

La capacidad de testar de los menores de edad y su evolución

The ability of minors to draft wills and its evolution

Antonio Alvarado Guerrero*

RDP

RESUMEN

Este artículo describe el momento en que nace el derecho que los menores de edad tienen para testar. El primer esbozo de este derecho se ubica en la antigua Roma. Varios siglos después, con la importante compilación que hace el Código Napoleónico sobre distintas normas civiles y de derecho familiar, podremos observar la inamovilidad de este derecho hasta nuestros días. Posteriormente identifica las tendencias de las normas actuales y, por lo tanto, la necesidad de que el derecho a testar de los menores se transforme porque ya existen normas vigentes que avalan dicha evolución.

PALABRAS CLAVE: menor; edad; evolución; dignidad; valores; personalidad; capacidad; testamento.

ABSTRACT

This article provides a description of the moment when children gained the right to draft a will. The first trace of this right leads us to ancient Rome. Several centuries later, due to the important compilation made in the Napoleonic Code on various civil and family law provisions, we can see the durability of this right until today. Furthermore, this article identifies trends of current legal provisions and, therefore, the need that children's right to draft wills evolves, since there are current provisions that endorse such evolution.**

* Licenciado en Derecho por la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente prepara tesis para obtener la titulación del grado de especialista en materia civil, que estudió en el año de 2012 en la Facultad de Derecho de la referida universidad.

** Traducción realizada por Taylor Sloane. SOLCARGO. www.solcargo.com.mx.

ANTONIO ALVARADO GUERRERO

KEYWORDS: Minor; age; evolution; dignity; values; personality; ability; will.

Sumario

1. Historia
 - A. El régimen patrimonial del menor de edad en Roma
 - B. Capacidad de testar del menor de edad en el Código Civil francés de 1804 (Código Napoleónico)
 - C. La capacidad de testar de los menores de edad en la Ciudad de México. Leyes vigentes
2. Doctrinas sobre el derecho a testar y personalidad
 - A. ¿Qué es el derecho a testar?
 - B. Doctrina sobre el derecho a testar
 - C. Doctrinas de la personalidad
3. Disposiciones legales nacionales e internacionales
 - A. Normas jurídicas que regulan el derecho de personalidad del menor en México
 - B. Regulación internacional sobre la personalidad jurídica del menor
4. Equilibrio de la personalidad del menor y su capacidad para testar
 - A. Consideraciones sobre los antecedentes de la personalidad del menor
 - B. Percepción y necesidad de cambios
5. Conclusiones
6. Fuentes consultadas

1. Historia

A. El régimen patrimonial del menor de edad en Roma

El autor José Antonio Martínez Vela¹ nos explica que en la antigua Roma, los menores de edad y los nacidos legítimamente estaban suje-

¹ Martínez Vela, José Antonio, *Evolución del derecho de familia en occidente*, Madrid, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha Cuenca, 2006, pp. 105, 106 y 109. Nota: Este autor refiere que los hijos legítimos en Roma, son aquellos hijos nacidos en

tos a la patria potestad del *pater familias* y por lo tanto, dichos menores de edad o hijos sujetos a patria potestad, por regla general carecían de toda capacidad para ser titulares de derechos u obligaciones, o para ser propietarios de cualquier bien. De acuerdo con la cita de Gayo que hace el autor en consulta,² la situación del menor en esta época se define claramente en la Institución 1.56 que cita el referido autor de la siguiente manera:

Los ciudadanos Romanos tienen la patria potestad si se casaran con mujeres ciudadanas Romanas o también con latinas extranjeras con las que tuvieran derecho de matrimonio, pues con el derecho de matrimonio hace que los hijos sigan la condición del padre, sucede que no solo se hacen ciudadanos, Romanos si no que entran también bajo la potestas paterna.

El teórico José Antonio Martínez Vela,³ también ubica la trascendencia del poder del *pater familias* en Roma cuando cita textualmente a Dionisio de Halicarnaso, quien describe el poder del hombre romano cabeza de familia de la siguiente manera:

Pero el Legislador Romano dio por así decirlo, completo poder al padre sobre su hijo y durante toda su vida, ya quisiera encerrarlo, azotarlo, mantenerlo encadenado dedicado a los trabajos del campo, o matarlo, incluso aunque el hijo estuviese ya ocupado en asuntos públicos, admitido en los demás altos cargos o elogiado por su entrega a la comunidad. Y en efecto, por esta ley hombres ilustres que estaban frente a los rostra lanzando al senado discursos gratos a los plebeyos, por los que conseguían gran renombre, fueron bajados de la tribuna y arrastrados por sus padres para sufrir el castigo que ellos decidieran.

La transcripción anterior evidencia el inmenso poder del *Pater familias* y cómo la sociedad romana se encontraba sujeta a un régimen

justas nupcias entre una ciudadana romana latina, o peregrina con *iuis connubi* y un hombre libre sin sujeción a patria potestad. El primer archivo de registro de nacimientos en Roma se crea en la época del emperador romano Marco Aurelio.

² *Ibidem*, p. 106.

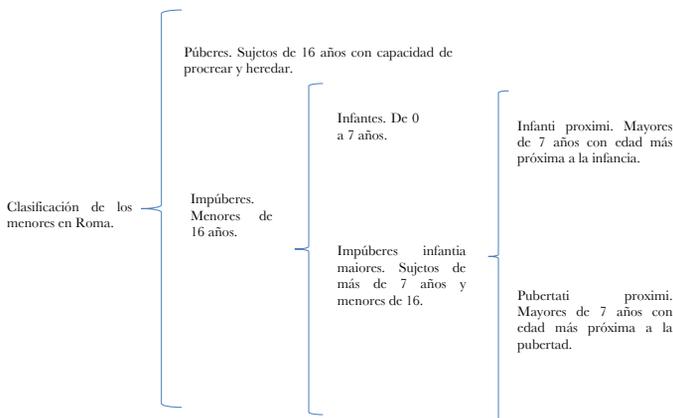
³ *Ibidem*, pp. 108 y 109.

ANTONIO ALVARADO GUERRERO

patriarcal de poder en el que el ejercicio de la violencia se consideraba un derecho, sin importar la dignidad y derechos de la víctima de la violencia.

