo se circunscribe a un cincuenta por ciento y sólo de los bienes que el hijo haya adquirido por título diverso a su trabajo (de éstos últimos se le considera al menor como emancipado), con la restricción que establece

⁹⁹ Chávez Asencio, Manuel F. Ob. Cit. p. 309

la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces. El goce de este derecho de usufructo se encuentra sujeto a las reglas generales que el Código Civil establece para el derecho real de usufructo, pero establece algunas disposiciones particulares, por ejemplo, en cuanto a la caución, (artículo 434 del Código Civil), importantes algunas de ellas por lo que respecta a las cargas: preferentemente los frutos del usufructo deberán aplicarse al pago de los alimentos, (artículo 319 del Código Civil). Estas cargas son las que le dan un sentido correcto al uso y goce de los bienes de los hijos, es decir, un sentido familiar y no como la contraprestación de una obligación que haría de la patria potestad un derecho lucrativo.¹⁰⁰

4. Terminación, pérdida y suspensión de la patria potestad. La excusa de su ejercicio.

Nuevamente encontramos que el Código Civil ha sido modificado, en alguno párrafos del Capítulo Tercero del Título Octavo: "De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad." En las reformas encontramos un nuevo concepto relacionados con este tema, la violencia familiar. A continuación haremos una breve enumeración de las reformas que aparecieron el pasado 30 de diciembre de 1997.

"Artículo 443. La patria potestad se acaba: I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en que recaiga; II.- Con la emancipación derivada del matrimonio; III.- Por la mayor edad del hijo."

El artículo 444 del Código Civil, fue modificado únicamente en su fracción primera, que establecía como causa de la pérdida de la patria potestad, "cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o mas veces por delitos graves..." La redacción en vigor del mismo numeral, es la siguiente:

"Artículo 444. La patria potestad se pierde por resolución judicial: I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho. II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283; III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos bajo la sanción de la ley penal; IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses. V. Cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito doloso en la que la víctima sea el menor; y VI. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o mas veces por delito grave."

¹⁰⁰ Sánchez Cordero Avila, Jorge A. Ob. Cit. p. 126.

La redacción actual del artículo en comento, difiere de la anterior, en que las causales son consecuencia de una resolución judicial, adicionando como causal la que establece la pérdida de la patria potestad por la condena por la comisión de un delito doloso, en el que la víctima sea el menor. En lo que se refiere al artículo 283 del Código Civil, mencionado y relacionado en éste, también fue objeto de reformas, y su redacción en vigor es la siguiente:

“Artículo 283. La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la pérdida, considerando el interés superior de éstos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

La protección para los menores, incluirá las medidas de seguridad, seguimiento, y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.”

A propósito del artículo transcrito, nos parece importante señalar una tesis jurisprudencial en contradicción a otra, que trata sobre lo dispuesto en la fracción III del artículo 444. La misma nos permite apreciar que es el juzgador quien deberá contemplar las circunstancias de cada caso concreto, para emitir su sentencia, lo cual da un amplio margen a las partes en caso de controversia, y esto último, dificulta el establecer de manera absoluta las causas de la pérdida de la patria potestad por resolución judicial, en la práctica.

“PATRIA POTESTAD. PERDIDA DE LA MISMA EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE ALIMENTOS. En la tesis de jurisprudencia número 31/91, intitulada PATRIA POTESTAD. Se pierde si se acredita el abandono de los deberes de alguno de los padres, sin que sea necesario probar el menoscabo en la salud, seguridad y valores del menor se produzcan en la realidad, pero deben existir razones que permitan estimar que puedan producirse. (artículo 444 fracción III del Código Civil para el Distrito Federal) ésta Sala sentó el criterio de que tal disposición no requiere como condición para la pérdida de la patria potestad, la realización efectiva el daño a la salud, a la seguridad y moralidad de los hijos sino la posibilidad de que así aconteciera. Ahora bien, dicho criterio debe complementarse con el de que tratándose de controversias en el que se demande la pérdida de la patria potestad con el motivo del abandono del deber de alimentos, los jueces conforme a su prudente arbitrio deben ponderar si aún probado el incumplimiento de tal deber, sus efectos pueden o no comprometer, según las circunstancias de cada caso, la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, sin

que la sola prueba de tal infracción haga presumir en todos los casos la consecuencia de que se pudieran comprometer los bienes en cuestión.¹⁰¹

En razón a las tesis transcritas, podemos concluir que la patria potestad puede ser modificada o terminada por resolución judicial, siempre y cuando el juzgador motive adecuadamente, tomado en cuenta el interés superior del menor. En este orden de ideas, las causales mencionadas en este capítulo son enunciativas mas no limitativas, y el juzgador siempre estará a su prudente arbitrio.

Continuando con lo dispuesto por la ley, se añadió al capítulo el artículo 444-bis, el cual establece lo siguiente: "La patria potestad podrá ser limitada cuando el que la ejerce incurra en conductas de violencia familiar previstas en el artículo 323 ter de este Código, en contra de las personas sobre las cuales se ejerza."

A su vez, el artículo 323-ter, establece: " Los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas que generen violencia familiar.

Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato."

Aquí el legislador, se concreto a limitar la patria potestad con motivo de violencia en que incurra quien la ejerce, sin embargo no estableció en qué consiste dicha limitación, suponemos que se trata de la limitación en el ejercicio del derecho de convivencia o de la custodia, sin embargo, pensamos que debió estipular en que consiste la limitación y por cuánto tiempo, del ejercicio de la patria potestad, toda vez que éstas omisiones complican la adecuada interpretación y aplicación de la ley. Entendemos que las circunstancias pueden ser múltiples, pero sería bueno establecer parámetros concretos.

El artículo 445 del mismo código, dispone que la madre o abuela que pase a segundas nupcias, no pierde por ese hecho la patria potestad, mientras que el artículo 446 establece que el nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior.

¹⁰¹ Octava Epoca: Precedente contradicción de tesis 12/93 entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, 21 de febrero de 1994, Cinco Votos, Nota: Tesis 3ª./J./94, Gaceta número 75, pag. 20; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIII-Marzo, pag. 100.

Por lo que se refiere a la suspensión de la patria potestad, el artículo 447 comprende tres causas en su fracciones: I.- Por incapacidad declarada judicialmente; Por la ausencia declarada en forma; III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

El artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal, destaca por que establece que la patria potestad no es renunciable; sin embargo establece dos excusas para su ejercicio: Cuando se tengan sesenta años cumplidos; y cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño. Estos casos llaman la atención, toda vez que, las excusas, hacen cuestionable que se considere la patria potestad como irrenunciable. En nuestra opinión, la edad no es un dato que permita suponer causa suficiente para excusarse del ejercicio de la patria potestad, si no se relaciona con un deterioro en la salud, caso previsto en la segunda fracción.

Si tomamos como criterio para la excusa, la edad reproductiva, se sabe que en el caso del varón, el cese de la capacidad reproductiva tiene unos límites muy variables y no se suele acompañar de trastornos especialmente evidentes. En el caso de la mujer, el climaterio, aparece entre los cuarenta y cinco y los cincuenta años en promedio.¹⁰² quedando por debajo de la edad estipulada en el artículo en comento. Lo anterior hace suponer que, mientras existe capacidad reproductiva desde el punto de vista biológico, debe existir capacidad (y obligación) jurídica para ejercer de manera *responsable* la patria potestad, salvo en caso de interdicción, así como los demás establecidos por la ley, y comentados con anterioridad. Creemos que el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer en su tercer párrafo el derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable, e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos, no es solamente una mera declaración de garantías individuales, sino una pauta a seguir para el legislador, a efecto de que contemple dichos principios. Consideramos que la excusa de la edad para ejercer la patria potestad, *aislada*, trae consecuencias negativas para el menor, y fomenta la irresponsabilidad de quien la invoca.

Pero las resoluciones que determinan la pérdida, la suspensión y la excusa de la patria potestad, no son solamente de carácter civil. El Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal establece en varios artículos como pena accesoria la pérdida o suspensión de la patria potestad.

Artículo 295. "Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos." Como es de apreciarse, la suspensión o pérdida de este derecho, queda al prudente arbitrio del juez.

¹⁰² Córdova, Corrado. Op. Cit. Torno I. p. 215

También fue objeto de reformas este cuerpo normativo, misma que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1997. En relación a los artículos 201 y 202 que tipifican los delitos de corrupción de menores y el empleo de menores en cantinas, tabernas y centros de vicio, (un subtipo del delito de corrupción) respectivamente, dispone en su artículo 203: "Las sanciones que señalan los artículos anteriores se duplicarán cuando el delincuente tenga parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil o habite en el mismo domicilio de la víctima, aunque no existiera parentesco alguno, así como el tutor o curador; asimismo perderá la patria potestad respecto de todos sus descendientes, el derecho a alimentos que le corresponderían por su relación con la víctima y el derecho que pudiera tener respecto a los bienes de ésta." Esta reforma, trata de ampliar el universo de los sujetos pasivos y el incremento de la pena, que anteriormente se limitaba a quienes guardaban parentesco entre sí, de la misma manera, el ofendido no sólo puede ser un menor, sino también un incapaz.

Previa a esta reforma, se contemplaba que en el caso de las penas previstas por abuso sexual y violación se aumentarán hasta en una mitad "*Si el delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste en contra de aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerce sobre la víctima.*" (fracción II del artículo 266-bis del Código Penal para el Distrito Federal).

El artículo 366-ter del Código Penal establece como penalidad a un subtipo del delito de secuestro:

"Al que con consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entregue a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le aplicará pena de prisión de dos a nueve años y de doscientos a quinientos días de multa.

La misma a que se refiere el párrafo anterior se aplicará a los que otorguen el consentimiento a que alude este numeral y al tercero que reciba al menor.

Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable al que lo entregue será de uno a tres años de prisión.

Si se acredita que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, la pena se reducirá hasta la cuarta parte de la prevista en el párrafo anterior.

Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo primero, la pena se aumentará hasta el doble de la prevista en aquél.

Además de las sanciones señaladas se privará de los derechos de la patria potestad, tutela o custodia, en su caso, a quienes teniendo el ejercicio de estos, cometan delito a que se refiere el presente artículo.”

También el artículo 376 del mismo Código establece la suspensión de los derechos de la patria potestad: “En todo caso de robo, si el juez lo creyere justo, podrá suspender al delincuente de un mes a seis años, en los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en concursos o quiebras, asesor y representante de ausentes, y en el ejercicio de cualquiera profesión de las que exijan título.”

Por su parte el numeral 335 del Código Penal en comento, establece como penalidad accesoria, la privación de la patria potestad o de la tutela, en su caso, para el tipo de abandono de personas.

Para finalizar éste inciso, habría que subrayar que la privación del ejercicio de la patria potestad es propia de la autoridad judicial y no de la administrativa. Sobre este particular, transcribimos la siguiente tesis jurisprudencial.

“PATRIA POTESTAD.- PRIVACION DE LA. Conforme a nuestra legislación, la privación del ejercicio de la patria potestad, es propia de la autoridad judicial, por lo cual, no puede un autoridad administrativa, ni bajo el pretexto de que trata de la pensión de un menor, decretar y dictar resoluciones que tiendan a privar a alguien del ejercicio de la patria potestad.”¹⁰³

III.- La representación del menor mediante al tutela.

1.- Concepto de tutela. La curatela

El Código Civil para el Distrito Federal, establece cual es el objeto de esta institución; en su artículo 449: “El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tiene incapacidad natural y legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos. La tutela también puede tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

¹⁰³ Segunda Sala. Quinta Epoca. Celia Vda. de Pacedret Margarita.B. y Coag. Pag. 2223 Torno XLV, 5 de agosto de 1935.

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

El vocablo proviene del latín *tutela*, que a la vez deriva del verbo *tueor* que significa preservar, sostener, defender, o socorrer. En consecuencia da una idea de protección. En su más amplia acepción quiere decir "el mandato que emerge de la ley determinando una potestad jurídica sobre la persona y bienes de quienes, por diversas razones, se presume hacen necesaria - en su beneficio - tal protección." En orden al derecho civil cabe restringir el concepto a los llamados incapacitados de ejercicio, bien sean menores de edad o mayores interdictados, cuando aquéllos requieren una suplencia de la patria potestad o una extensión de la misma. Es una función social que la ley impone a las personas aptas para proteger a menores de edad y a mayores incapaces, generalmente no sujetos a patria potestad, en la realización de los actos de su vida jurídica.¹⁰⁴

La tutela es un poder que imita, en gran parte a la patria potestad; en su especie más importante, la tutela de los menores, que sirve de modelo a las demás, viene a ser un subrogado de la patria potestad, puesto que solo funciona cuando esta cesa por muerte de los padres y por perder éstos la patria potestad. La tutela afecta a todas las relaciones personales y patrimoniales del incapaz.¹⁰⁵

La tutela tiene por objeto proteger y representar a los incapaces que por su edad o por sus circunstancias no lo pueden hacer por sí mismos. Cuando la tutela se ejerce sobre menores de edad, sin ninguna incapacidad, también tiene por objeto educarlos. No así cuando la tutela se ejerce sobre mayores de edad incapacitados, pues en éstos casos, con frecuencia, la educación sólo entra dentro de las finalidades de la tutela, cuando las condiciones del incapaz lo hace posible. La tutela es un cargo de interés público, al igual que la patria potestad, pero se diferencia radicalmente de ésta, en que no tiene como base el vínculo natural de la filiación. La tutela sólo tiene como fundamento, las disposiciones del derecho positivo, que por un elemental sentido de justicia, deben de proteger a los que por su misma edad, o condiciones físicas o psíquicas no lo puedan hacer por sí mismos.¹⁰⁶

La tutela que es una institución supletoria a la patria potestad, para protección de menores e interdictos, no es en sí una verdadera potestad, ya que difiere de ella notablemente, ya que en ella concurre un sistema complementario que es la curatela.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Iván Laguna Pérez. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Editoría Porrúa. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1987. p. 3187

¹⁰⁵ De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Instituto Editorial Reus. Madrid. p.255

¹⁰⁶ Pacheco Escobedo, Alberto. Ob. Cit. p. 157

¹⁰⁷ Magallón Ibarra, Jorge Mario. Ob. Cit. Tomo III. p. 540.

En nuestro derecho, el curador debe acompañar siempre a todo tipo de tutela, no ejerce otra función que la de vigilar al tutor, y en ocasiones actuando junto con éste, prestar la legitimación suficiente para realizar los actos que la ley señala. El curador actúa por sí solo, cuando debe defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, cuando exista oposición entre los intereses del tutor y los del pupilo. En todos los demás casos, su función es exclusiva de vigilancia sobre la conducta del tutor, teniendo la obligación de dar aviso al juez correspondiente de cualquier falta o extralimitación de facultades que observe en la actuación del tutor.¹⁰⁸

2. Diferentes especies de tutela. Breve referencia a cada una de ellas.

Explica Sánchez Cordero Avila que en nuestro sistema legal la tutela se encuentra conforme a dos ideas básicas: a) la tutela de menores, que es a la que está sujeto todo menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad. En este supuesto la minoría de edad se declara de plano por el juez de lo familiar, (artículos 462 del Código Civil y 903 del Código Civil) quien nombra tutor conforme a los regímenes que se exponen a continuación. La tutela en ésta hipótesis es un régimen subsidiario de la patria potestad y, b) la tutela de mayores, que es a la que se sujeta al incapaz mayor de edad, por que esté privado de inteligencia, (en cualquiera de los supuestos de la segunda fracción del artículo 450 del Código Civil). A efecto de que se le designe tutor, el incapaz debe ser declarado previamente en estado de interdicción. Este presupuesto se extiende por el tiempo que subsista la interdicción cuando sea ejercitado por los descendientes o por los ascendientes. Así, el cónyuge tendrá la obligación de desempeñar la tutela de que se trata, tiene derecho de que se les releve de ella a los diez años de ejercerla. (artículo 466 del Código Civil).¹⁰⁹

De conformidad con el artículo 461 del Código Civil, la tutela puede ser testamentaria, legítima o dativa. La *tutela testamentaria* es la que se confiere en testamento y tiene lugar cuando el ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad, aunque fuere menor, nombre tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, incluyendo al hijo póstumo. Ese nombramiento, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulterior grado. (artículos 470 y 471 del Código Civil). Existe en nuestra ley, el derecho reconocido a un extraño, para designar en su testamento, a un incapaz que no se encuentre bajo su patria potestad, no bajo la de otro y esto ocurre cuando le deje bienes, para el simple efecto de la administración de esos bienes. (artículo 473 del Código Civil).

¹⁰⁸ Pacheco Escobedo, Albeto. Ob. Cit. p.165.

¹⁰⁹ Sánchez Cordero Davila, Jorge A. Ob. Cit. p. 127.

Tutela legítima. Tiene lugar cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario, y cuando deba nombrarse tutor en caso de divorcio. La ley llama al ejercicio de la tutela, a determinadas personas para que representen al incapaz.

Respecto al llamamiento, debemos considerar dos clases de tutela; la de los menores y la de los mayores declarados incapacitados.

En cuanto se refiere a los menores, le ley llama a desempeñarla (artículo 483 del Código Civil) : I. A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas; II. Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive y si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le pareciere más apto para el cargo, pero si el menor ha cumplido dieciséis años él hará al elección.(artículo 484 del Código Civil).¹¹⁰

En relación a los expósitos o abandonados, el Código Civil fue reformado el pasado 30 de diciembre de 1997, en sus artículos 492, 493 y 494. Se definieron los términos de expósito y abandonado; se considera expósito al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a ley, están obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen. Se considerará abandonado al menor cuyo origen se conoce y se encuentre en situación de desamparo. La ley los coloca bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores.

Los responsables de las casas de asistencia, ya sean públicas o privadas donde se reciban expósitos o abandonados, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos de la institución. En éste caso no es necesario el discernimiento de cargo. Anteriormente la ley se refería a los directores de inclusos y hospicios, y no diferenciaba entre públicos o privados.

Además se adicionó con motivo de los menores que hayan sido objeto de violencia familiar, que los responsables de casas de asistencia, ya sean públicas o privadas tendrán la custodia de los mismos, en los términos previsto por las leyes y por los estatutos de la institución. En todo caso darán aviso al Ministerio Público y a quien corresponda el ejercicio de la patria potestad y no se encuentre señalado como responsable del evento de violencia familiar. Esta disposición no se encontraba contemplada antes de la reforma civil ya comentada.

En relación a los demás incapacitados, le ley contempla los distintos casos en que tiene lugar la tutela legítima y determina un orden en el llamamiento: a) El marido es el tutor legítimo y forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido (artículo 486 del Código Civil); b) Los hijos mayores de edad son tutores legítimos de su padre o madre viudos, prefiriéndose en su designación al que viva con el incapaz, y

¹¹⁰ Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit. p. 701

siendo varios, el que le parezca al juez más apto. (artículos 487 y 488 del Código Civil); c) El padre, y por muerte o incapacidad de éste, la madre, son los tutores legítimos de sus hijos, solteros o viudos, cuando ellos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, y d) A falta de las personas anteriores, son llamadas sucesivamente a desempeñar la tutela legítima, el abuelo paterno. El materno, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales (artículos 489 y 490 del Código Civil). La ley coloca, además, bajo la tutela legítima de la persona que corresponde a los hijos menores que el incapacitado tuviere bajo su patria potestad (artículo 491 del Código Civil).

La tutela dativa tiene lugar: 1º cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien corresponda desempeñar la tutela legítima, 2º cuando el tutor testamentario esté impedido de ejercerla temporalmente y no existan hermanos o colaterales dentro del cuarto grado inclusive. (artículo 495 del Código Civil).

Las notas que caracterizan la tutela dativa son las siguientes: a) Que es subsidiaria de la testamentaria y de la legítima; b) Que el tutor dativo es designado por el menor si ha cumplido dieciséis años, confirmándose esta designación por el juez de lo familiar, si no tiene justa causa para reprobarla. La designación la hace el propio juez de lo familiar, si el menor no ha cumplido esa edad (artículos 496 y 497 del Código Civil); c) Que puede recaer en cualquier persona en el caso del inciso anterior, y sólo en alguno de los que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas, en el segundo (artículos 496 y 497 del Código Civil).

El artículo 499 del Código Civil dispone que siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado.

La tutela dativa, se discierne aunque no tengan bienes los pupilos. En ese caso, tiene por objeto el cuidado y la representación de la persona del menor en actos y contratos: para que el pupilo reciba la educación que corresponda a su posibilidad económica y a sus aptitudes. El tutor será designado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor o de oficio por el juez de lo familiar (artículo 55 del Código Civil). Tienen obligación de desempeñar ese cargo, las personas que enumera el artículo 501 del propio Código: la autoridad administrativa del domicilio del menor; los profesores oficiales del lugar donde viva el menor, los miembros de las juntas de beneficencia pública o privada que reciban sueldo del Erario y los directores de establecimientos de beneficencia pública.

