

# DE LA REGULACIÓN DEL DERECHO SUCESORIO EN LA LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL Y LA URGENTE NECESIDAD DE SU ACTUALIZACIÓN

Andrés Cruz Mejía



## I. DECANTACIÓN HISTÓRICA DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

### A. EL SENTIDO MÍTICO RELIGIOSO DE LA ANTIGÜEDAD Y LA IDEA DEL SACRIFICIO

El suceder a la muerte ha sido una preocupación constante del ser humano, cuyo origen se pierde en la historia. Summer Maine, citado por Goyena,<sup>1</sup> afirma que tiempo atrás existió una conexión estrecha entre la sucesión de la propiedad de un muerto y la práctica de sacrificios en su honor. En la antigua India las sagradas leyes de Manú imponían obligación al heredero de cumplir las ceremonias fúnebres por el causante y sus antepasados.

En esa cosmovisión primitiva las cosas permanecen, es el individuo quien pasa, quien transita en la corta temporalidad de su vida. El autor referido transcribe un párrafo de Fustel de Coulanges:

Para forjarse exacta idea de la herencia entre los antiguos, conviene no representarse una fortuna pasando de una mano a otra. La fortuna es inmóvil, como el hogar y la tumba a que está asociada. Es el hombre quien pasa, a compás que la familia se desenvuelve y en sus continuas generaciones, llega a la hora marcada para proseguir el culto y tomar posesión del dominio.<sup>2</sup>

Citando a Cicerón, nos dice que la regla consistió en la conservación de los sacrificios y su transmisión en la familia a efectos de perpetuación. Los sacrificios seguían a los bienes añadidos de ferias y de ceremonias.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> GOYENA COPELLO, Héctor R., *Tratado del Derecho de Sucesiones*, La Ley, Editora e Impresora, Buenos Aires, 1974, p. 36.

<sup>2</sup> GOYENA COPELLO, *op. cit.*, p. 35.

<sup>3</sup> *Idem.*

## B. EL DERECHO A TESTAR, UNA CONQUISTA DE LOS PLEBEYOS

En su explicación sobre las instituciones de Justiniano, Ortolán<sup>4</sup> nos dice que el concepto de “pueblo” en la Roma antigua era una mera ilusión. Las cosas sagradas y los comicios curiales eran cuestiones pertenecientes a los patricios, a los aristócratas. A esta clase le importaba mantener y perpetuar intacta la corporación. Los plebeyos no participaban en las ceremonias religiosas, por tanto no hacía testamento ante las curias. En tales condiciones, éstos encontraron como forma de eludir la intervención de los comicios una figura identificada como *testamento ficticio*, que era la venta de su patrimonio por *mancipatio*; ejercieron este derecho hasta que lograron que se reconociera como una ley general y escrita para todos en la Ley de las Doce Tablas:

...el pueblo no es más que un nombre ilusorio, la asociación aristocrática y patricia lo era todo; de ella dependían los comicios curiales y las cosas sagradas, y a ella es a quien se trata de mantener y perpetuar intacta en sus diferentes agregaciones por voluntad de toda la corporación. Los plebeyos no eran nada o muy poco para que pudiesen aspirar en comunidad a formas religiosas y públicas de tanta elevación; la ley común debía bastarles, si no de derecho, al menos de hecho, pues los testamentos dependían de la decisión de las curias.<sup>5</sup>

Vender el patrimonio mediante *mancipatio* fue un medio ingenioso que ayudó a los plebeyos. Quien compraba el patrimonio tomaba el lugar del vendedor, aunque no fuera su heredero.

Posteriormente, cuando los plebeyos obtuvieron esta transacción política, reclamada por ellos tan largo tiempo, una ley uniforme, una ley general escrita y conocida de todos, la Ley de las Doce Tablas, de la cual la siguiente disposición fue considerada como una conquista, como un derecho adquirido por todos los ciudadanos *Utilegassisuper pecunia tutelavesuosrei*, itajus esto; palabras interpretadas en sentido más lato: legare, legemdicere, legemcondere, hacer la ley de su herencia. De donde se deduce la consecuencia de que las curias no debían intervenir en los testamentos para estatuir legislativamente, con la facultad de consentir en ellos o de desecharlos, sino solo para recibirlos y comprobarlos (teste pópulo, dice el párrafo de Teófilo). El testamento indirecto per aes et libram continuó siendo por otra parte el más frecuente, porque era el más cómodo; pero admitiendo en su fórmula la expresión de que el ciudadano plebeyo o

---

<sup>4</sup> ORTOLÁN, *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, Establecimiento Tipográfico de los sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1884, pp. 502 y ss.

<sup>5</sup> ORTOLAN, *op. cit.*, p. 503.

patricio, ejercía en él un derecho que la ley pública le aseguraba: «Quo tu jure testamentumfacerepossissecundumlegempubicum».<sup>6</sup>

### C. EL TESTAMENTO COMO UNA CUESTIÓN DE HONOR

Esta conquista de los plebeyos fue considerada como un honor. El derecho que permitió nivelar la posición de la plebe con los patricios fue altamente apreciado, en tanto que permitió a todos los romanos legislar sobre su propia herencia y, por lo mismo, morir sin haberlo ejercitado (*ab intestato*) se tomó como una especie de desgracia o de mancha en la memoria.<sup>7</sup>

### D. LOS DOS SENTIDOS DE LA PALABRA HERENCIA

De aquí los dos sentidos del término, por una parte la palabra “herencia” significa prolongación de la personalidad, continuidad en las funciones del difunto (hoy en sus relaciones jurídicas que no se extinguen por la muerte), y por otra refiere a la universalidad de los bienes y de los derechos de un ciudadano difunto. En este último sentido la herencia se identifica con el patrimonio relicto, aquel conjunto de bienes y derechos que no se extinguen por la muerte, pero que quedan sin titular por causa de ella.

En el antiguo idioma del derecho, la herencia, el conjunto del patrimonio, se llamaba familia; de aquí procedió para el que la recogía la palabra heres, heredero, derivada de herus, jefe de la familia; y posteriormente, en fin, el de hereditas, que todavía no se había empleado en la Ley de las Doce Tablas.<sup>8</sup>

La herencia se defería por testamento o por la ley.—“Antes que todo se colocaba la herencia testamentaria, la disposición, la declaración del ciudadano a su herencia «Utilegassitsuperpecuniatutelavesuaerei, itajus esto» decían las Doce Tablas —Solo en segundo lugar y a falta de disposición testamentaria arreglaba la herencia la misma ley decemviral; si intestato moritur... etc., y como acabamos de decir, morir intestado era una desgracia y aun una deshonor”.<sup>9</sup>

### E. DESAPARICIÓN DEL CARÁCTER INMANENTE DE LOS BIENES

Goyena<sup>10</sup> señala como característica de la sucesión romana en sus orígenes que, en verdad, el heredero suplantaba al causante en la jefatura,

<sup>6</sup> *Idem*, p. 504.

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> ORTOLÁN, *op. cit.*, p. 504.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 505.

<sup>10</sup> GOYENA, *op. cit.*, p. 40.

conducción y cuidado del grupo familiar se unificaba con la persona misma del causante, heredero y causante eran la misma persona sin solución de continuidad.

Los romanos empleaban la fórmula *successio in jus* o *successio in locum et in jus*, para determinar claramente la sucesión en el lugar y el derecho, que se producía con la muerte del causante.<sup>11</sup>

Esta concepción llegó a generar graves injusticias que implicaban la asunción de obligaciones, responsabilidades y deberes, lo que después provocó que poco a poco se fuera perdiendo la idea de suplantación de la persona y que fuera desapareciendo el concepto del carácter religioso inmanente que se otorgaba a los bienes.

#### F. CONSTRUCCIÓN DE LA INSTITUCIÓN Y DE LAS FIGURAS

En Roma se construyeron las bases del derecho sucesorio por causa de muerte (como ocurrió con otras tantas instituciones del derecho privado y del derecho en general).