El autor José Antonio Martínez Vela⁴ nos continúa explicando que en la antigua Roma, los menores de edad se clasificaban en *impúberes* y *púberes*; los primeros son aquellos que carecen de capacidad fisiológica para procrear y quienes a su vez se subdividen en dos categorías a saber: *infantes* e *impúberes infantia maiores*; los primeros son menores de siete años y los segundos se subdividían en *impúberes infanti proximi* y *pubertati proximi*. Los *impúberes infanti proximi* eran aquellos mayores de siete años, pero cuya edad se acercaba más la infancia, mientras que los *pubertati proximi* eran aquellos sujetos que se encontraban próximos a la pubertad, es decir, a los catorce años.

Para mayor claridad de la información que anteriormente nos proporcionó el referido autor sobre la clasificación de los menores de edad en Roma, considero importante plasmar o interpretar dicha información dentro de un cuadro sinóptico que nos puede explicar con mayor facilidad de qué manera y por qué se clasificaba a los menores de edad en Roma. Así, el cuadro que elabora el suscrito (y verán a continuación) representa la información del autor antes citado pero presentada de una manera distinta y esquemática, la cual creo, proporciona mayor facilidad al entendimiento de la lectura y el aprendizaje. El cuadro de referencia es el siguiente:



⁴ Martínez Vela, José Antonio, *op.cit.*, pp. 104 y 105.

Del cuadro anterior concluimos que en la antigua Roma, los derechos patrimoniales de los menores de edad o hijos sujetos a patria potestad eran prácticamente nulos e inexistentes, por lo anterior también resultaba impensable que los menores de edad tuvieran capacidad de testar, sin embargo, existieron casos de excepción en los cuales los menores emancipados sí podían testar. En este punto claramente podemos identificar que el patrimonio (como bien jurídicamente tutelado) era justamente entregado y administrado por una sola persona, quien podía decidir sobre él y acrecentarlo según conviniera.

El autor en consulta⁵ también nos explica que cuando el *pater familias* fallecía y el menor de edad adquiría bienes por herencia, entraba justamente la figura de la tutela que nace a consecuencia del referido fallecimiento. El objeto de la tutela de aquel tiempo era justamente velar por el patrimonio de la familia y no dejarlo al arbitrio de una persona incapaz de decidir. Por su parte, de acuerdo con los autores consultados, los menores de edad en Roma, podían testar si se encontraban emancipados y tenían una edad de entre catorce y dieciséis años.

Así, en Roma, para tener la capacidad para elaborar un testamento, de igual forma era necesario ser ciudadano libre y *pater familias*.

B. Capacidad de testar del menor de edad en el Código Civil francés de 1804 (Código Napoleónico)

El artículo 388 del Código Civil Napoleónico establece la mayoría de edad a los veintiún años.⁶ Por su parte, los artículos 903 y 904⁷ del mismo ordenamiento legal otorgan al menor de edad con dieciséis años cumplidos la facultad de disponer mediante testamento de la mitad de los bienes que le corresponderían si fuera mayor de edad.

Este régimen patrimonial y facultad para testar recaen sobre un menor de edad con dieciséis años cumplidos, lo cual en Roma resultaba

⁵ *Ibidem*, p. 126. Nota, el autor cita a Dixon, *The Roman Family*, 1991 p. 44.

⁶ "Código Napoleón con las variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo el 3 de septiembre de 1807" (texto en español), Madrid, 1809, disponible en: <http://es.scribd.com/doc/60431583/Codigo-Napoleon-1807> (fecha de consulta: 8 de noviembre de 2013).

⁷ *Ibidem*, p. 174.

ANTONIO ALVARADO GUERRERO

similar, pero con una edad diferente, esto era entre los catorce y dieciséis años de edad como dijimos anteriormente.

Como podremos observar en la exposición de motivos del Código Civil Napoleónico, el principio fundamental del que parte el régimen patrimonial de las familias es justamente aquel que se basa en el poder absoluto del *pater familias* y sus inmensas facultades para decidir sobre el destino y disposición del patrimonio, dentro del cual obviamente se consideraba la facultad de testar, la cual estaba reservada exclusivamente al jefe de familia o al menor de edad de entre catorce y dieciséis años.

Este principio que fundamenta y motiva al patrimonio de las familias y su transmisión en el Código Napoleónico se puede identificar en la página VII del discurso que los Oradores del Consejo de Estado presentaron al cuerpo legislativo francés, el proyecto de ley acerca de la nueva edición del Código Napoleón:⁸

El emperador ha considerado que las instituciones menos apartadas del orden natural serían también las que en el orden político estuvieran menos sujetas a variación, y las que con más dificultad serían aniquiladas aun en medio del trastorno de una revolución.⁹

No buscar a la organización de las familias si no su mayor bien, y la más íntima unión de los miembros que la componen; conformase con la inclinación presunta del cabeza de familia en la transmisión de los bienes;¹⁰ estos son los principios naturales en que el emperador ha cuidado que no se hiciesen si no muy pocas modificaciones que exigía la construcción misma del imperio, dentro del qual (sic) él es el padre común y conservador de todas las familias.

En esta antigua disposición francesa que analizamos, no podemos identificar otra cosa que la estática postura romana que prevaleció des-

⁸ *Ibidem*, p. VII.

⁹ Entiendo que esto se refiere a que la familia y sus miembros son una institución milenaria que se consideraba en aquel tiempo como indestructible e invariable, pues hablar de un orden natural no es otra cosa que la propia naturaleza del ser humano de asociarse en familia como primer encuentro de cualquier persona.

¹⁰ Aquí se visualiza concretamente la intención de Napoleón de ubicar a las cabezas de familia como sus propios representantes.

de muchos siglos anticipados al Código Civil francés de 1804, pues en relación a la capacidad de testar de los menores de edad podemos observar claramente que el tratamiento es casi el mismo desde Roma; incluso para el emperador Napoleón, la institución de la familia prácticamente tenía que ver más con cuestiones sagradas y arraigadas socialmente, que con alguna herramienta de análisis social. Por lo anterior, Napoleón sólo buscaba el bien de las familias, pero no el análisis de sus necesidades, pues para él, las disposiciones romanas sobre ese tema aún resultaban vigentes en 1804.