El *tutor interino*, como su nombre lo indica desempeñará el cargo provisionalmente y cesa en su ejercicio en el momento en que el tutor definitivo se encuentre en la posibilidad legal de asumir la tutela, por que han desaparecido las causas que impiden transitoriamente ejercer sus funciones. El nombramiento del tutor interino tiene lugar:

- a) Cuando por algún motivo faltare temporalmente el tutor testamentario o cuando el tutor de la herencia haya establecido en su testamento una condición para que el tutor la desempeñe. (artículo 480 del Código Civil).
- b) En tanto se clasifica la excusa que hay presentado el tutor definitivo, el juez de lo familiar, debe proveer a la designación de un tutor interino. (artículo 515 del Código Civil).
- c) Mientras transcurre el plazo de tres meses que se concede al tutor para otorgar la garantía de su manejo. (artículo 532 del Código Civil).
- d) Cuando el marido se encuentre en el ejercicio de la tutela legítima de su mujer incapacitada, en el juicio que ésta tenga que ejercer contra su marido, será representada por un tutor interino (artículo 518 del Código Civil).
- e) Cuando haya oposición de intereses entre alguno o algunos de los incapacitados y el tutor de éstos, el juez nombrará tutor interino, que en manera especial represente los intereses del pupilo, mientras se decide el punto de oposición. (artículo 457 del Código Civil).
- f) Tutela especial del menor emancipado.¹¹¹

3. Efectos de la tutela sobre la persona y sobre los bienes del menor sujeto a ella.

Las obligaciones que tiene el tutor en relación a su pupilo, podemos dividir las en dos grandes grupos. Sobre la *persona* y sobre los *bienes* del pupilo. Sobre la persona del pupilo, las más importante de las obligaciones del tutor son:

a) Alimentar y educar al incapacitado. (artículo 537 Fracción I del Código Civil para el Distrito Federal). En relación con la obligación de alimentarle, el artículo 539 establece que el Juez, con audiencia del tutor, fijará la cantidad que haya de invertirse en alimentos y educación del menor. Si el pupilo no tiene bienes propios suficientes, queda a cargo del tutor la obligación de demandar la pensión alimenticia a los parientes del incapacitado. En el caso en que el tutor sea el mismo obligado a proporcionar dicha pensión, la acción la ejercerá el curador. (artículo 543 del Código Civil para el Distrito Federal).

Para el caso de que el pupilo no cuente con persona que le proporcione alimentos, el tutor con autorización del Juez de lo Familiar, pondrá al pupilo en un

¹¹¹ Loc. Cit.

establecimiento de beneficencia pública o privada en donde pueda alimentársele y educársele. Si aún esto no fuera posible, el tutor procurará que algún particular suministre trabajo al incapacitado compatible con su edad y circunstancias personales, con la obligación de alimentarlo y educarlo. (artículo 544 del Código Civil). Si aun esto tampoco resulta viable, el menor incapacitado será alimentado y educado a costa del erario público. (artículo 545 del Código Civil). La obligación del tutor de educar al incapacitado, debe tener también un sentido amplio ya que debe comprender por ejemplo el aconsejarlo correctamente, orientándolo hacia sanas costumbres y buenos hábitos, colocarlo en ambientes correctos y aun darle buen ejemplo, pues un tutor de costumbres depravadas puede afectar seriamente la educación del pupilo: en resumidas cuentas el tutor debe ejercer sobre el incapaz la función que su padre debería haber ejercido, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en la que se encuentran tutor y pupilo.

b) Como otra obligación sobre la persona del pupilo, el artículo 540 del Código Civil establece que el tutor destinará a este a la carrera u oficio que elija según sus circunstancias. Si el pupilo ya tiene una carrera o esta en proceso de tenerla, por quien sobre él ya ejerció la patria potestad, el tutor no puede variar dicha profesión o estudios, sin la previa aprobación expresa del Juez quien tiene la obligación entre otras cosas de oír al menor. (artículo 541).

Si las rentas de los bienes del menor no alcanzan para cubrir sus gastos de alimentación y de educación, es obligación del tutor tratar de hacer que el menor aprenda un oficio. (artículo 542).¹¹²

En relación con la administración de los bienes del menor, ésta se encuentra limitada. La administración del patrimonio del pupilo encuentra su apoyo en la representación legal que tiene el tutor, (artículos 449 y 537 fracciones IV y V, del Código Civil). El incapaz en principio no participa en los actos jurídicos relativos a sus bienes, salvo para los actos importantes de su administración, cuando es capaz de discernimiento y es mayor de dieciséis años (artículo 537, fracción IV del Código Civil), o cuando son bienes adquiridos por su trabajo. La administración de los bienes no solo es un derecho para el tutor, sino una obligación. (artículo 584) Para determinados actos jurídicos de gestión, el Código Civil en forma casuística determina un mecanismo previo de control. (artículo 561, 562 y 563 del Código Civil). El común denominador de las diversas situaciones que enumera el Código Civil, es la distinción entre el acto de administración y la disposición. En cuanto a los actos de administración el tutor decide por sí solo (verbi gracia, el tutor puede dar en arrendamiento los bienes del incapacitado por menos de cinco años o recibir anticipos de renta por menos de dos años, artículos 573 y 574 a contrario sensu). En cuanto a los actos de disposición, tomará la iniciativa conforme a los mejores intereses del menor, de proponer al juez de lo familiar la conveniencia de su

¹¹² Pacheco Escobar, Alberto. Ob. Cit. p. 161, 162.

realización, y no puede ejecutarlos sino con su autorización y en los términos previstos por la ley. La intervención del juez de lo familiar no siempre tiene la misma intensidad. Puede reducirse a una simple autorización o bien, exigir que se acredite ante él que el acto se efectuó en los términos exigidos, etcétera. La inobservancia de las reglas prevista para la administración de los bienes del incapaz, están sancionadas con la nulidad relativa del acto, ya que pueden, verbi gracia, ser confirmadas por el menor de edad cuando llegue a su mayoría. (artículo 2233 del Código Civil).

La idea central que gobierna la administración es la conservación de los bienes del pupilo. Por ello la ley establece la necesidad de formular un inventario solemne con gran detalle de los bienes del pupilo, cuando el tutor entre a desempeñar su cargo y no podrá realizar sino los actos de mera protección a la persona y conservación de los bienes del incapaz, en tanto no estuviere concluido. (artículos 537 fracción III, y del 548 al 553 del Código Civil).

La situación óptima del patrimonio del pupilo es que se conservará intacto y que se incrementará capitalizando los frutos; sin embargo, en la actualidad la inmovilidad del patrimonio es difícil, fundamentalmente cuando el patrimonio tiene liquidez, ya que está expuesto a la depreciación monetaria.

La gestión del patrimonio del incapaz obliga a establecer mecanismos de control que se expresan fundamentalmente por la rendición de cuentas y la constitución de garantías. La rendición de cuentas se da en el transcurso de la tutela y a la conclusión de la misma. Cada año (artículo 590 del Código Civil) el tutor debe realizar una cuenta detallada de su gestión, de la que necesariamente se derivan ciertas consecuencias (artículo 591 al 600 del Código Civil), verbi gracia se deben abonar al tutor todos los gastos hechos debida y legalmente, aunque los haya anticipado de su propio peculio y aunque de ello no haya resultado utilidad al menor, si esto ha sido sin culpa del primero.

El tutor que sea reemplazado está obligado a rendir cuenta general de la tutela a quien le reemplaza. (artículos 601 al 605 del Código Civil).

Para poder asumir con solvencia las responsabilidades que pudiesen derivarse de su gestión, el tutor debe constituir garantía, misma que no podrá ser cancelada sino cuando sus cuentas hayan sido aprobadas (artículo 604 del Código Civil). La garantía que puede ofrecer el tutor es hipoteca o prenda y fianza y estas guardan entre sí un orden jerárquico de tal suerte que la fianza se acepta, cuando no se puede ofrecer la de hipoteca o prenda. (artículo 526 del Código Civil). El monto de la garantía se establece en función del patrimonio del incapaz y por ello es variable por su naturaleza (artículo 528 del Código Civil). Paralelamente a ello, el Código Civil establece un mecanismo de acreditamiento de la vigencia de las garantías (artículo 533 y 534 del Código Civil).¹¹³

¹¹³ Sánchez Codero Dávila, Jorge A. Ob. Cit. p.p. 130, 131.

4. Obligaciones que incumben al tutor.

Expuestos los efectos de la tutela sobre la persona y bienes del pupilo, se desprendieron algunas de las obligaciones que incumben al tutor. Sin embargo, son múltiples los supuestos con motivo de su desempeño, por lo que a continuación trataremos concretamente las obligaciones que incumben al tutor.

Artículo 537. El tutor está obligado:

I. A alimentar y educar al incapacitado;

II. A designar de preferencia, los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o a su regeneración si es ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de las drogas enervantes;

III. A formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, con intervención del curador y del mismo incapacitado, si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años de edad. El término para formar el inventario no podrá ser mayor de seis meses;

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 corresponde a él y no al tutor;

V. A representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales;

VI. A solicitar oportunamente autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella.

A las obligaciones antes transcritas, consideramos oportuna la enumeración que hace Chávez Asencio de algunas situaciones que reclaman que un tercero represente al menor para actos especiales o cuando hubiere conflictos, de las que se desprende la obligación de que actúe el tutor. Estos casos se pondrán en conocimiento del juez quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces.

Diversos supuestos:

a) Contraer Matrimonio. Para otorgar el consentimiento para contraer matrimonio cuando el contrayente sea menor. (El artículo 150 del Código Civil dispone que faltando padres o abuelos se necesita el consentimiento de los tutores; y faltando éstos suplirá el consentimiento, en su caso, el juez de lo familiar de la residencia del menor.)

b) Sociedad Conyugal. Para constituir la sociedad conyugal o modificarla, cuando algún contrayente sea menor, (el artículo 181 del Código Civil establece que serán válidas las capitulaciones matrimoniales, si a su otorgamiento concurren las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio). También para terminarla antes de que se disuelva el matrimonio. (artículo 187).

c) Separación de bienes. Cuando algún contratante sea menor, para constituir este régimen o modificarlo. (artículo 209 del Código Civil dispone que si los consortes son menores de edad, se observará lo dispuesto por el artículo 181).

d) En caso de Donaciones. Para las donaciones antenupticiales, los menores pueden hacerlas, pero sólo con la intervención de sus padres o tutores o con aprobación judicial. (artículo 229 del Código Civil).

e) Conflictos con el tutor. El artículo 457 del Código Civil previene esta situación. El conflicto puesto en conocimiento del juez, hará que este nombre tutor especial que defienda los intereses del incapaz en el punto concreto de oposición sobre la guarda de la persona.

f) Conflictos en la patria potestad. Cuando hubiere intereses opuestos entre los que ejercen la patria potestad y sus hijos, serán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez en cada caso. (artículo 440 del Código Civil).

g) En caso de divorcio, el autor citado considera que también debe calificarse especial la tutela llamada legítima que para casos en que debe nombrarse tutor por causa de divorcio.

h) Emancipados. Chávez Asencio considera que también debe llamarse tutela especial, la que se nombra para asuntos judiciales del emancipado, (el artículo 173 del Código Civil dispone que el marido y la mujer menores de edad, tendrán la administración de sus bienes pero será necesario autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos, y un tutor para sus negocios judiciales.) en lugar de llamarla dativa como lo establece la ley, en su artículo 499.

i) Cónyuge tutor. También debe nombrarse tutor especial cuando hubiese querrela entre cónyuges, cuando uno de ellos fuere tutor de otro (artículo 581 fracción II del Código Civil).

En relación al nombramiento de la persona tutora, el juez debe decidir si sigue la reglas de la legítima o la dativa, a menos que la ley señale en el caso

concreto, como ocurre con la tutela dativa de los emancipados. (artículo 499 del Código Civil).¹¹⁴

La terminación de la tutela.

El artículo 606 del Código Civil para el Distrito Federal establece: "La tutela concluye:

- I.- Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad;
- II.- Cuando el incapacitado, sujeto a tutela, entra a la patria potestad por reconocimiento o por adopción".

En su comentario a este artículo, Ingrid Brena Sesma explica que la tutela se extingue cuando desaparece el supuesto de hecho de la misma, esto es, la necesidad de proteger y representar a incapacitados mayores de edad o menores no sujetos patria potestad. La causas de extinción de la tutela a que se refiere la fracción primera afectan a la condición personal del incapaz la muerte del pupilo o la desaparición de la incapacidad. La primera se probará con el acta de defunción; la segunda con el acta de nacimiento si se trata de un menor de edad, o con la sentencia que pronuncie declarativa de que han desaparecido las causas que dieron origen al estado de interdicción.

La segunda fracción se refiere a los menores que entran a la patria potestad por reconocimiento que de ellos hagan sus ascendientes o por adopción. Por las mismas razones antes expuestas, la tutela se extingue cuando la patria potestad suspendida en los términos del artículo 447 del mismo Código, se recupera por los ascendientes. También se extingue la tutela en el caso de emancipación del menor de edad sujeto a tutela.¹¹⁵

A continuación, el ordenamiento legal regula en su siguiente capítulo la entrega de los bienes y documentos que le pertenezcan al incapacitado que, una vez concluida la tutela, el tutor está obligado a entregar, conforme al balance que se hubiera presentado en la última cuenta aprobada.

La obligación de entregar bienes no se suspende por estar pendiente la rendición de cuentas. La entrega debe ser hecha durante el mes siguiente a la terminación de la tutela; cuando los bienes sean muy cuantiosos o estuviesen ubicados en diversos lugares, el juez puede fijar un término prudente para su conclusión, pero en todo caso, deberá comenzarse en el plazo antes señalado. (artículo 608 del Código Civil).

¹¹⁴ Chávez Asencio, Manuel F. Ob. Cit. p.364.

¹¹⁵ *Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal. Comentado.* Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial. México 1997. Tomo I p.p. 387, 388.

Cuando un tutor entre al cargo sucediendo a otro, tiene la obligación de exigir la entrega de bienes y cuentas al anterior; de no ser así, será responsable de todos los daños y perjuicios que por su omisión se siguieren al incapacitado. (artículo 609 del Código Civil).

La entrega de los bienes y la cuenta de la tutela se efectuarán a expensas del incapacitado. Si para realizarse no hubiese fondos disponibles, el juez podrá autorizar al tutor, a fin de que se proporcione lo necesario para la primera, y éste adelantará los relativos a la segunda, los cuales serán reembolsadas con los primeros fondos de que se pueda disponer. (artículo 610 del Código Civil).

Cuando intervenga dolo o culpa de parte del tutor, serán de su cuenta todos los gastos. (artículo 611 del Código Civil). Destaca además que si la tutela hubiese fenecido durante la minoridad, el menor podrá ejercitar las acciones correspondientes contra el primer tutor y los que le hubieran sucedido en el cargo, computándose entonces los términos desde el día en que llegue a la mayor edad. Tratándose de los demás incapacitados, los términos se computarán desde que cese la incapacidad. (artículo 617 del Código Civil).

Asimismo, el Código establece que las funciones del tutor cesarán cuando el incapacitado salga de la tutela, pero si sólo variasen los tutores, el curador continuará la curaduría. (artículo 628 del Código Civil).

IV. Distinción entre representación y asistencia

Por lo que hace a la naturaleza de la representación legal y la asistencia, surgen varias teorías, y advertimos que es necesario distinguirlas. Destaca la siguiente explicación: "Para un sector doctrinal, la representación legal es una institución que se halla fuera del ámbito del Derecho Privado, por cuanto al prototipo de tal representación, la de los menores e incapaces (a través de la cual se atienden a los intereses sociales y situaciones necesitadas de protección que trascienden lo privado), se halla más próxima a la de las instituciones públicas (corporaciones y entes públicos) que de la representación voluntaria. El representante legal sería una especie de funcionario público, o un delegado de los poderes públicos en el ejercicio de su función (pública), opinión esta muy minoritaria, prácticamente abandonada ya.

Otros prefieren conservarla en el ámbito del Derecho Privado, donde también se tutelan intereses transindividuales, así en el Derecho de familia, en cuyo terreno tiene lugar los más importantes y mejor caracterizados casos de representación legal. Pero aún institución privada, aquellas notas eminentes de que hablé y el aspecto protector destacado que tiene, a llevado a algunos a calificarla de *officium iuris* u oficio de derecho privado.

Hoy es prevalente la opinión de que la representación legal no sólo corresponde al ámbito del Derecho Privado; sino que no debe ser extraída de la representación como instituto genérico, de la que es una especie. La ley, que actúa como mecanismo legitimador - la representación legal es una forma de *legitimación indirecta*, como la voluntaria - es una causa, pero también su límite. Y constituye un fenómeno de *sustitución* de la voluntad del interesado (frente a la colaboración con este, que caracteriza a la voluntaria), precisamente por no existir (*nasciturus*), no ser conocido (*herencia en administración*), o no ser apta su voluntad válidamente en el tráfico jurídico (*caso del menor e incapacitado*) o haber dejado de serlo, a veces en todos los órdenes (*ciertos incapacitados: el que lo es después de la mayoría de edad*); o en un aspecto determinado (*concurados y quebrados*).

En todo caso, no cabe confundir con la representación legal, aquélla situación en que una persona que no tiene capacidad de obrar plena necesita la asistencia de otra para la validez de ciertos actos jurídicos. En esos casos - que constituyen ciertos supuestos legales de la curatela - no hay representación: el que vende o hipoteca una finca, es el propio menor emancipado- este sólo complementa la capacidad, existente pero insuficiente para esos actos concretos del interesado.¹¹⁶

¹¹⁶ Lacruz Berbejo, José Luis et al. *Parte General del Derecho Civil*, José María Bosch Editor. Barcelona, 1990. Volumen Tercero.p.p. 337, 338.

CAPITULO TERCERO

GENERALIDADES SOBRE EL MATRIMONIO

I. Concepto de matrimonio

Tradicionalmente se admite que la palabra matrimonio proviene del vocablo latino "matrimonium", que a su vez deriva de las expresiones "matris", ("mater") y "manus", que significaba cargo, oficio o deber de madre. Lo anterior nos permite determinar el origen de la institución en el hecho natural de la unión sexual del hombre y la mujer, seguida de una convivencia y estabilidad motivada por diversas razones, entre ellas, el cuidado que hay que dedicar a los hijos que pueda nacer. (Considerado como fin esencial de la unión.)¹¹⁷

Modestino y Ulpiano definen respectivamente: "nuptiae sunt coniunctio maris et foeminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio" (nupcias son la unión del hombre y la mujer, el consorte de toda la vida, la comunicación del derecho divino y del derecho humano); y "nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuam consuetudinem vitae continent" (nupcias o matrimonio es la unión del hombre y la mujer que contienen la costumbre indivisa de la vida". Ambas definiciones se contraen a la relación más que al hecho o contrato.¹¹⁸

Julien Bonnacase lo define de la siguiente manera: "Por matrimonio se designan dos cosas distintas: 1º la institución del matrimonio, es decir el conjunto de reglas que presiden, en el Derecho positivo francés, la organización social de la unión de los sexos; 2º el acto jurídico de naturaleza especial, que expresa la adhesión a la institución del matrimonio, por parte de los futuros cónyuges. Es natural que la institución y el acto jurídico formen un todo; ya que el acto jurídico está regido por la institución. Podría decirse un tercer sentido al término matrimonio. En efecto, posteriormente veremos que los regímenes matrimoniales, con excepción del legal, necesariamente son puestos en movimiento por el contrato de matrimonio. éste último designa el contrato solemne por el cual los futuros cónyuges determinan con anterioridad, la condición jurídica de sus bienes, mientras dura el matrimonio y hasta su disolución."¹¹⁹

¹¹⁷ Ruiz Serramalera, Ricardo. *Derecho de Familia*. Madrid, 1983, p.36

¹¹⁸ Barbero, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, s.f. Tomo II, p.p. 38, 39.

¹¹⁹ Bonnacase, Julien. Ob. Cit. Tomo I p. 505.

Según Sara Montero Duhalt, el concepto de matrimonio es casi apriorístico, pues el común de la gente pueden expresar una idea sobre el mismo, y existen tantas definiciones como autores que tratan el tema desde diversos puntos de vista: histórico, sociológico o religioso. Así en una concepción puramente legalista, Baudrit Lacanterie, define que "es el estado de dos personas, de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley". Ensayo Montero Duhalt su propia definición, no sin antes advertir la dificultad de encontrar un concepto unitario del matrimonio: "Forma legal de constituirse la familia a través del vínculo jurídico entre dos personas de distinto sexo que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley"¹²⁰

Para entender concepto actual del matrimonio para el Derecho Mexicano, Rojina Villegas explica: "Es frecuente afirmar que el matrimonio constituye la base fundamental de todo el derecho de familia. Sin embargo, para el derecho mexicano, a partir de la ley de Relaciones familiares de 1917, se sustenta el criterio de que la familia está fundada en el parentesco por consanguinidad y, especialmente, en las relaciones que origina la filiación tanto legítima como natural. Por lo tanto, el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico necesario para regular las situaciones jurídicas de paternidad, maternidad y patria potestad, ya que tanto los hijos naturales como los legítimos resultan equiparados a efecto de reconocerles en el Código vigente los mismos derechos y someterlos a la potestad de sus progenitores." De lo anterior podemos concluir que, el matrimonio no es la única forma contemplada por la ley para considerar a un grupo como familia. (La ley contempla también el caso de la adopción).