Se precisan como elementos de la sucesión al causante y al heredero, regulándose su capacidad, así como la herencia, generándose las reglas relativas a su contenido, la delación y a la adición; se distinguen diversas clases de herederos (*suis et necesarii, necesarii; extraneivelvoluntarii*). Inicialmente se reconocieron como formas de testamento el *colaticomitus*, que se hacía en los comicios calados, y los *procinctu*, que se hacía cuando los soldados estaban a punto de marchar a la guerra, a los que se agregó el testamento *per aes et libram*, con una serie de formalidades y la necesaria presencia de cinco testigos.

Con Justiniano se distinguieron el testamento público y el testamento privado, como especies del testamento privado se regularon los ordinarios (oral o escrito y este último abierto o cerrado) y los extraordinarios, dentro de los que se contemplaron el testamento del ciego, el hecho en tiempo de peste, el del sordomudo, el de los militares, el hecho en el campo, el *ad pias causas*, el de los ascendientes y el simultáneo. Se reguló la sustitución (vulgar, pupilar y ejemplar) y se hizo una abundante y casuística regulación de los legados, así como de los motivos de desheredación.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>12</sup> GOYENA, *op. cit.*, p. 47.

## G. ORDEN HEREDITARIO Y LÍNEAS DE HERENCIA EN EL DERECHO GERMANO

En el derecho germano, recuerda Goyena,<sup>13</sup> el dominio sobre el territorio se dividía en dos porciones, una pequeña que se distribuía entre los individuos para su habitación y una extensa perteneciente a todo el grupo o clan, en donde se realizaban las faenas comunes (*Almende*). La distinción de bienes muebles e inmuebles fue fundamental para el derecho sucesorio, pues la disposición sobre los inmuebles era limitada, se restringía en protección de los intereses de la familia. En cuanto a los bienes muebles, para los efectos de su transmisión a los herederos, una vez fallecido el titular se resolvía que el equipo militar fuera para el pariente varón más próximo, las cosas muebles que usaban las mujeres para las hijas y el resto se distribuía entre todos los herederos.<sup>14</sup>

El derecho a la disposición de los bienes era excepcional, no se conocía el testamento debido a que la transmisión no se efectuaba por voluntad del titular; a su muerte, los herederos adquirían por derecho propio. Se reguló con mucha precisión el orden de herencia, las líneas y los grados, a efecto de establecer la cercanía o lejanía del pariente con el autor y bajo el principio de que el pariente más próximo excluye a los más lejanos.

Cuando el derecho germano recibió la influencia del derecho romano, trascendió la importancia de la voluntad del titular en la transmisión hereditaria. En casi todas las tribus se adoptó el testamento como forma de transmisión hereditaria, pero además se crearon los pactos sucesorios que se celebraban entre el titular y los sucesores (contrato de institución hereditaria, contrato de institución recíproca y contrato de institución entre cónyuges).

## H. EL DERECHO FRANCÉS

En Francia, debido a las sucesivas conquistas a que estuvo sujeta, la evolución del derecho sucesorio siguió por dos caminos: en el Sur se mantuvo la influencia del derecho romano, mientras en el Norte se ajustó a la influencia del derecho germano. Esto dio lugar a la distinción entre derecho escrito y derecho de costumbres.

En el derecho de las costumbres inicialmente no se conoció el testamento, la institución de heredero no podía hacerse por los hombres, ello correspondía a Dios. Al fallecimiento de una persona concurrían a la sucesión los

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 69.

parientes legítimos, instaurándose las costumbres relativas a la masculinidad y a la primogenitura. Se dictaron reglas precisas en cuanto a la sucesión de los ascendientes por las líneas paterna y materna.

Se reguló la sucesión contractual y se desarrolló la institución denominada *Saisine*, por la cual los herederos legítimos adquirirían una investidura para realizar ciertos actos sobre el patrimonio relicto, desde el momento mismo de la muerte del causante, sin necesidad de realizar acto alguno y aun cuando desconocieran que la herencia les había sido diferida, lo que responde a la idea germana de la copropiedad familiar antes referida.

Las diversas costumbres imperantes en las áreas de dominación germana generaron causas de desheredación y se reguló un régimen de reservas a fin de restringir al causante la libre disposición de sus bienes, distinta de las legítimas de origen romano.<sup>15</sup>

Antonio de Ibarrola<sup>16</sup> apunta que el feudalismo imprimió en el derecho hereditario ciertas instituciones y principios dominantes: consideró el feudo como uno e indivisible, y que al desaparecer el feudalismo aparecen en España, con profusión, vínculos y mayorazgos, verdaderos fideicomisos que ahora se prohíben por la ley. En cuanto al efecto del movimiento revolucionario francés sobre el derecho sucesorio, argumenta:

LA REVOLUCIÓN FRANCESA borró las desigualdades en derecho sucesoral. Dijo Mirabeau: “El Estado es dueño de todas las propiedades; el derecho de TESTAR no es un DERECHO NATURAL, sino una CREACIÓN de la LEY, y sí los parientes tienen derechos sucesorios, es tan solo en cuanto a que el ESTADO cede y abandona esos DERECHOS” Van estas expresiones completamente en contra de nuestra teoría.<sup>17</sup>

Como principales características del Código Civil francés de 1804 (Código de Napoleón) De Ibarrola incluye las siguientes:

- a) Concluyó los privilegios por razón del sexo
- b) Admite la sucesión testamentaria, pero al establecer la institución de la legítima, que a su tiempo estudiaremos, hizo ilusoria la libertad del testador
- c) Abolió la vinculación de la propiedad. En este sentido y como antecedentes, notemos que la ley de 8 de abril de 1791 dio lugar a un célebre discurso de Mirabeau que fue leído el día 2, una hora después de su muerte (P. 1, 7953 *Dieu a établi l'égalité diome a homme, á plus forte raison de frère a Frere*)
- d) Prefirió la sucesión testamentaria

<sup>15</sup> Goyena, *op. cit.*, p. 176

<sup>16</sup> DE IBARROLA, Antonio, *Cosas y Sucesiones*, 16a. ed., Porrúa, México, 2008, pp. 678.

<sup>17</sup> *Idem.*

e) Estableció en la sucesión legítima un orden de suceder parecido al de la Novela 118.<sup>18</sup>

## I. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LIBRE TESTAMENTIFACCIÓN

Sobre las bases ideológicas del liberalismo económico y del individualismo filosófico se construyeron las instituciones de derecho privado que rigieron a partir del siglo XIX y que influyeron sobre nuestra legislación patria con los ajustes que posteriormente resultaron del pensamiento social. Jorge Mario Magallón<sup>19</sup> nos dice al respecto:

En esta obra hemos advertido —al explicar el desarrollo cronológico del derecho civil— cómo el Código de Napoleón se vio directamente influenciado por el liberalismo, tanto individualista-económico como jurídico, y que su manifestación más evidente radicaba en el principio de la autonomía de la voluntad. A la vez —cuando expusimos las tesis que pretenden explicar la naturaleza de los derechos subjetivos—, apuntamos a ese propósito la doctrina de Bernard Windscheid, que la hace radicar en un poder o señorío de la voluntad. Al relatar la característica básica de las leyes de orden público encontramos igualmente que son aquellas en las que no opera el régimen de la autonomía de la voluntad. Luego, entonces, esta fórmula tan característica de los códigos civiles del siglo pasado fue resultado de la influencia filosófica de la doctrina de Maine de Biran, que fue un pensador estilo cartesiano —poco reconocido actualmente— pero que llegó a tener gran popularidad. A él se le atribuye la fundación de la escuela espiritualista francesa que resumía su tesis en el concepto de la “voluntad libre y soberanamente consciente”; sostenía como principio esencial, primario y fundamental la propia voluntad. Si René Descartes, al hurgar la piedra angular de la filosofía la encontraba —mediante el razonamiento— en el yo pensante, Maine de Biran la determina en el yo queriente, en el yo voluntad. Aquel decía: “Pienso, luego existo”; éste lo parafraseaba explicando: “Quiero, luego existo”.<sup>20</sup>

En México, el Código Civil para el Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1870 se ajusta al sistema español de las legítimas (dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos, y la otra tercera parte es de libre disposición), pero se separa de este sistema y del francés en cuanto a que asu-

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, introducción, Editorial Porrúa, México, 1987, pp. 195 y ss.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp 195-196.

me el beneficio de inventario consistente en que el heredero solo responde de las deudas hereditarias hasta donde alcance el activo del patrimonio heredado.