C. La capacidad de testar de los menores de edad en la Ciudad de México. Leyes vigentes

Los artículos 2, 23 y 1306 del Código Civil para el Distrito Federal establecen el régimen de la capacidad para testar de los menores de edad. De acuerdo con estas disposiciones, a los menores de edad por razón de discriminación no se les podrá restringir el ejercicio de sus derechos, cualquiera que sea la naturaleza de éstos, salvo que la propia ley restrinja el ejercicio de los mismos. De esta forma vemos que el artículo 1306 restringe el derecho de los menores de dieciséis años para testar. Por su parte, el artículo 23 del Código Civil para el Distrito Federal establece que la restricción de ese derecho no significa menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

Las razones que ocupa el legislador de 1928 para establecer la capacidad de testar en los menores de edad no se ubican en la exposición de motivos del Código Civil, pues respecto de la representación y la capacidad para testar de los menores de edad, la exposición de motivos del entonces Código Civil del Distrito y Territorios Federales dice lo siguiente:

Se hicieron modificaciones de mucha importancia en materia de representación, de incapacidad para testar y para heredar, de legados

ANTONIO ALVARADO GUERRERO

y partición y adjudicación de los bienes; modificaciones de carácter puramente técnico que sería difícil exponer en este breve resumen.

Como podemos observar en los antecedentes de la antigua Roma y del Código Napoleónico, la postura del legislador o de la propia ley se ha mantenido intacta respecto de la capacidad para testar de los menores de edad, quienes hasta en tanto cumplan dieciséis años, no pueden ejercer ese derecho.

2. Doctrinas sobre el derecho a testar y personalidad

A. ¿Qué es el derecho a testar?

Como vimos anteriormente, el ejercicio del derecho de los menores de edad para testar en la Ciudad de México y la mayoría de las entidades federativas se sujeta a ciertas condiciones, como lo son precisamente que el menor tenga dieciséis años cumplidos, sin embargo, ¿qué pasa con aquellos menores de dieciséis años que tuvieran capacidad natural para testar?, es decir, que contaran con bienes propios y quisieran disponer de ellos a través del ejercicio o plasmación de su voluntad póstuma en un testamento? Antes de respondernos esa pregunta, conviene explicar lo que entendemos como derecho a testar.

Doctrinarios destacados como Rafael de Pina Vara¹¹, Rafael Rojina Villegas¹² y María de Montserrat Pérez Contreras¹³ concurren en definir al testamento como un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable, libre y solemne, mediante el cual una persona dispone para después de su muerte, lo que tenga que hacerse con sus bienes y derechos transmisibles.

¹¹ Pina Vara, Rafael de, *Diccionario de derecho*, 16a. ed., México, Porrúa, 1989, p. 458.

¹² Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, 12a. ed., México, Porrúa, 1980, p. 289.

¹³ Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Nostra Ediciones, 2010. p. 26.

Esta definición de testamento no es otra cosa que la extensión de la voluntad de una persona después que ha fallecido, sin embargo, este derecho a testar ¿cómo se identifica, clasifica y considera en nuestro sistema jurídico?

B. Doctrina sobre el derecho a testar

Es aceptado por los doctrinarios Jesús Delgado Echeverría,¹⁴ Luis Díez-Picazo,¹⁵ José Castán Tobeñas¹⁶ y Federico De Castro y Bravo¹⁷ el dúo que integran la capacidad de goce (ser titular de derechos) y la capacidad de ejercicio (de obrar). Según esta doctrina, la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, por lo que forma parte de una cuestión inamovible de la capacidad. La Constitución Federal de Los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1o., último párrafo establece la prohibición de ataques a la dignidad humana que tenga por objeto menoscabar la libertad y los derechos de las personas, dentro de los cuales justamente se encuentra el desarrollo de la personalidad jurídica.

Jesús Delgado Echeverría¹⁸ nos explica que la capacidad de ejercicio es la parte activa y cambiante de la capacidad legal como la aptitud para ejercer por uno mismo los derechos y obligaciones sin necesidad de que intervenga un representante legal. Los autores consultados¹⁹ coinciden en que la capacidad de ejercicio, a diferencia de lo que sucede con la capacidad de goce, no es igual en todas las personas, sino que se fundamenta en la madurez personal del individuo.

¹⁴ Delgado Echeverría, Jesús, *Elementos de derecho civil*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2000, p. 2.

¹⁵ Díez-Picazo, Luis *et al.*, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1992, vol. I, p. 224.

¹⁶ Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, Reus, 1984, vol. I-II, pp. 160-162.

¹⁷ Castro y Bravo, Federico de, *Derecho civil de España*, Madrid, Civitas, 2008, p. 45.

¹⁸ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*

¹⁹ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*; Pérez Contreras, María de Montserrat *op. cit.*; Delgado Echeverría, Jesús *op. cit.*; Díez-Picazo, Luis, *op. cit.*

ANTONIO ALVARADO GUERRERO

En el caso del derecho a testar, no se es titular del mismo hasta en tanto se cumplan dieciséis años. Este derecho, de acuerdo con el artículo 1306 del Código Civil para el Distrito Federal, nace y se puede ejercitar de manera simultánea, por lo tanto podemos decir que de acuerdo con las disposiciones legales actuales, en la Ciudad de México no se es titular del derecho de testar (capacidad de goce) ni se puede ejercitar éste por menores de edad (capacidad de ejercicio) hasta que se cumplan dieciséis años.

De acuerdo con la ubicación teórica del derecho a testar, podemos entender que la titularidad del mismo y el poder ejercerlo nacen a consecuencia del cumplimiento de una condición establecida por la ley que se relaciona con la edad del sujeto de derecho y con ninguna otra circunstancia fáctica, social o cultural.

C. Doctrinas de la personalidad

Existen diversas doctrinas que determinan la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, las cuales se agrupan en cuatro grandes corrientes que a continuación se exponen, de acuerdo a la explicación que al respecto nos da Eduardo de la Parra Trujillo²⁰ en su artículo denominado “Los derechos de la personalidad: teoría general y su distinción con los derechos humanos y las garantías individuales”.

a. Los derechos de la personalidad como derechos de la propia persona

Nos dice Eduardo de la Parra²¹ que esta teoría se basa en un principio de *ius in se ipsum* elaborado por Gómez Amezcua y Stryck en el siglo XVII y consiste esencialmente en que los derechos de la personalidad se resumen a la potestad que el ser humano tiene sobre sí mismo y

²⁰ Parra Trujillo, Eduardo de la, “Los derechos de la personalidad: teoría general y su distinción con los derechos humanos y las garantías individuales”, *Revista Jurídica*, México, núm. 31, 2001, pp. 143-145.