El Código Civil de 1870, definió al matrimonio en su artículo 159: "la sociedad legítima de un solo hombre y de una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida"

Alberto Trabucchi advierte sobre el matrimonio, que es un instituto que va más allá del campo del estricto Derecho Privado, en cuanto a que sus objetivos y su función inciden directamente en el interés público. Sin embargo el autor considera que la procreación y la educación de la prole no puede decirse que sean siempre esenciales, en la valoración jurídica, civil o canónica, puesto que son válidos también el matrimonio entre ancianos, y el matrimonio *in extremis*, en los cuales falta, necesariamente, el fin primario de la procreación.¹²¹

¹²⁰ Montero Duhalt, Sara. *Derecho de Familia*. Editorial Porrúa. México, 1992. p. 96

¹²¹ Trabucchi, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, p. 271.

En relación al concepto actual en nuestro país, apuntamos que nuestro Código Civil no ofrece una definición del matrimonio. Según Alicia Elena Pérez Duarte, son tres las acepciones jurídicas de este vocablo. La primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos, la segunda, al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera, a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores.¹²²

Anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 28 enero de 1992, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, la segunda fracción del artículo 130, establecía los siguientes:

“El Congreso no puede dictar leyes estableciendo o prohibiendo religión cualquiera. El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por la leyes y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.”

En la actualidad, el sexto párrafo del mismo artículo se refiere únicamente al estado civil: “ Los actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.”

El artículo en comento, no solo regula el matrimonio, sino principalmente, el culto religioso. Sus antecedentes, como lo indica la redacción en vigor del precepto, se orienta en el principio histórico de la separación del estado y las iglesias.

Los antecedentes históricos de este precepto Constitucional son diversos: Cabe mencionar, la Revolución Francesa y la primera constitución que de ella emana en 1791, en la que, sin definirlo, en su artículo 7º consagra: “La ley sólo considera al matrimonio como un estado civil”¹²³ A partir de la independencia de México, la única institución que se vio fortalecida fue la iglesia, esto es fácil de explicar por que la emancipación política implicaba la desaparición de una forma de organización estatal. El estado reaccionó a través de una reforma liberal. Se conoce como leyes de Reforma, al conjunto de leyes, decretos, acuerdos y disposiciones de diverso tipo que se dictan en México entre 1855 y 1862 con el objeto de modificar la estructura que la nación mexicana había heredado de la época colonial y hacer posible el establecimiento del modelo liberal para su desarrollo social y económico. Destaca la Constitución de 1857, y después de la restauración de la república, tras la derrota de los intervencionistas franceses, durante la presidencia de Lerdo de

¹²² Pérez Duarte, Alicia Elena. *et. al. Diccionario Jurídico Mexicano*. Editorial Porrúa. Universidad Nacional Autónoma de México. 1987. p. 2085

¹²³ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Ob. Cit.* Tomo III p.152

Tejada, se elevaron a rango constitucional los principios reformistas sostenidos por los liberales puros: la separación de la Iglesia y el Estado; el reconocimiento de que el matrimonio era un contrato civil, regulado, al igual que los demás actos del estado civil de las personas, por el Estado; y la prohibición de que las corporaciones civiles y eclesiásticas tuvieran mas bienes que los que señalaba la propia Constitución de 1857. En el camino se inició el proceso para la implantación del modelo liberal. Se destacan relacionadas con nuestro tema, las siguientes disposiciones relativas a la Constitución de 1857 y a las reformas de 1873:

a) La llamada Ley Juárez de 22 de noviembre de 1855, por las que se suprimían los tribunales especiales de la diversas corporaciones que habían existido durante la época colonial y los fueros eclesiásticos y militar en los negocios civiles. Esta ley fue promulgada por el presidente Alvarez, y elaborada por Benito Juárez, a la sazón ministro de justicia.

b) En el mismo año de 1859 se dictaron tres disposiciones cuyo objeto era la secularización de los actos del estado civil de las personas: La Ley del Matrimonio Civil, de 23 de julio de 1859, la Ley Orgánica del Registro Civil, del mismo día y año, y el decreto por el que se secularizaba todos los cementerios y camposantos de la República, del 31 de julio de 1859. Con estas disposiciones se ponía fin a la intervención del clero regular y secular en el registro de nacimientos y defunciones, y en la celebración del matrimonio. Este registro fue confiado a funcionarios civiles, dependientes del Estado. Las tres disposiciones fueron dictadas por el presidente Juárez

c) La Ley sobre Libertad de Cultos, de 4 de diciembre de 1860, posteriormente habria de incorporarse al texto constitucional. Conforme al texto de esta ley, quedaban deslindadas para lo venidero las jurisdicciones civil y eclesiástica.

Los constituyentes de 1917, se mantuvieron en la línea que hizo posible la constitución de un nuevo Estado después de la revolución de Independencia. La importancia y el significado del artículo 130 ya desde 1917 eran sobretodo políticos. El estado revolucionario quiso disponer de una arma poderosa contra la única fuerza con la que no pactó en la elaboración de la Constitución de 1917: la iglesia.¹²⁴

De lo anterior se desprende que no se intentaba determinar la naturaleza jurídica del matrimonio, sino más bien incorporarlo al ámbito estatal, por razones políticas. El Código Civil vigente, esta redactado continuando la tradición de las leyes anteriormente referidas, y en apego a la forma jurídica del artículo 130

¹²⁴González, María del Refugio, et al. *La Participación Política del Clero en México*. Universidad Nacional Autónoma de México y Facultad de Derecho, México, 1990, p. p. 70 -75.

Constitucional, se trató al matrimonio como contrato, como puede verse en los artículos 156 y 178 del Código Civil.

Existen varias teorías que consideran la naturaleza jurídica del matrimonio, Rojina Villegas se refiere al matrimonio como estado jurídico: "Desde este punto de vista, el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del Oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración.

El matrimonio evidentemente constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho. Los estados del hombre pueden ser estado de hecho u estado de derecho, según que nazcan de hechos o de actos jurídicos. Por ejemplo el concubinato es un estado de hecho, y el matrimonio es un estado de derecho, en los sistemas que le niegan a aquél efectos jurídicos.

El estado matrimonial tiene consecuencias importantes respecto a la vigencia del matrimonio, a sus efectos y a su disolución, pues aún cuando se inicia por un acto jurídico, en realidad se perfecciona a través de la vida en común; sin el estado matrimonial no puede cumplirse el estado de convivencia que existe entre los esposos. Por consiguiente, faltando ese estado puede darse en los términos de las fracciones VIII y IX del artículo 267.¹²⁵

Galindo Garfias expone cómo diversos autores discuten tres teorías sobre la naturaleza jurídica del matrimonio.

A) Como contrato. Diversas fuentes se refieren al matrimonio calificándole de contrato, se ha criticado esta posición doctrinaria, con plena justificación diciendo:

a) El contrato de matrimonio carece de objeto desde el punto de vista jurídico. El objeto de los contratos es una cosa, o un derecho que se encuentra en el comercio. Si se juzga el matrimonio como contrato, la entrega recíproca de los cónyuges, no puede ser objeto de un contrato.

a") En los contratos, la voluntad de las partes es la que, dentro de los límites de la ley, fija los derechos y obligaciones de cada una de ellas. Tratándose del matrimonio, si bien hay un acuerdo entre los contrayentes para celebrarlo, todos los derechos y obligaciones que jurídicamente adquieren, están establecidos por la ley,

¹²⁵ Rojina Villegas, Rafael. *Ob. Cit.* p. 287.

(artículo 182 del Código Civil para el Distrito Federal). Sólo son libres para establecer, dentro de ciertos límites, el régimen matrimonial respecto de sus bienes. Pero no lo son en cuanto a la reglamentación del estado mismo del matrimonio.

B) Como contrato de adhesión. En vista de las últimas críticas mencionadas en el apartado a) se dice que el matrimonio es un contrato de adhesión, pero se olvida que en los contratos de adhesión una de las partes impone a la otra el conjunto de derechos y obligaciones derivados del mismo contrato, en tanto que, en el matrimonio ninguna de las partes por sí misma, puede imponer a la otra el conjunto de deberes y derechos propios de tal estado civil.

C) Otros autores siguiendo a León Deguit, afirman que el matrimonio es un *acto condición*. Por acto condición se entiende aquella situación creada y regida por la ley, cuya creación tiene lugar, subordinada a la celebración de un acto, en éste caso, la celebración del matrimonio.

En el acto condición los efectos jurídicos del acto, se producen cuando se han reunido todos los elementos que la ley establece. Sin embargo, en el matrimonio putativo que es aquél celebrado de buena fe por ambos consortes, pese a que el acto es nulo, se producen todos los efectos del mismo, en favor de los hijos o en favor del cónyuge de buena fe, como si se hubieran reunido todas las condiciones establecidas por la ley, para la validez del acto.

D) Para Cicú, el matrimonio es simplemente un acto de *poder estatal* cuyos efectos tiene lugar no tanto en virtud del acuerdo de los contrayentes, sino en razón del pronunciamiento del Juez del Registro Civil que declara unidos a los consortes en nombre de la sociedad y de la ley.

Se olvida que no basta el pronunciamiento del Juez del Registro Civil, sino que se requiere también la declaración previa de los contrayentes. El estado no puede imponer, por un acto unilateral soberano, los deberes, no hace nacer entre los cónyuges, las obligaciones propias entre los consortes.

E) Como *acto mixto o complejo*, en el que concurre la voluntad de los consortes y la voluntad del Estado, algunos han pretendido explicar el carácter jurídico del matrimonio.

Este punto de vista es sólo aplicable a la celebración del matrimonio; pero es deficiente para dar razón no sólo del acto de la celebración, sino del acto mismo matrimonial.

F) Planiol, dice que el matrimonio como acto es un contrato y como género de vida es un estado. Para ésta explicación valen las críticas que se han hecho al matrimonio como contrato.

G) Siguiendo a Bonnacase, el matrimonio es una *institución*. Dentro del concepto de institución se explica no sólo la celebración del mismo, sino todos los actos jurídicos que nacen *ex lege* del acto y del estado propiamente dicho.

La institución del matrimonio está formada por un conjunto de reglas de derecho, dice Bonnacase, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos una organización social y moral, que corresponda a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente del mismo y a las direcciones que le imprime el derecho.

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.¹²⁶

II. Breve referencia histórica del matrimonio.

Apunta Montero Dulhalt en relación a la teoría tradicional sobre la evolución del matrimonio, que la misma distingue varias etapas, no coincidentes en el tiempo en todos los lugares, pero que estuvieron presentes en todas las culturas. La primera es la denominada etapa primitiva de promiscuidad. Este tipo de comportamiento sexual, se supone corresponde a la etapa de salvajismo anterior a toda cultura. En sus principios el humano se comportó seguramente guiado solamente por instintos primarios: La búsqueda del alimento para la sobrevivencia y el instinto reproductor para continuidad de la especie. Sin ninguna traba de carácter moral, social ni religiosa, el humano cumplía con las exigencias de la naturaleza sin más trabas que las impuestas por sí misma.

La siguiente etapa corresponde a la de relaciones sexuales por grupos, llamado también cenogamia. Consiste la misma en la relación sexual establecida entre un grupo de hombres con un determinado grupo de mujeres en el cual todos son cónyuges en común. Posiblemente los orígenes del matrimonio por grupos tuvo su razón en los tabúes derivados del totémismo y la exogamia. El tótem es el antepasado común representado normalmente por un animal u otra figura inanimada, del que derivan todos los seres con lazos de sangre. Entre ellos está estrictamente prohibido el ayuntamiento sexual, es pues aparentemente el parentesco consanguíneo la primera restricción moral, convertida el tabú, en prohibición. De allí surge la llamada exogamia, que consiste precisamente en la relación sexual con miembros de tribus diferentes a los de la propia.

Anterior a la exogamia parece ser que el auténtico primer tabú fue en razón de las generaciones, es decir, en una misma generación todos pueden tener relaciones entre sí, aunque de la misma tribu.

¹²⁶ Galindo Garfias, Ignacio. *Ob. Cit.* p. 477, 478.

El matrimonio exogámico presenta a su vez, dos variantes: la primera, en la que los diferentes varones de una tribu se casan con deferentes mujeres de otra, y la segunda variante consiste en que un grupo determinado de varones tienen por esposas, a un grupo de mujeres hermanas entre sí, o viceversa, a este especial matrimonio le ha llamado punalúa.

El matrimonio por raptó fue una de las formas más usuales de realizar el matrimonio en diversos pueblos de la tierra, es ya un paso hacia la monogamia, pues el captor se casa únicamente con la raptada y la considera objeto de su propiedad. Derivada de la exclusividad sexual, los hijos de ésta tendrán paternidad cierta, y en base a ella sus hijos serán sus herederos legítimos. El parentesco se establece por línea paterna y el régimen patriarcal ha sentado sus bases.

El matrimonio por compra surge cuando las mujeres son objeto de propiedad y por ello están en el comercio, el varón es estimado dentro del seno familiar, por constituir un elemento productivo, a la mujer se desdeña y se le vende como un objeto; de esta manera el padre recupera en algo todos los gastos que le ha ocasionado la crianza y la manutención de una niña. La mujer pasa del dueño padre al dueño esposo, éste le ha comprado, es su propiedad y puede ejercer actos de dominio. Fueron las civilizaciones hebraica, griega y romana las que se consolidaron y transmitieron el matrimonio por compra. El precio de la novia se entregaba al padre o al ascendiente más cercano. Como variantes tenemos matrimonio por intercambio, en el que no se compra sino que se permuta a las mujeres. La dote consiste en cantidades de dinero o de bienes que el padre u otros familiares entregan al novio como contribución por las cargas que le significarán el sostenimiento del nuevo hogar.

El matrimonio consensual consiste en la unión matrimonial de un hombre y de una mujer derivada únicamente de su libre consentimiento. Es tan reciente el matrimonio plenamente consensual entre ambos cónyuges que en 1962 surgió un tratado internacional mediante el cual las naciones firmantes se comprometen a que el matrimonio será únicamente producto del consentimiento de los consortes. México ratificó este tratado el 19 de abril de 1983.¹²⁷

Según Manuel Peña Bernaldo de Quiroz, "no hay un modelo universal y permanente de matrimonio. Se trata de una institución cuya expresión concreta tiene - en el tiempo, en el espacio - grandes variaciones histórico culturales. Adviértase, por ejemplo, la persistencia la poligamia en los países musulmanes.

Para el Derecho Romano, el especial consorcio que el matrimonio establece entre cónyuges se describe con notas perdurables. Es característico en el Derecho Romano que para que la existencia de la relación jurídica matrimonial lo importante

¹²⁷ Montero Dulhalí, Sara. Op. Cit. p.p. 100-104

no es el acto inicial sino el consentimiento persistente, la *afectio maritalis*.

Es sólo en el Derecho Postclásico, y sobretudo, con Justiniano, cuando por la influencia cristiana en pro de la indisolubilidad del matrimonio, el acto inicial, cobra especial importancia. En consecuencia, dejó de ser suficiente para la licitud del divorcio (no para su validez) la pérdida de la *afectio maritalis*. No obstante no se llega a calificar al matrimonio como contrato.

En cambio en el Derecho Canónico es tradicional la calificación del matrimonio como contrato. Se considera que el consentimiento inicial de los esposos es el elemento esencial determinante del sacramento (sobretudo cuando se deshecha la opinión de la escuela de Bolonia sobre la necesidad de la consumación ulterior para la existencia del matrimonio).

La importancia esencial del consentimiento inicial determinó que se reconociera validez no sólo al matrimonio celebrado con forma religiosa (*in facie Ecclesiae*), sino también al celebrado sin forma alguna (matrimonio clandestino).

En el Concilio de Trento se afirma la competencia de la iglesia para legislar y para juzgar del matrimonio. A la vez el concilio, a fin de terminar con los matrimonios clandestinos, impone con carácter esencial una determinada forma (presencia del párroco o delegado y dos testigos) para la válida celebración del matrimonio. El Concilio de Trento no niega de modo expreso la competencia del estado en materia matrimonial y no faltaron autores católicos que se la reconocían. Para esta doctrina era básica la opinión de Melchor Cano sobre la separabilidad, en el matrimonio entre contrato y sacramento: existía según él, contrato matrimonial entre cristianos que no fuera sacramento.

La reforma protestante va a producir una quiebra en la concepción europea sobre el matrimonio. Lutero niega que sea sacramento y afirma que es "asunto exterior y mundano"; la consecuencia de esta doctrina había de ser que el matrimonio pasara en los países protestantes a la competencia del Estado.

De momento persistió en los países de la Reforma, la forma religiosa de la celebración del matrimonio. Pero pronto hace su aparición el matrimonio civil. Primero en Holanda (en 1850): quienes no protestan la religión calvinista (los católicos) podían contraer matrimonio ante el oficial civil. Después como única forma de celebración, en Inglaterra (en 1653) (que vuelve pocos años después, al sistema anterior) y en Francia desde la Revolución francesa. Desde entonces el sistema matrimonial de cada país va a depender de sus propias circunstancias políticas, si bien la tendencia general, a partir de la introducción del sistema del matrimonio exclusivamente civil en el Código de Napoleón, va a ser de la admisión, con menor o mayor generalidad, del matrimonio civil, sobre todo últimamente al generalizarse la concepción del Estado laico (sin religión oficial).

Los sistemas que se han dado en el Derecho Comparado son los siguientes:

El sistema puro de matrimonio religioso: La única forma de matrimonio legalmente prevista es exclusivamente la de la religión oficial del estado. Era el sistema tradicional en los países de la Cristiandad; persistió en Grecia (la única forma prevista era la cristiana ortodoxa) hasta 1982.

Sistema puro de matrimonio civil o sistema de matrimonio civil obligatorio. La única clase de matrimonio legalmente prevista es exclusivamente la civil. Rige en Francia, Alemania, Austria, Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Suiza, Turquía, Países del Este de Europa. (Dentro de este sistema, en algunos países la Ley no se preocupa de si antes o después se celebra el matrimonio en forma religiosa. En otros se ordena que, de haber ceremonia religiosa, ésta ha de ser necesariamente posterior a la celebración civil.

Sistemas en que se combinan la forma civil y la forma religiosa. Según el grado de relevancia, menor o mayor, del matrimonio civil se han dado los sistemas siguientes:

a) Sistema del matrimonio civil subsidiario. Se admiten dos formas o, más bien, dos clases de matrimonio: la normal, religiosa, para los que profesen la religión del Estado, y otra, excepcional, civil, para los que no profesen ésta religión.

a'') Sistemas dentro del matrimonio civil facultativo. Se admiten dos formas de matrimonio: la religiosa (o las religiosas) y la civil. Los particulares pueden optar libremente por una u otra forma de matrimonio. Dentro del Sistema facultativo se distinguen otros dos:

-*Sistema que admite varias clases de matrimonio.* (También conocido como sistema facultativo de tipo latino o católico). El estado acepta dos clases de matrimonio el canónico, respecto del cuál el Estado reconoce, más o menos plenamente, la competencia legislativa y jurisdiccional de la Iglesia, y el civil, que queda sujeto a la competencia exclusiva del Estado. Es el sistema concordatorio el sistema establecido en Portugal, Italia, Colombia.

-*Sistema que sólo admite una clase de matrimonio, con pluralidad de formas.* (civil y religiosa). También conocido como sistema facultativo de tipo anglosajón o protestante. El estado sólo reconoce una clase de matrimonio sometido, exclusivamente, a la legislación y jurisdicción del Estado, puede celebrarse en forma civil o en una de las formas religiosas admitidas por el Estado.

a elección de los contrayentes. Es el sistema que rige en los Estados Unidos, Canadá, Dinamarca, etc."¹²⁸

III. Requisitos para contraer matrimonio

1. Edad púber o edad mínima matrimonial

Al exponer en el capítulo segundo del presente trabajo, la capacidad del menor frente al matrimonio, se hizo referencia a la edad púber o edad mínima matrimonial, es decir, dieciséis años en el varón y catorce en la mujer, según lo dispuesto por el artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal.

Rojina Villegas apunta: "La capacidad de ejercicio es un elemento de validez de los actos jurídicos, en tanto que la capacidad de goce se presenta como esencial. Aplicando éstas ideas al matrimonio, tenemos que distinguir entre la capacidad de ejercicio y la capacidad de goce para celebrar dicho acto. Tienen capacidad de goce los que han llegado a edad núbil o sea, en nuestro derecho, dieciséis años para el hombre y catorce para la mujer. Los menores de dicha edad carecen de capacidad de goce para celebrar el matrimonio, es decir, hay un obstáculo insuperable que la propia ley reconoce para que puedan válidamente celebrar el citado acto. Sólo se exceptúa el matrimonio celebrado por menores de dicha edad, cuando haya habido hijos, o cuando sin haberlos habido, el menor hubiera llegado a los veintiún años, y ni él ni el otro cónyuge hubieran intentado la nulidad. (artículo 237 del Código Civil para el Distrito Federal)."