El Código Civil de 1884 aporta pocas modificaciones a este ordenamiento, la más importante es la que “introduce la libertad testamentaria, es decir, deja al arbitrio del testador la facultad de dejar los bienes a quien desee, teniendo como límite la obligación de dar alimentos a quienes conforme a la ley se deben”.<sup>21</sup>

Sobre este tema volveré más adelante.

## II. LAS NORMAS CUESTIONABLES

### A. TESTAMENTO DEL DEMENTE

1. En la regulación del derecho sucesorio por causa de muerte, el vigente Código Civil para el Distrito Federal contiene un lenguaje ofensivo y discriminatorio que es necesario superar, pues al mantener el término peyorativo “demente” en los artículos que regulan el derecho de las personas afectadas por algún grado de discapacidad para otorgar testamento, se degrada y se ofende su dignidad, provocando un efecto discriminatorio prohibido por el artículo primero constitucional, como se muestra a continuación:

El artículo 1307 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

Es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez con tal que al efecto se observen las prescripciones siguientes.

Esta misma expresión se reitera en el artículo 1308, que dice:

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

Con pésima técnica legislativa, en los cuatro artículos subsecuentes complementa la regulación del procedimiento que se ha de observar a fin de que el demente pueda otorgar testamento.

---

<sup>21</sup> CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba, *El Derecho Civil en México. Dos siglos de historia*. Editorial Porrúa, México, 2013, p. 52.

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

Artículo 1310.—Si este fuere favorable, se procederá desde luego a la formación del testamento ante notario público, con todas las solemnidades que se requieran para los testamentos públicos abiertos.

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

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

## B. CUESTIONAMIENTOS DE CARÁCTER PROCESAL

Es fácil advertir, desde luego, el error de incluir reglas de procedimiento en una legislación sustantiva cuando, además, se hace con poca claridad, carencia de orden y de sistematización.

### 1. OMISIÓN DE LA VÍA

El artículo 1308 arriba transcrito dice: “Siempre que un demente pretenda hacer testamento en un intervalo de lucidez, el tutor y en defecto de éste, la familia de aquel, presentará por escrito una solicitud al juez que corresponda...”, pero no precisa la vía en que ha de formularse la solicitud.

Parece claro que debe ser la de jurisdicción voluntaria, atento a lo dispuesto por el artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles, según el cual:

La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

Sin embargo, la omisión del señalamiento de la vía denota falta de claridad en el precepto.

### 2. EL PROBLEMA DE DICTÁMENES CONTRARIOS

Tampoco establece qué ocurrirá si los dictámenes de los dos médicos a que alude el precepto son contrarios o contradictorios. ¿Se nombrará tercero en discordia?, o ¿simplemente se negará la autorización para el otorgamiento del testamento?

### 3. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

No precisa cuál papel desempeñará el Ministerio Público, cuya intervención es obligatoria por que lo establece la fracción II del artículo 895 de la ley adjetiva civil.

Artículo 895.—Se oirá precisamente al Ministerio Público

- I. Cuando la solicitud promovida afecte los intereses públicos
- II. Cuando se refiera a la persona o bienes de menores o incapacitados
- III. Cuando tenga relación con los derechos o bienes de un ausente
- IV. Cuando lo dispusieren las leyes

### 4. PERFIL PREFERENTE

Cuando se señala en el artículo en comento (1308 del Código Civil) que el juez nombrará dos médicos de preferencia especialistas en la materia para que examinen al enfermo y dictaminen acerca de su estado mental, deja abierta la posibilidad de que se nombren médicos generales o de alguna otra especialidad, puesto que el término “de preferencia” implica la posibilidad de una opción diversa, no de una necesidad.

Aun cuando parece que la racionalidad nos llevaría a la interpretación de que los médicos deben ser alienistas —porque ésta es la especialidad que se exige para el examen que se ha de realizar en el procedimiento de interdicción— y que esa especialidad se debe exigir en forma necesaria y no solo “preferente”, es evidente el descuido legislativo o la falta de actualización en el precepto que comentamos.

La consecuencia de incluir normas procesales en la legislación adjetiva es ausencia de orden, de coherencia y de sistematización.

### 5. FASES DEL PROCEDIMIENTO Y SUJETOS QUE HAN DE INTERVENIR

Cuando en el artículo 1308 se establece que el juez está obligado a asistir al examen del enfermo, no se aclara si el examen se realizará en el juzgado o en el consultorio de los facultativos, o incluso si se hará en la notaría.

El desorden se advierte cuando en el artículo 1309 se dice que el resultado del reconocimiento de los médicos se hará constar en acta formal, y luego en el 1311 ordena que el acta sea firmada por el notario, por los testigos, por los médicos y por el juez.

Sin embargo, no se aclara si al acordar la solicitud el juez debe señalar fecha para que tenga lugar el examen de los médicos, tampoco señala el

lugar ni las condiciones en que se ha de practicar la diligencia. Omite cualquier referencia a la forma de notificar o de citar al notario, solo hace mención a que el acta deberá ser firmada por el notario y exige la firma de testigos, por más que en la regulación actual de la formalidad del testamento público abierto no se requiere de la presencia de testigos instrumentales.

¿En qué calidad comparece el notario a la diligencia judicial?

¿Se requiere de la fe notarial para validar el reconocimiento que hagan los médicos?

¿Tiene alguna intervención el notario en la revisión citada?

¿Podrá o deberá solicitar la identificación a los facultativos y, en su caso, al juez, a los testigos y al tutor o a los familiares que hayan solicitado el trámite?

¿El juez debe firmar el protocolo o los folios del notario en donde conste el testamento?

¿Qué ocurre si a juicio del notario el resultado del examen no es suficiente para considerar que el discapacitado se encuentra en estado de lucidez y se niega a dar fe del otorgamiento de testamento, pero el juez considera que sí es suficiente?

Los testigos comparecen para dar testimonio ¿de qué?

### III. VIOLACIÓN A DERECHOS HUMANOS

Quizá el punto más grave que denota el abandono de la legislación y la urgente necesidad de su actualización es el concepto que conserva al designar a las personas sujetas a algún tipo de discapacidad, como “dementes”, concepto del más viejo cuño correspondiente al modelo de prescindencia de la discapacidad. Cuando se pensaba que las personas afectadas por algún grado de discapacidad mental eran “locos”, se les trataba como desechos que habría que excluir de la sociedad, o cuando mucho al modelo médico rehabilitador, como se verá en seguida.

Al analizar el concepto de discapacidad, el “protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad”<sup>22</sup> explica que a través de la historia el concepto de referencia ha transitado por diversas etapas que van desde aquella que promovía el exterminio y la exclusión de las personas con discapacidad, como ocurrió en Grecia, en Roma, durante gran parte de la Edad Media, pasando luego a una

---

<sup>22</sup> [www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo\\_derechos\\_de\\_personas\\_con\\_discapacidad](http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo_derechos_de_personas_con_discapacidad).

etapa de proteccionismo o paternalismo, vigente a principios del siglo XX, cuando se consideró que se trataba de un problema médico que requería de protección y de rehabilitación, hasta llegar a una etapa en la que se disocia la discapacidad del término enfermedad, y se hace imposible entender aquella si no se vincula con los derechos humanos de la persona y el reconocimiento de su dignidad y autonomía.

## A. LA DISCAPACIDAD, MODELOS DE ABORDAJE

### 1. MODELO DE PRESCINDENCIA

En el protocolo de referencia se exponen diversos modelos por los que ha transitado el concepto de discapacidad a través de la historia, y el de prescindencia es el siguiente:

Este modelo fundamentaba la causa de la discapacidad por un motivo religioso (ya fuera por un pecado cometido por los padres o por un enojo de los dioses), y consideraba a las personas con discapacidad como innecesarias, toda vez que no tenían nada que aportar a la sociedad, y más bien eran vistas como una carga para sus familias, por lo que era necesario prescindir de ellas. Un medio empleado era el infanticidio de niños y niñas con discapacidad, y en el caso de las personas adultas, simplemente se les marginaba o excluía.<sup>23</sup>

### 2. MODELO MÉDICO-REHABILITADOR

En cuanto al modelo *médico-rehabilitador* explica:

Consideraba que la causa de la discapacidad no era cuestión religiosa, sino de carácter médico, es decir, una diversidad funcional física, psíquica o sensorial que traía como consecuencia que las personas con limitaciones fueran vistas como personas rotas o enfermas, teniendo que ser rehabilitadas y normalizadas para integrarlas a la sociedad.