²¹ *Idem*.

que le permite disponer de sus manifestaciones internas y externas. La objeción a esta teoría es que el objeto de los derechos de la personalidad es la propia persona y de esta forma se confunde el sujeto con el objeto.²²

b. Un único derecho general de la personalidad

El autor en consulta²³ atribuye esta teoría a Otto von Gierke, la cual es denominada monista. Esta tiene su fundamento en la imposibilidad de enlistar en el texto legal todos y cada uno de los derechos de la personalidad, pues existe la probabilidad de que alguno de estos derechos se escape a dicho nombramiento o descripción, sea porque nazca un nuevo derecho de la personalidad o porque no se haya considerado en la lista. De esta manera se considera un único derecho de la personalidad. El autor del artículo critica a esta teoría porque queda al arbitrio de un juzgador considerar si determinada proyección psíquica o física es o no un derecho de la personalidad, lo cual implicaría un riesgo de falta de protección legal en alguna parte de la personalidad.

c. Los derechos de la personalidad como derechos subjetivos

Según nos explica Eduardo de la Parra Trujillo,²⁴ esta teoría consiste en que los derechos de la personalidad son subjetivos y su formación o reconocimiento se vislumbra a partir de que ese derecho subjetivo es reconocido por una norma. Se critica esta teoría porque existen supuestos derechos de la personalidad que al no estar contemplados en la norma y simplemente estar excluidos, no pueden considerarse como derechos de la personalidad. Otra crítica a esta teoría que refiere el autor antes señalado, es justamente que los derechos de la personalidad no pueden ser subjetivos porque no hay posibilidad de disponer acerca

²² *Idem*. Nota: el autor cita a Flores, Elvia, *Naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad*, p. 40.

²³ Delgado Echeverría, Jesús, *op. cit.*

²⁴ *Idem*.

ANTONIO ALVARADO GUERRERO

de su nacimiento, transmisión, extinción y renuncia. Sin embargo, los derechos subjetivos pueden ser irrenunciables e intransmisibles, como lo sería precisamente el derecho de recibir alimentos.

d. *Los derechos de la personalidad como bienes morales*

Eduardo de la Parra Trujillo²⁵ nos explica que esta teoría considera a los derechos de la personalidad como si fueran bienes que pertenecen a su titular. Estos derechos pertenecen al patrimonio moral de las personas y son reconocidos como tales en los códigos civiles de Tlaxcala y Quintana Roo.

e. *Doctrina mixta*

El autor Karl Larenz²⁶ establece una teoría mixta que acepta la pluralidad de derechos de la personalidad en el ordenamiento jurídico y defiende la existencia de un derecho general a la personalidad. De esta manera podemos identificar a los derechos de la personalidad enumerados sistemáticamente en un ordenamiento legal en donde en ciertas ocasiones sí pueden ser derechos subjetivos, pero no se niega la existencia de un derecho general de la personalidad, lo cual concretamente podemos observar en la legislación de la Ciudad de México, como explicaré en el siguiente capítulo.

Considerando lo anterior, podemos inferir los siguientes puntos:

1. Desde la antigua Roma y hasta nuestros días se ha considerado que la capacidad de testar debe ser restringida a los menores de edad, quienes por estar en el albor de su vida, supuesta inmadurez y desprotección, debe darse prioridad a cuestiones distintas a un documento que refleje su voluntad póstuma, sin embargo, aquellos menores que han creado patrimonio propio y que se encuentren por debajo de la edad de dieciséis años que les permite testar, si llegaran a tener

²⁵ *Idem.*

²⁶ Larenz, Karl, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Madrid, editorial Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 97 y 98, 160-165.

la necesidad de expresar su voluntad póstuma, se verían actualmente impedidos para expresarla y al respecto, la ley les deja desprotegidos.

2. La capacidad de procrear en los seres humanos, y en especial en los menores de edad, parece ser un factor determinante o condición para que éstos últimos puedan testar. ¿Es correcto que la facultad de testar se sujete a una característica fisiológica y por ello se fije una edad determinada para poder llevarlo a cabo? ¿A caso no existen factores ajenos a la capacidad de procrear para obtener bienes y tener la capacidad de disponer de ellos, incluso mediante un testamento?

3. Desde la época Romana hasta nuestros días, la capacidad de testar de los menores de edad se ha mantenido intacta y el ejercicio de este derecho se encuentra supeditado a la determinación de una cierta edad en el menor, es decir, el legislador presume que hasta en tanto se llegue a los dieciséis años, una persona no puede tener capacidad para realizar su testamento.

4. El derecho de testar de las personas en la Ciudad de México lleva inmersa la capacidad jurídica o de goce y la capacidad de ejercicio o de obrar, pues cumplidos dieciséis años, cualquier persona se convierte en titular de este derecho, el cual puede ser ejercitado de manera simultánea cuando la ley otorga esa titularidad.

3. Disposiciones legales nacionales e internacionales

A. Normas jurídicas que regulan el derecho de personalidad del menor en México

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su último párrafo el deber de proteger y respetar la dignidad humana en contra de la discriminación que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. De este dispositivo se desprende que los derechos de la personalidad están elevados a rango constitucional porque se encuentran protegidos de cualquier discriminación, incluso la que se pudiera desprender de una ley secundaria que ataque este principio, por lo tanto, existe el reco-

ANTONIO ALVARADO GUERRERO

nocimiento constitucional a los derechos de la personalidad en México de manera general, sin ser enumerados. Sin embargo, la concepción del derecho general de la personalidad es acotado por las leyes secundarias que limitan o describen cuáles son los derechos de la personalidad, verbigracia, el artículo 29 del Código Civil para el Distrito Federal que establece el derecho de las personas al domicilio, el artículo 97 del mismo código que establece el derecho de las personas a contraer matrimonio, o el artículo 1305 que dicta el derecho de las personas a testar, el cual se encuentra acotado o restringido para aquellas personas que no se encuentren impedidas por la propia ley para contar con la facultad de realizar su testamento.