Galindo-Garfias explica: "Para la celebración del matrimonio, la ley exige que los contrayentes se encuentren en posibilidad intelectual y física para celebrarlo, y para realizar los fines propios de la institución. Se requiere que quienes van a contraer matrimonio, hayan alcanzado un desarrollo orgánico para realizar la cópula carnal; es decir que tengan edad núbil. Además que se disfrute de suficiente discernimiento, para cumplir debidamente las finalidades de la institución.

La edad de la pubertad varía según las condiciones de raza, clima, medio geográfico, etc. De acuerdo con los datos de la experiencia, en nuestro medio social, se presume que la pubertad se alcanza respectivamente, en el hombre a los 16 años y en la mujer a los 14 años. La capacidad para contraer matrimonio es distinta en otras legislaciones."¹²⁹

¹²⁸ Peña Bernaldo de Quirós, Manuel. *Derecho de Familia*. Universidad de Madrid, Sección de publicaciones. Madrid, 1989. p.p. 35-38.

¹²⁹ Galindo Garfias, Ignacio. *Ob. Cit.* p. 493.

En relación a la dispensa de que trata el artículo 148 en el que se establece que el Jefe del Departamento del Distrito Federal, o los Delegados según el caso pueden conceder dispensas de edad por causa graves o justificadas. Lisandro Cruz Ponce explica que posiblemente hayan sido razones de orden histórico las que se tuvieron en cuenta al dar intervención en ésta materia a las autoridades administrativas y no a las judiciales, pues en los ordenamientos legales de épocas pasadas eran éstas autoridades las que otorgaban las dispensas.¹³⁰ Galindo Garfias agrega que el caso en que generalmente se otorga esta dispensa de edad, es la preñez de la mujer que pretende contraer matrimonio.¹³¹ En el capítulo cuarto estudiaremos la problemática que entraña la edad mínima matrimonial

2. Asistencia de las personas que deban prestarla conforme a la ley.

La intervención de las familias en la formación del matrimonio es natural y tradicional y sin embargo, en nuestro sistema legal está muy atemperada. El mayor de edad puede contraer matrimonio aún en contra de la voluntad de sus padres. (Lo anterior interpretando el artículo 149 a *contrario sensu*.) Así la intervención directa de la familia en este caso se reduce exclusivamente al menor de edad, ya que éste no puede contraer matrimonio sin su asistencia.

La negativa de los ascendientes a que contraiga nupcias el menor, es relativa, ya que éste puede ocurrir ante la autoridad administrativa. (El artículo 151 del Código Civil dispone que pueden ocurrir al Jefe del Departamento del Distrito Federal o a los Delegados según el caso, cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el que hubieren concedido).

Tampoco la ausencia de ascendientes o tutores es un obstáculo ya que el menor puede ocurrir ante el juzgado de lo familiar a solicitar suplencia del consentimiento. (artículos 150 y 152 del Código Civil).

La oposición a la celebración del matrimonio puede operar a través de la denuncia. Regulada en los artículos 106 al 111 del Código Civil, se establece que las denuncias de impedimento pueden hacerse por cualquier persona, las que sean falsas sujetan al denunciante a las penas establecidas para el falso testimonio en materia civil. Siempre que se declare no haber impedimento, el denunciante estará será condenado al pagos de las costas, daños y perjuicios.

Antes de que sea remitida el acta al Juez de primera instancia, el juez del registro civil, hará saber a los pretendientes el impedimento denunciado, aunque sea

¹²⁹ Cruz Ponce, Lisandro, et. al. *Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal. Comentado*, Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, Tomo I, p.

¹³¹ *Loc. Cit.*

ESTA
SALIR
DE
LA
BIBLIOTECA
NO DEBE

relativo a uno de ellos, absteniéndose de todo procedimiento ulterior hasta que la sentencia que decida el impedimento cause ejecutoria.

Las denuncias anónimas o hechas por cualquier otro medio, si no se presentare personalmente el denunciante, sólo serán admitidas cuando estén comprobadas. En este caso el Juez del Registro Civil dará cuenta a la autoridad judicial de primera instancia que corresponda, y suspenderá todo procedimiento hasta que este se resuelva. Denunciado un impedimento el matrimonio no podrá celebrarse aunque el denunciante se desista, mientras no recaiga sentencia judicial que declare su inexistencia o se obtenga dispensa de él.

La sanción a la falta de consentimiento es la nulidad relativa del acto jurídico, ya que según lo establecido por el artículo 238 la nulidad por falta del consentimiento de los ascendientes sólo podrá alegarse por aquél o aquéllos a quienes les tocaba prestar dicho consentimiento, y dentro de los treinta días contados desde que tengan consentimiento del matrimonio.

3. Formación del expediente matrimonial.

Rojina Villegas explica que aún cuando de manera expresa no lo indique el Código Civil, se distinguen diversas solemnidades en la celebración del matrimonio. Distingue el autor la solemnidad de las formalidades en que las primeras son esenciales para la existencia del matrimonio, es decir, su inobservancia afecta de inexistencia el acto, en tanto que la inobservancia de las segundas, afectan al acto de nulidad, pero el mismo subsiste.¹³²

El artículo 146 del Código Civil indica que "el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con la formalidades que ella exige." Concretamente, el funcionario ante quien se celebra el matrimonio es el Juez del Registro Civil, quien desempeña un doble papel:

- a) Recibir las declaraciones de voluntad de los contrayentes, contenidas en la solicitud de matrimonio, las declaraciones de los testigos de identidad, que deben suscribir la solicitud respectiva en unión de los contrayentes, así como la documentación anexa a la solicitud de matrimonio, a que se refiere el artículo 98 del Código Civil.
- b) Sancionar el consentimiento de los contrayentes para el matrimonio, declarando públicamente en nombre de la ley y de la sociedad que ha quedado establecido entre ellos el vínculo jurídico conyugal. Actúa como fedatario público para cuidar de la debida celebración del acto e interviene a la vez como representante del Estado para impartir a la unión

¹³² Rojina Villegas, Rafael, Ob. Cit. Tomo I, p.295

conyugal fuerza vinculatoria, mediante la declaración solemne de que los contrayentes han quedado unidos jurídicamente con los derechos y obligaciones que corresponde a cada uno de ellos, conforme a la ley.

De lo expuesto con anterioridad, se desprende la importancia de la formación del expediente matrimonial, pues en él constarán las pruebas documentales necesarias, según cada caso concreto, de cumplimiento exacto de las solemnidades y requisitos establecidos por la ley. Quienes pretendan contraer matrimonio, inician ante el Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellos, los actos preparatorios tendientes a la celebración. El artículo 97 de ese ordenamiento dispone lo siguiente:

“Las personas que pretendan contraer matrimonio presentarán un escrito al Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellas, que exprese:

- I. - Los nombres, apellidos, edad, ocupación domicilio, tanto de los pretendientes como de sus padres, si éstos fueran conocidos. Cuando alguno de los pretendientes o los que hayan sido casados, se expresará también el nombre de la persona con quien celebró el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha de ésta;
- II. - Que no tiene impedimento legal para casarse, y
- III.- Que es su voluntad unirse en matrimonio.
- IV.- Este escrito deberá ser firmado por los solicitantes, y si alguno no pudiere o no supiere escribir, lo hará otra persona conocida, mayor de edad y vecina del lugar.

El elemento de la vecindad, es un dato que puede comprobarse por medios objetivos. En cuanto a que se trate de alguna persona “conocida”, el juez del Registro Civil deberán cuando menos, hacer constar, bajo su responsabilidad que se han cerciorado de quien firma en lugar de cualquiera de los solicitantes es conocida como persona digna de crédito en el lugar donde tiene su domicilio el solicitante.¹³³

“Artículo 98. Al escrito a que se refiere el artículo anterior, se acompañará:

- I. - El acta de nacimiento de los pretendientes y en su defecto un dictamen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto no sea notorio que el varón es mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce;
- II. - La constancia de que prestan su consentimiento para que el matrimonio se celebre, las personas a que se refieren los artículos 149, 150 y 151;
- III.- La declaración de dos testigos mayores de edad que conozcan a los pretendientes y les conste que no tienen impedimento legal para casarse. Si no hubiere dos testigos que conozcan a ambos pretendientes, deberán presentarse dos testigos por cada uno de ellos;

¹³³ Galindo Garfias, Ignacio. *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Comentado.* Tomo I, p. 77

IV.- Un certificado suscrito por un médico titulado que asegure, bajo protesta de decir verdad, que los pretendientes no padecen sífilis, tuberculosis, ni enfermedad alguna crónica e incurable que sea, además, contagiosa y hereditaria.

V.- Para los indigentes tienen obligación de expedir gratuitamente este certificado los médicos encargados de los servicios de sanidad de carácter oficial.

VI.- El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. Si los pretendientes son menores de edad deberán probar el convenio de las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio. No puede dejarse de presentar ese convenio ni aún a pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en todo caso, versará sobre los que adquieran durante el matrimonio. Al formarse el convenio se tendrá en cuenta lo que disponen los artículos 189 y 211, y el Oficial del Registro Civil deberá tener especial cuidado sobre este punto, explicando a los interesados todo lo que necesiten saber a efecto de que el convenio quede debidamente formulado.

VII.- Si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 fuere necesario que las capitulaciones matrimoniales consten en escritura pública, se acompañará un testimonio de esa escritura.

VIII.- Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido, si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de la nulidad de matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente.

IX.- Copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo.

Por último, para subrayar la importancia del expediente matrimonial, el acta correspondiente y los efectos de la errónea actuación del oficial del registro civil recordamos que conforme al artículo 39 del Código Civil, el estado civil de las personas sólo se comprueba con las constancias expedidas por el Registro Civil; ningún otro documento o medio de prueba es admisible, salvo los casos expresamente exceptuados en ley comentada en su artículo 40 y que se concretan al caso de que no hayan existido registros, o se hayan perdido, estuvieren ilegibles o faltaren las formas en que se pudiera suponer que se encontraba el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumento o testigos. Cuando el Código Civil regula las pruebas de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio, el artículo 341 dispone que a falta de actas o que éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante del estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastantes graves para determinar su admisión. Si uno sólo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe duplicado, de este deberá tomarse la prueba sin admitirla de otra clase.

Impedimento matrimoniales

“Los impedimentos son los hechos o situaciones que importan un obstáculo para la celebración del matrimonio. Es una prohibición jurídica basada en una circunstancia objetiva. Por lo tanto, son dos elementos que integran un impedimento. Uno es la circunstancia o hecho concreto, natural o jurídico, que es la base del impedimento; el otro es la ley que sobre esa base ha establecido el impedimento formalmente considerado. Los impedimentos tiene por objeto establecer ciertas seguridades en cuanto a la celebración del matrimonio.

Los impedimentos tiene sus efectos antes de contraer matrimonio, en el acto del matrimonio o posteriores. Antes de contraerlo, pueden ser invocados como causa de oposición de la celebración del matrimonio. En el acto del matrimonio, pueden ser razón suficiente para que el juez del Registro Civil se oponga a la celebración del matrimonio, toda vez que, “denunciado el impedimento, el matrimonio no podrá celebrarse, aunque el denunciante se desista, mientras no recaiga sentencia judicial que declare su inexistencia o se obtenga dispensa de él.”(artículo 109 del Código Civil).

Si el matrimonio se hubiere celebrado no obstante los impedimentos, éstos pueden, en ciertos casos, ser causa de nulidad, conforme lo dispone el artículo. 235 fracción II del Código Civil.”¹³⁴

José Castán Tobedas, a su vez, define: “Los impedimentos son aquellas circunstancias que producen prohibición para contraer matrimonio” y Marcel Planiol afirma: “Los impedimentos son aquellas circunstancias anteriores al matrimonio que constituyen obstáculos para su celebración”¹³⁵

Domenico Barbero explica por su parte, que las condiciones requeridas para ser admitidos a celebrar el matrimonio, están disciplinadas bajo el aspecto inverso del “impedimento” que se sigue de su defecto. Añade el autor, que el impedimento es una institución cuya elaboración fue obra del derecho canónico, que se dividen en “dirimentes”, e “impidentes”, “dispensables” y “no dispensables”.¹³⁶

“El nombre de impedimento matrimonial (*impedimentum matrimonii*) empezó a emplearse en el siglo XII para designar cuanto se opone a la celebración del matrimonio. El derecho canónico entiende por impedimentos matrimoniales aquellas cualidades o circunstancias que antecedentemente al mismo imposibilitan a una persona para contraer matrimonio.”¹³⁷

¹³⁴ Chávez Asencio, Manuel F. Ob. Cit. p.106.

¹³⁵ Castán Tobenas, José y Planiol, Marcel citados por Magallón Ibarra, Jorge Mano. Ob. Cit. Tomo III p. 269.

¹³⁶ Barbero Domenico, Ob. Cit. p. 42.

¹³⁷ De Ibarrola, Antonio. *Derecho de Familia*. Editorial Porrúa. México, 1984. p. 218

“La materia de impedimentos esta intimamente vinculada (en forma interdependiente) con la nulidad del matrimonio, ya que esta será consecuencia de un enlace celebrado a pesar de que le ley lo prohíbe. De ahí que tengamos presente que los impedimentos son circunstancias anteriores a la celebración. En otro aspecto del tema, debe destacarse el principio de que el matrimonio tiene a su favor una presunción de validez. Esta máxima se encuentra corroborada por el artículo 253 del Código Civil vigente. La presunción subsiste mientras que el vínculo no se declare nulo por sentencia ejecutoriada. En aplicación estricta de este criterio, no es posible estimar la existencia de nulidades virtuales, ni tácitas, ya que éstas deben apoyarse en texto legal expreso que las pronuncie.”¹³⁸

Por lo que respecta a los efectos del matrimonio nulo, el Código Civil en título de la inexistencia y la nulidad dispone en su artículo 2226: “La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente, cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción”.

“Artículo 235. Son causas de nulidad de un matrimonio:

- I.- El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra.
- II.- Que el matrimonio se hay celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156.
- III.- Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículo 97, 98, 100, 102 y 103.”

“Artículo 264. Es lícito pero no nulo el matrimonio:

- I.- Cuando se haya contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa;
- II.- Cuando no se haya otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículo 158 y 289”.

1. Clasificación de los impedimentos para contraer matrimonio

Los impedimentos matrimoniales se pueden clasificar según diversos criterios. Para este estudio los agruparemos en relación a:

LA SANCION. Por la índole de la sanción a la que da lugar su inobservancia se clasifican en *dirimentes e impeditentes* o prohibitivos, expresiones que no utiliza

¹³⁸ Magallón Ibarra, Jorge Mario. Ob. Cit. p. 266.

la ley mexicana pero que la doctrina ha tomado del Derecho canónico. En nuestra legislación podríamos establecer, como principio general, que los impedimentos dirimientes están previstos en el artículo 156 del Código Civil en relación al 235 fracción II. En cambio, los impedimentos impeditivos o prohibitivos se encuentran en los artículos 158, 159, 264 y 289 del Código Civil.

Los impedimentos dirimientes son aquéllos cuya violación habilita el ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio. Impedimentos impeditivos o prohibitivos, son aquéllos cuya violación no da lugar a dicha sanción y tienen sanción de otro tipo. Pueden ser un obstáculo para la celebración del matrimonio si lo conoce el juez del Registro Civil.

Las Personas. Por razón a las personas respecto a las cuales se aplican, pueden ser absolutos o relativos. Son absolutos los que impiden la celebración de matrimonio con cualquier persona (la falta de edad), y relativos los que sólo presentan un obstáculo concreto respecto a persona determinada (parentesco).

Al Tiempo (vigencia). Perpetuos o temporales. Por el tiempo de su vigencia, se dividen en perpetuos o temporales. Los perpetuos no están destinados a desaparecer por el transcurso del tiempo, como los derivados del parentesco. Los temporales están sujetos a extinción por el transcurso de un plazo cierto o incierto.

El Permiso. Dispensable o indispensables. Dispensables son los que pueden ser removidos mediante la autorización para contraer matrimonio otorgada por determinada autoridad; los indispensables no pueden ser removidos de manera alguna.¹³⁹

Según el esquema de los impedimentos para la celebración del matrimonio, expuesto Galindo Garfias, el fundamento de los impedimentos puede ser:

Razones de Orden Etico Social. Prohibición de la poligamia (bigamia).

Razones de Orden Biológico. a) Prohibición del incesto (dispensable en la línea colateral desigual). b) Ineptitud de la procreación (impubertad, Impotencia incurable). c) Preservación de la salud de la persona con quien se pretende contraer matrimonio y de la futura prole.

Razones de Orden Psicológico. a) Incapacidad de goce por minoría de edad (falta de autorización de los ascendientes o tutor). b) Voluntad coaccionada (fuerza o miedo graves).

Razones de Orden Delictuoso. a) Protección de la fidelidad conyugal. (Adulterio comprobado entre quienes pretenden contraer matrimonio).

¹³⁹ Chávez Asencio Manuel F. Ob. Cit. p. 108.

b) Protección de la vida e integridad corporal del cónyuge anterior. (El atento contra la vida de uno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre).

1. Impedimentos matrimoniales contenidos en el Código Civil. Breve explicación de cada uno de ellos.

Magallón Ibarra, critica el hecho de que los impedimentos se localicen dentro del marco institucional del Código Civil que se refiere a "los requisitos para contraer matrimonio".¹⁴⁰

El Código Civil en su artículo 156 establece: "*Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:*

I.- La falta de edad requerida por la ley, cuando no hay sido dispensada;

Como hemos expresado con anterioridad, la edad mínima en el hombre es de dieciséis años en el varón y de catorce en la mujer; y puede concederse dispensa de edad por causas graves y justificadas. La edad avanzada no es un impedimento para contraer matrimonio, ni tampoco una notaria diferencia de edad entre los contrayentes. De acuerdo a la clasificación de impedimentos, en nuestro derecho la falta de edad núbil, es un impedimento dirimente, pues origina la nulidad del matrimonio, cuando no se observa, sin embargo, dejará de ser causa de nulidad cuando haya habido hijos o en caso de que hubiere llegado a la mayoría de edad sin que ninguno de los cónyuges hubieren intentado la nulidad. Es absoluto, temporal y puede ser dispensado.

II.- La falta del consentimiento del que, o los que, ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez, en sus respectivos casos;

En razón a la clasificación de los impedimentos, se trata de un impedimento dirimente, absoluto, y temporal, por que concluye al llegar los interesados a la mayoría de edad, pero mientras dure la minoría de edad, no es dispensable. Es de observarse que aún cuando la ley exige "el consentimiento" de quienes ejerzan la patria potestad, del tutor o del juez, en realidad se refiere a la autorización de ellos, toda vez que para la celebración del matrimonio solo se requiere el consentimiento de los contrayentes. Si se tratara del consentimiento, de los padres, sería un elemento esencial del acto jurídico y produciría la inexistencia del mismo sino se otorga, pero el Código Civil, lo sanciona con la nulidad. Efectivamente, conforme a los artículos 238 a 240 del Código Civil, la citada nulidad solo podrá alegarse por quienes ejerzan la patria potestad, dentro del término de treinta días de celebrado el matrimonio, siempre y cuando no haya consentimiento expreso o tácito, después del acto; por el tutor, o cualquiera de los cónyuges, cuando el consentimiento

¹⁴⁰ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *ob. cit.* p.257

respectivamente lo deba dar aquél o el juez. También la acción deberá intentarse dentro del término de treinta días de celebrado el matrimonio, desapareciendo la causa de nulidad, si se obtiene la ratificación del tutor o la autorización judicial, confirmando el matrimonio.

III.- El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en la línea recta, ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medio hermanos. En la línea colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa;

El impedimento derivado del parentesco por consanguinidad es universal, aunque pueda variar la extensión en que se lo consagra. Antropológicamente, reconoce su fundamento en el *tabú del incesto*, que constituye uno de los pilares de la formación de la familia exogámica, y su vigencia en el período histórico de las civilizaciones es evidente. La tradición judeocristiana encuentra en el Deuteronomio de Moisés un testimonio claro del repudio de las uniones incestuosas. Podemos afirmar que, mas las razones de tipo eugenésico, sin duda válidas; priman razones de índole ética, que integran herencia cultural y que el legislador, no hace sino reflejar en disposiciones generales.¹⁴¹

La línea recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras, (artículo 297 del Código Civil) es decir, es aquélla que existe entre padres e hijos, abuelos y nietos; constituye un impedimento dirimente. Toda vez que no puede haber dispensa, y su inobservancia anula el matrimonio que puede interponerse en cualquier tiempo, por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes o por el Ministerio Público. Es relativo por que sólo opera entre los parientes que se incluyen, en relación a los cuales es perpetuo y no es dispensable.

El parentesco por consanguinidad no dispensado (cuando se trata de línea colateral desigual) anula el matrimonio, pero si después se obtuviere la dispensa y ambos cónyuges "reconocida la nulidad quisieran espontáneamente reiterar su consentimiento, por medio de un acta ante el juez del Registro Civil quedará revalidado el matrimonio y surtirá todos sus efectos legales desde el día en que primeramente se contrajo." (artículo 241 del Código Civil) es relativo temporal y puede dispensarse. Observamos que el parentesco por consanguinidad se refiere tanto al parentesco legítimo como al natural. De la naturaleza de éste impedimento se deriva que la comprobación legal no es necesaria, toda vez que si algún elemento demuestra la existencia de ese parentesco, el Juez del Registro Civil debe abstenerse a celebrar el matrimonio.¹⁴²

¹⁴¹ Zannoni Eduardo A. Op. Cit. p. 196.