De esta manera, la discapacidad es entendida como una enfermedad, y la persona con discapacidad es considerada en su individualidad, pues ella es la causante del problema y quien debe adecuarse a la sociedad a través de medidas normalizadoras enfocadas principalmente en el ámbito de la salud (medicación, institucionalización).

La discapacidad implicaba una tragedia personal para las personas afectadas, y un problema para el resto de la sociedad. Establecía “una presunción de inferioridad biológica o fisiológica de las personas con discapacidad, des-

---

<sup>23</sup> *Idem*, p. 18.

tacando la pérdida o discapacidades personales y contribuyendo al modelo de dependencia”.<sup>24</sup>

### 3. MODELO SOCIAL

En referencia al modelo social explica:

Surgió en Inglaterra y en Estados Unidos a finales de los años sesenta y principios de los setenta, con el denominado movimiento de vida independiente promovido por las organizaciones de la sociedad civil de personas con discapacidad, a partir del cual se replantearon las causas que originaban la discapacidad, es decir las barreras físicas y actitudinales de la sociedad en su conjunto (en lugar de las diversidades funcionales de las personas) que generaban inaccesibilidad a los edificios, al transporte, a la infraestructura urbana y a los servicios, las conductas discriminatorias y la repetición de estereotipos en contra de las personas con discapacidad, entre otros elementos.

De este modo, las personas con discapacidad comenzaron a reivindicar el lugar que ocupan en la sociedad, combatiendo la percepción de ser ciudadanos de segunda clase, o bien la de un grupo vulnerable al que resultaba necesario proteger, asistir, institucionalizar y medicar, asentando que eran ellas mismas, y no terceras personas (ya fueran médicos, familiares o instituciones) las que mejor conocían sus necesidades, así como los medios para satisfacerlas.<sup>25</sup>

### 4. MODELO DE DERECHOS HUMANOS

Finalmente, al abordar el modelo resultante de la actual vigencia del paradigma de derechos humanos, expone:

Tomando como punto de partida el modelo social este nuevo modelo reconoce a las personas con discapacidad como titulares de derechos.

Por ello, se promueve que las personas con discapacidad efectivamente los ejerzan en igualdad de condiciones que el resto de la población y sin discriminación alguna, reiterando su dignidad, así como el respeto por la diferencia que implica la discapacidad, lo cual conlleva la ausencia de conductas orientadas a la reproducción de estereotipos y a la exclusión y desventaja social de las personas con discapacidad.

Además de que se promueve su inclusión y participación plena y efectiva en la sociedad, toda vez que sus necesidades y requerimientos son atendidos por la comunidad.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 21.

## B. EL ARTÍCULO 10. CONSTITUCIONAL

A este último modelo y con el reconocimiento de la dignidad humana corresponde el contenido de párrafo quinto de nuestro actual artículo 10. constitucional:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

El Diccionario de la Lengua Española<sup>27</sup> indica que la palabra “demente” significa: loco, falto de juicio, que padece demencia, debilidad de las facultades mentales.

Es inconcuso que el uso en la ley de ese lenguaje degradante atenta en contra de la dignidad de las personas. Se trata de un término que colisiona con el sentido esencial de las modernas legislaciones protectoras de derechos humanos y de la dignidad de las personas.

## C. LEY GENERAL PARA LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (D.O.F. 30-05-2011) ESTABLECE EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1

Su objeto es reglamentar en lo conducente el artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estableciendo las condiciones en las que el Estado deberá promover, proteger y asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, asegurando su plena inclusión a la sociedad en un marco de respeto, igualdad y equiparación de oportunidades.

En el segundo párrafo del artículo 4 se precisa:

Las medidas contra la discriminación consisten en la prohibición de conductas que tengan como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de una persona, crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo, debido a la discapacidad que ésta posee.

---

<sup>27</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. ed., t. I, Espasa Calpe, Madrid, 1992, p. 678.

D. LA LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y ELIMINAR  
LA DISCRIMINACIÓN (D. O.F. 11/06/2003)  
ESTABLECE EN SU ARTÍCULO 1

Artículo 1.—Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de interés social. El objeto de la misma es prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona en los términos del Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como promover la igualdad de oportunidades y de trato.

En la fracción III del mismo artículo se define a la discriminación en los siguientes términos:

III. Discriminación: Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo.

E. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES  
IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN DERECHOS  
DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En razón del reconocimiento de estos derechos se sugiere, de manera expresa, la eliminación de la palabra demente en los procesos jurisdiccionales, según se advierte en el “protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad” formulado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Al explicar el principio de abordaje de la discapacidad desde el modelo social y de derechos humanos, señala:

Considerando que el modelo social y el de derechos humanos promueve la eliminación de prejuicios y estigmas en torno a las personas con discapacidad, se estima que las y los jueces usen un lenguaje no ofensivo y no discriminatorio para referirse hacia ellas.

Para ello se sugiere eliminar el empleo de términos peyorativos en su perjuicio, que además de hacer referencia a una pérdida funcional, implican carencia de valor, tales como inválidos, imbéciles, retrasados mentales, idiotas, dementes, tarados, discapacitados, minusválidos, entre otros, que comúnmente son empleados por las legislaciones de carácter civil.

Asimismo, se recomienda que las resoluciones judiciales se redacten en un lenguaje inclusivo y respetuoso de los derechos humanos de las personas con discapacidad.<sup>28</sup>

#### IV. LA “PENNA CAPITAL” Y LA INCAPACIDAD PARA HEREDAR

Otro de los puntos neurálgicos que demuestran la obsolescencia de la legislación civil en materia de sucesiones por causa de muerte es la que deriva de la regulación de las causas de incapacidad para adquirir por testamento, contempladas en el artículo 1316, en cuya fracción II se lee:

Son incapaces de heredar por testamento o por intestado:

...

II. El que haya hecho contra el autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge acusación de delito que merezca pena capital o de prisión, aun cuando aquella sea fundada, si fuera su descendiente, su ascendiente, su cónyuge o su hermano, a no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida, su honra, o la de sus descendientes, ascendientes, hermanos o cónyuge.

Es inadmisibles que una legislación vigente en el siglo XXI mantenga un concepto como el de pena capital, cuando hace ya mucho tiempo los movimientos abolicionistas lograron que la pena capital, o pena de muerte, quedara proscrita en la mayoría de las legislaciones del mundo, incluido México.

El *Diario Oficial de la Federación*, del 9 de diciembre de 2005, publica las reformas a los artículos 14, párrafo segundo y 22, primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prohibiendo la aplicación de la pena de muerte (pena capital) en nuestro país.

Artículo 22.—Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

---

<sup>28</sup> Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad, *op. cit.*, p. 52.

#### Artículo 14

...

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

### V. EL “ADULTERIO” Y LA INCAPACIDAD PARA HEREDAR

En el mismo artículo, en sus fracciones III y IV, se señala al delito de adulterio y su coautoría como causa de incapacidad para adquirir por testamento o por intestado.

Artículo 1316.—Son incapaces de heredar por testamento o por intestado:

...

II. El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente

III. Al coautor del cónyuge adúltero, ya sea que se trate de la sucesión de éste o de la del cónyuge inocente.

Solo que el delito de adulterio se derogó del Código Penal del DF desde 1999 y recientemente también se derogó del Código Penal Federal. En la materia civil se contemplaba como causal de divorcio, pero ya no existe la figura del divorcio necesario o divorcio causal ni la figura de adulterio civil, por lo que es evidente la obsolescencia de la ley, lo que justifica, una vez más, la urgente necesidad de actualizar la legislación civil en esta materia.

### VI. LA “EXPOSICIÓN” DEL HIJO Y LA INCAPACIDAD PARA HEREDAR

También se olvida la actualización de la fracción VI del artículo referido al regular como causa de incapacidad para heredar por testamento o por intestado a los padres que hayan abandonado a su hijo, empleando el término exposición en lugar del de abandono, cuando ambas figuras han quedado definidas en la actualidad por el artículo 492 del mismo Código Civil.