De lo anterior se observa la coexistencia del interés público y el privado, pues nuestra Constitución recoge el principio general de la dignidad como bien jurídicamente tutelado y lo protege de tal manera que todas las personas gozan del derecho a la no discriminación y al ejercicio de los derechos que por ser persona poseen. El derecho civil debe respetar y ser interpretado conforme a la Constitución, por lo que la doctrina de los derechos de la personalidad necesariamente tendrá influencia por la de los derechos fundamentales. Ya no puede mantenerse el hecho de que el derecho privado protege únicamente el interés privado, puesto que con algunas de sus instituciones también se persigue la protección del interés público o general, como ocurre con los derechos de la personalidad que protegen el interés de cada individuo en el ámbito de su personalidad por cuanto ello es una cuestión de interés público.

Del último párrafo del artículo 1o. constitucional podemos inferir que algunos derechos de la personalidad se han recogido como derechos fundamentales, tal y como sería precisamente el derecho al respeto de la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad, sin embargo, no todos los derechos de la personalidad pueden equipararse en la categoría de derechos fundamentales, pues existen normas secundarias que limitan o establecen condiciones al ejercicio de ciertos derechos de la personalidad; tal sería el caso del artículo 1306 del Código Civil para el Distrito Federal que establece dieciséis años cumplidos como condición para ser titular y ejercer el derecho a testar.

LA CAPACIDAD DE TESTAR DE LOS MENORES DE EDAD...

Los derechos del menor de edad como persona los ubicamos en el artículo 4o. constitucional, el cual, de manera especial se pronuncia en sus párrafos primero, octavo, noveno, décimo y décimo primero sobre los derechos de los niños o menores de edad de la siguiente manera:

Artículo 4. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Por su parte, el artículo 416 ter del Código Civil para el Distrito Federal nos explica qué debemos entender por el interés superior del menor,

la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

I. El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal; II. El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar; III. El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos; IV. Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y V. Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.

ANTONIO ALVARADO GUERRERO

Es así como la Constitución vigente protege los derechos de la personalidad del menor de edad, y hace especial énfasis en que se debe velar por el desarrollo de la estructura de la personalidad del menor y garantizar el ejercicio de sus derechos, lo cual debe estar reflejado de manera armónica en todos los dispositivos legales aplicables a los menores de edad. Sobre este último punto, cabe resaltar la fracción IV del artículo 416 ter del Código Civil Federal que considera importante a la madurez emocional del menor como parte de las decisiones que de acuerdo a su edad se deban tomar, por lo tanto, la madurez como elemento integrante de la dignidad del menor debe ser considerada en cualquiera aspecto de la vida de ese sujeto.

Adicionalmente a lo anterior, el artículo 417 bis del Código Civil para el Distrito Federal establece los mecanismos y personas idóneas para acompañar y apoyar a los menores de edad al momento de intervenir ante alguna autoridad o juez. Esta intervención podría darse de manera adicional cuando el menor acuda ante cualquier autoridad o fedatario público que interviniera en la tramitación del testamento de un menor de edad.

Asimismo, en materia federal, contamos con la Ley para la Protección de Los Derechos de Niñas, Niños Y Adolescentes, la cual en su artículo 11 establece como obligación de los padres proporcionar al menor una vida digna, para el correcto desarrollo de su personalidad, lo cual claramente nos indica que los derechos de la personalidad del menor no solamente se visualizan dentro de un margen psicológico, sino que además jurídico, basta con dar lectura al artículo 23 de dicha ley para advertir claramente que un menor por sí mismo puede comparecer y ser escuchado en cualquier procedimiento judicial que afecte su esfera jurídica y el juzgador se encuentra obligado a considerar en su resolución la opinión del menor que reciba.

Sobre este tema, los últimos pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y tribunales colegiados consisten en que resulta esencial la participación del menor de edad dentro de un procedimiento jurisdiccional que afecte su esfera jurídica, sin que ello implique forzosamente que el resultado del fallo deba contener la voluntad expresa del menor, pues las resoluciones que resuelven este tipo de

LA CAPACIDAD DE TESTAR DE LOS MENORES DE EDAD...

controversias deben considerar, además de la opinión del menor, las pruebas restantes y las circunstancias del caso. Estos criterios se denominan como: 1) “GUARDA Y CUSTODIA. ESCUCHAR AL MENOR EN JUICIO, NO ES UN FACTOR DETERMINANTE AL MOMENTO DE RESOLVER”²⁷ y 2) “DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. SU EJERCICIO NO SE PUEDE CONDICIONAR A CIERTA EDAD PREVISTA EN UNA LEGISLACIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 414 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN)”.²⁸

Como vemos en los criterios anteriores, la Suprema Corte de Justicia no se ha apartado del criterio y aplicación de respeto a la garantía de audiencia del menor, quien a pesar de no contar con capacidad de ejercicio de sus derechos ante una autoridad jurisdiccional, la ley y la jurisprudencia han establecido una excepción a su incapacidad legal y permiten su intervención por el simple hecho de que la esfera jurídica del menor se vea afectada con esa resolución judicial. Por lo tanto, el interés superior del menor se encuentra por encima de los derechos subjetivos de la personalidad o las restricciones a la misma que la propia ley establece. Es decir, de manera general el Código Civil en su artículo 23 establece que el ejercicio de los derechos de los menores de edad debe realizarse por medio de sus representantes, lo cual significa que por regla general, los menores deben actuar por conducto de sus representantes, ya sean sus padres o tutores; sin embargo, el menor además tiene el derecho de ser escuchado en cualquier asunto del que sea parte, por lo que él mismo puede comparecer a cualquier juicio del que sea parte, por conducto de un representante y además por derecho propio en cumplimiento a su garantía especial de audiencia, la cual queda reconocida por diversas leyes desde el rango constitucional y es ejercitada de manera individual y personalísima.

Es importante recalcar que no solamente la legislación constitucional y civil contemporánea recogen el valor de la dignidad de los menores de edad, pues en materia penal, este valor también se encuentra con-

²⁷ Tesis I.5o.C.144 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, febrero de 2011, p. 1020.

²⁸ Tesis 1a. CLXXXIX/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, mayo de 2013.

ANTONIO ALVARADO GUERRERO

templado, tal y como lo refiere Juan de Dios González Ibarra y Ladislao Adrián Reyes²⁹ al referir que

El principio que rige a los nuevos procesos penales a raíz de la reforma constitucional del artículo 18 constitucional es la dignidad humana porque no se visualiza al menor como un delincuente si no como una persona que requiere guía, formación y educación. Porque se humanizaron los procesos penales.