¹⁴² Chávez Asencio, Manuel F. Ob. Cit. p. 111.

IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna.

El parentesco de afinidad, según el artículo 295 del mismo ordenamiento, es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón. Supone que el matrimonio que dio origen al citado parentesco de afinidad, se ha disuelto por divorcio, por nulidad, o por muerte de uno de los cónyuges. De otra manera, si tal enlace subsistiera, habría bigamia con motivo del segundo matrimonio. Por lo consiguiente, la ley se coloca en el supuesto de que no obstante la disolución del primero, continúa el parentesco de afinidad sólo para el efecto de constituir un impedimento entre uno de los ex cónyuges y los ascendientes y descendientes del otro.

V.- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido jurídicamente comprobado;

Esta fracción no se encuentra consignada en los antecedentes legislativos, de manera que es nueva, caduca la acción de nulidad a los seis meses, según lo dispone el artículo 243 del Código Civil.¹⁴³ Obvias razones de orden moral y social, impiden que dos personas que han perpetrado entre sí el delito de adulterio, que constituye un atentado grave en contra de la solidez de la familia, puedan contraer matrimonio para constituir de esta manera legalmente una familia.¹⁴⁴ Se por la ley un impedimento dirimente, en cuanto a que origina la nulidad en razón a la ilicitud misma del nuevo matrimonio como acto jurídico. Es además relativo, pues se refiere solo a los que cometieron el adulterio. Es perpetuo y no es dispensable.¹⁴⁵

VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio del que quede libre;

No se requiere la consumación del delito de homicidio. Para que subsista el impedimento, es suficiente la realización de los actos previos a la consumación, encaminados directamente a causar la muerte de uno de los cónyuges, pero sí es necesario que se compruebe en el autor del delito, el propósito de privar de la vida a uno de los cónyuges para que de ésta forma, si queda después disuelto por otras causas el vínculo matrimonial, el autor del atentado no se encuentra en aptitud de contraer matrimonio con el otro cónyuge.¹⁴⁶ Este impedimento es de naturaleza dirimente, pues de acuerdo con el artículo 244 del propio ordenamiento, si se realiza el matrimonio se puede pedir la nulidad por los hijos del cónyuge víctima del atentado, y por el Ministerio Público, dentro del término de seis meses

¹⁴³ Magallón Ibarra, Jorge Mario. Ob Cit. Tomo III. p. 262

¹⁴⁴ Galindo Garfias, Ignacio. Ob Cit. p.497.

¹⁴⁵ Chávez Asencio Manuel F. Ob Cit.p. 114.

¹⁴⁶ Galindo Garfias, Ignacio. Oph. Cit. p. 497.

contados desde que se celebró el nuevo matrimonio. Es relativo, perpetuo en relación a los que atentaron contra la vida del cónyuge y no dispensable.¹⁴⁷

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

El consentimiento para contraer matrimonio debe ser prestado en forma libre y espontánea por ambos contrayentes y la coacción física o moral que se ejerza sobre cualquiera de ellos, para arrancar en esta forma la declaración de voluntad, produce la nulidad del matrimonio. El raptó, tratándose del matrimonio es una manera de violencia material y moral que impide la libre manifestación de voluntad del contrayente. Este impedimento no cesa, mientras la raptada no sea restituida a lugar seguro donde pueda declarar libremente el sentido de su voluntad. Esta causa de nulidad sólo puede ser ejercida por el cónyuge agraviado, dentro de 60 días contados desde la fecha en que cesó la violencia o la intimidación.¹⁴⁸

VIII.- La impotencia incurable para la cópula; y las enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas y hereditarias.

La impotencia debe ser incurable y se refiere a la cópula: Esto significa que la esterilidad no hace nulo el matrimonio, no hay impedimento por esterilidad. Debe ser previa a la celebración del matrimonio para que proceda como causa de nulidad por este impedimento. La impotencia se considera un impedimento dirimente, absoluto, perpetuo y no dispensable, al inhabilitar a uno de los cónyuges al matrimonio, al impedirles el cumplimiento del objeto que es el vínculo jurídico o unión de un hombre y de una mujer.

Se dicen impedimento eugenésicos, los señalados por esta fracción, como enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas y hereditarias. Podemos considerar que éste es un impedimento dirimente y temporal, toda vez que es posible, debido a los avances de la ciencia, curar algunos de los casos que se consideran actualmente incurables; en este aspecto debemos aceptar que la legislación civil remite a la medicina para determinar cuáles son las enfermedades crónicas e incurables; además es relativo porque se refiere al enfermo y no a todos, y no es dispensable.

Es de señalarse que esta fracción debe relacionarse con el artículo 246, que dispone que la nulidad que se funde en esta fracción, sólo puede ser pedida por los cónyuges dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró el

¹⁴⁷ Chávez Asencio, Manuel F. Ob. Cit. p.115.

¹⁴⁸ Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit. p. 498.

matrimonio. Parece un término sumamente breve, sin embargo debe tomarse en cuenta que se consideran causal de divorcio según la fracción VI del artículo 267 del mismo ordenamiento.¹⁴⁹

IX.- Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450.

Como analizamos en este trabajo en el capítulo respectivo, la declaración de incapacidad se seguirá ante el juez de lo familiar a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria o mediante juicio ordinario, y en su caso se dictaran medidas tendientes a la protección física y patrimonial del quien se considere incapaz, hasta antes de la declaración formal de incapacidad hecha por el Juez. De la naturaleza de este impedimento se deriva que la comprobación legal no es necesaria, toda vez que si algún elemento demuestra la existencia de ese impedimento, el Juez del Registro Civil deberá abstenerse a celebrar el matrimonio, hasta que no se desahoguen los procedimientos establecidos por la propia ley. Se trata de un impedimento dirimente, toda vez que el artículo 247 del Código Civil establece que tienen derecho a pedir la nulidad, el otro cónyuge o el tutor del incapacitado. En este caso no se establece un término de prescripción. Cabe señalar que es causal de divorcio según la fracción VII del artículo 267 de la propia ley, padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga del cónyuge demente. Aún cuando la expresión "enajenación mental" no se encuentra en la redacción actual del artículo 450, y se trata de una expresión superada por la ciencia de la psiquiatría, suponemos que jurídicamente basta con la declaración de interdicción. Rojina Villegas opina que es más jurídico reconocer causales de nulidad con carácter de imprescriptibles, y no causales de divorcio.¹⁵⁰

X.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquélla con quien se pretenda contraer.

A este impedimento se le conoce en la doctrina como impedimento de ligamen o de vínculo. Es una consecuencia del régimen de monogamia. Es dirimente, por que origina la nulidad y puede deducirse en todo tiempo por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio, y no deduciéndola ninguna de las personas mencionadas, la deducirá el Ministerio Público. Opera aunque se haya contraído el matrimonio de buena fe, creyéndose fundadamente que el consorte anterior, había muerto.

¹⁴⁹ Chavéz Asencio, Manuel F. Ob. Cit. p.p. 117 y 121.

¹⁵⁰ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. p.307.

En este caso de bigamia, así como el de incesto, son los únicos regulados por nuestra ley como causales de nulidad absoluta. Todos los demás se caracterizan como de nulidad relativa, pues o bien prescriben en un determinado plazo, la acción de nulidad, o bien sólo pueden intentarse por determinadas personas como ocurre en el caso de estado de incapacidad, que no obstante que el artículo 247 no señala término de prescripción, se refiere exclusivamente a la acción del otro cónyuge o al tutor del incapacitado.¹⁵¹

De estos impedimentos sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

El artículo 157 establece: *"El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes en tanto dure el lazo jurídico resultante de la adopción."* No indica el legislador la sanción aplicable en el caso de infracción a esta norma, pues el artículo 235 fracción II, dice que es nulo el matrimonio que se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en el artículo 156, y en los artículos que siguen a este último, se analiza detenidamente cada una de las causales de nulidad. La sanción aplicable a este artículo parece ser la nulidad toda vez que los actos que la ley prohíbe son nulos y sin ningún valor, según lo establecido por el artículo ocho del Código Civil.

Se llegaría también a la misma conclusión por aplicación de la norma de los contratos, que se hace extensiva a todos los actos jurídicos en virtud del artículo 1859. Si es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o las buenas costumbres (artículo 1830), y según el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles, todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquélla, la base de la integración de la sociedad, el contrato puede ser invalidado por que su objeto, o su motivo o fin es ilícito, (artículo 1795), toda vez que existe una prohibición sobre el particular.

De conformidad con la parte final del artículo 157, el adoptante podría contraer matrimonio con el adoptado, o sus descendientes si desaparece el lazo jurídico resultante de la adopción. La adopción se extingue por nulidad, por impugnación (artículo 394) y por revocación (artículos 405 y 406 del Código Civil).¹⁵²

El artículo 158 a su vez dispone otro impedimento: *"La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasado trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En*

¹⁵¹ Chávez Asencio, Manuel F. Ob. Cit. p. 125

¹⁵² Cruz Ponce, Lisandro. *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Comentado.* Tomo I, p.p. 120 y 121.

los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación."

Este principio tiene por objeto evitar la confusión de paternidad. La Ley presume que el plazo máximo de gestación es de 300 días. Si la mujer da a luz un hijo, dentro de ese plazo se extingue la prohibición. En ciertas legislaciones se permite el matrimonio de la mujer antes de 300 días, si comprueba científicamente que no está embarazada. Si la mujer contrae matrimonio antes del vencimiento del plazo, ese matrimonio es lícito pero no nulo, según la fracción II del artículo 264, si da a luz un hijo el artículo 334 determina la paternidad presunta de ese hijo.¹⁵³

El artículo 159 establece: *"El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado bajo su guardia, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el presidente municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas la cuentas de la tutela. Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor"*. Se trata de un impedimento dirimente pues ni está dentro de los consignados dentro del artículo 264 del Código Civil, además es dispensable, relativo y temporal. Si no se dispensa genera la nulidad del matrimonio.

Por último señalamos el impedimento contenido en el artículo 289 de Código Civil que establece que *"el cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volverse a casar sino después de dos años a contar desde que se efectúe el divorcio. Para que los cónyuges que se divorcian voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio"*. Se trata de un impedimento impediénte, pues como lo dispone el artículo 264 del Código Civil es ilícito pero no nulo. Los efectos de la ilicitud en este caso, se concretan en la responsabilidad en el desempeño del cargo de Juez de Registro Civil que autorice un matrimonio ilícito; quien puede ser sancionado con la destitución de su cargo.

IV. Efectos patrimoniales del matrimonio.

Las consecuencias jurídicas que surgen por el matrimonio son de dos órdenes: personales y patrimoniales. Las patrimoniales o económicas presentan diversos aspectos: las cargas económicas que trae consigo la vida en común en el hogar; las donaciones antenuptiales, las donaciones entre consortes, y los regímenes patrimoniales que establezcan los cónyuges con respecto a sus bienes propios.

¹⁵³ Loc. Cit.

Los regímenes patrimoniales del matrimonio toman el nombre en nuestro derecho de Capitulaciones Matrimoniales, expresión castiza con la que se designa al contrato de matrimonio con respecto a los bienes; el artículo 179 define: "Las capitulaciones matrimoniales son los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y en otro caso."

Como se desprende de la simple lectura de este artículo, los regímenes patrimoniales en nuestro derecho son dos: *separación de bienes y sociedad conyugal*. De la combinación de ambos puede surgir un régimen mixto: parte de los bienes en sociedad conyugal y la otra parte con bienes propios de cada uno de los esposos, o de uno sólo de ellos.

El menor que con arreglo a la ley, pueda contraer matrimonio, puede también otorgar capitulaciones, las cuáles serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio (artículo 181 del Código Civil).

Aunque el artículo 181 establece que las capitulaciones puede celebrarse antes o durante el matrimonio, lo cierto es que los requisitos previos al matrimonio establecen que deberá adjuntarse "el convenio que los pretendientes deberán celebrar en relación a los bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En realidad, lo que si puede hacerse es modificarlas. La naturaleza jurídica de las capitulaciones es sin duda, la de un contrato, por ser un convenio entre las partes, que crea o transmite derechos y obligaciones. En razón a que debe celebrarse con anterioridad al matrimonio, se les ha considerado contrato sujeto a condición suspensiva, o también sujetas a plazo determinado, cuando exista ya la fecha prevista para la boda, o como contrato de carácter accesorio que sigue la suerte del contrato principal, que es el matrimonio.

Se entiende por sociedad conyugal, el régimen mediante el cual los cónyuges son dueños en común de los bienes incluidos dentro de la sociedad conyugal. La misma puede ser total o parcial. Será parcial cuando estén comprendidos dentro de la sociedad todos los bienes presentes y futuros de los consortes, así como los productos de los mismos. Será parcial cuando se establezca distinción entre las clases de bienes que entrarán a la sociedad, segregando algunos de ellos, igual con respecto a los productos.

Cuando los bienes que aporten alguno o ambos cónyuges sean de carácter inmueble o bienes muebles de los llamados preciosos, deberán constar las capitulaciones en escritura pública para que surtan efectos respecto a terceros. La constitución de la sociedad conyugal significa auténticamente una transmisión de bienes, no a la sociedad conyugal, que no es una persona jurídica, sino al otro cónyuge en un cincuenta por ciento. En razón de ello, todos los bienes que

requieran para su transmisión de escritura pública, será necesario otorgarlo en esta forma, al realizar la sociedad conyugal.

El artículo 183 establece: "La sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones del contrato de sociedad." El legislador establece así, la naturaleza jurídica de un contrato de sociedad. Las diferencias entre el contrato de sociedad y la sociedad conyugal son:

- a) Mediante el contrato de sociedad se crea moral independiente de los socios, la sociedad conyugal no tiene personalidad jurídica propia independientemente de los cónyuges.
- b) Para ingresar a una sociedad civil se requiere forzosamente de una aportación de cada uno de los socios. En la sociedad conyugal puede aportar bienes uno solo de los cónyuges o ninguno.
- c) El fin del contrato de sociedad es preponderantemente económico. La finalidad de la sociedad conyugal es diversa, pues tiene por objeto el sostenimiento del hogar, y de todas las necesidades de los propios cónyuges, en razón a la comunidad de vida que han establecido, y de la familia que constituyeron.
- d) Las aportaciones que se hacen a una sociedad pasan a ser propiedad de la misma, por eso, quien las otorga, deja de ser propietario de ellas. En la sociedad conyugal solo se trasmite al otro cónyuge el cincuenta por ciento de las aportaciones, quedando el cónyuge aportante, propietario del cincuenta por ciento.
- e) En la sociedad civil los socios pueden representar porciones de valor diverso, en la conyugal, los cónyuges representan un cincuenta por ciento cada uno, salvo convenio expreso en las capitulaciones matrimoniales en otro sentido.
- f) La sociedad constituye un contrato autónomo. La conyugal es un contrato accesorio al matrimonial, pues surge y desaparece y sólo tiene sentido en razón del matrimonio.

La separación de bienes puede ser pactada con anterioridad al matrimonio, o durante el mismo, por convenio entre los consortes, o por sentencia judicial que declare extinguida la sociedad conyugal. Puede incluir tanto los bienes presentes como futuros de cada uno de los cónyuges, así sus productos. Si no se incluyen todos los bienes y sus productos, la separación será parcial y habrá de que crear la sociedad conyugal con los bienes restantes de acuerdo con los requisitos exigidos al respecto.

Los cónyuges puede libremente cambiar, durante su matrimonio, el régimen de separación de bienes por el de sociedad conyugal, debiendo al respecto cumplir con todos los requerimientos legales que exige la constitución de la misma y, si uno o los dos cónyuges fueren menores requieren el consentimiento de las personas que lo otorgaron para su matrimonio.

Cundo durante el matrimonio se cambié de régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes se necesitará levantar escritura pública si los bienes son inmuebles. Las capitulaciones que establezcan la separación de bienes siempre contendrá un inventario de los bienes de que sea dueño cada esposo al celebrarse el matrimonio, y nota especificada de las deudas que al casarse tenga cada consorte.

En caso de que los cónyuges reciban en común ciertos bienes a título gratuito, (donaciones, herencias o legados) o por don de la fortuna, los bienes serán administrados por ambos, o por uno de ellos de acuerdo con el otro, y el administrador será considerado como mandatario, en tanto se realiza la división.

El usufructo legal derivado del ejercicio de la patria potestad que en común ejerzan los cónyuges, será dividido entre ellos por partes iguales. Prohíbe la ley que entre cónyuges se cobren retribuciones, ni honorarios de ninguna clase por los servicios, consejería o asistencia que se prestaren, aunque si serán responsables recíprocamente de los daños y perjuicio que se acusaren por dolo, culpa o negligencia.

Las cargas económicas del hogar. Dada la igualdad jurídica existente en nuestro derecho, los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar, y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente éstos gastos. (artículo 164 del Código Civil).

Además los cónyuges y los hijos, en materia de alimentos tendrán derecho preferentemente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de lo bienes para Hacer efectivos éstos derechos. (artículo 165 del Código Civil).

Las donaciones antenuptiales se encuentran reguladas en los artículos 219 al 231 del Código Civil. Se entiende por donaciones, los regalos, obsequios, que un prometido hace a otro, o los que hacen los terceros, a uno de ellos o a ambos, antes y en razón del matrimonio. Las donaciones antenuptiales son una especie del género contrato de donación, llamadas por el Código donaciones comunes.

Las donaciones antenuptiales que hace un cónyuge a otro no podrán exceder en su conjunto de la sexta parte de los bienes del donante. El exceso se considerará inoficioso, es decir, que si la donación excede de la sexta parte que permite la ley, se reducirán hasta ese límite. Para calcular lo inoficioso de una donación y poder reducirla hasta la sexta parte, tienen la facultad, también el esposo donatario como sus herederos, de elegir la época en que se hizo la donación o la del fallecimiento del cónyuge donante.

En cambio las donaciones que haga un extraño serán inoficiosas en los términos en que lo fueren las comunes. (en cuanto perjudiquen la obligación del donante de ministrar alimentos a aquéllas personas a quien los debe conforme a la ley. (artículo 2348 del Código Civil).

Las donaciones antenuptiales no necesitan aceptación expresa ni se revocan por sobrevenir hijos al donante. La ingratitud como causa de revocación de las donaciones antenuptiales solamente operará si la hizo un extraño a los dos cónyuges y ambos hayan sido ingratos. Para que se revoquen las que hace un esposo a otro, se requiere que haya habido adulterio o abandono injustificado del domicilio conyugal por parte del donatario.

Si no llegare a realizarse el matrimonio en virtud del cual se hicieron las donaciones, éstas quedan sin efecto.

Las donaciones entre consortes, son las que hace un cónyuge a otro durante la vigencia del matrimonio. Serán válidas si no son contrarias a la capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derechos de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos. Las donaciones entre consortes pueden ser revocadas por los donantes, mientras subsista el matrimonio, cuando exista causa justificada para ello, a juicio del juez. (artículo 233 del Código Civil). De más esta decir que las donaciones entre consortes, solamente pueden tener lugar cuando el matrimonio esta regido por el sistema de separación de bienes. En el régimen de sociedad conyugal todos los bienes pertenecen en común a los dos cónyuges, por lo que no es posible que se de entre ellos el contrato de donación, ni mucho menos la compraventa.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Montero Duhalt. Sara. Ob. Cit. p.p.149 a 157.

CAPITULO CUARTO

PROBLEMAS QUE ENTRAÑA EL MATRIMONIO DE MENORES

I. La edad mínima matrimonial es excesivamente temprana.

El matrimonio, cuando se trata de menores entraña una problemática extensa. Destaca la cuestión de la edad mínima matrimonial, que supone como referencia principal, la capacidad de reproducción. Habría que diferenciar entre los menores de edad y los menores que cuentan con la edad mínima matrimonial. Las legislaciones de diversos países toman en consideración las características de los grupos que prevalecen en cada lugar, en lo relativo al desarrollo y madurez sexual, a pesar de la diversidad étnica que se presenta en nuestros días en una misma localidad. A efecto de establecer las diferentes etapas en el desarrollo humano y sus efectos en la legislación en materia de matrimonio, es necesario hacer referencia la doctrina médica.

“La pubertad se define como un periodo de la vida que comprende varios años, durante el cual se alcanza la edad fértil o madurez sexual. Esta integrado a su vez por cuatro periodos: el prepuberal, el puberal, el pospuberal y la nubilidad. La pubertad representa el momento en que empiezan a desarrollarse los caracteres sexuales corporales. Al estudiar la pubertad se consideran cambios locales del aparato genital, cambios generales del organismo, y cambios psíquicos. Asimismo se considera que la cronología de la evolución sexual varía según el clima, y por ello, en general, se hace referencia a los países de latitud media. Los períodos en que se dividen la época de la pubertad en la mujer son muchos menos acusados que en el varón, por cuyo motivo se describe globalmente la cronología de la pubertad masculina.