Se ignora la regulación del Capítulo V del Título Noveno del Libro Primero, relativa a la tutela de menores en situación de desamparo, y en cuyo artículo 492, segundo párrafo, se precisa el concepto de menor expósito,

distinguiéndolo con toda precisión del menor abandonado en los términos siguientes:

#### DE LA TUTELA DE MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

##### Artículo 492

....

Se entiende por *expósito* al menor que es colocado en situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y *no pueda determinarse su origen*. Cuando la situación de desamparo se refiere a *un menor cuyo origen se conoce, se considerará abandonado*.

De manera que si se sabe quiénes son los padres del menor que ha quedado en situación de desamparo, se trata de un caso de abandono, cuya consecuencia probable sería privar a quienes lo han abandonado del derecho de heredar al menor, pero es claro que si el precepto se refiere al supuesto de los menores expósitos, estamos ante un caso en que no se puede determinar el origen del menor; es decir, que se ignora quienes hayan sido sus progenitores y tampoco se sabe quién o quiénes estaban a cargo de la custodia, guarda o protección del citado menor. Por lo tanto, decir que se privan del derecho de herencia los padres que hayan expuesto al menor, es un contrasentido, pues como lo establece el precepto, si se conoce el origen del menor, es decir se sabe quiénes son sus padres, se trata de un caso de abandono, no de exposición, como señala el código; situaciones que producen efectos jurídicos distintos, atendiendo a la solución que requiere el interés superior del menor.

#### VII. SUPRESIÓN, SUSTITUCIÓN O SUPOSICIÓN DE INFANTE Y LA INCAPACIDAD PARA HEREDAR

Otro caso más de desactualización de la legislación en comento es el que deriva de la fracción XI del artículo 1316 del Código Civil:

Artículo 1316.—Son incapaces de heredar por testamento o por intestado.

...

XI. El que conforme al Código Penal, fuere culpable de supresión, sustitución o suposición de infante, siempre que se trate de la herencia que debió de corresponder a éste o las personas a quienes se haya perjudicado o intentado perjudicar con estos actos.

Los delitos que la doctrina penal denominaba como “suposición, supresión, ocultación o sustitución de infante” se regulaban en un título establecido para delitos contra el estado civil y bigamia, cuyo artículo 277 rezaba:

Artículo 277.—Se impondrá de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes:

- I. Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre;
- II. Hacer registrar en las oficinas del estado civil un nacimiento no verificado;
- III. A los padres que no presenten a un hijo suyo al Registro con el propósito de hacerle perder su estado civil, o que declaren falsamente su fallecimiento, o lo presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas;
- IV. Al que usurpe el estado civil de otro con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden.

Las cuatro primeras fracciones, explica González de la Vega,<sup>29</sup> constituyen los casos llamados en la doctrina delitos de suposición, supresión, ocultación y sustitución de infante, acciones todas que suponen especial forma del elemento subjetivo intencional: el agente persigue como finalidad común la alteración del estado civil.

Sin embargo, en la actualidad las condiciones de sociabilidad y de protección valorativa se han modificado esencialmente, y por ello se han incrementado los supuestos hipotéticos respecto a la comisión de estas conductas delictuales. En la actualidad, el artículo 203 del Código Penal para el Distrito Federal establece, no tres, sino ocho hipótesis diversas de violentar el estado civil con conductas consideradas como delitos:

Artículo 203.—Se impondrán de uno a seis años de prisión y de cien a mil días multa, al que con el fin de alterar el estado civil incurra en alguna de las conductas siguientes:

- I. Presente a registrar a una persona, asumiendo la filiación que no le corresponda;
- II. Inscriba o haga registrar el nacimiento de una persona, sin que esto hubiese ocurrido;
- III. Omita presentar para el registro del nacimiento a una persona, teniendo dicha obligación, con el propósito de hacerle perder los derechos derivados de su filiación;
- IV. Declare falsamente el fallecimiento de una persona en el acta respectiva;
- V. Presente a registrar a una persona, atribuyendo a terceros la paternidad que no le corresponda;
- VI. Usurpe el estado civil o la filiación de otro, con el fin de adquirir derechos de familia que no le correspondan;

---

<sup>29</sup> GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO, *El Código Penal Comentado*, 7a. ed., Porrúa, México, 1985, pp. 391-392.

VII. Sustituya a un menor por otro o cometa ocultación de aquél para perjudicarlo en sus derechos de familia; o

VIII. Inscriba o haga registrar un divorcio o nulidad de matrimonio inexistentes o que aún no hubiesen sido declarados por sentencia que haya causado ejecutoria.

El Juez podrá prescindir de la sanción si el agente actúa por motivos nobles o humanitarios, en el caso a que se refiere la fracción I de este artículo.

En todos estos casos, no solo en los que señala la fracción XI del artículo 1316 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, se pierde el derecho a heredar por testamento o por intestado. Y no solo se pierden derechos sucesorios, sino que también cualquier otro derecho que tenga el activo en contra del ofendido, según dispone el artículo 204 del Código Penal de la misma entidad federativa:

Artículo 204.—El que cometa alguno de los delitos expresados en el artículo anterior perderá los derechos que tenga con respecto al ofendido, incluidos los de carácter sucesorio.

Ni qué decir de las nuevas figuras que conforme a los resultados de los avances de la ingeniería genética regula el Código Penal, como son los relativos a la libertad reproductiva previstos en el Capítulo Primero del Título Segundo del referido ordenamiento legal, o lo que regula bajo el rubro de delitos por manipulación genética en los artículos 154 y 155:

Artículo 154.—Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;

II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y

III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

Artículo 155.—Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, la reparación del daño comprenderá, además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.

Es incuestionable que tanto las conductas descritas en los delitos en contra de la libertad reproductiva como los que constituyen los delitos de manipulación genética van a producir efectos en las relaciones de filiación y, por ende, en el estado civil de las personas. Por lo tanto, habrá que ir considerando si en el caso de que con la comisión de estos delitos resulte una

afectación al estado civil se deba resolver en ese sentido de la pérdida de los derechos hereditarios que pudieran resultar a favor del responsable.

## VIII. DISCRIMINACIÓN A LOS LLAMADOS “MEDIOS HERMANOS”

Un caso grave de discriminación y, por ende, de violación de derechos humanos es el que resulta de la degradante distinción entre “hermanos enteros” y “medios hermanos” que se conserva en la regulación del derecho de sucesión legítima de parientes colaterales. Es grave no solo por cuanto a la denominación degradante de “medios hermanos”, sino también porque fundamentalmente hay un trato desigual que no se justifica a la luz del derecho humano y en cuanto a la igualdad de las personas pues, como puede verse, esta clasificación humillante se traduce en una desventaja para los considerados por la ley como “medios hermanos”, ya que se establece que los hermanos que lo sean de padre y madre (enteros) recibirán el doble de la herencia que los hermanos en relación solo con el padre o solo con la madre (medios hermanos).

Al regular la sucesión legítima de parientes colaterales y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1630 del Código civil, se establece que si solo hay hermanos por ambas líneas, heredarán por partes iguales, pero en el siguiente artículo (1631) se señala: “Si concurren hermanos, con medios hermanos, aquéllos heredarán doble porción que éstos”.

Nada justifica en la actualidad el trato desigual que establece la ley y menos aún si no existe ninguna conducta de los llamados “medios hermanos” para dejarlos en desventaja respecto de los otros. ¿Qué argumento racional puede justificar la desventaja para quien nada hizo para resultar descendiente de las relaciones con diversas personas que haya tenido su progenitor? ¿Es malo ser hermano de los hijos que el padre o la madre hayan tenido con personas distintas a las que dieron origen a sus hermanos?

Partiendo del concepto de discriminación que proporciona la fracción III del artículo 1o. de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, es claro que estamos frente a un caso de discriminación en el que se restringen derechos de personas con motivo de la situación familiar que tengan los hermanos solo de padre o solo de madre, en relación con los que lo sean de padre y madre, sin que esa desventaja sea objetiva, racional ni proporcional.