B. Regulación internacional sobre la personalidad jurídica del menor

El origen de la anterior regulación sobre los derechos de la personalidad del menor lo encontramos básicamente en el cumplimiento que el legislador mexicano ha dado a los tratados y convenciones internacionales, así como a diversas resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,³⁰ pues como podemos observar, a nivel Latinoamérica, según el doctor Sergio García Ramírez, “esa normativa inicia en el artículo VII Declaración Americana de 1948, que se refiere, bajo el epígrafe de los derechos concernientes a la maternidad y a la infancia, al derecho de todo niño a «protección, cuidados y ayuda especiales»”.³¹

Dentro de esta normativa internacional y fuera de América Latina existen diversos pactos y convenios internacionales firmados por México que regulan el reconocimiento de la personalidad del menor de edad y el alcance que esta personalidad debe tener, los cuales procedo a explicar y citar textualmente utilizando como herramienta el libro de

²⁹ González Ibarra, Juan de Dios, y Reyes Barragán, Ladislao Adrián, “La administración de justicia de menores en la reforma del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Boletín Mexicano de derecho comparado*, vol. 40, núms. 118 y 119, enero-agosto de 2007. pp. 65, 71, 73.

³⁰ Caso Rosendo Radilla Pacheco, para mayor información, véase: <https://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Sinopsis%20Pleno/TP-140711-MBLR-912.pdf> (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2013).

³¹ García Ramírez, Sergio, *Derechos humanos de los menores de edad*, México, UNAM, 2010, p.36.

mi querida profesora de derecho familiar, doctora Elva Leonor Cárdenas Miranda:³²

En los artículos 25 y 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³³ se establece el derecho de los menores a la protección especial, la cual debe verificarse ante la comunidad, pues es precisamente la comunidad en donde los menores tienen el libre derecho al desarrollo de la personalidad. Sobre este punto es importante destacar que la referida declaración considera un derecho de la personalidad, justamente, el libre desarrollo con la limitación que la propia ley establezca.

En los principios dos, siete y diez de la Declaración de los Derechos del Niño³⁴ se establece que deben respetarse la dignidad del menor de edad, su interés superior, así como sus aptitudes para desarrollar juicio individual. Con este principio se recoge y reconoce la capacidad del menor de tener un juicio individual, que en mayor o menor medida y de acuerdo a sus propias circunstancias, debe ser considerado para los efectos de su personalidad jurídica y distintos actos. Aquí podemos visualizar de forma clara que una norma internacional establece consideraciones y referencias distintas de la edad, las cuales permiten racionalizar si un menor de edad puede o no ser titular y ejercitar un derecho determinado.

En los artículos 5o. y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁵ y con relación a la personalidad jurídica del menor, se establece que no se pueden restringir derechos humanos

³² Cárdenas Miranda, Elva Leonor, *Instrumentos internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Porrúa, 2011 pp. 16, 26, 27, 48, 49, 50 y 370.

³³ Adoptada y proclamada por la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 217 A(III), del 10 de diciembre de 1948. Nota: visible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (fecha de consulta: 25 de noviembre de 2013).

³⁴ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, en su Resolución 1386 (XIV). Nota: visible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Programas/Proactiva/1LEGISLACI%C3%93N/3InstrumentosInternacionales/E/declaracion_derechos_nino.pdf (fecha de consulta: 25 de noviembre de 2013).

³⁵ Fecha de adopción: 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor internacional: 3 de enero de 1976. Publicación de aprobación del Senado: *DOF* 9 de enero de 1981. Publicación Decreto de Promulgación: *DOF* 12 de mayo de 1981. Entrada en vigor para México: 23 de junio de 1981. Nota: visible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cesr.htm>.

ANTONIO ALVARADO GUERRERO

fundamentales reconocidos en dicho pacto y que además, los Estados parte se encuentran obligados a adoptar las medidas necesarias para el reconocimiento de derechos de los menores, quedando estrictamente prohibido que se discrimine a éstos respecto de la titularidad o el ejercicio de derechos, sin importar que dicha discriminación se derive de la propia ley o de cualquier acto de autoridad. Este punto cobra relevancia, porque respecto de los derechos de la personalidad del menor, hay una disposición internacional que prohíbe la existencia de normas discriminatorias, es decir, aquellas que dan un trato distinto al menor respecto de las demás personas.

En los artículos 3o., 19, 21 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José Costa Rica”³⁶ se consagran los derechos que los menores tienen al reconocimiento de la personalidad jurídica, a medidas de protección sociales, familiares, y estatales así como el derecho a la propiedad y a la no discriminación. De estos preceptos convencionales podemos inferir claramente que una norma internacional considera claramente que los menores de edad tienen derecho al desarrollo y al respeto de su personalidad, de la cual se derivan los derechos patrimoniales y el derecho a no ser discriminados.

Sobre lo analizado en el presente capítulo, inferimos lo siguiente:

- De acuerdo con las teorías mixtas de la personalidad, los derechos que de ella derivan se visualizan de manera general en nuestra Constitución y son acotados por las leyes secundarias, lo cual implica que son precisamente esas leyes las que deben responder a las necesidades del desdoblamiento de la personalidad de un menor de edad que requiere ser titular o ejercer ciertos derechos.
- El reconocimiento de la personalidad jurídica del menor de edad se ubica a nivel constitucional y es reconocido por diversos tratados internacionales, dentro de los cuales también se recono-

³⁶ Fecha de adopción: 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor internacional: 18 de julio de 1978. Publicación de aprobación del Senado: *DOF* 9 de enero de 1981. Publicación Decreto de Promulgación: *DOF* 7 de mayo de 1981. Entrada en vigor para México: 27 de marzo de 1981. Nota: visible en <http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/pactoInterDerESC.pdf> (fecha de consulta: 25 de noviembre de 2013).

cen derechos, como la garantía de audiencia para comparecer a juicio por sí mismos con el objeto de ser escuchados con anticipación a que se emita cualquier resolución que afecte la esfera jurídica del menor.