El período prepuberal determina el estado precursor de la pubertad (hacia los diez años de edad) y finaliza en el caso de la menor, con la menarquia - aparición de la primera regla - misma que es sumamente variable, dependiendo de la latitud, factores raciales, ambientales, hereditarios, y factores personales. En promedio general, la menarquia aparece hacia los trece años de edad. En los países de latitud media puede aparecer de los 10 a los 15 años.

El período puberal en la menor, se inicia con la primera menstruación. El ciclo menstrual en este período no implica que se produzca ovulación, por el contrario, es anovulatorio, es decir, estéril. Durante el período puberal se desarrollan los caracteres sexuales secundarios, la duración promedio de este período es de tres años, es decir finaliza aproximadamente a los dieciséis años. Por lo que se refiere al varón, el despertar puberal considerado en bloque, ocurre más tarde que en la menor. Aún cuando la

palabra *pubere* equivale etimológicamente a "cubrirse de pelo", el vello que aparece en el varón no es signo de madurez testicular, pues aunque pueda producirse eyaculaciones, éstas en promedio, no contienen espermatozoides hasta los dieciocho años o después, edad en que el semen es fecundante.

En el periodo pospuberal se alcanza el total desarrollo sexual, como cambio psíquico se produce el desarrollo de la inteligencia, del carácter y de la personalidad. Según Freud, todas las variaciones psíquicas puberales se deben a la influencia sexual, pero no es posible atribuir totalmente a ésta el gran desarrollo psicológico que se realiza entre los 12 y los 18 años, y que indudablemente también se refiere a factores externos a la esfera sexual. *Como prueba de ello, se hace notar que no va ligada la precocidad sexual a la precocidad psíquica, ocurre más bien lo contrario.* Por tanto el desarrollo psíquico se debe tanto a la nueva actividad hormonal, (factores endócrinos), como a factores exteriores del medio ambiente (factores exógenos). Este periodo se desarrolla normalmente entre los 16 y 18 años, en la mujer. En el caso del varón es durante esta etapa que aumenta el crecimiento corporal general.

La nubilidad es la época en que se completa la madurez reproductiva. Haciendo referencia a latitud media, se alcanza a los 18 años de edad, en el caso de la mujer. El ciclo sexual se torna fértil, existiendo una ovulación normal. En la nubilidad se alcanza un máximo grado de desarrollo funcional y el aparato genital se hace apto para su plena función reproductora. En esta etapa, la morfología típicamente masculina se completa de los diecinueve a los veintidós años, conjuntamente con el total desarrollo de la psicología varonil." ¹⁵⁵ En ese sentido, la doctrina nacional hace referencia a la edad núbil, como aquella en que el menor puede contraer matrimonio.

Se explica desde el punto de vista jurídico sobre la edad núbil, que ante la imposibilidad de investigar específicamente en cada caso concreto, y de manifiesto que ese fenómeno puede coincidir, a pesar de todas las diferencias individuales, con una cierta edad, mas prematura en la mujer que en el varón, se ha convenido en establecer una presunción jurídica de pubertad al llegar a una determinada edad.¹⁵⁶ Sin embargo, consideramos que la legislación toma en cuenta el aspecto fisiológico dejando de lado el aspecto psicológico para determinar la edad mínima matrimonial. Parece ser que el legislador deja que la evaluación de la madurez emocional se ventile a través de la asistencia al extemar la voluntad para contraer matrimonio, ya sea por intervención paterna, de quien en su caso ejerza la patria potestad, o de quien asista al menor en la celebración de este acto jurídico.

La legislación comparada ofrece diversas soluciones respecto del matrimonio de menores de edad que han alcanzado la edad mínima para contraer matrimonio. En algunos países se requiere la venia paterna - o judicial en su caso - pero difieren las consecuencias de la omisión, y que mientras que en algunos ella provoca la

¹⁵⁵ López Ibor, Juan José, et al. *La Vida Sexual*. Editorial Oceano Danae; España, s/a. p.p. 321 a 342.

¹⁵⁶ De Ibarrola, Antonio. *Ob. Cit.* p. 200.

anulabilidad del matrimonio, en otros las sanciones son de otra índole, patrimonial o aún penal. También hay países de la órbita comunista en que, o bien coincide la mayoría de edad civil con la aptitud nupcial, o bien los menores pueden casarse sin venia. La imposición de la autorización paterna o judicial bajo sanción de nulidad proviene del derecho francés. Fue adoptada por el Código de Napoleón, que establece la anulabilidad relativa a pedido de quienes debían haber dado el asentimiento o del Cónyuge que lo necesitaba.¹⁵⁷

Además del desarrollo fisiológico, las políticas de población también han influido en otros países para determinar una edad mínima matrimonial. Destaca el caso de la República Popular de China, que mientras dispone que la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años en el artículo 315 de su Código Civil, establece la edad mínima matrimonial con posterioridad a la mayoría de edad, y además no contempla procedimiento alguno para contraer matrimonio antes de esa edad, limitándose el legislador a facultar a las Asambleas Populares de las regiones, prefecturas y distritos autónomos a adicionar o modificar, *conforme a los principios* de la Ley de Matrimonio.

La Ley de Matrimonio de la República Popular China establecía en 1950, que el matrimonio se permitiera al hombre mayor de 20 años, y a la mujer de más de dieciocho. En su ley aprobada en 1980, elevó la edad, y en su artículo 5º dispone: "El matrimonio no será permitido al hombre menor de 22 años cumplidos y a la mujer menor de 20 años cumplidos. Se estimularán el casamiento y la procreación tardíos."

Se apuntan además otras medidas para controlar el índice de natalidad. En su explicación a dicha ley, el vicepresidente de la Comisión Legislativa, Wu Xinyu expone: "En nuestro país se estimula constantemente el casamiento tardío en consideración a las ventajas que este trae al Estado y a la familia así como al individuo. Por lo que respecta al efecto que tiene la edad núbil legal sobre la planificación familiar, la clave radica en considerar separadamente procreación y matrimonio, promoviendo en forma adecuada la planificación familiar. Es por esto que el proyecto de modificación estipula: "El esposo y la esposa tienen el deber de practicar la planificación familiar" (artículo 12) y "... Se estimularán el matrimonio y la procreación tardíos" (artículo 5). Siempre que se realice bien el trabajo de planificación familiar, se podrá controlar el crecimiento demográfico. De otra manera aunque el matrimonio sea tardío, la procreación será alta. *Si analizamos la situación de algunos países económicamente desarrollados, podemos ver que en ellos la edad núbil legal es baja, por ejemplo, en algunos países de Europa Occidental, se permite el matrimonio a la mujer a los 15 ó 16 años cumplidos, al hombre a los 16, 18 ó 21 años cumplidos. Sin embargo, dentro de un largo lapso, la población de éstos países no ha crecido e incluso tiende a*

¹⁵⁷ Belluscio, Augusto César, *Derecho de Familia*. Ediciones de Palma, Argentina, 1979. Tomo I, p. 555

descender. Esto afirma nuestra explicación de que la edad núbil legal y el control de la población son dos problemas diferentes.¹⁵⁸

Sirva lo anterior para apuntar que, la regulación de la edad mínima matrimonial no es factor determinante en la tasa de natalidad. En éste sentido consideramos oportuno citar a Michael Anderson, quien después de explicar y tomar en consideración la dificultad para interpretar y comparar listas, censos y cuestionar la calidad de los datos estadísticos para interpretar la bibliografía acerca de la historia de la familia occidental, afirma:

Se ha señalado, aunque no tan claramente, un cierto paralelismo entre la fertilidad legítima y la ilegítima, probablemente ambas aumentaron en el siglo XIX y volvieron a incrementarse durante la posguerra. Hay igualmente una correlación inversa en la edad del matrimonio. Pero no hay pruebas en ninguna época que apoyen la teoría, a primera vista atractiva, de que la ilegitimidad ha sido mas alta cuando las mujeres han tenido que esperar mas tiempo para contraer matrimonio y mas baja cuando el matrimonio se ha realizado antes." Agrega el mismo autor que el descenso de la mortalidad adulta, y la limitación de la fertilidad a partir de 1900, trajo como consecuencia, el que se restringieran los partos a los primeros años de vida matrimonial, y al reducirse la edad matrimonial, también disminuyó la edad en que las mujeres tienen su último hijo.¹⁵⁹

Aunque es posible que se cuestione la aplicación de tales afirmaciones en el contexto de nuestro país, las estadísticas en el Distrito Federal no marcan una diferencia muy grande en los nacimientos entre las madres casadas y las madres en unión libre, considerados en grupo quinquenal de edad, sin embargo es más grande el grupo de madres solteras. Lo anterior sugiere, más que la necesidad de regular la edad mínima matrimonial, la adecuada orientación en temas de reproducción en la adolescencia.

La procreación considerada dentro del matrimonio da legitimidad y seguridad jurídica a la familia. Sin embargo no consideramos que la propia ley al regular la edad mínima matrimonial anterior a la mayoría de edad propicie elementos necesarios para la adecuada formación de la familia. A continuación citamos información que se refiere a los nacidos vivos de madres de residencia habitual en el Distrito Federal, durante 1994.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Ley de Matrimonio de la República Popular de China, Ediciones en Lenguas Extranjeras Beijing, China, 1983. p.p. 4, 14 y 15.

¹⁵⁹ Anderson, Michael. *Aproximaciones a la Historia de la Familia* Editorial Siglo XXI. España, 1988. p.14, 15.

¹⁶⁰ Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática *Anuario Estadístico Del Distrito Federal* Edición 1996.

**NACIMIENTOS POR ESTADO CIVIL DE LA MADRE, SEGÚN GRUPO
QUINQUENAL DE EDAD (1994).**

GRUPO DE EDAD	SOLTERA	CASADA	UNION LIBRE	SEPARADA	DIVORCIADA	VIUDA
MENORES DE 15 AÑOS	113	81	191			
DE 15 A 19 AÑOS	4 241	12 032	13 818	14	15	29
DE 20 A 24 AÑOS	6 294	37 668	24 558	29	21	66
DE 25 A 29 AÑOS	3 559	39 240	16 007	23	15	70
DE 30 A 34 AÑOS	2 075	25 671	9 425	29	6	37
DE 35 A 39 AÑOS	1 066	9 438	4 142	9	2	18
DE 40 A 44 AÑOS	283	2 010	938	3	3	19
DE 45 A 49 AÑOS	46	228	66	1	1	3
DE 50 AÑOS Y MAS	10	44	11			3

(La edad de la madre se encuentra considerada a la fecha en que ocurrió el nacimiento y no en la que éste fue registrado.)

Sirva lo anterior como sustento, para afirmar que, al margen de los fenómenos de demografía, la regulación de la edad mínima matrimonial, por sí sola, no ha reflejado un descenso en la tasa de natalidad. La regulación de la institución del matrimonio, considerándolo como cimiento de la sociedad actual, deberá tomar en cuenta las características del desarrollo psicológico humano. Es así, que a pesar de que nuestra legislación ha demostrado una tendencia a elevar la edad mínima matrimonial, ésta sigue siendo muy temprana. Es innegable que las responsabilidades derivadas del mismo, son muy grandes para jóvenes de 14 y 16 años.

A pesar de que exista capacidad reproductora, los requerimientos del metabolismo durante y después del embarazo son múltiples y demandan plena madurez fisiológica de la madre. De lo contrario, tanto el producto como la madre, pueden sufrir deficiencias, que deriven en diversas enfermedades. A continuación señalamos algunos de los cambios metabólicos durante la gestación, todos ellos no solo relacionados con la madurez sexual, sino con el estado físico de la madre.

El metabolismo basal, es decir, la cantidad de energía consumida en 24 horas, aumenta durante la gestación del 20 al 30%. Se produce una reducción de las combustiones orgánicas y la capacidad oxidativa del organismo en los tejidos; la urea (sustancia en que se eliminan las proteínas y se estimula al riñón) eliminada en las veinticuatro horas se reduce a cerca de la mitad, el metabolismo de los hidratos de carbono está condicionado por la presencia y las necesidades metabólicas del nuevo ser y además se condiciona a las alteraciones endócrinas que caracterizan el embarazo, aumenta la resistencia a la insulina, existe un mayor requerimiento de las sustancias proteicas utilizadas directamente en el desarrollo del feto. También pueden aparecer formas de insuficiencia hepática, ictericia (aumento de la bilirrubina), anemia, insuficiencia digestiva y dermatitis propias del embarazo. Aumenta la necesidad de hierro, fósforo, calcio y vitaminas durante y después del embarazo.¹⁶¹

Desde el punto de vista médico, se considera precoz el matrimonio que se efectúa antes de los veinte años en el varón y antes de los dieciocho en la mujer, y plantea problemas de índole psicológica, sin que posea características especiales desde el punto de vista somático, a pesar de que muchos médicos consideran que existe una alta incidencia de abortos y crisis de eclampsia¹⁶² en las mujeres gestantes de menos de dieciséis años. También se considera que la proporción de cáncer por cuello uterino es más elevada en las mujeres que iniciaron las relaciones sexuales antes de los dieciocho años. Los problemas que plantea el matrimonio precoz, derivan de la inmadurez emocional de los esposos y de la inadecuación de las motivaciones que han conducido al matrimonio.

El matrimonio precoz efectuado contra el consejo de los adultos puede ser un gesto de rebeldía ante la sociedad por parte de individuos con rasgos psicopáticos y por lo tanto, especialmente inmaduros para el matrimonio. Los médicos insisten en que el examen médico y psicológico prematrimonial, no es una simple búsqueda disimulada de enfermedades venéreas, sino un estudio del estado somático y psicológico del individuo en relación con su próxima vida matrimonial.¹⁶³ Sobre este punto de vista, cabe destacar que en el Código Civil para el Distrito Federal, se limita a revisar la salud fisiológica de los contrayentes y no así sobre su estado psicológico.

¹⁶¹ Corrado Córdova. *Ob. Cit.* Tomo I. p. 319.

¹⁶² Se define eclampsia como el síndrome clínico caracterizado por la presentación imprevista de convulsiones que se manifiesta durante el embarazo. (Corrado Córdova. *Ob. Cit.* Tomo I. p. 302.)

¹⁶³ López Ibor, Juan José et al. *Ob. Cit.* p. 270.

I. La edad mínima matrimonial en los Códigos Civiles vigentes en el Distrito Federal en 1870 y 1884.

En su parte expositiva del Título Quinto, El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California vigente en 1870, comenta sobre la edad mínima matrimonial:

“Se ha sostenido la edad de catorce y doce años como bastante para contraer matrimonio, porque entre nosotros ésa es una verdad práctica, y porque es un deber del legislador prevenir los delitos que en esa materia serian inevitables, especialmente en los pueblos pequeños o muy lejanos... La comisión ha creído también que supuesta la disminución que se ha hecho de la edad para la mayoría, no hay ya una razón tan fundada como antes para designar distinta época en este caso, y por lo mismo propone que hasta los veintiún años, tanto los hombres como las mujeres necesitan el consentimiento del ascendiente para contraer matrimonio. En cuánto a la manera de suplirlo no se ha hecho variación alguna. Lo mismo debe decirse respecto de la habilitación de edad en caso de irracional disenso.”

Consecuentemente, en el artículo 164 de la propia ley se disponía: “No pueden contraer matrimonio el hombre antes de cumplir catorce años, y la mujer antes de cumplir doce”.¹⁶⁴

El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, vigente en 1884, continuó el mismo criterio, y dispuso en su artículo 160: “No pueden contraer matrimonio el hombre antes de cumplir catorce años, y la mujer antes de cumplir doce. La autoridad política superior puede conceder dispensa de edad en casos excepcionales y por causas graves y justificadas.”

Consideramos importante destacar lo apuntado por Antonio de Ibarrola respecto a la edad que, paralelamente, estableció la Iglesia Católica en el pasado basada a su vez, en el Derecho romano, ambas fuentes de referencia para nuestra legislación.

Explica el autor citado, que el Derecho Romano estableció una presunción jurídica de pubertad precisamente a los catorce años para el varón y a los doce para

¹⁶⁴ Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Tip. De J.M. Aguilar Ortiz, México, 1875, p.15

la mujer, denominando impúberes a los que no tuviesen dicha edad. Apunta De Ibarrola, que entre los romanos la edad generalizada para contraer matrimonio oscilaba entre los quince y los veinte años en la mujer, y en el varón hasta los veinticinco.

El Derecho Canónico siguió en un principio las huellas del Romano. La Iglesia Universal no tenía ni tiene más remedio que atenerse a las condiciones naturales del matrimonio, tal como se presentan en todos los pueblos de la Tierra, lo cual la obliga a fijar una edad normal o promedio. El derecho romano al señalar la edad respectiva de los catorce y los doce años para los dos sexos, establecía una posición jurídica, incompatible con toda prueba en contrario, respecto a la capacidad o incapacidad para el matrimonio: la Iglesia, aún entendiendo que el defecto de la edad incapacitaba para casarse, renunciaba a aquélla presunción con su impedimento correspondiente en gracia a la realidad, cuando la persona demostraba tener físicamente el suficiente desarrollo, aún antes de llegar a la edad exigida, en cuyo caso, según la expresión canónica *malitia supluti oetatem*, y viceversa, no reconocía posibilidad de matrimonio cuando la persona no estuviese suficientemente desarrollada, a pesar de tener la edad legal.¹⁶⁵

2. La edad mínima matrimonial en la Ley de Relaciones Familiares.

En los considerandos de la Ley de Relaciones Familiares se expone: *“...asimismo es necesario, en interés de la especie, aumentar la edad requerida para contraer matrimonio; a fin de que los cónyuges sean lo suficientemente aptos para llenar las funciones fisiológicas y morales que les están encomendadas...”*

La ley en comento regulaba: “Artículo 18. Solamente pueden contraer matrimonio el hombre que ha cumplido dieciséis años y la mujer que ha cumplido catorce. El gobernador del Distrito Federal o de un Territorio, puede conceder dispensa de edad en caso excepcionales y por causas graves y justificadas, siempre que el hombre tenga doce años cumplidos.”

Sobre la disposición, comenta Eduardo Pallares: “Aplaudimos la reforma que hizo la ley, y aún quisiéramos que se exigiera mayor número de años a los pretendientes: por ejemplo dieciocho en el hombre, y dieciséis en la mujer. La aptitud meramente fisiológica no es la única que debe tomarse en cuenta al fijar la capacidad de los contrayentes. La formación de un hogar; los compromisos graves y delicados que adquieren los cónyuges; la significación social del matrimonio, todo requiere aptitudes especiales, que indudablemente no se tiene a los catorce ni a los dieciséis años. Los mejores matrimonios son los que se contraen de los veinticinco a los treinta años, y la *aptitud social*, que es la que debe tomar en cuenta el legislador, no puede existir antes de esa edad. Los años que indicamos constituyen un término medio entre las exigencias prematuras de la naturaleza, y los intereses sociales que

¹⁶⁵ De Ibarrola, Antonio. Ob. Cit. p.p. 200, 201.

es necesario proteger.”¹⁶⁶ A pesar de los cambios que ha sufrido la sociedad mexicana desde el momento en que se redactó el texto anteriormente transcrito a la fecha, nos parecen argumentos susceptibles de ser aplicados en la actualidad.

En razón a la coincidencia en los límites de edad establecidos en la legislación civil y la eclesiástica coincidieron, citamos el nuevo Derecho Canónico:

“Hubo varias peticiones de que se exigiera una mayor edad, incluso en la reunión plenaria de la Comisión Cardenalicia Codificadora de 1981. La razón por la que no se aceptaran esta peticiones fue el que el contraer el matrimonio es un derecho natural, y por lo tanto no se comprende cómo el derecho canónico por razón de la edad pueda poner límites a ese derecho, supuesto que hayan adquirido para ese derecho la madurez ya biológica ya psicológica. Con todo, expresamente dicen que este canon se refiere a la edad biológica, y remiten respecto a la edad psicológica, a los cánones sobre el consentimiento. Al parecer, quisieron dar a entender que no sólo son dos cosas distintas el impedimento de edad y la madurez psicológica; sino que del hecho de que el legislador haya fijado el impedimento de edad en los dieciséis y catorce años no se puede deducir que a esa edad se haya adquirido la discreción de juicio necesaria para contraer matrimonio, según ha quedado dicho al hablar del consentimiento.

Asimismo el canon 1095.3 establece que son incapaces de contraer matrimonio “quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causa de naturaleza psíquica”. Una corriente de la citada jurisprudencia comenzó a fundar tal incapacidad, no en la *amencia parcial*¹⁶⁷, ni en la simulación, ni en la impotencia-moral, sino en la falta de objeto, puesto que el contrayente aquejado de tales anomalías no le era posible guardar la fidelidad conyugal, ya compartir una vida digna sexual y humana, ya instaurar el consorcio o comunión de vida.

Ultimamente la jurisprudencia canónica tiende a ampliar dicha incapacidad, comprendiendo en ella no sólo las anomalías sexuales, sino también a todas las de carácter psíquico que hacen imposible el consorcio de la vida conyugal, reconociendo de acuerdo con la psiquiatría y la psicología moderna que existen determinadas enfermedades, como la neurosis obsesiva o la inmadurez afectiva aparte de las aberraciones sexuales, que atacan directamente a la voluntad, sin lesionar ostensiblemente a la inteligencia.”¹⁶⁸

¹⁶⁶ Ley Sobre Relaciones Familiares. Comentada y Concordada por Eduardo Pallares. Librería de la Vda. de Ch. Bouret. México, 1923. p. 180.

¹⁶⁷ Se entiende por amencia, un término psiquiátrico ya en desuso para definir el retraso mental congénito o adquirido. (Brussel, James y Cantzlar George L. Ob. Cit. p. 30.)

¹⁶⁸ Rodríguez Antonio Mostaza, Prieto, Alfonso, et al. *Nuevo Derecho Canónico*. Editorial Católica. España, 1983. p.p. 201, 239, 240.

3. La edad mínima matrimonial en el Código Civil vigente. Crítica. Necesidad de que se eleve la edad requerida para el matrimonio: propuesta de la sustentante.

Como hemos expuesto con anterioridad en este trabajo, la edad mínima matrimonial en vigor en el Distrito Federal, se regula en el artículo 148:

“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 causa graves y justificadas.”

Para analizar el panorama de la aplicación de esta disposición consultamos las estadísticas del Instituto Nacional de Geografía e Informática, que arroja los siguientes resultados respecto a matrimonios por grupos quinquenales de edad del contrayente, según grupos quinquenales de edad de la contrayente en el Distrito Federal en 1996.

GRUPO QUINQUENAL DE
EDAD DEL CONTRAYENTE

GRUPOS QUINQUENALES DE EDAD DE LA CONTRAYENTE 1996

TOTAL	MENORES DE 15 AÑOS	DE 15 A 19 AÑOS	DE 20 A 24 AÑOS	DE 25 A 29 AÑOS	DE 30 A 34 AÑOS	DE 35 A 39 AÑOS	DE 40 A 44 AÑOS	DE 45 A 49 AÑOS
MENORES DE 15 AÑOS	5	3	2	7				
DE 15 A 19 AÑOS	71	3 028	1 117	112	19	6		
DE 20 A 24 AÑOS	85	5 631	19 382	2 426	347	62	12	1
DE 25 A 29 AÑOS	16	1 420	6 833	7 057	1 285	236	37	11
DE 30 A 34 AÑOS	5	273	1 762	3 221	1 984	465	76	16
DE 35 A 39 AÑOS	1	63	456	893	1 038	560	149	42
DE 40 A 44 AÑOS	2	15	109	245	346	339	215	59
DE 45 A 49 AÑOS		8	37	80	137	163	158	82
DE 50 AÑOS Y MAS		7	17	69	95	153	192	248

Como se concluye del cuadro anterior, los casos de dispensa matrimonial en ambos sexos son escasos. Aumentan los matrimonios celebrados en la edades que comprenden el grupo de los quince a los diecinueve años, y se concentran significativamente el número de matrimonios a partir de los veinte años. Ahora bien, si consideramos el número de madres menores de 15 años en 1994, que es de 191 en unión libre, por 81 que contrajeron matrimonio y el número de madres

solteras (113) y los relacionamos con el grupo de quince a diecinueve años en la gráfica de 1994, encontraremos que el índice de natalidad de mujeres casadas es similar, comparado con el mismo grupo de edad, en unión libre. Lo anterior puede dejar como conclusión, que la procreación no influye necesariamente en el estado civil de la madre, y sobretodo en su decisión de contraer matrimonio, ya que, aunque legalmente tenga la posibilidad de contraer matrimonio y haya constituido un núcleo familiar, no contraen matrimonio, siendo imposible determinar cuántas de ellas se casan o se unen por encontrarse en estado de gestación.

Encontramos pues que los matrimonios celebrados durante la edad mínima matrimonial en ambos sexos, es muy pequeña, casi de excepción, subrayándose que existen más matrimonios de mujeres menores de quince años, con varones de diversas edades.

“Para ambos sexos la tendencia es la retrasar paulativamente la primera unión; así en la actualidad las mujeres mexicanas se casan o se unen en promedio a los veinte años de edad, mientras que los hombres poco después de cumplir los 23 años. El aplazamiento a la primera unión se asocia directamente con el aumento de nivel de instrucción, con la mejor capacitación para el trabajo y con las mejores posibilidades de inserción en los mercados de trabajo. A nivel estatal, el Distrito Federal es la entidad donde tanto varones como mujeres se casan o se unen más tardíamente. La edad media a la primera unión de los varones rebasa los 24 años, y la de las mujeres los 21 años. El inicio temprano de la maternidad tiene implicaciones en las oportunidades futuras de desarrollo de la mujer, las mujeres que tiene sus hijos en la adolescencia (entre los 15 y los 19 años) ven reducidas sus posibilidades de permanecer en la escuela o de insertarse en los mercados de trabajo. La fecundidad de las adolescentes mexicanas va en aumento; del total de mujeres que en 1987 tenían entre 20 y 49 años, 34.8% tuvo su primer hijo en la adolescencia. Para 1991 este indicador aumenta en poco más de dos puntos porcentuales para alcanzar 37%. Actualmente se estima que los nacimientos de madres adolescentes mexicanas son de alrededor de 450 mil al año. A nivel estatal se observa que hay entidades con un alto nivel de fecundidad (Chiapas, Oaxaca, Puebla y Zacatecas); y en contraste, existen otras con niveles muy bajos como es el caso de tres entidades más industrializadas del país: Distrito Federal, Nuevo León y Baja California. La diferencia entre los valores extremos que presentaba la taza en Chiapas y el Distrito Federal ha disminuido de 2.4 hijos por mujer en 1987-1991 a 1.5 hijos en 1995. En la actualidad, los nacimientos se concentran en madres 20 a 29 años.”¹⁶⁹

La edad mínima matrimonial plantea diversas cuestiones: La primera es la protección del núcleo familiar a través de la seguridad jurídica que proporciona la legitimidad de la unión, con la implicaciones jurídicas que en consecuencia se persiguen: la seguridad y la certeza de las relación entre los consortes, la situación y estado de los hijos; de sus bienes y sus derechos familiares.

¹⁶⁹ Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática. *Mujeres y Hombres en México*. Censo de Población y Vivienda, 1995.

Por otra parte se ha planteado la necesidad de reconocer la regulación del matrimonio como forma de control de las tasas de nacimiento en madres de edad joven, evidenciándose que en este aspecto, ha sido más eficaz la información de control natal a temprana edad, que la regulación de la edad mínima matrimonial.

Queda por mucho, superado el razonamiento del legislador de 1870, en el sentido de que el matrimonio precoz es una realidad en México. Las estadísticas aquí transcritas, demuestran que, a pesar de celebrarse matrimonio entre menores de edad, se trata de verdaderos casos de excepción, tomando en consideración la alta densidad de población joven en el Distrito Federal. Si bien es cierto que se registran matrimonios celebrados entre mujeres menores de 15 años y varones de diversas edades existe, el caso es que los matrimonios registrados con estas características no es mayor de 85 en transcurso de un año, según las estadísticas aquí transcritas.

En la exposición de motivos del libro primero del Código en vigor se lee: "La capacidad de la persona para los actos jurídicos depende de su desarrollo físico e intelectual, que a su vez se determina por los factores peculiares de la raza, de clima, de costumbres, de tradiciones, de idioma, etc. Por eso las leyes que rijan su capacidad, deben ser sus leyes nacionales, que tienen en cuenta, las expresadas circunstancias y que especialmente han sido hechas en vista de las cualidades inmanentes y distintivas de los individuos a quienes se va a aplicar... los preceptos de orden público constituyen los principios fundamentales que cada nación ha adoptado para la organización y funcionamiento de sus más importantes instituciones sociales."

El propio legislador reconoce la importancia del desarrollo intelectual en cuestiones de capacidad jurídica. Y bajo los mismos argumentos del legislador, podemos fundar la necesidad de elevar la edad mínima matrimonial, en razón al desarrollo intelectual necesario para los actos jurídicos. Pero, ¿Qué debemos entender por desarrollo intelectual? ¿Cuál es su relación con la madurez?

El término de maduración, utilizado en su sentido original por los biólogos y los genéticos para designar el período anterior a la fecundación fue popularizado por los trabajos de psicología y ampliado a toda la evolución de un organismo hacia la madurez. Su papel no se limita a los primeros estadios de la vida. Persiste hasta la expiración del potencial de crecimiento del individuo y guarda estrechas relaciones con el medio exterior. La maduración psicológica, mediante la cual se forma la personalidad adulta, conduce al individuo a reemplazar progresivamente, su búsqueda de placer, por la sumisión a la realidad.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Sillamy, Norbert. Diccionario de la Psicología. Larousse. España, 1970. p. 189.

El doctor Daniel Goleman, estudia un concepto relativamente nuevo en la psicología actual: *inteligencia emocional*. Básicamente, explica que en el ser humano se encuentran dos mentes, la racional y la emocional, entrelazando sus diferentes formas de conocimiento, guían al individuo. En muchos momentos, o en la mayoría de éstos, las dos mentes se encuentran coordinadas, pero al aparecer las pasiones, la balanza se inclina, y es la mente emocional, la que domina y arrastra a la mente racional. A diferencia del Coeficiente Intelectual (que gira en torno a la habilidad lingüística y matemática), la inteligencia emocional, no es susceptible de ser medida, simplemente se analiza probando la habilidad real de una persona para una tarea o resolver un problema. Se define básicamente la inteligencia emocional en cinco esferas: Conocer las emociones propias, manejar las emociones propias, la propia motivación (arreglar las emociones al servicio de un objetivo), reconocer emociones en los demás, y manejar de las emociones ajenas. Aunque el desarrollo de las cinco esferas básicas de la inteligencia emocional constituyen un proceso individual determinado en parte por el entorno de cada persona, lo cierto es que el desarrollo de cada una de ellas no se concreta durante el transcurso de la adolescencia, o al final de ella.¹⁷¹

Basados en las consideraciones médicas, las estadísticas, (que de alguna manera reflejan la realidad actual del tema en estudio), las apreciaciones psicológicas expuestas con anterioridad, e inclusive, las últimas corrientes ideológicas del nuevo derecho canónico, exponemos que la edad mínima matrimonial, regulada en nuestro Código, es inadecuada tanto a la realidad social que pretende regular, como los intereses que pretende proteger.

Efectivamente, si jurídicamente hablando, el menor requiere de asistencia para otros actos de menor trascendencia en la vida civil de la persona: ¿Cómo se puede considerar, que se encuentre en aptitud de guiar adecuadamente a un hijo?

La discusión del tema se extiende, respecto a la satisfacción temprana de las tendencias sexuales, la madurez emocional y el matrimonio. Sobre el particular, opinamos que, ante la imposibilidad de determinar en cada caso, el grado de madurez emocional para establecer la viabilidad de un matrimonio, y ante los crecientes índices de divorcios de matrimonios celebrados en edad temprana, la información adecuada y a tiempo, respecto a temas de reproducción y contracepción, constituyen la única forma de orientar a la persona, tanto por lo que hace a su desarrollo fisiológico como psicológico.

Para los fines del matrimonio, (la perpetuación de la especie y la ayuda recíproca entre los cónyuges) el Derecho debe partir de bases que otorguen seguridad y certeza a la institución del matrimonio, para lograr la armonía

¹⁷¹ Goleman, Daniel. *La Inteligencia Emocional*. Javier Vergara Editor. México, 1997. p p. 64, 66.

necesaria para cumplir con dichos fines. Es en esta cuestión en que centramos la necesidad de elevar la edad mínima matrimonial, pues además de desarrollo fisiológico, se requiere de madurez emocional, misma que solo se consigue a través de la experiencia vital. Al elevar la edad, el Derecho establece un requisito que necesariamente traerá como consecuencia que la persona cuente con más experiencia que le permita decidir acertadamente sobre la decisión matrimonial, y la adecuada formación de una familia.

En nuestro Derecho Matrimonial, las relaciones derivadas del vínculo matrimonial son permanentes, en el sentido de que las relaciones no desaparecen ni se extinguen por su cumplimiento. Es la naturaleza misma del matrimonio que el estado sea duradero y no fugaz y transitorio.¹⁷²

Si embargo encontramos que los el total de divorcios inscritos en el Registro Civil del Distrito Federal en 1994 fué de 104, en el grupo quinquenal comprendido de los quince a los diecinueve años en la mujer, y de 15 a 39 años en el varón, este dato estadístico comprado con el de matrimonios celebrados por menores de edad, revela por el grupo de edades, que con independencia de los años de duración de estos matrimonios, no son duraderos, y que de alguna manera existe un relación entre los divorcios y la edad en que se contrajo el matrimonio.¹⁷³

Para sustentar el criterio expuesto en este capítulo, respecto la necesidad jurídica de cambiar la regulación del matrimonio de menores, creemos oportuno citar la Resolución 2018 (XX) de la Asamblea General de la ONU del primero de noviembre de 1965, en que se estableció la "Recomendación sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios" que a la letra dice:

"Principio II. Los Estados Miembros adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio, la cuál en ningún caso podrá ser inferior a los quince años; no podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes dispense del requisito de la edad."¹⁷⁴

Como vemos, nuestra legislación no ha adoptado esta recomendación, pero se trata de regulación que apunta a la tendencia legislativa internacional a elevar la edad mínima matrimonial.

¹⁷² Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit. p.544

¹⁷³ Anual Estadístico del Distrito Federal, Edición 1996, p. 95

¹⁷⁴ Tames Peña, Beatriz. Compiladora. *Los Derechos del Niño, Un Compendio de Instrumentos Internacionales*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995.p.61:

Como propuesta a la problemática planteada, y tomado en cuenta los autores consultados, y a las estadísticas encontradas, consideramos que la edad mínima matrimonial de la mujer deberá ser elevada a los dieciséis años. Derivamos la propuesta de las siguientes consideraciones:

Desde el punto de vista fisiológico, aún cuando esta edad no coincide con la edad núbil de latitudes medias, si marca el inicio del periodo pospuberal, donde, como ya señalamos, se presume se alcanza el total desarrollo sexual de la niña, la posibilidad de reproducción ha sido el criterio que se ha sustentado a lo largo de la regulación de la edad mínima matrimonial, y es el mismo que tomamos en cuenta para esta propuesta. Conforme a los comentarios psicológicos sobre la madurez emocional, consideramos que al elevar la edad, la contrayente contará con mayor experiencia vital, misma que le proporcionará a su vez, mayores elementos respecto a su decisión marital.

Sirvió también como criterio para determinar la propuesta, la recomendación sobre la edad mínima para contraer matrimonio de la Asamblea General de la O.N.U antes descrita, pero al compararla con la posibilidad establecida médicamente de maduración sexual de la mujer, elevamos la edad a 16 años en la mujer.

Consideramos que es deber de la institución el fomentar un desarrollo físico e intelectual de la mujer, antes de contraer matrimonio, pues de lo acertado de su decisión dependerá en gran medida, su expectativas para el resto de la vida.

Por lo que hace a la regulación de las menores en estado de gestación, es claro que en atención a la seguridad jurídica que merece todo núcleo familiar, proponemos se otorgue la dispensa de requisito de edad, de la misma manera en que se ha venido regulando.

Respecto a la edad mínima matrimonial del varón, esta podría ser elevado a 17 años, tomando en consideración que, de conformidad las estadísticas multicitadas en este trabajo, se demuestra que en el caso de los varones, el grupo quinquenal de 15 a 19 años, reporta un incremento de matrimonios, concentrándose a partir de los 19 años, de tal modo que la edad propuesta se acerca a las tendencias sociales del Distrito Federal. Tomando en consideración lo expuesto respecto al desarrollo emocional y su relación con la experiencia vital, consideramos que al elevar la edad del varón, las dispensa de edad deberán ser justificadas en su caso, traducándose lo anterior, en un obstáculo que al retrasar el matrimonio, y que permita al varón enriquecer su experiencia antes de contraerlo, estableciendo un modo de vida que le permita desarrollarse y proporcionar a su núcleo familiar, mejores expectativas de vida, toda vez que, aún cuando la ley establezca la obligación ambos cónyuges a contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, esta obligación se subraya en el varón.

II. Confusión acerca de quienes de los ascendientes debe consentir el matrimonio del menor

Resulta ser trascendental para nuestro tema, determinar qué persona debe asistir al menor al celebrar el matrimonio civil. Aunque la simple lectura del texto legal parece claro, como veremos a continuación las reformas aisladas al cuerpo normativo entrañan consecuencias que (aparentemente) el legislador no percibió. La falta de armonía en las hipótesis normativas, es consecuencia de propuestas legislativas que, lejos de perfeccionar la norma, la alejan de su concepción original y acaban por quebrantarla.

1. Tratándose de los padres, si viven ambos deben consentir los dos en el matrimonio del menor.

El artículo 149 del Código Civil para el Distrito Federal, establece: "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."

En su comentario a este artículo, Cruz Ponce plantea la confusión acerca de los ascendientes que deben consentir el matrimonio del menor: "Originariamente el consentimiento para el matrimonio del hijo menor de dieciocho años debían otorgarlo conjuntamente el padre y la madre, pero le Ley del 28 de febrero de 1970, reemplazó en el texto legal la conjunción copulativa "y" por la disyuntiva "o", de modo que en la actualidad la autorización la pueden otorgar indistintamente el padre o la madre, aún cuando el otro progenitor se oponga."¹⁷⁵

Pero diferimos de esta opinión, y concluimos que ambos padres deben consentir en el matrimonio del menor de edad. Efectivamente, al establecer que el consentimiento lo puede otorgar el padre o la madre, si vivieran ambos, o el que sobreviva, significa un contrasentido, pues no tiene caso que diga "o el que sobreviva" si basta el consentimiento de uno de los dos, mientras que en el caso del consentimiento de los abuelos paternos o maternos en la misma disposición, ambos deben consentir. Pero más allá de la lógica, la igualdad establecida entre el hombre y la mujer (artículo 2 del Código Civil), la igualdad dentro del matrimonio que se lee el artículo 164, al señalar los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio

¹⁷⁵ Cruz Ponce Lisandro, *ob. cit.* p.115.

serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar; y sobretodo, la patria potestad, como origen de la intervención de los padres en el matrimonio de su menor hijo, obedece a que este derecho se origina en la paternidad, y se ejerce por ambos padres. (Artículo 414 del Código Civil).

2. Si se trata de los abuelos, los paternos no tienen prelación respecto a los maternos, debiendo consentir en el matrimonio del menor, los que ejerzan la patria potestad.

También el artículo 149, establece que, a falta o por imposibilidad de los padres, la autorización deben darla los abuelos paternos, y a falta de éstos los maternos.

De admitirse que el legislador no quiso armonizar el artículo 140 con los nuevos criterios incorporados en el artículo 414 podría argumentarse:

a) que el artículo 149 constituye una excepción a la nueva regla general establecida al respecto y que en consecuencia debe aplicarse preferentemente, en virtud de lo preceptuado en el artículo 11. ("Las leyes que establecen excepción a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes".)

b) que tampoco el Jefe del Departamento del Distrito Federal ejerce la patria potestad sobre el menor y sin embargo los artículos 148 y 151 lo facultan para suplir el consentimiento expresado en los casos que allí se indican.

En sentido inverso puede sostenerse:

a) que de acuerdo con lo establecido con la fracción II del artículo 156, la autorización para el matrimonio del menor deben otorgarla *las personas que ejercen la patria potestad*. (artículo 156: Son impedimento para celebrar el matrimonio: II. La falta del consentimiento del que, o de los que, ejercen la patria potestad, el tutor o el juez, en sus respectivos casos.)

c) que los artículos 98 fracción V y 181 disponen que puede celebrar capitulaciones matrimoniales el menor legalmente apto para contraer matrimonio, las cuales serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas cuyo consentimiento previo fue necesario para la celebración del matrimonio, con lo cual queda de manifiesto que esas personas deben ser sus representantes legales pues el menor al suscribirlas se encuentra sujeto a patria potestad y no adquiere plena capacidad jurídica sino una vez celebrado el matrimonio.

Suponer una representación especial, *sui generis*, distinta de la patria potestad para ese sólo efecto, sería contrariar todo el sistema elaborado por el legislador sobre la representación.

c) que el régimen matrimonial elegido por los cónyuges puede modificarse durante el matrimonio, pero si se trata de menores, deben intervenir presentando su consentimiento las personas que autorizaron el matrimonio. Así lo disponen los artículos 187 y 209 del mismo ordenamiento.

Ambas disposiciones contienen un conjunto de medidas de orden práctico, de asesoramiento y de protección. Consagran una especie de renacimiento de la representación, y como es lógico suponer, ellas recaen en las personas que conocen los problemas y las necesidades íntimas de los menores, a quienes la ley trata de proteger. Nadie estaría mejor informado que ellas, si se encontraban ejerciendo la patria potestad sobre el menor cuando éste contrajo matrimonio.

Sería ésta una prueba más de que la autorización para contraer matrimonio, deben otorgarla al menor, las personas que ejercían sobre él la patria potestad.

Los argumentos sobre la intervención de los abuelos en la autorización para el matrimonio del menor, sólo son válidos si se trata de hijos de matrimonio. En cuanto a los abuelos de los hijos nacidos fuera de matrimonio, el legislador guarda silencio y en lo referente al ejercicio de la patria potestad, no los menciona. Si no pueden ejercer la patria potestad, tampoco pueden autorizar el matrimonio de sus nietos, por que la fracción II del artículo 156 exige que la autorización la otorgue la persona que ejerce la patria potestad. Tampoco es fácil acreditar legalmente la relación de parentesco entre los abuelos y los hijos nacidos fuera de matrimonio.¹⁷⁶

Agregamos a lo expuesto con anterioridad, que en caso de que conforme el artículo 149, un padre que no goce de la patria potestad de un hijo (por ejemplo, por sentencia judicial que así lo resuelva) y otorgue su consentimiento, no habrá cumplido lo dispuesto por la fracción segunda del artículo 156, de tal manera que el requisito previsto por la ley, aparentemente cubierto según lo dispuesto por el artículo 149 del mismo código, constituye un impedimento según lo dispuesto por la fracción II del artículo 156.

Lo mismo ocurre con cualquiera de los ascendientes que otorguen su consentimiento sin gozar del ejercicio de la patria potestad, a falta o por imposibilidad de los padres. Para fortalecer el argumento anterior, recurrimos a lo dispuesto por el artículo noveno del propio Código Civil, que establece: "La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con al ley anterior."

¹⁷⁶ Cruz Ponce, Leandro. *Ob. Cit.* p. p. 115, 116.

Evidentemente, existe incompatibilidad entre las disposiciones aquí analizadas, y aplicando esta norma, la regulación del artículo 414 respecto al orden en que se determinan los ascendientes en segundo grado para ejercer la patria potestad, es una ley posterior al artículo 149, y contiene una disposición que abroga a la anterior, es decir, el orden establecido para otorgar consentimiento al menor. También consideramos que el consentimiento en el matrimonio de menores, deriva del ejercicio de la patria potestad, y no precisamente del parentesco.

Así, a grandes rasgos, conforme a lo expuesto con anterioridad, las personas que asisten al menor en edad núbil que pretenda contraer matrimonio son quienes ejerzan la patria potestad, sin prelación entre abuelos paternos y maternos.

Por lo anterior, consideramos que a efecto de armonizar el Código Civil en vigor, el artículo 149 deberá establecer que el menor de edad no podrá contraer matrimonio sin la asistencia del que, o los que ejerzan la patria potestad.

Es claro, que quien ejerce este derecho, deberá conocer la situación del menor y evaluar si lo asiste o no en este acto jurídico.

III. La anuencia de los ascendientes o de los tutores en el matrimonio del menor, no es un acto de representación, sino de asistencia.

En relación a las actuaciones de quienes participan en el matrimonio de menores han sido referidos en este trabajo como asistentes, y no como representantes. De conformidad a lo ya expuesto en el capítulo segundo del presente trabajo, la regulación contenida en el artículo 23 del Código Civil establece que los incapaces pueden ejercer o contraer obligaciones por medio de sus representantes. Al estudiar esta figura, quedó claro que es el representante, quien actúa, obliga y decide en nombre y por cuenta de otra persona. En el caso de los menores de edad, la representación la establece la ley en su artículo 425: "Los que ejercen la patria potestad, son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este código".

Efectivamente, cuando tratamos el tema de la representación en el capítulo segundo, distinguimos bajo las consideraciones de Bonbecasse, que la institución de la representación funciona cuando el incapaz es una persona afectada de su inteligencia, o cuando por ser muy joven, no tiene el discernimiento necesario, y en este caso será un organismo o una persona quien obrará en su nombre.

Pero, por el contrario, en el caso de la asistencia el *incapaz podrá actuar por sí mismo, pero bajo el control de un organismo o de una persona*. Esta es la figura jurídica que se presenta en el matrimonio de menores.

Para sustentar lo expuesto acerca de la celebración del matrimonio de menores y la asistencia, consideramos pertinente citar las siguientes líneas de León, Henri y Jean Mazeud: "El matrimonio no puede ser permitido antes de cierta edad, mientras que el *infans* mismo debe poder celebrar contratos, por medio de la representación. Finalmente y sobretodo, la incapacidad del menor tiene por objeto, la de proteger al menor contra su inexperience, sin duda conviene guiar al menor dentro de la esfera del matrimonio, evitarle una unión en la que consentiría sin la suficiente reflexión, pero el fin del legislador ha sido proteger también a las futuras familias... la representación no rige, sino solamente la asistencia, el que interviene es el menor, él es el otorga directamente su consentimiento."¹⁷⁷

Asimismo, nos da las características del consentimiento de los padres:

- a) Es *especial*. De allí se desprende que debe ser otorgado para el matrimonio del menor con determinada persona. No pueden los padres otorgar un consentimiento general que permita al menor casarse con cualquier persona, pues ello sería contra la protección de sus intereses y de los de la familia.
- b) El consentimiento es *revocable*. Así lo da a entender el artículo 151. Dura el derecho de los padres hasta el momento mismo del matrimonio. Tiene derecho el padre, de haber recibido información contraria al futuro contrayente de su hijo, de volver sobre sus pasos, y revocar por ende el consentimiento ya otorgado.
- c) No es *soberano y absoluto* como en el derecho francés. En éste último el padre que da o niega su consentimiento es único árbitro de su decisión, y ésta no puede ser recurrida ante los tribunales. Entre nosotros si tiene recursos el menor "cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el que hubieren concedido" conforme al texto arriba transcrito del artículo 151.
- d) El carácter que de absoluto tiene el consentimiento implica que no podría hacerse responsables a los padres en caso de que hubieran rechazado su consentimiento sin fundamento alguno, o que hubieran abusado de su derecho. En derecho francés este derecho de prestar su consentimiento es uno de los rarísimos derechos absolutos que hoy subsisten en la ley. Entre nosotros el caso resulta sin interés ya que le menor interesado puede acudir ante la autoridad.¹⁷⁸

Nuestra legislación comprende la intervención de quienes perfeccionan el consentimiento del menor en el matrimonio como asistencia, explícitamente en las siguientes disposiciones relativas a la tutela: el artículo 98 que en su fracción II dispone que a la solicitud que deben presentar los prometidos al juez del registro

¹⁷⁷ Mazeud Henri, et al. *Lecciones de Derecho Civil La Organización del Patrimonio Familiar*. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. Parte Cuarta. Volumen Primero. p. p. 105, 106.

¹⁷⁸ De Ibarrola, Antonio. *Derecho de Familia*. Editorial Porrúa. México, 1984. p.p. 243, 244.

civil, para contraer matrimonio deben acompañar la constancia de que prestan su consentimiento, las personas a que se refieren los artículos 149, 150 y 151. El tutor está obligado, dice el artículo 535 en su fracción V, a representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, *con excepción del matrimonio*, el reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales. A falta del tutor suplirá el juez de lo familiar.¹⁷⁹

En el caso de la asistencia al menor, es necesario distinguir los casos en que esta se brinda al menor para contraer matrimonio en razón a la negativa de quien debe prestar su consentimiento, y el supuesto en que se consiente ante la ausencia de quienes deben ejercer esta función, ante la negativa, o la revocación.

El artículo 150 dispone: "Faltando padres y abuelos, se necesita el *consentimiento* de los tutores; y faltando éstos, suplirá el consentimiento, en su caso, el Juez de lo Familiar de la residencia del menor." En esta disposición, no opera la suplencia en razón a que, el supuesto normativo contempla que, en ausencia de persona alguna que brinde su asistencia al menor, esta se brinda otorgando el consentimiento al menor.

Por su parte, el artículo 151 del Código Civil, establece: "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 hubieren concedido. Las mencionadas autoridades después de levantar una información sobre el particular, suplirán o no el consentimiento."

El supuesto normativo en este artículo, determina que opere la suplencia, toda vez que las autoridades que intervienen, substituyen el consentimiento necesario, permitiendo así al menor contraer matrimonio.

Consideramos que para la debida interpretación de la norma, y a efecto de que se aclare el alcance del texto legal debería substituirse en el artículo 150 del propio código, la palabra "suplirá" por "otorgará", pues de hecho será quien en primera instancia en el caso concreto, brinde su asistencia.

De la suplencia no otorgada por el Juez de lo Familiar el artículo 151 del Código Civil establece: "Si el juez, en el caso del artículo 150, se niega a suplir se 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." Este artículo se enlaza con el artículo 950 del Código de Procedimientos Civiles, el cual a su vez regula la apelación de las controversias del orden familiar.

¹⁷⁹ *Ibid.*

Conforme a lo anterior, el menor podrá agotar varias instancias,¹⁸⁰ para conseguir la asistencia que requiere para contraer matrimonio. Queda claro, que la autoridad que conceda su consentimiento, no adquiere por ese hecho la representación legal del menor, sino su asistencia. Este es uno de los contados actos, en los que la ley adelanta la capacidad al menor para acudir ante la autoridad a representar sus propios intereses, aún cuando sean contrarios a la voluntad de quien ostente su representación legal.

El artículo 153 dispone: "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." Se entiende por justa causa para revocar el consentimiento, la existencia de un impedimento.

El siguiente numeral establece: "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 del término fijado por el artículo 101." El término a que se refiere la disposición es de ocho días contados a partir de que se cumplan ante el Juez del Registro Civil los requisitos necesarios para matrimonio. La ley también dispone que el Juez que hubiere autorizado a un menor para contraer matrimonio no podrá revocar su consentimiento, una vez que lo haya otorgado, sino por justa causa superveniente.

¹⁸⁰ La palabra instancia tiene dos acepciones: una general con la que se con la que se expresa cualquier petición, solicitud o demanda que se hace a la autoridad, y otra especial que quiere decir ejercicio de la acción judicial hasta la sentencia definitiva. (Pallares, Jacinto, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Editorial Porrúa, 1997. 426.) En este caso la utilizamos en su primer sentido.

CONCLUSIONES

1.- El matrimonio de menores se caracteriza por tener implicaciones legales respecto a la capacidad, la actuación jurídica del menor, la patria potestad, la representación y la asistencia.

2.- Sin olvidar que la carga de obligaciones para el contrayente es de trascendencia, independientemente del momento en que se tome la decisión de contraerlo, se subraya la importancia de la institución matrimonial en la vida del menor, en razón a sus alcances individuales y sociales. Desde el punto de la clasificación del Derecho Privado, prevalece la protección de los derechos particulares, a efecto de que el individuo realice sus fines individuales. Sin embargo, para lograr ese fin, concluimos que el Derecho debe proporcionar las bases que permitan la adecuada función de la institución y su viabilidad en el proyecto de vida individual, evitando que aumente la creciente tendencia de la población del Distrito Federal a evadir el matrimonio, prefiriendo la llamada "unión libre", con las consecuencias jurídicas que esta situación acarrea a los hijos.

3.- A lo largo del análisis de la problemática del matrimonio de menores, se reflejó que no se trata solamente de una serie de consideraciones legales, sino de personas que atraviesan una etapa crítica en su vida, (desde el punto de vista fisiológico, psicológico) en la cual la decisión matrimonial es crucial en el destino de los contrayentes, y que trasciende al individuo afectando al núcleo familiar que pretende formar.

4.- Todo indica que el requisito de mayor trascendencia en nuestro tema, viene a ser precisamente la edad, pues de conformidad a lo expuesto en este trabajo, nuestra legislación permite que el menor agote varias instancias para conseguir la asistencia establecida por la ley, de tal modo que el consentimiento, que lleva implícito el consejo paterno o de quien ejerce la patria potestad, es superado cuando, quien debe otorgarlo, no presta su consentimiento. La Ley contempla que se pueda obtener el consentimiento referido mediante la asistencia, aún cuando no exista quien ejerza legalmente la patria potestad, sin mediar orientación al menor.

5.- La edad como impedimento para contraer matrimonio sería el obstáculo que, salvo en casos graves, no deba ser superado por el menor de edad, permitiendo que a través de la experiencia vital, el individuo cuente con mayores elementos antes de contraer matrimonio, tomando en consideración las citas médicas y psicológicas que se expusieron a lo largo de la investigación de este trabajo, sobre madurez. Sirve de sustento a la propuesta, la propia consideración respecto a capacidad y desarrollo que hace el legislador en su exposición de motivos: "La capacidad de la persona para los actos jurídicos *depende de su desarrollo físico e intelectual*, que a su vez se determina por los factores peculiares de la raza, de clima, de costumbres, de tradiciones, de idioma, etc.

Por eso las leyes que rijan su capacidad deben ser sus leyes nacionales, que tienen en cuenta, las expresadas circunstancias." Concluimos que el legislador debe retomar los factores peculiares de la población del Distrito Federal, para determinar la edad mínima matrimonial para contraer matrimonio.

6.- Al aumentar la edad mínima matrimonial, no se propicia la unión libre entre los menores de edad. Al efecto, tomamos en consideración las estadísticas expuestas en este trabajo que hacen referencia al estado civil de la madre. En el grupo quinquenal de mujeres menores 15 años, se encontró eran 191 mujeres en unión libre por 81 casadas, lo que significa que, aún cuando por el hecho de ser madres o estar en estado de gestación, lograrían fácilmente la dispensa de edad y que de contar con una pareja, éstas parejas no optan por el matrimonio.

Concluimos que es más importante fortalecer la institución a través de una regulación que permita matrimonios con mayor madurez de los contrayentes, y por lo tanto con mayores posibilidades de duración, dejando a salvo la posibilidad de contraer matrimonio en casos graves y justificados.

7.- La regulación actual debe ser modificada. Las propuestas para la regulación del matrimonio de menores en este trabajo, se concretan de la siguiente manera: Elevar la edad mínima matrimonial regulada en el artículo 148, mismo que podría establecer:

"Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido diecisiete años y la mujer dieciséis. El Jefe de Gobierno del Distrito Federal o los delegados, según el caso, pueden conceder dispensas de edad por causas graves o justificadas"

8.- Por lo que hace al consentimiento con que debe contar el menor de edad, debemos insistir en que se trata de la figura jurídica de la asistencia y no de la representación, aún cuando el menor de edad se encuentra sujeto a ella en razón a lo dispuesto por el artículo 425 del Código Civil. De modo que es necesario plasmarlo así en la propia legislación, toda vez que, se trata de un acto personalísimo, en el que la capacidad no es suficiente para celebrar el acto por sí mismo, y requiere de la intervención de otra persona al externar su voluntad de contraer matrimonio. Por lo anterior concluimos que el Código Civil deberá contener una disposición que contemple el concepto de asistencia.

9.- Proponemos se modifique el texto legal en vigor relacionado a las personas que debe otorgar su asistencia al menor, para resolver la confusión respecto al orden prelativo para asistencia del menor, armonizando los artículos 149, 156 fracción II, y 414 del Código Civil quedando el texto legal de la siguiente manera:

Artículo 149.- "El menor de edad que pretenda contraer matrimonio, requiere la asistencia de quienes ejerzan la patria potestad. La asistencia es, la integración de la voluntad del menor y de su representante legal para consentir en un acto jurídico válido, con anterioridad a su celebración."

BIBLIOGRAFIA

- Anderson, Michael. *Aproximaciones a la Historia de la Familia*. Editorial Siglo XXI. España, 1988.
- Aramburo y Machado, Mariano. *La Capacidad Civil*. Editorial Reus. España 1931.
- Baqueiro Rojas, Edgard. *Derecho Civil, Introducción y Personas*. Editorial Harla. México.
- Barbero, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, s. f. Tomo II.
- Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones Civiles*. Harla Harper & Row Latinoamericana. México 1984.
- Bejarano y Sánchez, Manuel. *La controversia del Orden Familiar. Tesis Discrepantes*. Edición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- Belluscio, Augusto César. *Derecho de Familia*. Ediciones de Palma. Argentina, 1979. Tomo I.
- Bonnecase, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. Editorial José M. Cajica Jr. Tomo I. México 1945
- Capitant, Henri. *Introduction à l'étude du Droit Civile*
- Carbonnier, Jean. *Derecho Civil*. CH Casa Editorial. España
- Castán Vazquez, José María. *La patria potestad*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1960.
- Chávez Ascencio, Manuel F. *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*. Editorial Porrúa. México 1992.
- D' Antonio Daniel Hugo. *Derecho de Menores*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1994.
- Flores Barroeta, Benjamín. *Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil* n.e. Mexico.
- Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil Mexicano*. Editorial Porrúa. México 1989.

Goleman, Daniel. *"La inteligencia Emocional"*. Javier Vergara Editor. México, 1997.

González, María del Refugio, et al. *"La participación Política del Clero en México"*. UNAM, Facultad de Derecho. México, 1990.

Gordillo Cano, Antonio. *"Capacidad, Incapacidad y Estabilidades de los Contratos"*. Editorial Tecaos. España.

Ibarrola, Antonio de. *"Derecho de Familia"*. Editorial Porrúa. México, 1984.

Lacruz Berbejo, José Luis, et al. *"Parte General del Derecho Civil"*. José María Bosch Editor. Barcelona, 1990. Volumen Tercero.

López Ibor, Juan José, et al. *"La Vida Sexual"*. Editorial Oceano Danae; España, s/a.

Magallón Ibarra, Jorge Mario. *"Instituciones de Derecho Civil"*. Tomo I, II. Editorial Porrúa. México-1987.

Margadant S, Guillermo Floris. *"El Derecho Romano Privado como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea"*. Editorial Esfinge. México, 1983.

Mazeud, Henri, et al. *"Lecciones de Derecho Civil. La Organización del Patrimonio Familiar"*. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. Parte Cuarta. Volumen Primero.

Messineo, Francesco. *"Manual de Derecho Civil y Comercial"*. Ediciones Jurídicas Europa. Argentina.

Montero Duhalt, Sara. *"Derecho de Familia"*. Editorial Porrúa. México, 1992.

Ortiz Urquidi, Raúl. *"Derecho Civil"*. Editorial Porrúa. México, 1982.

Ovalle, Fabela, José. *"Derecho Procesal Civil."* Harla Harper & Row. Latinoamericana.

Pacheco Escobedo, Alberto. *"La Persona en el Derecho Civil"*. Panorama Editorial. México 1985.

Peña Bernaldo de Quiroz, Manuel. *"Derecho de Familia"*. Universidad de Madrid; Sección de publicaciones. Madrid, 1989.

- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *"Derecho Notarial"*. Editorial Porrúa.
- Pina, Rafael de. *"Elementos de Derecho Civil Mexicano"*. Editorial Porrúa. México 1980.
- Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *"Tratado Elemental de Derecho Civil"*. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1981.
- Pina, Rafael de. *"Elementos de Derecho Civil Mexicano"*. Editorial Porrúa. México 1980.
- Quiroz Cuadrón, Alfonso. *"Medicina Forense"*. Editorial Porrúa. México, 1984.
- Rodríguez Antonio Mostaza et al. *"Nuevo Derecho Canónico"*. Editorial Católica. España, 1983.
- Rojina Villegas, Rafael. *"Derecho Civil Mexicano"* Tomo I. Editorial Porrúa. México 1990.
- Ruggiero, Roberto de. *"Instituciones de Derecho Civil"*. Instituto Editorial Reus. Madrid 1979.
- Ruiz Serramalera, Ricardo. *"Derecho de Familia"*. Madrid, 1983.
- Sánchez Cordero Avila, Jorge A. *"Derecho Civil"*. UNAM. México, 1983.
- Tames Peña, Beatriz. Compiladora. *"Los Derechos del Niño. Un Compendio de Instrumentos Internacionales"*. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1995.
- Trabucchi, Alberto. *"Instituciones de Derecho Civil"*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.
- Torrálba, Vicente. *"Derecho Civil"*. Volumen I. EHB. Barcelona, 1995.
- Trabucchi, Alberto. *"Instituciones de Derecho Civil"*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.
- Vallet de Goytisolo, Juan. *"Panorama de Derecho Civil"*. Bosch. Barcelona 1963.
- Villoro Toranzo, Miguel. *"Introducción al Estudio del Derecho"*. Editorial Porrúa. México 1982.

Yungano, Arturo R. "*Curso de Derecho Civil y Derecho Económico*". Ediciones Macchi. Buenos Aires.

Zamora y Valencia, Miguel Angel. *Contratos Civiles*. Porrúa México, 1989.

Zannoni, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1989.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

Brussel, James A. y Cantzlaar, George L. *Diccionario de Psiquiatra*. Editorial CESA. México, 1983.

Corrado Córdova. *Hombre Medicina y Salud*. Editorial Enciclopedia Britannica. Tomos I, II.

Diccionario Juridico Mexicano. Editorial Porrúa, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Sillamy, Norbert. *Diccionario de la Psicología*. Larousse. España. 1970.

Pallares, Jacinto. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Editorial Porrúa, 1997.

LEGISLACION Y ESTADISTICA

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Comentado. Miguel Angel Porrúa Grupo Editorial. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México 1997. Tomo I.

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Tip. De J.M. Aguilar Ortiz. México, 1875.

Ley Sobre Relaciones Familiares. Comentada y Concordada por Eduardo Pallares. Librería de la Vda. de Ch. Bouret. México, 1923.

Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática. *Mujeres y Hombres en México*. Censo de Población y Vivienda, 1995.

Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática *Anuario Estadístico del Distrito Federal*. Edición 1996.