III. Discriminación: Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u

omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo;

También se entenderá como discriminación la homofobia, misoginia, cualquier manifestación de xenofobia, segregación racial, antisemitismo, así como la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia.

Es claro que, conforme a la legislación actual, los hermanos que lo son solo de padre o solo de madre reciben un trato desigual al que se establece para los hermanos que lo son de padre y madre, pues aquéllos recibirán la mitad de la porción que éstos. Esto significa una grave restricción a sus derechos en virtud de esa odiosa distinción que hace la ley respecto de personas que poseen la misma dignidad.

La estructura de la sociedad actual genera que exista gran cantidad de familias integradas con hijos de un padre que disolvió un vínculo anterior, conviniendo con hijos de una madre que los tuvo con una pareja anterior y, más tarde, la nueva pareja tiene hijos de ambos, y en estas familias los hermanos los son y se tratan como tales, sin desmerecer por sus orígenes diversos. ¿Cómo justificar que en el caso de herencia legítima entre ellos unos reciban una porción mayor que los otros? ¿Qué culpa puede imputarse a los hijos solo de padre o solo de madre para ser castigados con una porción menor?

## IX. OTRAS CUESTIONES A PLANTEAR

Otros temas de actual trascendencia obligan a replantear las bases ideológicas del derecho sucesorio; sin embargo, debido a los límites de extensión marcados para este trabajo no los abordaré, solo haré un breve señalamiento de ellos, con el entendido de que serán materia de un ensayo posterior que me he propuesto realizar al respecto.

El primero de ellos es el principio de autonomía de la voluntad sobre el que se sustenta nuestro derecho sucesorio actual, tanto en la sucesión por testamento como en la legítima.

El derecho de libre disposición de los bienes para después de la muerte de instituir herederos, nombrar legatarios e imponer las modalidades que considere convenientes con la única limitación del orden público y de dejar alimentos a quienes corresponda conforme a la ley reside en el principio de autonomía de la voluntad, que algunos han llegado a considerar, incluso, como un dogma. De igual forma, el orden para la sucesión legítima se fundamenta en la idea de una presunta voluntad del autor de la herencia de beneficiar a sus parientes más próximos.

Ortiz Urquidí<sup>30</sup> explica que este principio es consecuencia de otro de mayor alcance, que es el de la libertad de acción, según el cual los particulares puede hacer todo lo que la ley no les prohíbe. Antes, aclara que el principio de autonomía de la voluntad tiene como límite el orden público.

La autonomía de la voluntad, o autonomía privada, impera en el ámbito del derecho privado y, por supuesto, en materia contractual. Borja Soriano<sup>31</sup> enseña que esta idea surge dentro del derecho canónico, es defendida por la escuela del derecho natural y por los filósofos del siglo XVIII, resulta exaltada por los partidarios del individualismo liberal en el siglo XIX y es acogida por el Código Napoleón (art. 1134) y por nuestros códigos de 1870 (art. 1535) y de 1884 (art. 1419).

En materia contractual, el principio ha sido objeto de críticas severas, entre ellas las que pueden leerse en la obra de Duguit.<sup>32</sup> Se objeta también que casi todos los contratos se celebran con necesidades imperiosas que hacen muy dudosa la libertad de las partes, quienes, además, no siempre actúan en plano de igualdad, lo que provoca que la ley limite el referido principio en aras de garantizar relaciones de mayor justicia y equidad. Borja<sup>33</sup> explica con los términos siguientes el debilitamiento del principio en la materia contractual:

Influencia de las teorías sociales contemporáneas (Colín et Capitant y Julliot de Morandere). “El principio de la autonomía de la voluntad ha tenido su apogeo en el siglo XIX con el triunfo de las ideas individualistas y liberales. La reacción ha venido después. Las teorías sociales, a favor en nuestros días, han ejercido una influencia sobre la materia de las obligaciones, como sobre otras partes del derecho. Esta influencia se ha traducido de triple manera: 1o Desde luego, por

---

<sup>30</sup> ORTIZ URQUIDI, Raúl, *Derecho Civil*, 2a. ed., Porrúa, México, 1982, pp. 275-276.

<sup>31</sup> BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 17a. ed., Porrúa, México, 2000, pp. 122-124.

<sup>32</sup> DUGUIT, León, *Las transformaciones del Derecho, público y privado*, Heliasta, Buenos Aires 1975, pp. 193-205.

<sup>33</sup> BORJA SORIANO, *op. cit.*, p. 123.

la importancia mayor concedida a los intereses colectivos al lado de los intereses puramente individuales... 2o., en seguida por cierto renacimiento del formalismo... 3o., en fin, por un desarrollo más y más considerable de las leyes imperativas de orden público que vienen a restringir, en el fondo, la libertad de los contratantes. Habiendo muy a menudo terminado la libre competencia en el aplastamiento del débil por el fuerte, el Estado ha debido intervenir. Lo ha hecho para tratar de hacer reinar más justicia social en las relaciones contractuales entre vendedores y compradores, entre propietarios y arrendatarios, entre patronos y obreros, entre aseguradores y asegurados, etc. Su intervención, primero excepcional, tiende a convertirse en la regla. A la economía liberal se sustituye actualmente por todas partes una economía dirigida... El Estado es inducido, pues, a trazar los cuadros más o menos rígidos, dentro de los cuales solo se podrá ejercer la libertad contractual... Los precios de los artículos de consumo y de los servicios tienden a ser fijados imperativamente, el número de las materias disponibles es fijado limitativamente, algunas veces es impuesta la persona con la cual se puede contratar, cierto número de contratos están prohibidos formalmente. No se puede prever en dónde se detendrá esta evolución que las circunstancias actuales nos imponen. El Derecho de las obligaciones no conservará menos interés de primer orden. Por grande que sea la empresa del Estado, no puede ser completa: un sector deberá ser abandonado a la libertad de los particulares, una parte importante en la producción y la repartición de las riquezas deberá ser dejada a la iniciativa privada y al contrato.<sup>34</sup>

Solo que, en materia sucesoria esta evolución no ha ocurrido con la misma intensidad, por lo contrario la autonomía de la voluntad y la libertad del testador, siguen primando plenamente.

El Código Civil para el Distrito Federal dispone, entre otros muchos preceptos, los que derivan del respeto a la voluntad del testador, con las únicas limitantes del orden público y los derechos de terceros:

Artículo 1283.—El testador puede disponer del todo o de parte de sus bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima.

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

Artículo 1302.—Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de las palabras, a no ser que aparezca con manifiesta claridad que fue otra la voluntad del testador.

---

<sup>34</sup> *Idem.*

En caso de duda sobre la inteligencia o interpretación de una disposición testamentaria, se observará lo que parezca más de acuerdo con la intención del testador, según el lineamiento del testamento y la prueba auxiliar que a ese respecto pueda rendirse por los interesados.

Artículo 1344.—El testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes.

Artículo 1472.—Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos, para el caso de que mueran antes que él, o de que no puedan o no quieran aceptar la herencia.

De Ibarrola<sup>35</sup> considera que la declaración de la voluntad de testador no podría ser suprimida por el Estado sin hacerse reo de una grave injusticia:

Recordemos que el derecho de propiedad es naturalmente perpetuo. Además, es de su esencia que podamos enajenar nuestros bienes, por un acto entre vivos o por acto mortis causa. De esto se infiere lógica y legalmente que la facultad de testar no es emanada del derecho civil como pretenden Ahrens, Escriche, Sala, Febrero y otros, sino que es un acto propio del dominio, y éste emana del derecho natural, como sólidamente sostienen Balmes, Munguía, Thiers y otros muchos como Mirabeau...<sup>36</sup>

Muchos argumentos se han formulado en torno a la justificación de la libertad de disponer del patrimonio para después de la muerte mediante el testamento: el carácter perpetuo de la propiedad, cuestiones afectivas del padre que trabaja con ahínco para asegurar la asistencia de sus descendientes y sobre todo la libertad del hombre para decidir sobre lo que le pertenece y así cumplir sus fines y realizarse plenamente.