- La tendencia de las normas constitucionales e internacionales contemporáneas es reconocer cada vez más cierta autonomía del menor de edad en función de sus propias aptitudes y capacidades cognitivas y de relacionarse con los demás. De lo anterior se colige que en las normas internacionales impera la protección a la dignidad del menor y a la serie de actos que a consecuencia de tal dignidad él podría realizar, según sus necesidades y capacidades naturales.
- La falta de titularidad del derecho a testar de los menores de dieciséis años puede constituir una violación a su dignidad como desarrollo de su personalidad, ya que se le discrimina ese derecho por el simple hecho de no cumplir con una edad determinada, lo cual implica que se deja de considerar que el menor, antes de los dieciséis años, puede adquirir bienes, y por qué no disponer de ellos como le plazca, incluso mediante la disposición de su voluntad testamentaria.

4. El equilibrio de la personalidad del menor y su capacidad de testar

A. Consideraciones sobre los antecedentes de la personalidad del menor

Como pudimos ver al inicio del capítulo primero, los menores de edad en Roma contaban con la capacidad de testar una vez que cumplían catorce o dieciséis años y estaban emancipados, es decir, no estaban sujetos a un *pater familias*. Las razones que los romanos encontraron para hacer esta determinación se ciñe a la capacidad de procrear, es decir, para los romanos era suficiente motivo para considerar que alguien podía testar o contar con patrimonio propio si se contaba con

ANTONIO ALVARADO GUERRERO

la seguridad de que esa persona tenía un desarrollo fisiológico que le permitiera tener descendencia. Esta posición claramente vincula en mi punto de vista dos razones a saber: la primera es que en aquella época de un imperio en expansión y dentro de una serie de valores sociales fundamentales, encontramos precisamente la perpetuidad de la especie, de esta forma las personas sanas, con capacidad económica y fisiológicamente aptas para procrear, eran consideradas por los romanos como capaces para heredar o emanciparse. El segundo aspecto que considero es precisamente el económico, pues como lo referimos en el primer capítulo, aquellos menores que heredaban fortunas de su fallecido *pater familias*, tenían que sujetarse a la tutela hasta los veinticinco años.

Este antecedente de la capacidad de testar de los menores de edad se extiende varios siglos, pasando por el código francés de 1804 y hasta nuestros días, pues como vimos anteriormente, cuando se legisló el Código Napoleón, se consideró a los menores de edad aptos para testar hasta los dieciséis años. Sobre esta cuestión estimo que prevalecen las razones por las que los romanos determinaron esa edad y además porque el legislador francés estimó que la seguridad jurídica de los actos celebrados por menores de edad quedaba protegida estableciendo una edad determinada para que se emanciparan o en su caso tuvieran el derecho de testar.

A partir de 1948 comienzan los primeros esbozos de la normatividad internacional en América Latina, donde se empieza a visualizar al ser humano de una manera distinta, pues los derechos de las mujeres tienen un mayor reconocimiento, como también los derechos de los menores de edad. Estos cambios de discurso que se presentan en la historia modifican los valores sociales y esa normatividad empieza a responder cuestiones distintas a las que pudimos ver en la antigua Roma, es decir, mientras en Roma se consideraban las capacidades fisiológicas y patrimoniales para los efectos de actos relacionados con los menores de edad, en el siglo veinte se comienza a hablar de dignidad y de los derechos humanos. Concretamente, en los tratados internacionales se visualiza al menor como el portador y titular de derechos nativos de su propia personalidad, los cuales pueden ser ejercitados

directamente sin necesidad de un representante; se consideran las capacidades psicológicas, sociales, económicas, y de cualquier disciplina para ubicar y considerar a los derechos de menores.

Además de un reconocimiento de derechos y cambio de discurso, pienso en un compromiso complejo de principios y nuevos valores que otorgan al menor de edad mayores prerrogativas y la responsabilidad de su propia persona y derechos, los cuales podrán ser ejercitados de acuerdo a su experiencia personal y capacidades psíquicas, físicas o de inteligencia. Por lo anterior, nos es menos común que en nuestra sociedad encontremos a menores de edad que son verdaderos empresarios, que van desde la producción de su patrimonio a gran escala, como sucede con aquellos actores menores de edad que trabajan en el cine, hasta los niños que venden cosas por Internet y ganan su dinero propio, los cuales, a pesar de tener capacidades naturales para crear un patrimonio e incluso administrarlo, actualmente en México se encuentran sujetos a cumplir con su dieciséis años para poder realizar su testamento.

B. Percepción y necesidad de cambios

A nivel internacional y desde hace varias décadas existe la preocupación que tiende a realizar una mayor protección a los menores dados los cambios sociales y culturales. Como consecuencia se ha modificado la situación de los menores, dotándoles de un amplio protagonismo en su ámbito de actuación, reconociéndoles más derechos en cuanto que se les empieza a considerar titulares de éstos, brindándoles, a su vez, de una paulatina capacidad para ejercitarlos.

México no ha sido ajeno a esta nueva corriente proteccionista de la infancia, y así en nuestro país se ha traducido en la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de diversas leyes postconstitucionales, que contienen buena parte de los principios generales y derechos reconocidos en los tratados internacionales, en especial, en la Convención de Derechos del Niño de la ONU de 1989.

Existen leyes en México que velan por el interés superior del menor, como principio que debe inspirar todas las actuaciones en las que pue-

ANTONIO ALVARADO GUERRERO

da verse implicado. También pone de relieve que se intentará promover su autonomía, por ser éste el modo de protegerlos jurídica y socialmente. No obstante lo anterior, las leyes secundarias actualmente se encuentran fuera del plano real y de proyección a la concepción actual de un menor de edad y sus capacidades, ya que siguen existiendo restricciones a la capacidad de ejercicio de los menores para testar como fueron concebidas en Roma, mientras en otros rubros se les reconoce plena capacidad de ejercicio, tal y como sucede con la garantía de audiencia que tiene el menor en cualquier proceso judicial en el que se vea involucrado. Por lo tanto, todos los derechos de los menores de edad deben de contar con ciertas prerrogativas legales que les permitan actuar por sí mismos y con plena capacidad jurídica, la cual, sólo puede estar restringida en función de las propias capacidades naturales del menor, es decir, si un menor de dieciséis años es una persona que se ha generado su patrimonio propio y además realiza actividades que por sí mismas acrecientan dicho patrimonio ¿por qué ese sujeto no gozaría del derecho de disponer de tal patrimonio si considerara oportuno hacer su testamento?

Es un hecho notorio que los menores de edad actualmente se encuentran expuestos a una mayor cantidad de información y su educación no solamente es obtenida en casa o escuela, sino que están expuestos a medios de comunicación, clubes sociales, amistades, televisión y una serie de factores sociales que efectivamente nos permiten pensar ellos no son los mismos que en Roma, entonces, ¿por qué se les otorga el mismo tratamiento en su capacidad de testar?

Quizá otra opción diferente a la actual de fijar el límite en los dieciséis años podría ser la rebaja a los doce años, o incluso adoptar como solución la establecida para otras instituciones modificadas, en las que si el menor de edad tiene patrimonio y suficiente juicio, podrá dar su opinión y ser tenido en cuenta. En el caso de la sucesión testamentaria, serían los fedatarios públicos los que certificarían el suficiente juicio en el testador menor de dieciséis, previa intervención de un asistente de menores que intermedie para facilitar la comunicación libre y espontánea entre el fedatario y el menor, así como para otorgar protección psicológica y emocional en el acto de testar. Lo anterior podría quedar

fundado en el artículo 417 bis del Código Civil para el Distrito Federal, recientemente reformado mediante decreto publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 18 de junio de 2013 y que es del tenor siguiente:

Artículo 417 Bis. Se entenderá por asistente de menores al profesional en psicología, trabajo social o pedagogía exclusivamente, adscrito al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal u otra institución avalada por éste, que asista al menor, sólo para efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea y darle protección psicológica y emocional en las sesiones donde éste sea oído por el juez en privado, sin la presencia de los progenitores, y sin que ello implique su intervención en la audiencia.

Dicho asistente podrá solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guarda y custodia del menor, dar cumplimiento a los requerimientos del asistente del menor.

Esta tendencia de otorgar relevancia jurídica a la capacidad natural o madurez de los menores de edad en aras de conceder la capacidad de obrar es especialmente marcada en el territorio de los derechos de la personalidad, y es precisamente en este ámbito donde surgieron las primeras voces para sostener que, si bien la dicotomía capacidad jurídica-capacidad de obrar podía tener alguna utilidad en el ámbito patrimonial, era insostenible en el ámbito de la personalidad. La personalidad no puede ser un valor unitario en el ordenamiento jurídico por lo que, aceptar la titularidad de los derechos fundamentales, pero negar su ejercicio, equivale a negar la existencia misma del derecho y convierte la tutela de la personalidad en una falacia. Negar la capacidad de ejercicio en el ámbito de los derechos de la personalidad cuando existe madurez suficiente para ejercerlos es un ataque directo a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad reconocidos en el artículo 1o. constitucional y diversos tratados internacionales antes citados como valores superiores del ordenamiento, por lo que cualquier postura que visualice a los derechos de la personalidad de un menor como valor unitario resulta inconstitucional.

ANTONIO ALVARADO GUERRERO

Considero que la ley no debe establecer una edad determinada para que un menor de edad pueda tener la capacidad de testar, sino que esa capacidad debe ser corroborada por el fedatario que otorgue el testamento en presencia de un asistente de menores, quienes podrán cerciorarse si el menor cuenta con un patrimonio propio y tiene el suficiente juicio para decidir su voluntad póstuma en un testamento.

Así, la capacidad de los menores de edad para testar debe considerar factores sociales, psicológicos, económicos, culturales y de capacidad natural que permitan revestir a dicha capacidad con todos los elementos reales y necesarios.

5. Conclusiones

- Los menores de edad deben tener capacidad para testar sin que se considere una edad determinada. Para el efecto, debe considerarse el juicio del menor, que tenga patrimonio propio y juicio suficiente para ejercer su derecho a testar, juicio que fácilmente puede ser corroborado por un fedatario público y un asistente de menores que actualmente está plenamente definido por el artículo 417 bis del Código Civil para el Distrito Federal.
- Por lo anterior se propone que sea modificado el artículo 1306 del Código Civil para el Distrito Federal para quedar como sigue:

Artículo 1306. Están incapacitados para testar:

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

Quedan exceptuados del contenido de la facción anterior, los menores que acrediten mediante opinión de asistente de menores a un notario público que cuentan con patrimonio propio y juicio suficiente para decidir el destino de dicho patrimonio.

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

- La modificación que se propone responde a una necesidad social y al ajuste de los nuevos valores que la legislación contemporá-

nea expone, trata y protege, como lo es precisamente, la dignidad humana.

- Si ahora resulta completamente inadmisibles el derecho a la violencia que la antigua ley romana otorgaba al *pater familias*, entonces las violaciones a la dignidad de los menores de edad que se relacionan con el reconocimiento de su personalidad jurídica y capacidad de ejercicio también deben desaparecer.
- Es evidente que la violencia ha dejado de ser un derecho para convertirse en un delito o violación a normas internacionales, luego entonces, es posible que la restricción a los derechos de los menores atienda a cuestiones multidisciplinarias y no a su simple edad, lo cual, por mandato del artículo 1o. constitucional, resulta ser un trato discriminatorio.

6. Fuentes consultadas

- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español común y foral*, Madrid, Reus, 1984, vol. I-II.
- CÁRDENAS MIRANDA, Elva Leonor, *Instrumentos internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Porrúa, 2011.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Derecho civil de España*, Madrid, Civitas, 2008.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Elementos de derecho civil*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, Luis et al., *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1992, vol. I.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Derechos humanos de los menores de edad*, México, UNAM, 2010.
- GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios y REYES BARRAGÁN, Ladislao Adrián, “La administración de justicia de menores en la reforma del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 40, núms. 118 y 119, enero-agosto de 2007.
- LARENZ, Karl, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Madrid, editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

ANTONIO ALVARADO GUERRERO

MARTÍNEZ VELA, José Antonio, *Evolución del derecho de familia en occidente*, Madrid, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha Cuenca, 2006.

PARRA TRUJILLO, Eduardo de la, “Los derechos de la personalidad: teoría general y su distinción con los derechos humanos y las garantías individuales”, *Revista Jurídica*, México, núm. 31, 2001.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Nostra Ediciones, 2010.

PINA VARA, Rafael de, *Diccionario de derecho*, 16a. ed., México, Porrúa, 1989.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil*, 12a. ed., México, Porrúa, 1980.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año V, núm. 10, julio-diciembre 2016