El principio de autonomía privada es un principio de derecho, porque el respeto a la persona y su reconocimiento como ser de fines exigen su vigencia, y es dentro de su marco donde puede el hombre realizarse plenamente. La supresión de la autonomía privada como principio general de derecho llevaría consigo la total anulación de la persona y su conversión en un puro instrumento de la comunidad. El principio de autonomía de la persona es además un principio tradicional del derecho español, que ha reconocido y defendido siempre el valor del individuo y la necesidad de protección jurídica de la realización de sus fines.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> DE IBARROLA, *op. cit.*, p. 689.

<sup>36</sup> *Idem.*

<sup>37</sup> DÍEZ-PICAZO, LUIS, y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, v. I, 9a. ed., reimpresión, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 373 y ss.

En lo personal, considero que no podemos afirmar que la autonomía privada sea un valor universal, porque al menos en materia sucesoria no opera igual en los diversos sistemas jurídicos. En ciertos casos se restringe más que en otros, y en algunos ni siquiera se contempla, ocasionando con esto múltiples conflictos de leyes en materia de sucesiones, como se advierte en el libro *Derecho Sucesorio Comparado*, de Vicente L. Simó Santoja.<sup>38</sup>

A la autonomía de la voluntad, la que estudiamos, casi exclusivamente, centrada en torno a la figura del contrato, *se evita todo lo posible en las sucesiones* y la ensombrecemos haciéndola palidecer, convirtiéndola en un instrumento menor en materias sujetas al derecho de familia, probablemente porque seguimos ligando el contenido objetivo de éste a cuestiones que en nuestra sociedad también conciernen a cuestiones propias de nuestra moral confesional y de manera muy especial respecto de la moral católica.<sup>39</sup>

Por otro lado, el concepto de voluntad y de libertad para la toma de decisiones se cuestiona ante los avances de la neurobiología y los fenómenos sociales que aparecen en la llamada sociedad posindustrial, como ocurre con los medios masivos de comunicación, la publicidad y otras formas de manipulación de la conciencia que llevaron a Sartori<sup>40</sup> a considerar que el homo sapiens está siendo sustituido por un homo videns.

El contraste que estoy perfilando entre homo sapiens y, llamémoslo así, homo insipiens no presupone idealización alguna del pasado. El homo insipiens (ne-ocio y, simétricamente, ignorante) siempre ha existido y siempre ha sido numeroso. Pero hasta la llegada de los instrumentos de comunicación de masas los «grandes números» estaban dispersos, y por ello mismo eran muy irrelevantes. Por el contrario, las comunicaciones de masas crean un mundo movible en el que los «dispersos» se encuentran y se pueden «reunir», y de este modo hacer masa y adquirir fuerza. En principio va bien, pero en la práctica funciona peor. Y aquí sobre todo entra en juego Internet, que abre un nuevo y gigantesco juego. Pues las autopistas de Internet se abren, mejor dicho, se abren de par en par por primera vez especialmente a las pequeñas locuras, a las extravagancias y a los extraviados, a lo largo de todo el arco que va desde pedófilos (los vicios privados) a terroristas (los flagelos públicos). Y esta apertura es más significativa en tanto en cuanto el hombre reblandecido por la multimedialidad se encuentra desprovisto de elementos estabilizadores y sin raíces «firmes». Así pues,

---

<sup>38</sup> SIMÓ SANTOJA, Vicente L., *Derecho Sucesorio Comparado*, Tecnos, Madrid, 1968.

<sup>39</sup> RAMS ALBESA, Joaquín, AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de., SERRANO GÓMEZ, Eduardo, ANGUITA VILLANUEVA, Luis, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 74.

<sup>40</sup> SARTORI, Giovanni, *Homo Videns, La sociedad teledirigida*. [http://centromemoria.gov.co/wp-content/uploads/2013/11/Homo\\_Videns\\_La\\_sociedad\\_teledirigida.pdf](http://centromemoria.gov.co/wp-content/uploads/2013/11/Homo_Videns_La_sociedad_teledirigida.pdf) p. 55.

aunque los pobres de mente y de espíritu han existido siempre, la diferencia es que en el pasado no contaban —estaban neutralizados por su propia dispersión— mientras que hoy se encuentran, y reuniéndose, se multiplican y se potencian.

Una vez dicho esto, la tesis de fondo del libro es que un hombre que pierde la capacidad de abstracción es eo ipso incapaz de racionalidad y es, por tanto, un animal simbólico que ya no tiene capacidad para sostener y menos aún para alimentar el mundo construido por el homo sapiens. Sobre este aspecto, los especialistas en los medios callan a ultranza, y su parloteo solo nos cuenta la radiante llegada de un «universo en vertiginosa evolución en el que todo individuo y toda realidad están destinados a disolverse y fundirse. El hombre se ha reducido a ser pura relación, homo communicans, inmerso en el incesante flujo mediático» (De Matteis, 1995, pág. 37). Sí, homo communicans, pero ¿qué comunica? El vacío comunica vacío, y el vídeo-niño o el hombre disuelto en los flujos mediáticos está solo disuelto. La verdad —subyacente a los pregones de noticias exageradas que la confunden— es que el mundo construido en imágenes resulta desastroso para la paidéia de un animal racional, y que la televisión produce un efecto regresivo en la democracia, debilitando su soporte, por tanto, la opinión pública. Hoy más que nunca la gente tiene problemas, pero no posee la solución a esos problemas. Hasta ahora se consideraba que en política la solución de los problemas de la gente había que reclamársela a los políticos (al igual que en medicina hay que pedírsela a los médicos, y en derecho a los abogados). No obstante, el gobierno de los sondeos, los referendos y la demagogia del directismo atribuyen los problemas a los políticos, y la solución a la gente. Y en todo ello la televisión «agranda» los problemas (creando incluso problemas que en realidad no existen, problemas superfluos) y prácticamente anula el pensamiento que los debería resolver<sup>41</sup>.

La sociedad vigente es totalmente distinta a la que existió en la época en que se genera el principio de la autonomía de la voluntad: la publicidad, los avances de la tecnología, los medios masivos de comunicación, el descubrimiento del genoma humano, los viajes intergalácticos, la inteligencia emocional, la estructura propia del tejido social con diversas formas de uniones familiares y de agrupamientos repercuten brutalmente en el comportamiento de los seres humanos y, por supuesto, de manera muy importante en la toma de decisiones y en el ejercicio racional.

Searle,<sup>42</sup> en su libro *Libertad y neurobiología*, formula una serie de importantes reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político.

---

<sup>41</sup> *Idem*, p. 55.

<sup>42</sup> SEARLE, John R., *Libertad y neurobiología, reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, Paidós, Barcelona, 2004.

Nos dice que la psicología es la ciencia por la que las corrientes empiristas sustraen de la filosofía el estudio de la mente humana, y en este avance se abandona el concepto metafísico del alma como sustancia que explica por causas sobrenaturales los fenómenos que dan lugar a las funciones mentales superiores del ser humano, como pensar, sentir, querer. Al estudiar la acción voluntaria como actividad del cerebro humano explica que nuestros estados mentales son causados por procesos neurobiológicos que tienen lugar en el cerebro, los centros nerviosos del cerebro medio y del cerebro inferior, van quedando cada vez más subordinados al cerebro superior que los desborda y los resuelve, y esto es lo que hace posible la acción voluntaria. La libertad no significa indeterminación, la voluntad no es una facultad especial, sino que responde o es consecuencia de factores causales, es una concentración y entrecruzamiento de conexiones múltiples y complejas que constituyen la fenomenología de la deliberación y la elección que, algunos, han llamado la pesada carga de la libertad. El autor explica que el problema del libre albedrío es neurobiológico, es decir, que ocurre dentro del cerebro atendiendo al comportamiento de las neuronas y las sinapsis, y que tiene que ver con las experiencias vividas y con los múltiples intervalos que se presentan en las diversas fases de la deliberación. De manera que la libertad o la voluntad no es algo intangible que nos llegue como iluminación, sino que son procesos que suceden dentro de las funciones cerebrales y que responden a ciertos condicionamientos que hacen necesaria su determinación, así que mucho habrá que estudiarse y decirse respecto de lo que hasta ahora se sigue considerando como principio o dogma de la autonomía de la voluntad.

También será materia de investigación por separado la repercusión que con el tiempo pueda tener sobre el derecho sucesorio y, particularmente, sobre la libertad de testar, la aparición del análisis económico del derecho, una dirección metódica que pretende reconstruir e interpretar las diferentes instituciones y categorías jurídicas de acuerdo con los criterios y con las pautas de las ciencias económicas.

Los años sesenta de este siglo, al lado de otros movimientos intelectuales, ya aludidos, contemplaron la aparición y el desarrollo del llamado análisis económico del derecho que para nuestro tema presenta una especial importancia. Su fecha fundacional se suele situar en el año de 1960 en el que aparece un trabajo de Ronald H. Coase sobre *The problema of social cost*. Muy poco después, en 1961 se publica el trabajo de Guido Calbresi sobre *Some Thoughts on risk distributio and the law of torts*.

Como ha dicho C. Paz-Ares, el análisis económico del derecho es una dirección metódica que pretende reconstruir e interpretar las diferentes instituciones

y categorías jurídicas de acuerdo con los criterios y con las pautas de las ciencias económicas. No se trata solo de analizar de manera interdisciplinaria el conjunto de interrelaciones que existen o pueden existir entre derecho y economía, sino de construir, explicar e interpretar las normas jurídicas de forma que los postulados de las leyes económicas se puedan cumplir mejor. En este sentido, no se puede poner en duda la relación existente entre el llamado análisis económico del derecho y la teorización de los economistas neoliberales. Como recuerda Paz-Ares, se trata de un movimiento que busca recuperar la vieja idea del *laissez faire, laissez passer*.<sup>43</sup>

Con estas premisas se considera que el objetivo tanto del derecho como de la economía es generar instituciones que permitan obtener la máxima producción de riqueza y la óptima asignación de recursos. Aquí, por supuesto, de inmediato surge la interrogante de si un patrimonio que se atomiza a la muerte de su titular y se convierte en pequeñas y múltiples porciones en la partición será el mecanismo adecuado para obtener una máxima producción de riqueza y una óptima asignación de recursos, o fuente de innumerables contiendas judiciales.

Al respecto existen otras figuras que tienden a la protección y mantenimiento de la riqueza generada por las familias. La regulación de la empresa familiar da una respuesta más congruente con la corriente que postula el análisis económico del derecho.

Las características de estas figuras (empresa familiar) se precisan en Autonomía de la Voluntad y Negocios Jurídicos Familiares de la siguiente manera:

La titularidad de la empresa corresponde a un mismo grupo familiar, de tal manera que, a medida que pasa el tiempo y aumenta el número de miembros, son más las ramas familiares propietarias que se ven involucradas directamente en el funcionamiento empresarial. Se trata de un grupo familiar con vínculos de parentesco que pueden ser consanguíneos, por afinidad y por supuesto, por adopción. Existen, atendiendo a este dato, una gran variedad de empresas familiares, desde las compuestas por un núcleo muy reducido de miembros en las que el cabeza de familia es quien realmente posee la condición de empresario y quien toma de manera personal todas las decisiones relevantes, hasta aquellas otras que se han ido ampliando con el ingreso de diversas líneas familiares y el inevitable cambio generacional hasta adquirir una dimensión importante —de mediana empresa generalmente— y en las que la gestión es llevada a cabo por una pluralidad de sujetos.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Díez-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, reimpresión 2000, pp. 203-207.

<sup>44</sup> RAMS ALBESA, Joaquín, *op. cit.*, p. 339.

La construcción de esta figura incluye la existencia de órganos operativos y de toma de decisiones, como El Consejo de Familia, La Asamblea o Junta Familiar, El Asesor Externo, El Comité de Seguimiento del Protocolo Familiar y otros más.

En relación con los procedimientos sucesorios, establece:

El acuerdo más frecuentemente adoptado es aquel en el que se asume la obligación de no dejar la empresa a personas ajenas al grupo familiar. De este modo, para dar cumplimiento al protocolo, los diferentes parientes deciden otorgar testamento con la finalidad de preservar la propiedad de la empresa dentro de la familia. En otras palabras, es habitual que en el protocolo sus otorgantes se comprometan a realizar testamento en un determinado sentido o incluyendo cláusulas dirigidas a preservar las acciones o participaciones de la empresa familiar en el seno de la familia y evitando que se pueda disponer de ellas a favor de personas extrañas a la misma. Conviene, asimismo, que se distinga en el propio testamento, o por otros medios, qué bienes corresponden al patrimonio personal y cuáles integran el patrimonio de la empresa familiar, evitando confusiones patrimoniales que puedan distorsionar el proceso sucesorio.<sup>45</sup>

Entiendo que esto hará que se levante más de uno de la mesa enfadado por lo que podría considerarse como un ataque vil al dogma de la libérrima testamentifacción, pero la propuesta está encaminada precisamente a la desmitificación de instituciones que han de adecuarse a nuestra realidad social, no a mantenerse de manera anquilosada hasta que se perezca por inanición.

En México ya se realizó un interesante estudio respecto de las empresas familiares, con una consistente propuesta de regulación en la tesis profesional que, para obtener el grado de maestría en derecho civil presentó la licenciada Patricia Soledad Servín Maldonado en la Universidad La Salle Morelia, en julio de 2013.<sup>46</sup>

## X. BIBLIOGRAFÍA

- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 17a. ed., Porrúa, México, 2000.
- CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba, *El Derecho Civil en México. Dos siglos de historia*. Porrúa, México, 2013.

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 386.

<sup>46</sup> SERVÍN MALDONADO, Patricia Soledad, *Las Empresas Familiares, una propuesta de normatividad jurídica para su organización y regulación*, tesis profesional para obtener el grado de maestría en derecho civil, presentada a la Universidad La Salle Morelia, en julio de 2013.

- DE IBARROLA, Antonio, *Cosas y Sucesiones*, 16a. ed., Porrúa, México, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, v. I, 9a. ed., reim-  
presión, Tecnos, Madrid, 1998.
- , *Derecho de daños*, Civitas, Madrid 1999, reimpresión 2000.
- DUGUIT, León, *Las Transformaciones del Derecho, público y privado*, Heliasta, Bue-  
nos Aires, 1975.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *El Código Penal Comentado*, 7a. ed., Porrúa,  
México, 1985.
- GOYENA COPELLO, Héctor R., *Tratado del Derecho de Sucesiones*, La Ley, Editora e  
Impresora, Buenos Aires, 1974.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, introducción,  
Editorial Porrúa, México, 1987.
- ORTIZ URQUIDI, Raúl, *Derecho Civil*, 2a. ed., Porrúa, México, 1982.
- ORTOLÁN, *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, Esta-  
blecimiento Tipográfico de los Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1884.
- RAMS ALBESA, Joaquín, AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de, SERRANO GÓMEZ,  
Eduardo, ANGUITA VILLANUEVA, Luis, *Autonomía de la Voluntad y Negocios  
Jurídicos de Familia*, Dykinson, Madrid, 2009.
- SARTORI, Giovanni, *Homo Videns. La sociedad teledirigida*. [http://centromemoria.  
gov.co/wp-content/uploads/2013/11/Homo\\_Videns\\_La\\_sociedad\\_teledirigida.  
pdf](http://centromemoria.gov.co/wp-content/uploads/2013/11/Homo_Videns_La_sociedad_teledirigida.pdf).
- SEARLE, John R., *Libertad y neurobiología, reflexiones sobre el libre albedrío, el len-  
guaje y el poder político*, Paidós, Barcelona, 204.
- SERVÍN MALDONADO, Patricia Soledad, *Las Empresas Familiares, una propuesta de  
normatividad jurídica para su organización y regulación*, tesis profesional para  
obtener el grado de maestría en derecho civil, presentada a la Universidad La  
Salle Morelia, en julio de 2013.
- SIMÓ SANTOJA, Vicente L., *Derecho Sucesorio Comparado*, Tecnos, Madrid, 1968.

#### Diccionarios

- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. ed., t. I, Espasa  
Calpe, Madrid, 1992, p. 678.

#### Páginas Web

- [www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo\\_derechos\\_de\\_personas\\_con\\_discapacidad](http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo_derechos_de_personas_con_discapacidad).

#### Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.  
Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, (D.O.F. 30-05-  
2011).  
Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (D. O.F. 11/06/2003).

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Penal para el Distrito Federal.

Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad.