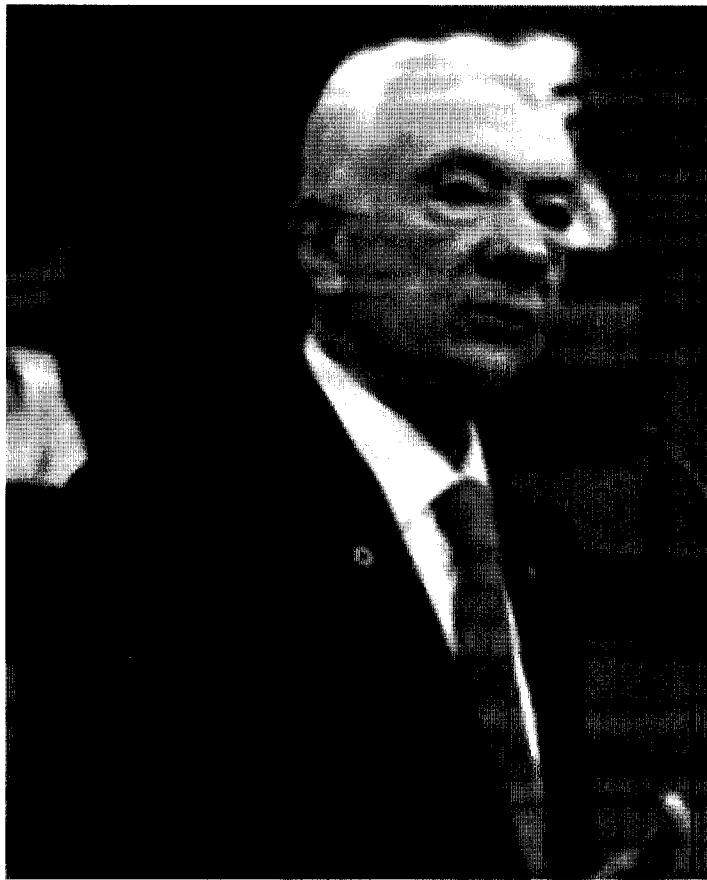


**HOMENAJE AL DOCTOR
JULIÁN GÜITRÓN FUENTEVILLA
POR EL COLEGIO DE PROFESORES
DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO-UNAM**

**COORDINADOR
ÁNGEL GILBERTO ADAME LÓPEZ**

**COLEGIO DE PROFESORES
DE DERECHO CIVIL FACULTAD
DE DERECHO-UNAM**

HOMENAJE AL DOCTOR
JULIÁN GÜITRÓN FUENTEVILLA



Doctor Julián Güirrón Fuentevilla

HOMENAJE AL DOCTOR
JULIÁN GÜITRÓN FUENTEVILLA
POR EL
COLEGIO DE PROFESORES DE
DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO-UNAM

Coordinador
ÁNGEL GILBERTO ADAME LÓPEZ

COLEGIO DE PROFESORES
DE DERECHO CIVIL FACULTAD
DE DERECHO-UNAM

MÉXICO, 2015

Primera edición: 2015
Homenaje al Doctor Julián Güitrón Fuentevilla

Copyright © 2015
COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO-UNAM

Derechos reservados

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta publicación por cualquier medio de reproducción sin previa autorización del editor.
Las opiniones expresadas así como los contenidos son responsabilidad de los autores.

Impreso en México / Printed in Mexico

CONTENIDO

PRESENTACIÓN.....	IX
LAS PECULIARIDADES DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS SOBRE MATRIMONIO Y CONCUBINATO EN EL DISTRITO FEDERAL	
Ángel Gilberto Adame López	1
ANÁLISIS DE LAS CORRIENTES DOCTRINALES DE LA POSESIÓN	
Miguel Ángel Beltrán Lara	9
AUTONOMÍA DEL DERECHO FAMILIAR MEXICANO EN EL SIGLO XXI.....	
María Leoba Castañeda Rivas	27
DE LA REGULACIÓN DEL DERECHO SUCESORIO EN LA LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL Y LA URGENTE NECESIDAD DE SU ACTUALIZACIÓN	
Andrés Cruz Mejía	43
ACERCA DE LOS RECIENTES CAMBIOS EN EL PROGRAMA DE LA MATERIA RESPONSABILIDAD CIVIL	
Mario Arturo Guerrero Corrales	75
NECESARIA ADICIÓN Y REFORMAS A DIVERSOS PRECEPTOS LEGALES DEL CÓDIGO CIVIL Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, AMBOS PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA DE INTERDICCIÓN	
Jorge Antonio Ibarra Ramírez	77
LA TUTELA. INSTITUCIÓN PROTECTORA DE LOS MENORES NO SUJETOS A LA PATRIA POTESTAD Y LOS MAYORES INCAPACITADOS.....	
Hilda Pérez Carbajal y Campuzano	109

EL CÓNYUGE INOCENTE ANTE EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA.....	127
Miguel Ángel Rublúo C. Islas	
REFLEXIONES ACERCA DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LOS CONVIVIENTES EN EL DISTRITO FEDERAL	133
José Antonio Sánchez Barroso	
LA SUPLENCIA DE LA QUEJA EN MATERIA FAMILIAR EN LA NUEVA LEY DE AMPARO. PROPUESTAS Y RESPUESTAS.....	151
Lázaro Tenorio Godínez	
LA GESTACIÓN SUBROGADA, SU REPERCUSIÓN EN MÉXICO.....	161
Juan Guadalupe Valencia Monge	

PRESENTACIÓN

La mujer es la que más lucha por la estabilidad familiar, y ya no es el sexo débil.

La intención de este volumen es rendirle justo homenaje al doctor Julián Güítrón Fuentevilla, uno de los profesores más entrañables de nuestra facultad, que ha guiado los pasos de muchos de nosotros durante más de cuatro décadas por el inagotable sendero jurídico.

El maestro nació el 17 de agosto de 1936 en Tampico, Tamaulipas. Estudió la primaria en la escuela Carlos A. Carrillo, posteriormente ingresó a la Escuela Secundaria Núm. 13, ambas en la ciudad de México. Cursó el bachillerato en la Escuela Nacional Preparatoria. Realizó sus estudios profesionales en la Facultad de Derecho y obtuvo su título profesional en 1961 con la defensa de la tesis *El delito de atentados al pudor*. Obtuvo el grado de doctor en Derecho en 1970 cuando presentó la tesis *Derecho Familiar*. El sínodo que lo evaluó estuvo integrado por Néstor de Buen Lozano, Ernesto Flores Zavala, Félix Pichardo Estrada, Baltasar Cavazos Flores y Fernando Siliceo Camacho.

Se inició en la docencia en 1966 como profesor adjunto del propio Néstor de Buen. El primero de julio de 1967 se le reconoció como profesor titular de los cuatro cursos de Derecho Civil. En la División de Estudios de Posgrado de la Universidad Autónoma de Morelos, ha sido maestro de Prospectiva Jurídica y de Derecho Familiar. La enseñanza ha sido el escenario en que ha mostrado a plenitud su inquebrantable probidad y su firmeza de carácter, pero también su generosidad.

Viajó como profesor invitado a la Universidad de París, en donde impartió la asignatura de Derecho Familiar para los estudiantes de posgrado. El 26 de septiembre de 2012 asumió la presidencia del Tribunal Universitario.

Fuera del ámbito académico, se ha desempeñado como abogado postulante. Ha sido conductor y responsable del Programa de Derecho Familiar transmitido por el Canal Judicial. Ocupó una plaza en el Senado y fue consejero ciudadano en el seguimiento del plan para la prevención y el combate a la corrupción.

Desde 1988 su columna *Derecho Familiar* es difundida por la Organización Editorial Mexicana. Dentro de su abundante bibliografía se hallan las siguientes obras: *Proposición de una nueva sistemática para la enseñanza del Derecho Familiar en las escuelas y facultades de Derecho de la República Mexicana*, *Derecho Familiar, ¿Qué es el Derecho Familiar?* y *Nueva técnica de enseñanza en el Derecho*. A él debemos la elaboración del Código Familiar de Hidalgo y del Código Familiar de Zacatecas. También contribuyó en la elaboración de la Legislación Familiar Salvadoreña y en la panameña. A esta fecha, están publicados los tomos I al VIII de los veinte que compondrán su magno Tratado de Derecho Civil.

El maestro ha presidido el Colegio Nacional de Estudios Superiores en Derecho Familiar y la Comisión Nacional de Asuntos Legislativos de Movimiento Ciudadano. A lo largo de su trayectoria docente ha recibido distinciones muy importantes, fue nombrado Maestro Emérito por la Universidad Autónoma de Tamaulipas, en 1978, y por la Universidad Autónoma de Chiapas, en 1987. También fue reconocido como *Doctor Honoris Causa* por la Universidad Interamericana de Morelos en 2008. En 1994, el Consejo Técnico de la Facultad lo nombró titular de la cátedra Jesús Reyes Heroles. El 7 de octubre de 2012 recibió, de los Colegios de Profesores de Derecho Penal, la medalla Fernando Castellanos Tena.

En el prólogo de su libro *¿Qué es el Derecho Familiar?*, Raúl Carrancá y Rivas comenta: “Las cualidades de un jurista yo las veo en la honestidad de su vocación, en la congruencia entre ésta y su vida. En consecuencia, al jurista lo define la integridad moral. Ya sé que dicha integridad es un valor supremo al que todos aspiramos; y en la medida en que nos acercamos a su luz, a su fuego, somos honestos por el propósito y voluntad que nos impelen a ello. El ajetreo cotidiano del abogado suele revelar una vocación [...], el profesor universitario, el escritor de libros de Derecho, revela una condición humana que lo define por aquella integridad moral de la que ya se habló. Tal es el caso, a mi juicio, de Güitrón Fuentevilla”.

LAS PECULIARIDADES DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS SOBRE MATRIMONIO Y CONCUBINATO EN EL DISTRITO FEDERAL

Ángel Gilberto Adame López



Desde el inicio del año 2000, fecha en que la Asamblea de Representantes del Distrito Federal se transformó en un virtual congreso local, el Código Civil, en particular la materia familiar, ha sido objeto de múltiples modificaciones.

Dentro de la vorágine de reformas que se han hecho durante los últimos catorce años destacan las que se refieren al estado civil, en particular a aquel que es entendido como *la situación específica en la que se coloca un individuo en lo que concierne a sus vínculos personales con otro sujeto de diferente o de su mismo sexo y que son reconocidos por la ley*.

Esos cambios trajeron como consecuencia, consciente o inconscientemente, que en la capital hoy tengamos cuatro estados civiles que tienen por característica principal que no pueden coexistir dos o más en la misma persona. Así, uno puede ser soltero —lo que implica la ausencia de vínculo— casado, conviviente o concubino.

I. EL MATRIMONIO

Uno de los cambios más notables ocurrió en lo que respecta a la regulación de las uniones de pareja, alterando así la naturaleza que tuvieron a partir de octubre de 1932. La tendencia consistió en eliminar del matrimonio el fin de la procreación, simplificar los requisitos para su celebración, permitirlo entre personas del mismo sexo —primero con un intento, aún vigente, en las llamadas sociedades de convivencia— y facilitar al máximo posible los medios para concluirlo. Además, se crearon y se reforzaron los derechos y obligaciones en otro tipo de lazos dentro del matrimonio, en particular en las ya citadas y en el concubinato.

Independiente del rigor jurídico que las anteriores reformas tuvieron, debe reconocerse que las mencionadas fueron congruentes con un programa concreto. Por eso resulta incomprensible que el actual gobierno presentara una iniciativa, el 4 de diciembre de 2013, que va a contracorriente con esta lógica.

Entre otros puntos, dicha iniciativa tuvo por objeto modificar de nueva cuenta al matrimonio. En la exposición de motivos se expresa que:

El matrimonio sigue siendo una institución fundamental en nuestra sociedad. La complejidad de la vida moderna por una parte, y el desconocimiento de los futuros contrayentes sobre aspectos importantes sobre el matrimonio y la vida en pareja, ha tenido entre otras consecuencias, el debilitamiento de la institución matrimonial porque los cónyuges ven frustradas sus expectativas o no encuentran satisfechas sus demandas de realización personal.

A esa “desinformación” se atribuye que “los juicios en materia familiar van en aumento [...] [ya que] en los últimos cuatro años, los divorcios se han multiplicado hasta en un 37.2 por ciento”. *Todo indica que el nuevo propósito busca paliar esa falta de información y, en consecuencia, disminuir la cantidad de procesos jurídicos.*

Cabe apuntar que el texto en comento omite mencionar en qué porcentaje aumentaron los matrimonios a partir de la amplitud y sencillez que se les otorgó. Además, no aclara qué parejas son las que están separándose con más frecuencia; es decir, si se trata de parejas maduras, jóvenes o del mismo sexo, y mucho menos aporta datos sobre cómo se están desenvolviendo las otras uniones legalmente reconocidas. Por último, no asume una necesaria autocrítica sobre si las consecuencias de los cambios ocurridos en solo catorce años han contribuido a incrementar la ignorancia.

En un mundo donde datos y conceptos fluyen más rápido que nunca, ¿es posible afirmar que antes las personas no se separaban porque estaban mejor enteradas de lo que significaba el matrimonio? ¿No sería que, al ser el divorcio un procedimiento que requería el consentimiento de ambos cónyuges, cuando éste no se lograba, se prefería dejar las cosas como estaban a iniciar un procedimiento largo, costoso y en ocasiones contraproducente?

Además, no podemos asegurar que la concepción que hoy tenemos de “familia” sea la misma que la del siglo pasado, ni tampoco se puede aducir que ésta siga siendo “el núcleo de la sociedad”. La realidad que llega diariamente al hogar por Internet, la justa aceptación de los derechos de los homosexuales, la diversidad, las diferentes maneras de pensar, entre otros factores, presentan como simplista una aproximación al problema basada únicamente en mayor asesoría.

El proceso legislativo que siguió la citada iniciativa fue un verdadero desastre. Se turnó a la Comisión de Administración y Procuración de Justicia de la Asamblea y se le sometió a estudio el 18 de diciembre de 2013. En contra de las más elementales normas de información, lleva casi un año de retraso en subir a su portal una descripción sobre cómo se desarrollan sus sesiones. Así, es imposible saber qué se dijo al interior, los argumentos y las razones jurídicas que llevaron al dictamen que, en lo referente al matrimonio, es idéntico a la propuesta inicial. Con afán de solventar este punto, acudí directamente a la sede legislativa a revisar el acta correspondiente, y me informaron que “solo me sería entregada previa orden del órgano de transparencia local”.

Con esa opacidad, el dictamen se presentó al pleno el 10 de junio de 2014, junto con otros treinta y cinco asuntos. En el Diario de los Debates se describe que el acto se inició con una intervención de una diputada de oposición quien cuestionó al presidente:

LA C. DIPUTADA MARÍA DE LOS ÁNGELES MORENO URIEGAS.—(Desde su curul) [...] Con mucho respeto: no hay pantalla táctil, no hay orden del día y tampoco hay acta, *estamos votando otra vez sin tener los documentos a la vista*.

EL C. PRESIDENTE.—Se está en este momento fotocopiando el orden del día que se está distribuyendo ahorita, derivado de los acuerdos que se hicieron en la Comisión de Gobierno.

Este breve diálogo muestra la manera en que se trabaja en la Asamblea. Cuando comenzó la discusión, los legisladores ni siquiera sabían los temas que iban a tratarse, entre los que se incluyeron aspectos concernientes al matrimonio, al concubinato, la pensión alimenticia, el Registro Civil, el Registro de Deudores Alimentarios Morosos y la nueva forma de integrar el nombre y apellidos en el acta de nacimiento. ¿Cómo puede aducirse desinformación de la población cuando los diputados aceptan que se discutan temas que desconocen?

Al llegar el turno del tema a que me refiero aún no se había distribuido la propuesta, es decir, la mayoría nunca supo qué votó. Todos los presentes —ya que había veinte ausentes— optaron por dispensar la distribución y también su lectura. Hubo un único orador, quien hizo mención de lugares comunes sin ahondar en la naturaleza de las nuevas disposiciones. Al no haber opositores se procedió al sufragio, que arrojó como resultado 39 votos a favor, cero votos en contra y 5 abstenciones.

El decreto se publicó en la *Gaceta Oficial* el día 28 de julio. En esencia, se aumentaron dos requisitos previos para contraer matrimonio y se agregó una solemnidad para su celebración.

La primera condición, que se halla en el artículo 97, exige a las parejas asistir a un curso preprenupcial impartido por personal profesional capacitado por el Registro Civil, en el que se tocarán temas como la violencia familiar, las capitulaciones matrimoniales, la planificación, la salud sexual, el respeto a la equidad de género, entre otros. En principio, me parece inconveniente la pretensión del Estado de intervenir en la toma de decisiones entre quienes deciden establecer una relación de pareja, como lo son la elección sobre si desean o no tener hijos y bajo qué criterios culturales y religiosos serán educados, por poner solo un ejemplo del sinfín de situaciones que pueden derivarse. Sumado a lo anterior, habría que reflexionar sobre qué se entiende por ‘personal profesional capacitado’.

El segundo requisito, contemplado en el mismo artículo, establece que será necesario obtener un certificado que aclare si alguno de los contrayentes se encuentra inscrito en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos. Si uno de ellos aparece registrado, esto no constituye un impedimento para que la unión se celebre ni anula la acción posterior del cónyuge informado para reclamar alimentos. Además, hay una redundancia en las formas operativas para obtener este documento, pues lo solicita la propia institución que lo expide, lo que causa así un embrollo burocrático.

La solemnidad que se añade a la ceremonia consiste en la lectura obligatoria de votos, los cuales, según la exposición de motivos, serán únicamente para manifestar “sus más personales reflexiones y sus íntimos compromisos y expectativas al contraer matrimonio”, sin constituir compromisos vinculantes jurídicos. Para llevar a cabo la redacción de éstos, se señala que podrán asesorarse por personal de Registro Civil. Lo anterior conforme al reformado artículo 102.

Si bien es cierto que en una ceremonia religiosa se leen votos a manera de compromiso ante el cónyuge, no hay una definición de tales ni de cuál será su contenido. En el caso que nos incumbe, no se indica si el juez puede modificarlos o prohibirlos cuando en ellos se exprese algún aspecto que para él no sea conveniente. Añado, por último, que tampoco se contempla una sanción en caso de que se incumpla con el contenido de los mencionados compromisos.

Cabe señalar que, conforme al segundo artículo transitorio del decreto mencionado, éste entrará en vigor al día siguiente de su publicación; sin embargo, el artículo siguiente da un plazo de noventa días al jefe de gobierno para hacer las modificaciones al Reglamento del Registro Civil. Esta disparidad entre la expedición teórica y su aplicación práctica genera un vacío inexplicable, que puede ocasionar que quienes se casen en ese lapso incurran en nulidad matrimonial. Para efectos de investigación, acudí a las ofi-

cinas del Registro y me encontré con que el personal no está consciente de ese riesgo ni de las transformaciones que sufrió el código.

II. EL CONCUBINATO

Por lo que respecta al concubinato, la tendencia que ha adoptado el legislador es homologarlo, en lo que se refiere a los derechos y obligaciones que genera, al matrimonio. Así, únicamente existe un caso en el Código Civil donde la regulación no es idéntica: el testamento inoficioso, en el que el casado es preferente al concubino para exigir alimentos sucesorios; aunque en mi opinión, tal diferenciación entre ambas figuras deriva de la omisión de derogar una ineficacia que no constituye derecho positivo. Por lo demás, es tal la similitud entre matrimonio y concubinato que prácticamente significan lo mismo.

Una de las pocas distinciones se encuentra en la manera en que se constituyen. El matrimonio en su formalismo es un acto solemne. El concubinato, en cambio, nace cuando sucede un hecho objetivo: el que la pareja tenga un hijo; o uno subjetivo: la cohabitación durante más de dos años. En necesario tener claro que los dos pueden celebrarse entre personas del mismo sexo.

Siempre he pensado que es un error, derivado de una deficiente técnica legislativa, que se sujete el nacimiento, modificación o extinción de una obligación o de un derecho a un criterio subjetivo, ya que se permite a un tercero definir a su arbitrio si el suceso ocurrió o no.

Este defecto se ha mantenido en el concubinato a pesar de todas las modificaciones que ha registrado. El artículo 291 Bis, en su parte conducente, dispone que éste puede producirse cuando dos personas “han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años”.

La ambigüedad de la norma es evidente, pues es totalmente subjetiva la regla en comento. Pongo un ejemplo: dos muchachos de provincia rentan un departamento que les quede cerca de su universidad, transcurrido el término legal ¿pueden exigirse alimentos? A quien argumente que no, porque se entiende que “vivir en común” implica una especie de débito, se le podría responder que además de que no lo especificó así el legislador, contradice el sentido que se le ha dado al matrimonio, ya que ahora es posible que se tipifique el delito de violación entre los cónyuges.

Por otro lado, opinar que sí, deja abierta la puerta a muchas arbitrariedades. Si los dos estudiantes están vivos, quizás el problema sea menor, ya

que uno puede refutar que nunca tuvo la intención —criterio subjetivo— de que ese estado civil naciera. ¿Pero qué pasaría si uno de ellos falleciera intestado y el otro alega vocación hereditaria? ¿Cómo podrían demostrar los perjudicados que no tiene derecho? ¿Con qué argumentos resolvería el juez en uno u otro sentido?

A pesar de lo anterior nunca se ha propuesto derogar este estado de incertidumbre en cuanto a su comprobación, pese a las graves consecuencias que el concubinato genera, todo por un incomprensible afán de no hacer que los que tienen “uniones de hecho” manifiesten de manera objetiva su voluntad.

Para tratar de resolver problemas futuros, es práctica común que los interesados acudan ante un notario o un juez cívico a rendir su declaración, con la finalidad de manifestar su intención de empezar o concluir un concubinato.

A finales de 2013 el diputado Arturo Santana Alfaro presentó en la Asamblea Legislativa una iniciativa de ley que pretendió reformar el párrafo primero y adicionar los párrafos cuarto, quinto y sexto del citado artículo 291 Bis del Código Civil, con la intención de “crear las disposiciones que permitan acreditar de una manera eficaz el concubinato y por tanto hacer valer los derechos y obligaciones que dicha institución conlleva”.

La simple lectura de dicha iniciativa deja claro que la finalidad propuesta no se cumple, ya que nunca se sugiere eliminar el criterio subjetivo, sino que se centraliza en el Registro Civil la facultad de tomar las declaraciones que cité anteriormente.

Al igual que en el matrimonio, el proceso legislativo de esta propuesta dejó mucho que desear. Se turnó también a la Comisión, el mismo día y con idéntica opacidad.

Con otros 35 asuntos de importancia, el dictamen se presentó al pleno el citado 10 de junio de 2014, sin que los diputados lo conocieran previamente. Al momento de razonar y votar seguían sin tener la propuesta y, a pesar de ello, la aprobaron por unanimidad sin más trámite.

La reforma fue publicada en la Gaceta Oficial el 31 de octubre, entrando en vigor al día siguiente, y con la misma insuficiencia de las modificaciones al Reglamento del Registro Civil que adecuen estos cambios:

1. Al primer párrafo, el de la definición del concubinato, se le cambió la palabra “han” por “hayan”. Es decir, quedó redactado así:

Las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, hayan vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos

años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

2. El segundo y tercer párrafos no se tocaron, por lo que subsiste tener un hijo como criterio objetivo de nacimiento y se mantiene la innecesaria disposición, si se conoce la naturaleza del concubinato, de que no pueden coexistir en una misma persona varios de ellos.

3. Se agregaron tres párrafos más, que son los que pretenden dar certeza al mencionado criterio subjetivo. Estos disponen lo siguiente:

Los Jueces del Registro Civil podrán recibir declaraciones con relación a existencia o cesación de concubinato, existencia o cesación de cohabitación y otros hechos relativos a relaciones de pareja que no constituyan modificaciones al estado civil, y que las personas deseen hacer constar, ante el referido juez del Registro Civil.

Los Jueces del Registro Civil harán constar por escrito y en los formatos que al efecto se aprueben, las declaraciones emitidas por las personas que acudan a formular las mismas. Estos formatos serán conservados por la Dirección General del Registro Civil, y se podrán expedir constancias de las mismas, las cuales solo acreditan el hecho de la comparecencia y de haber emitido las declaraciones en ella contenidas. Las constancias emitidas por la Dirección General del Registro Civil en los términos del presente artículo no constituyen modificación del estado civil de las personas, circunstancia que se asentará en los formatos respectivos.

En caso de que, mediante las declaraciones se pretendan hacer constar actos que pudieran constituir un ilícito o una modificación al estado civil de las personas, el juez del Registro Civil podrá negar el servicio, fundando y motivando su negativa.

Entre varias, a estas normas se les pueden hacer las siguientes observaciones.

A. *El concubinato siempre es un estado civil.* El hecho de que nunca puede coexistir con la soltería, el matrimonio o la convivencia, y que el legislador le conceda derechos y obligaciones como los alimentos, la vocación hereditaria, el deber de asistencia mutua, el de educar a los hijos de consumo, el generar parentesco por afinidad —con todas las consecuencias legales que eso implica— y demás, deja clara su naturaleza. Ahora bien, si por definición corresponde a los jueces del Registro Civil dar fe de los actos del estado civil, es incomprendible que se señale que ahora podrán tomar declaraciones respecto al concubinato, siempre que no se modifique dicho estado. Con ese tenor, no podrán tomar ninguna.

B. Para fijar certeza en las nuevas atribuciones del Registro Civil y por elemental técnica legislativa, no bastaba modificar el capítulo relativo al

concubinato, sino también al articulado relativo a esa institución. Incluso, debió armonizarse con el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

C. En su intento de resolver, la reforma generó nuevas interrogantes. Aquí unas cuantas: ¿cómo deben acudir las parejas a hacer las declaraciones?, ¿juntas o separadas?, ¿se requieren testigos o no?, ¿habrá un registro para este tema?, ¿qué pasará cuando los declarantes emitan información contradictoria?, ¿pueden declarar menores de edad?, ¿debe cerciorarse el juez que los declarantes no tengan impedimentos para contraer matrimonio?, ¿qué pasa cuando uno manifiesta el fin del concubinato y el otro lo niega? Y la más importante, ¿una pareja que está dispuesta a realizar estas declaraciones, acudiendo al Registro Civil, por qué razón no celebrarían mejor un matrimonio, cuando los efectos son casi los mismos?

En conclusión, una vez más atestiguamos los vicios que puede acarrear una lectura superficial de las necesidades sociales, pues las decisiones que se toman para atenderlas no suelen ir acompañadas de la planificación que garantice su eficacia. Así nuestros legisladores locales, al pretender resolver una cuestión, acaban por complicarla más.

Gran parte de lo anterior se genera no solo por el desconocimiento del derecho de quienes se supone lo crean, sino también por la negligencia de votar asuntos que ni siquiera han leído. Ahora nos queda esperar la próxima reforma que trate de subsanar ésta.

ANÁLISIS DE LAS CORRIENTES DOCTRINALES DE LA POSESIÓN

Miguel Ángel Beltrán Lara



I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar las distintas corrientes doctrinales que a lo largo del tiempo se han elaborado en torno a la posesión. Empezaremos por revisar el significado etimológico de la palabra posesión y los distintos conceptos jurídicos que se han vertido en torno a ella.

La posesión es una institución jurídica cuya antigüedad se remonta a los orígenes del ser humano, por lo que para analizarla debidamente es necesario conocer la regulación que de ella se hizo en el derecho romano; posteriormente, se hará referencia a la teoría subjetiva de Savigny, a la objetiva de Ihering y a la ecléctica de Saleilles, así como la influencia de todas éstas en los Códigos Civiles de 1870, de 1884 y en el vigente de 1928. Por último, también se hará referencia a algunas teorías que se han elaborado recientemente y que desde el punto de vista del autor son dignas de análisis debido a que aportan datos interesantes sobre la figura que nos ocupa.

II. CONCEPTO DE POSESIÓN

En cuanto al origen etimológico de la palabra posesión, el maestro Jorge Mario Magallón Ibarra señala: “Desde el punto de vista de su etimología, *posesión*, es una palabra que parece encontrarse en la locución latina *possessio*, que deriva del verbo *possidere*, que a su vez se compone de *sedere* y del prefijo *pos* o *posse*, que equivale a poder (como facultad de sentarse o de fijarse en un lugar determinado)”.¹

¹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, 3a. ed., México, Porrúa, 2009, t. IV, pp. 95-96.

Por su parte, Javier Tapia Ramírez dice citando a Castán Tobeñas que: “los estudiosos modernos derivan la palabra ‘posesión’ del verbo *posse* (posiblemente de *posse sedere* o *patis* o *pote sedeo*) que trae consigo la idea de poder que se ejercita sobre una cosa”.²

Por lo que hace al concepto jurídico de posesión, Rojina Villegas señala: “La posesión puede definirse como una relación o estado de hecho que confiere a una persona el poder exclusivo de retener una cosa para ejecutar actos materiales de aprovechamiento, *animus dominii* o como consecuencia de un derecho real o personal o sin derecho alguno”.³

Por su parte, Felipe de la Mata y Roberto Garzón establecen:

La posesión es un *jus ad rem* por virtud del cual el poseedor ejerce el derecho real que pretende adquirir por prescripción realizando durante el tiempo previo a que se consume la usucapión, los actos que le corresponderían como titular de dicho derecho real, gozando de la protección legal de su derecho frente a todo aquel que no tenga un mejor derecho.⁴

La definición del diccionario de la lengua española refiere la posesión como: “Acto de poseer o tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para sí o para otro”. En el mismo diccionario encontramos dos definiciones conforme a derecho:

Situación de poder de hecho sobre las cosas o los derechos a la que se otorga una protección jurídica provisional que no prejuzga la titularidad de los mismos. Y la que se tiene sobre una cosa o un derecho con ánimo de dueño o de titular legítimo, y que permite adquirir la propiedad o titularidad por su ejercicio prolongado en el tiempo mediante *usucapión*.⁵

III. LA POSESIÓN EN EL DERECHO ROMANO

Como en el caso de muchas instituciones jurídicas, la posesión no constituye excepción y fue objeto de una amplia regulación y detallado tratamiento por parte de los juristas romanos. Gayo, Paulo, Ulpiano, Papiniano, Labeón y desde luego Justiniano, entre otros, dedicaron parte de su obra y de sus institutas al tratamiento y regulación de la figura que nos ocupa.

² TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Bienes, Derechos Reales, Derechos de Autor y Registro Público de la Propiedad*, 2a. ed., México, Porrúa, 2012, p. 366.

³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Bienes, Derechos Reales y Posesión*, 8a. ed., México, Porrúa, 1995, t. III, n p. 586.

⁴ DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Bienes y Derechos Reales*, México, Porrúa, 2005, p. 431.

⁵ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 20a. ed., Madrid, España, Espasa, 2001, p. 1809.

En la doctrina romana concurren dos elementos básicos de la posesión: por un lado el *corpore o corpus* y por otro el *animus*.

El primero se conceptualiza como la tenencia material o física de la cosa, y el segundo como un elemento psicológico, subjetivo o intencional en virtud del cual una persona actúa como dueño de la cosa aun sin serlo. Como veremos más adelante, estos dos elementos, *corpus* y *animus*, son fundamentales en las teorías que posteriormente desarrollaron Savigny, Ihering y Saleilles.

En Roma se distinguió claramente la posesión de la propiedad, en ésta última el titular del derecho tenía la facultad de usar, disfrutar y disponer de la cosa (*jus utendi, jus fruendi* y *jus abutendi*); el poseedor si bien tenía algunas facultades, no gozaba de los derechos del propietario, entre otros casos se establecía que la posesión no se transmite a los herederos y que el cónyuge donatario posee aunque la donación sea nula.

La posesión producía efectos importantes, pues conducía a la adquisición de la propiedad, permitía la adquisición de frutos por parte del poseedor de buena fe y el poseedor, independientemente de que tuviera o no derecho a poseer, estaba protegido contra los ataques de terceros que implicaría la perturbación de lo que se conocía como “paz posesoria”.

A. CLASES DE POSESIÓN EN EL DERECHO ROMANO

1. POSSESSIO

Era la posesión lisa y llana, se caracterizaba por la tenencia de la cosa y la intención de disponer de ella con exclusión de los demás; es decir, los ya mencionados elementos *corpus* y *animus*. Esta clase de posesión podía ser: a) *Possessio iusta*, la adquirida sin violencia y por medios no clandestinos; b) *Possessio iniusta*, la adquirida con violencia o por medios clandestinos; c) *Possessio civilis*, era la posesión que tenía hacia la adquisición de la propiedad en la cual además de tener como requisito el haber sido adquirida sin violencia y de forma no clandestina exigía la causa justa y la buena fe.

2. POSSESSIO NATURALIS

No era *possessio* propiamente dicha, sino la simple tenencia de la cosa.

3. POSSESSIO REI

Era la posesión que recaía sobre cosas materiales (*res*).

4. POSSESSIO JURIS O QUIASI POSSESSIO

Era la posesión que no recaía sobre cosas, sino sobre derechos.

B. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN EN EL DERECHO ROMANO

Para que conforme al derecho romano se adquiriera la posesión, se requería del *corpus* y del *animus*. El *corpus* se podía adquirir por ocupación y por entrega o tradición. Por lo que se refiere al *animus*, se establecía que era indispensable que junto al *corpus* hubiera por parte del poseedor la intención de disponer de la cosa con exclusión de los demás.

C. CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN EN EL DERECHO ROMANO

En términos generales se estableció que no era necesaria una actuación inmediata y constante del poseedor respecto de la cosa, sino que bastaba la posibilidad de disponer libremente de ella en cualquier momento, por eso señala Juan Iglesias:

Según Gayo, se puede adquirir sin violencia la posesión de un fundo ajeno, cuando está vacante por abandono, muerte sin sucesor o larga ausencia del dueño. El ausente que retorna carece de remedios posesorios, porque cesó la posesión al ser ocupado el fundo. Si es propietario, solo le cabe ejercitar la *reivindicatio*. El derecho justiniano entiende, por el contrario, que el ausente conserva la posesión *solo ánimo*.⁶

D. PÉRDIDA DE LA POSESIÓN EN EL DERECHO ROMANO

La posesión se pierde cuando falta el *corpus*, el *animus* o ambos.

1. PÉRDIDA DEL CORPUS

Tratándose de bienes muebles se pierde el *corpus* cuando otra persona por cualquier causa se apodera de dichos bienes. También se pierde el *corpus* cuando perdemos la cosa que poseemos ignorando donde se encuentra.

⁶ IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, 10a. ed., Barcelona, Ariel, 1992, p. 310.

2. PÉRDIDA DEL ANIMUS

Como se ha señalado, el *animus* consiste en la voluntad del poseedor en el sentido de aprovechar la cosa como si fuera el dueño, de ahí que cuando la intención del titular cambie, estaremos frente a la pérdida de la posesión por falta de *animus*.

3. PÉRDIDA DEL CORPUS Y DEL ANIMUS

En este caso, estamos frente a la ausencia de los dos elementos constitutivos de la posesión; esta situación tiene lugar cuando el poseedor transmite la cosa, cuando la abandona voluntariamente o cuando fallece, haciendo hincapié en este último caso que la posesión no se transmite automáticamente al heredero, sino que se requiere que éste detente la cosa con el ánimo de aprovecharla (*corpus* y *animus*).

E. DEFENSA DE LA POSESIÓN EN EL DERECHO ROMANO

Más allá de calificar si la posesión era un hecho o un derecho, o de si había sido con buena o con mala fe, en Roma, como ahora, se protegía al poseedor mediante las acciones denominadas interdictos, que eran órdenes decretadas por el pretor con el objetivo de preservar la seguridad y la paz en las relaciones privadas.

El significado de la palabra interdicto alude a “entredicho” o “mientras se dice algo”, esto quiere decir que el pretor protegía al poseedor independientemente de que su posesión fuera justificada o no.

En Roma existieron básicamente dos interdictos: el primero denominado *interdicta retinendae possessionis*, el cual permitía al poseedor retener la cosa; es decir, lo facultaba a quedarse con ella cuando era amenazado de despojo, y el segundo denominado *Interdicta recuperandae possessionis*, que le permitía al poseedor recuperar la posesión cuando era despojado de ella.

IV. TEORÍA OBJETIVA O CLÁSICA DE SAVIGNY EN TORNO A LA POSESIÓN

Conviene en este punto recordar, a efecto de ubicar en el tiempo las ideas del autor que nos ocupa, que Friedrich Karl von Savigny fue un jurista alemán nacido en Frankfurt del Main, en 1779, y fallecido en Berlín en 1861, y quizás el representante más ilustre de la escuela histórica alemana del derecho.

Savigny, ilustre romanista, estructura su teoría en torno a la posesión a partir de la interpretación que hace de los textos romanos. Parte de la idea de que la posesión está conformada por dos elementos, de los cuales hablaban también los romanos, el *corpus* y el *animus*. El primero, elemento objetivo o poder de hecho, es el “conjunto de actos materiales que demuestran la existencia del poder físico que ejerce el poseedor sobre la cosa, para retenerla en forma exclusiva”.⁷

El *corpus* implica únicamente la tenencia material de la cosa, concretamente la simple tenencia, constituyendo así la base o presupuesto de la posesión.

Aclara Savigny que el *corpus* no implica necesariamente el contacto inmediato del poseedor con la cosa, sino la posibilidad física de disponer materialmente de ella; es decir, de ejercer el poder físico sobre la cosa, para lo cual se establecen como requisitos:

a) Que haya una disponibilidad absoluta de la cosa; es decir, que en cualquier momento el poseedor pueda ejercer ese poder.

b) Que esa posibilidad sea efectiva; en otras palabras, que no esté sujeta a modalidad alguna (plazo o condición).

c) Que sea exclusiva, lo que implica que nadie pueda impedir esa detención.

En cuanto al *corpus* podemos concluir que si hay tenencia o posibilidad de tener, habrá posesión, y si no hay tenencia ni posibilidad de tener no habrá posesión.

Como podemos apreciar, el *corpus* no basta para que haya posesión, se requiere de algo más, y es aquí donde la teoría de Savigny encuentra su razón de ser y su esencia, en ese segundo elemento llamado *animus*.

El *animus* se entiende como un elemento psicológico y subjetivo que consiste en la voluntad del poseedor de conducirse como dueño de la cosa.

Podemos hablar, entonces, de dos maneras en que se manifiesta el *animus*: la primera se conoce como *animus dominio*; es decir, asumirse o comportarse como dueño de la cosa, y la segunda, identificada como *animus recipi habendi*, o sea la intención de tener la cosa para sí.

En relación con el *animus* Tapia Ramírez establece:

...es precisamente este elemento el que transforma la mera detención en posesión, pues el *corpus* solo no sirve; el tenedor no tiene también la intención de usar, gozar y transformar la cosa como si fuera de su propiedad, la posee por otro, por lo tanto, será un detentador y este no puede tener un *animus dominii*

⁷ ROJINA VILLEGRAS, Rafael, *op. cit.*, p. 591.

como no lo pueden tener el arrendatario, el comodatario, el depositario, etcétera, que poseen, sí pero a nombre de otro.⁸

Así, en esta teoría el *animus* o elemento psicológico es lo que determina que haya o no posesión, por lo que recibe el nombre de teoría subjetiva, ya que la diferencia entre posesión o tenencia radica en la voluntad de la persona que tiene la cosa, si su ánimo es poseer para sí ya sea *animus dominii* o *animus rec sibi habendi*, habrá posesión, por el contrario si su voluntad es poseer para otra persona, solo habrá tenencia.

Cabe analizar ahora si conforme con la teoría que analizamos la posesión es un hecho o un derecho. El propio Savigny aborda el tema y concluye que la posesión es a la vez un hecho y un derecho; al respecto, Magallón Ibarra, citando al propio Savigny, señala: “Es evidente que en su principio y considerada en ella misma la posesión no es más que *un simple hecho*; por otra parte, también es cierto que las consecuencias legales le resultan vinculadas. Así ella es, a la vez, un *hecho* y un *derecho*: *por sí misma es un hecho; por sus consecuencias parece un derecho*”.⁹

En la teoría de Savigny también se abordan los aspectos relativos a la conservación y a la pérdida de la posesión. Para conservar la posesión basta con que no se pierda el *animus*; es decir, el *animus* deberá durar todo el tiempo que persista la posesión.

...en cambio el *corpus* no es necesario que se tenga todo el tiempo; no es indispensable que en todo momento y durante todo el tiempo que dure la posesión se estén realizado los actos de aprovechamiento de la cosa que se posee; es suficiente con verificar esos actos de aprovechamiento cada vez que sea indispensable.¹⁰

Por lo que hace a la pérdida de la posesión, Savigny contempla cuatro supuestos:

- a) Se pierde la posesión cuando se deja de tener el *animus*, esto es cuando se abandona la cosa.
- b) Se pierde la posesión cuando se deja de tener definitivamente el *corpus*. Esto ocurre, por ejemplo, cuando la posesión se ejerce sobre un bien mueble y éste es robado.

⁸ TAPIA RAMÍREZ, Javier, *op. cit.*, p. 371.

⁹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *op. cit.*, p. 106.

¹⁰ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad*, Ed. José M. Cajija Jr., Puebla, México, 1971.

c) Se pierde la posesión cuando se dejan de tener el *corpus* y el *animus*, lo que ocurre en el caso de que se verifique respecto de la cosa un contrato traslativo de dominio.

d) Se pierde la posesión cuando se destruye la cosa, o cuando aunque la cosa no se haya destruido sea de imposible recuperación.

Savigny sostiene que el que posee con *animus dominii* o *animus rec sibi habendi* no necesariamente debe ser propietario de la cosa, y aquí precisamente encontramos la diferencia entre posesión y propiedad, pues basta que el poseedor se asuma como propietario de la cosa para que pueda transmitir el dominio sobre la misma.

Concluye Savigny su teoría aclarando que cuando una persona tiene el *corpus*, debe presumirse, salvo prueba en contrario, que tiene el *animus*.

V. TEORÍA OBJETIVA DE IHERING EN TORNO A LA POSESIÓN

Rudolph von Ihering, alemán nacido en Aurich, en 1818, y muerto en Gotinga en 1892, sucedió a Savigny tanto cronológicamente como en sus estudios respecto a la posesión. Para Ihering, el derecho debe ser y es producto de la conducta humana, por lo tanto el primero es el que debe adaptarse a la segunda, y señala que sería utópico pretender adaptar los hechos a las reglas.

Desde el punto de vista del autor de este trabajo podemos dividir la teoría de Ihering sobre la posesión en dos grandes rubros: por un lado la dura crítica que hace a las ideas de Savigny, y por el otro las propias ideas de Ihering en torno al fenómeno posesorio. En ese orden analizaremos lo que se conoce como teoría objetiva de la posesión.

Críticas de Ihering a las ideas de Savigny:

Podemos dividir las críticas de Ihering a la teoría subjetiva de la posesión elaborada por Savigny en dos grandes aspectos:

A. CRÍTICA DE LA IDEA DE LA POSIBILIDAD

Para Savigny, siempre que exista la posibilidad de ejercer el poder directo y físico sobre la cosa habrá posesión; por el contrario, Ihering sostiene con base en el derecho romano que existen casos donde hay posibilidad pero no hay posesión, y que de igual manera se dan situaciones en las que hay posesión y no existe posibilidad. Como ejemplo de la primera situación

señala el del tesoro, cuando el dueño del terreno donde se halle tiene la posibilidad material de encontrarlo y de tenerlo; sin embargo, el derecho romano establecía que el poseedor del predio no lo era del tesoro.

Por otro lado, Ihering se refiere a situaciones en las que hay posesión sin que haya posibilidad, como la de la presa capturada en las redes del cazador que por el momento no está presente en el lugar donde ocurrió la captura. En este caso el cazador tiene la posesión, pero puede ser que no exista la posibilidad debido a que el animal podría escapar, o bien podría apropiárselo otra persona. O el de las abejas que logran huir, ya que conforme a las leyes romanas seguía siendo poseedor, aunque fuera imposible ejercer ningún poder físico (*corpus*) sobre ellas.

B. CRÍTICA DE LA TEORÍA DEL *ANIMUS DOMINII*

Son tres los aspectos que se critican a Savigny respecto del *animus*: un punto de vista lógico o legislativo, otro interno y por último una crítica procesal.

1. CRÍTICA LÓGICA O LEGISLATIVA

En este caso, Ihering señala que en la prenda, en la enfiteusis y en el precario el derecho romano reconoce que existe posesión aun cuando no haya *animus dominii*.

2. CRÍTICA INTERNA

Se llama así porque ataca los aspectos medulares de la teoría de Savigny con los siguientes argumentos:

a) Ihering argumenta que hay casos en el derecho romano en los cuales existe intención de poseer (*animus possidendi*), y sin embargo no hay intención por parte del tenedor de poseer la cosa para sí (*animus rec sibi habendi*), tales son los del secuestrario y del acreedor prendario.

b) Savigny señala que mientras la voluntad del poseedor es permanente, la del detentador resulta temporal. Por su parte, Ihering asegura que no siempre la voluntad del poseedor es permanente, y señala el caso del acreedor prendario y de otros poseedores derivados.

c) De la teoría de Savigny se desprende que el poseedor es autónomo y el detentador subordinado; su crítico manifiesta que lo anterior también es falso, pues cuando el poseedor carece de *animus dominii* (y ejemplifica nuevamente con el acreedor prendario) es un poseedor subordinado.

3. CRÍTICA PRÁCTICA

Ihering considera que no corresponde al poseedor justificar el origen de su posesión, sino a su contraparte acreditar que la causa u origen de la posesión no es reconocida por el derecho como bastante para otorgar la posesión. El autor del presente trabajo lo entiende así: mientras que para Savigny habiendo el *corpus* se presume el *animus*, para Ihering habida tenencia se presume el *corpus* y el *animus* es únicamente consecuencia del *corpus*. Por lo tanto, concluyo que para Ihering si hay tenencia debemos presumir que hay posesión, salvo disposición legal o prueba en contrario.

Por lo tanto, una vez que Ihering termina con el análisis y según él prácticamente ha deshecho y dejado únicamente como referencia histórica las ideas de Savigny, procede a elaborar su propia teoría a la que, como ya señalé, se le conoce como teoría objetiva.

En el desarrollo de su teoría, Ihering da relevancia al *corpus* y le resta importancia al *animus*; de hecho, niega rotundamente que el *animus* sea un elemento necesario para que haya posesión. Ihering manifiesta que la sola detentación de la cosa es suficiente para suponer la intención del tenedor de retenerla para sí, de hacerla suya o de obrar como dueño de ella; para él, el *animus* es el fin que persigue quien posee una cosa para servirse de ella, y el *corpus* es la exteriorización de esa finalidad.

En todo caso, Ihering no niega la existencia del *animus*, pero lo que no admite es que éste sea un elemento esencial de la posesión ya que no importa si la cosa se tiene a nombre propio o a nombre ajeno, basta pues la relación entre el sujeto y la cosa (*corpus*) para que se tenga por constituida la posesión, ya que si hay relación material con la cosa es debido a que el sujeto lo desea, y no solo desea la relación material, sino que también pretende aprovecharse de ella.

Considero que la teoría de Ihering se puede resumir de la siguiente forma:

1. La posesión es un derecho, no un hecho.
2. Debido a que el *animus* está implícito en el *corpus*, toda detentación incluye esos dos elementos y, por lo tanto, toda detentación es posesión.
3. Por regla general, el detentador no puede ser privado de la protección posesoria salvo que la ley así lo determine.
4. Al que demanda la posesión le basta con probar el *corpus*, ya que el *animus* está implícito, por eso al demandado le corresponde probar que esa detentación ha sido privada de protección legal.
5. Para Ihering, la posesión de las cosas es la exteriorización de la propiedad.

VI. TEORÍA ECLÉCTICA DE SALEILLES EN TORNO A LA POSESIÓN

Raymond Saleilles, jurista francés, nació en Beaune Cote d'Or, en 1855, y murió en París en 1912; sucedió a Savigny y a Ihering en el estudio de la posesión. Al respecto, Tapia Ramírez señala:

...Saleilles elabora su teoría llamada ecléctica tratando de conciliar las teorías subjetiva y objetiva y la denomina "de la explotación económica"; parte de los elementos (*el corpus* y *el animus*), pero mientras que Savigny los toma separadamente uno de otro para poder conjuntamente constituir la posesión y da relevancia al elemento subjetivo o intención y Ihering por su parte dice que es suficiente *el corpus* o poder de hecho para que se constituya la posesión, restándole importancia al *animus* que según, él es inherente al *corpus*; Saleilles afirma que lo que constituye *el corpus* posesorio es un conjunto de hechos susceptibles de descubrir una relación permanente de apropiación económica, un vínculo de explotación de la cosa puesta al servicio del individuo, entre aquel a quien dichos hechos se refieren y la cosa que estos tienen por objeto.¹¹

Así, el *corpus* es una relación tal que corresponde a lo que sería el ejercicio del derecho de propiedad.

Por lo que hace al *animus*: consiste en el propósito de realizar la apropiación económica de la cosa actuando como si se fuera dueño material, y no solo en tener la cosa a título de propiedad y en adueñarse de ella.

De lo anterior se desprende que hay posesión donde hay una situación de hecho en la que el detentador de la cosa puede aparecer como dueño de ella para aprovecharla desde el punto de vista económico.

Es posible, pues, afirmar que la teoría de Saleilles es ecléctica, o sea, intermedia entre la de Savigny y la de Ihering. Se funda en la relación de apropiación económica y declara poseedor a todo aquel que deba ser considerado como propietario de la cosa para aprovecharla económicaamente.

VII. INFLUENCIA DE LAS TEORÍAS ANALIZADAS EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO

Desde mi punto de vista, no se haría un análisis completo de las teorías antes relacionadas si no se revisa la influencia que éstas tuvieron en los Códigos Civiles de 1870, de 1884 y de 1928.

¹¹ TAPIA RAMÍREZ, Javier, *op. cit.*, p. 373.

A. LA POSESIÓN EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE 1870 Y DE 1884

En relación con el tema que nos ocupa, la parte expositiva del Código Civil de 1870 empieza por reconocer que es “un principio de buena jurisprudencia omitir las definiciones, que siempre son peligrosas y de cuyos términos suelen deducirse consecuencias tan arbitrarias como perjudiciales”;¹² sin embargo, en su artículo 919 define a la posesión de la siguiente forma:

Artículo 919.—Posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre.

Por lo que hace al Código de 1884, éste define la posesión de idéntica forma en su artículo 822.

En esa definición se reconocen el *corpus* y el *animus*. El primero cuando se hace referencia a la tenencia de la cosa o al goce de un derecho, y el segundo se refleja en que esa tenencia o ese goce puede ser por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre.

Los códigos comentados establecen en los artículos 923 y 826, respectivamente, que el que posee en nombre de otro no es poseedor en derecho.

También se dispone (artículo 828 del Código Civil de 1884) que la posesión da al que la tiene la presunción de ser propietario de la cosa; por consecuencia, el que impugne la posesión tendrá que probar su causa excluyente. Lo anterior implica que los códigos comentados no aceptan del todo la teoría del *animus dominii* desde el punto de vista procesal.

El artículo 825 del código de 1884 establece que el poseedor tiene a su favor la presunción de poseer por sí mismo, de lo que concluimos que en este sentido el legislador siguió a Ihering, pues la ley interpreta en el precepto citado que del *corpus* infiere el *animus*.

Del análisis de la exposición de motivos y de la regulación que los códigos civiles de 1870 y 1884 hacen de la posesión podemos concluir:

1. Que ambos ordenamientos pretendieron implantar la teoría objetiva al dar más importancia al *corpus* o, como lo señalé anteriormente, al inferir del *corpus* el *animus*.
2. No se exigió que el poseedor tuviera el *animus*.
3. Para adquirir la posesión bastaba el ejercicio de un poder de hecho.
4. Al proteger al simple detentador se le daba prácticamente la calidad de poseedor.

¹² Código Civil de 1870 parte expositiva, p. 41.

5. La posesión se reguló independientemente del derecho de propiedad.
6. Se reglamentó la posesión sin título.

B. LA POSESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1928

Considero de suma importancia lo que la exposición de motivos de nuestro código vigente expresa en torno a la posesión y que a continuación transcribo:

...Se estudió la posesión independizándola del derecho de propiedad y de cualquier otro acto jurídico que le sirviera de título.

Por eso estableció que cuando la posesión no era más que la manifestación del derecho de propiedad, el poseedor gozaba de los derechos del propietario, y que cuando la posesión se adquiría del dueño, en virtud de un acto jurídico que transmitiera el poder de hecho sobre una cosa, el poseedor tenía los derechos que le confería el título constitutivo de la posesión, y ésta se regía por las disposiciones legales que reglamentaban el acto jurídico que le dio nacimiento, ya fuera usufructo, arrendamiento, prenda, etc. Pero independientemente de esas posesiones se reglamentó la posesión sin título, es decir, el poder de hecho que se adquiere sobre una cosa independientemente de toda autorización de su dueño. Esa posesión fue garantizada cuando el poseedor hacía producir la cosa poseída, pues el beneficio que con esto recibe la colectividad amerita que se reconozca esa posesión como capaz de producir efectos jurídicos. Consecuente con este criterio, la comisión estableció la posesión útil, es decir, la de aquel que hace producir la cosa, rodeando a esta posesión de más garantías y reconociéndole mayores efectos jurídicos. En concepto de la comisión, merece más protección el individuo que, aunque sin ser el propietario, tiene una cosa en su poder, la beneficia debidamente y la hace producir para satisfacer necesidades sociales, que el propietario indolente que mantiene ociosa su propiedad, la abandona o impide que la sociedad obtenga de ella el aprovechamiento que la colectividad reclama.

De lo transscrito anteriormente es digno de comentario el sentido social con el que el legislador dota a la figura jurídica de la posesión, reconociendo no solo los derechos particulares de aquel o aquellos que poseen, sino también haciendo hincapié en que la posesión no debe perjudicar a la comunidad, sino que en última instancia debe beneficiarla.

Cabe señalar también que la comisión redactora del código de 1928 logró lo que quiso, pero el legislador del 70 y del 84 no pudo definir la posesión. Al respecto, el artículo 790 del Código Civil de 1928 establece:

Artículo 790.—Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él.

Como podemos apreciar, el ordenamiento citado no define la posesión, sino que describe al poseedor.

Considero, por otro lado, que el legislador de 1928 pretendió resolver la cuestión relativa al *animus* y a la causa generadora de la posesión al distinguir dos especies de la misma: la posesión originaria y la posesión derivada.

Estamos frente a la posesión originaria cuando se posee a título de dueño, y frente a la posesión derivada cuando el propietario le concede a otra persona el derecho de retener la cosa temporalmente en virtud de un acto jurídico, tal como el usufructo, el arrendamiento, la prenda o el depósito (véase artículo 791).

Por otro lado, nuestro código hace referencia a la simple tenencia en el artículo 793 al señalar:

Artículo 793.—Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de éste, en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor.

Podemos concluir que las características de la regulación de la posesión en el Código Civil de 1928 son las siguientes:

1. Se distingue entre la posesión de buena y de mala fe, la primera tiene lugar cuando se entra a la posesión en virtud de título o de causa generadora lícita, o bien cuando se ignoran los vicios del título, y desde luego que los efectos que se generan habiendo buena o mala fe son totalmente distintos.

2. Se establece que tanto las cosas como los derechos pueden ser objeto de posesión.

3. Se establece la presunción de que quien es poseedor es propietario.

4. Conforme al principio general de derecho de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, se presume que quien posee un inmueble es dueño también de los muebles que se encuentren en él.

5. Se protege al poseedor mediante los interdictos.

6. Se señala que únicamente la posesión que se realice en concepto de propietario, de manera pacífica, pública y continua, es apta para prescribir.

VIII. OTRAS TEORÍAS EN TORNO A LA POSESIÓN

Considero que las teorías expuestas de Savigny, Ihering y Saleilles son las más importantes que históricamente se han formulado respecto de la posesión, en virtud, primero, de la indudable calidad y profundidad de cada una, y segundo, porque en unión del derecho romano son las que

influyeron en la regulación que de la figura que nos ocupa hace nuestro Código Civil.

Sin embargo, hay opiniones de otros tratadistas que, desde mi punto de vista, son merecedoras de especial atención, y por eso me referiré a ellas a continuación:

A. TESIS DE OSCAR MORINEAU

El insigne maestro de la facultad de derecho de la UNAM, Oscar Morineau Rodríguez, nació en Caborca, Sonora, en 1904, y falleció en Cuernavaca, Morelos, en 1972. En su obra *Los derechos reales y el subsuelo en México* vierte su opinión en cuanto a la posesión en el derecho mexicano, a la que me referiré a continuación.

Morineau analiza la regulación que sobre la posesión hace el Código Civil de 1928. Señala que el artículo 790 del Código Civil no establece si la posesión es un derecho o un simple hecho que produce consecuencias jurídicas, y es vital para el desarrollo de su tesis el contenido del citado artículo 790 y del 793. El jurista sonorense afirma que, efectivamente, es posible que exista un hecho con consecuencias jurídicas, sin que por ello tenga que ser el ejercicio de un derecho; sin embargo, aclara, que no es posible asegurar en México que la posesión sea siempre el ejercicio de un poder de hecho, ya que en el caso de la propiedad cuando el titular no detenta la cosa, existe la posesión sin que se ejerza ese poder; en cambio, en la posesión derivada y más aún en la simple tenencia sí se ejerce el poder de hecho por el tenedor sin que se tenga la posesión.

Debido a lo anterior, el propietario es poseedor aunque no ejerza el poder de hecho, y no lo es el poseedor derivado, ya que la posesión debe ser vista como un derecho subjetivo, no como un hecho que tenga solo consecuencias jurídicas. De esta forma, en el caso del artículo 793 el propietario ha dejado no solo de tener el ejercicio del poder de hecho, sino también el derecho a ese ejercicio.

Morineau señala que la posesión es, por lo tanto, un derecho que radica en la atribución del ejercicio del poder de hecho a favor de una persona determinada e impone una obligación de respeto a los demás.

Morineau expone de esta manera su tesis:

...de aquí en adelante debemos entender la definición del artículo 790 del Código Civil como sigue: Es titular del derecho de posesión el que está facultado a ejercer un poder de hecho sobre la cosa (bienes). Es poseedor de un derecho

el que goza de él; el derecho de posesión es la atribución del ejercicio del poder de hecho sobre las cosas (bienes) y el goce de los derechos.¹³

Y continúa:

El artículo 790 del Código Civil consagra los siguientes principios: *a) Que la posesión es un derecho, no un simple hecho con consecuencias jurídicas; b) Que el objeto inmediato del derecho de posesión no es el ejercicio del poder de hecho actual como fenómeno natural, sino la posibilidad jurídica de su realización otorgada al poseedor jurídico.*¹⁴

B. POSTURA DE MIGUEL ALESSIO ROBLES

El maestro y notario Miguel Alessio Robles en su obra *Temas de Derechos Reales* hace un breve pero contundente análisis en torno a la naturaleza jurídica de la posesión, partiendo de que tiene como fuente un hecho jurídico, no a un acto jurídico. Sin embargo, afirma que la posesión no es en sí un hecho ni una situación de hecho, sino que la posesión es un derecho real. Alessio Robles lo explica de la siguiente manera:

...como ya lo enseñaron Morineau en México y Hernández Gil en España, del acontecimiento del hombre protegido por el derecho surge un derecho de carácter patrimonial, que para ellos se esboza y para mí, sin duda, es un derecho real. En efecto, una vez actualizada la hipótesis normativa, es decir, una vez que una persona ejerce un poder de hecho respecto de un bien o derecho, sin estar facultado por el ordenamiento jurídico, surge necesariamente para ella un derecho cuyas facultades subjetivas ya han sido analizadas. Ese derecho reúne todas las características de los derechos absolutos de carácter patrimonial, entiéndase de los derechos reales y carece por supuesto de todas las características de los derechos personales. Se trata de derechos que facultan a la conducta de su titular y oponibles a un sujeto pasivo indeterminado, compuesto por toda aquella persona que materialmente puede interferir en la esfera jurídica del sujeto activo. Además, la conducta del deudor es teleológicamente diferente de la del titular del derecho, lo que no ocurre en los derechos personales, en donde la conducta de ambos sujetos es correlativamente igual y del mismo valor patrimonial.¹⁵

¹³ MORINEAU RODRÍGUEZ, Oscar, *Los Derechos Reales y el Subsuelo en México*, 1943, México, FCE, p. 54.

¹⁴ MORINEAU RODRÍGUEZ, Oscar, *op. cit.*, p. 62.

¹⁵ ALESSIO ROBLES, Miguel, *Temas de Derechos Reales*, 3a. ed., México, Editorial Porrúa, 2012.

IX. A MANERA DE CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo he analizado la posesión en el derecho romano, las teorías de Savigny, de Ihering y de Saleilles, la regulación que ha hecho el derecho civil mexicano y las recientes posturas de Oscar Morineau y de Miguel Alessio Robles.

No puedo omitir comentar que, si bien la teoría de Saleilles parece más avanzada que la de Ihering, y ésta que la de Savigny, no necesariamente implica que la última sea mejor que la primera, sino que Saleilles tuvo a quien criticar, al igual que Ihering, y Savigny, por su parte, no tuvo esa ventaja.

Por lo que hace a la postura de Oscar Morineau, desde mi punto de vista se debe resaltar la claridad de su pensamiento y la lógica con la que lo expresa. Las ideas de Morineau son verdaderamente profundas en asuntos que muchos autores no abundan, lo que hace de él uno de los grandes tradidistas del tema.

Por otro lado, hay que destacar también el valor con el que Alessio Robles se enfrenta a las teorías tradicionales, no solo en torno a la posesión, sino también a la de los derechos reales. Los aportes de estos dos autores nos revelan que el tema de la posesión es actual, no se ha terminado de reflexionar y de escribir aún.

Como podemos apreciar, las teorías analizadas difieren unas de otras en aspectos fundamentales; sin embargo, todas coinciden desde mi punto de vista en lo siguiente:

1. La posesión genera consecuencias de derecho independientemente de la voluntad del poseedor.
2. La intención, es decir la finalidad que persigue el poseedor, puede hacer que esas consecuencias varíen.
3. La posesión en muchos casos puede derivar en la adquisición de un derecho real.
4. Independientemente de la causa que originó la posesión, ésta siempre ha sido objeto de protección jurídica.

X. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR BASURTO, Luis Arturo, *Derecho de los Bienes. Patrimonio, Derechos, Posesión y Registro Público*, México, Porrúa, 2008.

ALESSANDRI R. Arturo, SOMARRIVA V., Manuel, VODANOVIC H. Antonio, *Tratado de los Derechos Reales, Bienes*, tomo I, 5a. ed., Ed. Jurídica de Chile.

ALESSIO ROBLES, Miguel, *Temas de Derechos Reales*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 2012.

- DE LA MATA PIZAÑA, Felipe, GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Bienes y Derechos Reales*, Editorial Porrúa, México, 2005.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Parte General, Personas, Casas, Negocio Jurídico e Invalidez*, 6a. ed., Editorial Porrúa, México, 1998.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El Patrimonio, Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad*, Ed. José M. Cajica Jr., Puebla, México, 1971.
- HERRERA REYES, Luis, "Sobre la Teoría de la Posesión de la llamada Propiedad Bonitaria", La Justicia, México, 1963, t. XXIII, núm. 394.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, 10a. ed., Ariel, Barcelona, 1992.
- IGLESIAS-REONDO, Juan, "Entorno a la Posesio", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, España, 1956, núm. 72.
- IHERING, Rodolfo Von, POSADA, Adolfo, *La Posesión*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo IV, Derechos Reales, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 2009.
- MÁRQUEZ ROMERO, Raúl, HERNÁNDEZ MONTES DE OCA, Ricardo, *Líneamientos y Criterios del Proceso*, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- MORINEAU RODRÍGUEZ, Oscar, *Los Derechos Reales y El Subsuelo en México*, 1a. ed., FCE, México, 1943.
- MUÑOZ ROCHA, Carlos I., *Bienes y Derechos Reales*, 1a. ed., Ed. Oxford University Press, México, 2010.
- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *Los Derechos Reales en el Derecho Romano*, 1a. ed., Impredisue Taller, España, 1988.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Espasa Editorial, España, 2011.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Tomo Tercero, Bienes, Derechos y Posesión*, 8a. ed., Editorial Porrúa, México, 1995.
- SEGURA MUNGUÍA, Santiago, *Diccionario Etimológico Latino-Español*, 1a. ed., Ed. Generales Anaya, España, 1985.
- TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Bienes, Derechos Reales, Derechos de Autor y Registro Público de la Propiedad*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 2012.

Legislación consultada

- Código Civil de 1870.
Código Civil de 1884.
Código Civil de 1928.

AUTONOMÍA DEL DERECHO FAMILIAR MEXICANO EN EL SIGLO XXI

María Leoba Castañeda Rivas

I. EXORDIO

Es un gran honor para la suscrita participar en este libro que rinde homenaje a un grande. A partir del siglo pasado, y en lo que va del presente, no es posible hablar del derecho familiar sin evocar las magistrales enseñanzas del doctor Julián Güitrón Fuentevilla, quien en 1964 fundó una disciplina autónoma, el derecho familiar separado del derecho civil. El mencionado es el creador de la doctrina y teoría de la autonomía y naturaleza jurídica del derecho familiar.

Esto ha traído por consecuencia que su labor haya sido generadora de leyes, cursos, eventos, obras y demás elementos para que la ciencia del derecho dé a la luz una disciplina que cada día toma mayor importancia.

Sin lugar a dudas, la defensa de la autonomía del derecho familiar no ha sido fácil, entre otras razones por la disparidad de los criterios jurídicos existentes —a pesar de que existen controversias familiares, juzgados familiares, jueces de lo familiar—, ya que solo 10 estados de la República cuentan con códigos o leyes especializados en la materia.

II. CONCEPTO DE DERECHO FAMILIAR

Es obvio que el objeto de estudio del derecho familiar es la familia, la cual ha sido concebida como la célula de toda sociedad; es la institución que forma y forja individuos que la integran, para lograr su desarrollo de manera armónica dentro ésta, en la comunidad y el Estado. “La familia es una realidad natural fundamentada en un compromiso público de intimidad y comunicación de vida entre el hombre y la mujer, con vistas, entre otras cosas,

a la procreación y educación de los hijos y al desarrollo y al cuidado de todos y cada uno de sus miembros, desde la concepción hasta la muerte".¹

Julián Güitrón Fuentevilla señala que la "familia es una institución social permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato, por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad, que habiten bajo el mismo techo".²

Por ello, la importancia de hablar del derecho familiar como "el conjunto de normas, de orden público e interés social, que regula la organización y desarrollo integral de la familia (aspecto objetivo), así como las relaciones jurídicas familiares (deberes, derechos y obligaciones, personales y patrimoniales) que se originan entre el Estado y los miembros que la integran, y de éstos entre sí (aspecto subjetivo)".³

María Laura Valleta, en su *Diccionario Jurídico*, define al derecho de familia como el "conjunto de reglas de derecho de orden personal y de orden patrimonial cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia".⁴

De igual forma, Guillermo Cabanellas señala que el derecho familiar se "refiere principalmente a su constitución, régimen, organización y extinción. La base de la familia es el matrimonio, cuyo régimen es regulado por la ley".⁵

Bonnecase refiere que en sentido amplio se entiende por derecho familiar "el conjunto de reglas de derecho de orden personal y de orden patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia".⁶

Como puede observarse, de las anteriores definiciones se destaca que las normas del derecho familiar son de orden público, las cuales protegen la organización y desarrollo integral de la familia a través del Estado, toda vez

¹ GRANDE ARANDA, Juan Ignacio, y HERRERA MOLINA, Miguel Ángel, *El contexto socio-jurídico estatal de la familia*, en ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, et al. (coords.) *Hacia la Protección de la Familia. Perspectivas del Derecho de Familia Hoy: Preguntas, Respuestas y Propuestas*, Thomson Reuters, Ed. Aranzadi, 2012, p. 24.

² GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Legislación Familiar del Estado de Hidalgo*, Gobierno del Estado de Hidalgo, Pachuca de Soto, Hidalgo, México, 1983, pp. 25-25.

³ TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Derecho de Familia*, Porrúa, México, 2013, p. 18.

⁴ VALLETA, María Laura, *Diccionario Jurídico*, 4a. ed., Valleta Ediciones, Buenos Aires República de Argentina, 2006, pp. 266-267.

⁵ CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t. IV F-I, 21a. ed., Helasta, Argentina, 1989, p. 26.

⁶ BONNECASE, Julien, *Tratado elemental de Derecho civil*, Obra compilada y editada, trad. Enrique Figueroa Alfonzo, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, p. 224.

que en el orden público que caracteriza las normas de derecho familiar destacan “los principios fundamentales en que se cimienta la digna subsistencia de la organización social establecida”.⁷

Así, el Estado mexicano, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4o., párrafo séptimo, establece lo siguiente: “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”.⁸

Por tal motivo, México tiene la tarea de implementar diversas políticas para favorecer el progreso integral de la familia toda vez que es la base de la sociedad; ante ello, no debemos perder de vista que el derecho debe permanecer abierto a los cambios que se dan en nuestra sociedad, para alcanzar un consenso en ella y poder admitir dichos cambios.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO FAMILIAR

Como refiere Julián Güitrón Fuentevilla, “la naturaleza jurídica es lo primordial de cada situación. Lo que no refiere artificios ni mezclas en su integridad. Es la esencia de cada figura jurídica. Origen de las instituciones legales, según sus notas propias”.⁹

Ahora bien, debido a los cambios sociales sufridos por el derecho familiar se busca la adecuada ubicación e independencia respecto del derecho civil, toda vez que el Estado interviene para fortalecer los vínculos y garantizar la organización y desarrollo integral de la familia “sin que la ley constituya, como en otras relaciones de derecho privado, la única norma reguladora”.¹⁰

Lo anterior toda vez que las normas de derecho familiar son de orden público e interés social, y se caracterizan por ser:

- a) “Imperativas o coactivas, más que derechos se trata de deberes;
- b) Irrenunciables;

⁷ VALLETA, María Laura, *op. cit.*, p. 601.

⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, p. 8 <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> consultada el 15 de enero de 2015.

⁹ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar*, p. 5, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/260/art/art17.pdf> consultada el 15 de enero de 2015.

¹⁰ RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho Civil*, t. II, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, México, 2006, p. 659.

- c) Imprescriptibles;
- d) Intransmisibles, por voluntad de sus titulares;
- e) Carecen de valoración económica, por tanto, no son objeto de comercio;
- f) La autonomía de la voluntad está muy limitada, y
- g) La intervención del Estado".¹¹

Es importante enfatizar, como señala José Barroso Figueroa, toda

relación jurídica tiene como elementos constitutivos el interés y la voluntad. En el derecho privado el interés que entra en juego es el individual de quienes intervienen en la relación jurídica de que se trate; cada quien persigue su propio interés y manifiesta su autónoma voluntad, con fines distintos y opuestos. En la relación de derecho público no es admisible que el interés del individuo se oponga al del Estado, por que el de éste es superior; en el individuo su interés es interés, no del individuo como entidad independiente, sino considerado como parte orgánica, como miembro del Estado; solo hay aquí un interés, el superior del Estado, y voluntades convergentes a su satisfacción.¹²

Sin embargo en las relaciones familiares sucede lo contrario, "el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el de la familia, porque a las necesidades de ésta y no a las del individuo subviene la tutela jurídica".¹³

En este sentido, es el Estado el que se encarga de proteger a la familia, al ser las normas de derecho familiar en su mayoría imperativas e inderogables, es la ley exclusivamente y no la voluntad particular, la que regula las relaciones familiares.

IV. ¿POR QUÉ SE CONSIDERA AUTÓNOMO EL DERECHO FAMILIAR?

Siguiendo a Rocco, José Barroso Figueroa explica:

Para que una ciencia jurídica pueda decirse autónoma es necesario y suficiente que sea bastante extensa, que amerite un estudio conveniente y particular; que también contenga doctrina homogénea, dominando el concepto general común y distinto del concepto general informatorio de otra disciplina; que posea

¹¹ TAPIA RAMÍREZ, Javier, *op. cit.*, p. 28.

¹² BARROSO FIGUEROA, José, *La autonomía del Derecho Familiar*, p. 15 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/68/dtr/dtr1.pdf> consultada 19 de enero del 2015.

¹³ RUGGIERO, Roberto de, *op. cit.*, p. 661.

un método propio, es decir, que adopte procedimientos especiales para el conocimiento de la verdad constitutiva del objeto de la indagación".¹⁴

Así, de acuerdo con Güitrón Fuentevilla, la autonomía del derecho familiar respecto al privado y al civil se fundamenta en los siguientes criterios científicos, que se desarrollan a partir de la teoría de Guillermo Cabanellas, sobre el derecho del trabajo y que son aplicables al derecho familiar:

A. LEGISLATIVO

Éste se da cuando una rama del derecho tiene sus propias leyes y códigos, que sean independientes y autónomos. Son principios básicos, en tal sentido el derecho familiar en algunos lugares ha satisfecho criterios legislativos, como lo veremos en el desarrollo de este trabajo.

B. CRITERIO CIENTÍFICO

Consiste en la producción literaria y bibliográfica especializada y dada con independencia de cualquier otro género del derecho. La elaboración de libros, ensayos y artículos sobre esta nueva disciplina conforman una producción doctrinaria de gran interés. Diferentes sectores de la sociedad están preocupados por la protección y regulación de las relaciones familiares.

C. CRITERIO DIDÁCTICO

Quiere decir que la enseñanza y contenido del derecho familiar es como rama independiente del privado en general y en especial del derecho civil. De tal forma, que en las universidades se incluye la materia de familiar dentro del derecho civil y cursos especiales.

D. CRITERIO JURISDICCIONAL

Se refiere a la existencia de tribunales autónomos para la resolución de controversias familiares. En México tenemos juzgados familiares, dedicados a resolver conflictos en la materia.¹⁵

En este mismo sentido, José Barroso Figueroa agrega dos criterios más, que son la autonomía institucional y la procesal, los cuales comparte el

¹⁴ BARROSO FIGUEROA, José, *op. cit.*, p. 23.

¹⁵ Cfr. GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Derecho Familiar*, 2a. ed., Universidad Autónoma de Chiapas, México, 1988, pp. 164-184.

Doctor Julián Güitrón, el primero de ellos quiere decir que el derecho familiar cuenta con instituciones propias distintas a las de derecho civil. Las instituciones del derecho familiar se rigen por principios generales y éstas tienen “*a) Principios; b) Espíritu común y definido, y c) Objeto de conocimiento exclusivo*”.¹⁶ Basta esto para consagrarse la autonomía institucional del derecho de familia”.¹⁶ Por lo que hace al criterio procesal, nos señala que los procedimientos que se empleen en esta materia deben ser particulares propios de este derecho, de ahí la importancia de la creación de los tribunales familiares.

Compartimos los criterios expuestos por los autores anteriormente citados para determinar la autonomía del derecho familiar, toda vez que se ha trabajado en este tema. Ejemplo de ello es que actualmente contamos con una materia de derecho familiar en los planes de estudio de nuestra facultad de derecho, independiente del derecho civil, con instituciones propias de la familia, doctrina, cursos, eventos, leyes y códigos en algunos estados de nuestro país. En vista de los múltiples cambios que se han dado en este tema, el Estado debe velar por la protección de la familia, por ello es importante que se elabore una legislación autónoma y adecuada para no poner en riesgo o debilitar a la sociedad y al Estado.

V. OPINIONES ACERCA DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO FAMILIAR

La posible independencia del derecho civil cobra especial relieve a partir de las ideas de Antonio Cícu expuestas en dos obras: *El Derecho de Familia* y *La Filiación*, él es uno de los principales promotores respecto a la separación del derecho familiar. Este autor desarrolló la tesis de que no es posible que

el derecho familiar pertenezca al derecho público o al derecho privado, [ya que] el derecho privado se basa en el principio de la autonomía de la voluntad que permite a las personas crear, modificar, transmitir, o extinguir las consecuencias jurídicas que les atañe, pues solo está presente el interés de los particulares; por el contrario, en el derecho familiar existe un interés público, esto es un interés del Estado de velar y proteger a la familia, por la cual la mayoría de sus normas son de orden público, y en consecuencia los particulares no pueden alterarlas o modificarlas.¹⁷

¹⁶ *Ibidem*, p. 187.

¹⁷ Cícu, Antonio, *El derecho de familia*, trad. De Santiago Sentis Melendo, 4a. ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 219.

El autor citado expone que la familia tiene una integración distinta en las relaciones jurídicas respecto al individuo, a la sociedad y al propio Estado, pues éste surge para proporcionarle mayor protección.

Cicu consideró “que la familia es más importante que el Estado, ya que nace antes de éste y se manifiesta como un producto natural y necesario de la humanidad, y por ello el derecho familiar representa o tutela un interés superior que limita al individual”.¹⁸ Creo que el autor mencionado no trató de minimizar la importancia que tiene el Estado, ya que al tratar de proteger a la familia está pensando al mismo tiempo en proteger al Estado y lograr su mayor desarrollo.

La diferenciación entre el derecho público y el privado consiste en que en el primero el sujeto se halla en una relación de subordinación respecto al fin del derecho, lo que quiere decir que no es admisible un interés contrapuesto al del Estado, en tanto que en el derecho privado está en una posición de libertad, es decir, los intereses tutelados son distintos y opuestos.

El derecho familiar no tutela intereses individuales, autónomos, independientes, opuestos, sino que están subordinados a uno superior que en este caso es la familia, como ya había quedado indicado con antelación.

El mismo autor señala “que en la familia existe una interdependencia entre individuos y una dependencia respecto de un fin superior, caracterizándose el vínculo orgánico funcional que origina la solidaridad doméstica y afirma que los derechos familiares están subordinados a un fin superior, antes mencionado”.¹⁹

Antonio Cicu hace mención de algunas diferencias entre el derecho público y el derecho familiar que a continuación exponemos:

- “En ambos se tutelan intereses superiores, pero mientras en el primero es el Estado, en el segundo es la familia.
- En el derecho público se van a proteger intereses de la colectividad, por lo que señalamos algunas instituciones de éste, como son: escuelas, museos, así como el Instituto de Seguridad Social, y podemos observar que éstos no tienen que ver directamente con las relaciones o intereses de la familia”.²⁰

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Ibidem*, p. 126.

Al respecto, Roberto de Ruggiero apoya el criterio de Antonio Cicu y señala que

mientras en las demás ramas del derecho privado el ordenamiento lo que mira es el interés particular a un fin individual de la persona, y el derecho subjetivo se atribuye en ellas y reconoce en función de las necesidades particulares que debe ser satisfecha de modo que a toda obligación se opone un derecho del titular, y mientras para ejercer tales derechos se conceden acciones cuyo ejercicio se supedita a la libre voluntad del individuo, en las relaciones familiares, por el contrario, el interés individual es sustituido por el interés superior, que es el de la familia, porque a las necesidades de ésta y no a las del individuo subviene la tutela jurídica.²¹

De tal suerte, la familia debe recibir la protección por parte del Estado, velando siempre por el interés superior de ésta, es decir por el núcleo familiar.

De esta forma, llega a la conclusión de que “el derecho de familia se destaca de las demás partes del derecho privado y se aproxima al derecho público. No se puede decir, sin embargo, que sea verdadero derecho público, pero sí que se separa del resto del derecho privado y que constituye una rama autónoma”.²²

Por otro lado, el maestro José Barroso Figueroa señala que la

permanencia del derecho de familia dentro del civil (y con ello en el ámbito del privado) opera más bien por inercia que por la meditada intención de que así ocurra. Sustantivamente (institucionalmente), la rama jurídica de que nos ocupamos escapa a los principios jusprivatistas; su orientación teológica no coincide con la del género jurídico donde se le ubica; este gravísimo rompimiento basta por sí solo para hacer dubitativa cualquier opinión; pero mientras no contemos con códigos, procedimientos, tribunales y enseñanza especializados, aún hemos de seguir viendo en el derecho familiar, un apéndice (caduco) del derecho civil.²³

De la misma manera, Julián Güitrón Fuentevilla opina que

el derecho familiar debe agruparse bajo un género diferente al privado y al público, pues la familia como generadora de todas las formas actuales de sociedad y de gobierno tiende a desaparecer, no tanto por la desmembración constante de ella, sino por la intervención cada día más penetrante del núcleo

²¹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho de Familia. Opiniones acerca de su autonomía como disciplina jurídica*, Porrúa, México, 2011, p. 17.

²² *Ibidem*, p. 19.

²³ *Ibidem*, p. 55.

familiar por el Estado. Es la intervención estatal, es la que se debe evitar en el seno familiar; entiéndase bien, estamos de acuerdo en la protección estatal de la familia, pero no en su intervención; estamos conscientes que el Estado, a través de sus órganos, proteja los derechos familiares; y la mejor manera de hacerlo, será elaborando un Código Familiar Federal, con Tribunales de Familia, con expertos en humanidades, psicológicos, trabajadoras sociales, psiquiatras, médicos, etc., todos agrupados alrededor del juez para asuntos familiares, con objeto de orientar y solucionar adecuadamente esos problemas los cuales muchas veces se resolverían con un consejo o una orientación bien intencionada.²⁴

De este modo, el derecho familiar debe ser ubicado en un género independiente del derecho público y del privado, situándolo al lado de éstos, ya que los principios del derecho civil no son aplicables al derecho familiar.

En consecuencia, el Estado debe proteger a la familia, y para ello se requiere elaborar leyes y códigos independientes del derecho público y privado que velen por el interés superior de la familia sobre el interés particular. Precisamente para conseguir la autonomía del tan ya mencionado derecho se deben crear cátedras en las universidades, tribunales especiales, investigaciones, entre muchas cuestiones más.

Por tanto, si bien es cierto que tradicionalmente se ha dividido el derecho en público y privado, actualmente consideramos apropiado, como lo señala Julián Güitrón Fuentevilla, ubicar al derecho familiar como una nueva rama jurídica con principios y objeto de estudio propios, toda vez que el Estado no deja la imposición de las normas al arbitrio o a la libre expresión y autonomía de la voluntad, de quienes intervienen en ella. El Estado es el que las impone y obliga a los sujetos a cumplirla, por ejemplo en el caso de los alimentos: el juez es quien emite una sentencia constriñendo a uno de los progenitores a cumplir con dicha obligación; sin embargo, si éste no cumpliera, se cuenta con un registro de deudores alimentarios morosos. Lo anterior se hizo para garantizar ante todo el interés superior de la familia y, en especial, el interés superior del niño.

Al punto que el contenido y estructura normativa del derecho familiar sobrepasa al derecho civil, porque las relaciones de las familias no son susceptibles de regularse con base en directrices normativas enfocadas al individuo en particular ni tampoco tiene aplicación el principio de la autonomía de la voluntad, que son características distintivas del derecho civil, entre otras.

²⁴ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *op. cit.*, pp. 229-230.

VI. DERECHO FAMILIAR MEXICANO EN EL SIGLO XXI

La mayoría de los estados de la República Mexicana ubican al derecho familiar en la rama del derecho privado, igual en el Código Civil para el Distrito Federal, aunque actualmente en algunas entidades federativas existe una separación entre el derecho civil y el familiar, toda vez que además del Código Civil tienen un código o ley familiar.

En México esa autonomía no ha alcanzado una materialización total, ya que no hay una codificación normativa que posea normas jurídicas exclusivamente de derecho familiar; solo hay varios títulos dentro del código civil; en contraste, en el ámbito de la administración de justicia, sí se han creado órganos jurisdiccionales especializados en derecho familiar, lo que representa un avance sustancial, aunque no suficiente.²⁵

Sin embargo, la corriente actual en algunas entidades del país se circunscribe a proclamar que el derecho familiar no puede seguir regulado normalmente bajo las normas del derecho común, sino que exista la necesidad de contar con regulación propia, independiente y especializada.

Algunos estados de la República que se han inclinado por pregonar la autonomía e independencia del derecho familiar han optado por implementar códigos o leyes de derecho familiar para sus entidades, unos sustantivos, otros procesales y en algunos ambos simultáneamente.

En el siguiente cuadro encontramos en orden alfabético aquellos estados que cuentan con una ley o código familiar:

Baja California	Ley de la familia para el Estado de Baja California Publicada en el <i>Periódico Oficial</i> el 30 de diciembre de 2011.
Hidalgo	Ley para la familia del Estado de Hidalgo Publicada en el <i>Periódico Oficial</i> , el 9 de abril de 2007.
Michoacán de Ocampo	Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo Publicado en el <i>Periódico Oficial</i> el 11 de febrero de 2008.
Morelos	Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos Publicado en el <i>Periódico Oficial</i> el 6 de septiembre de 2006.
San Luis Potosí	Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí Publicado en el <i>Periódico Oficial</i> el 18 de diciembre de 2008.
Sinaloa	Código Familiar para el Estado de Sinaloa Publicado en el <i>Periódico Oficial</i> el 6 de febrero de 2013.

²⁵ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *¿Qué es el Derecho Familiar?*, Segundo vol., 2a. ed., Promociones jurídicas y culturales, México, 1992, p. 43.

Sonora	Código Familiar para el Estado de Sonora Entró en vigor 10. de abril del 2011 previa publicación en el <i>Boletín Oficial del Gobierno del Estado</i> .
Tamaulipas	Ley para el desarrollo familiar del Estado de Tamaulipas Publicado en el <i>Periódico Oficial</i> el 27 de diciembre de 2004.
Yucatán	Código de Familia para el Estado de Yucatán Nueva publicación el 30 de abril de 2012.
Zacatecas	Código Familiar del Estado de Zacatecas Publicado el 10 de mayo de 1986.

Como ya lo mencionamos, algunos Estados cuentan con Códigos procesales familiares, observándose su clara autonomía del Derecho Civil:

Hidalgo	Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo Publicado en el <i>Periódico Oficial del Estado</i> el 9 de abril de 2007.
Morelos	Código Procesal familiar para el Estado Libre y soberano de Morelos. Publicado en el <i>Periódico Oficial</i> el 6 de septiembre de 2006.
Sinaloa	Código de Procedimientos Familiares del Estado de Sinaloa, Publicado en el <i>Periódico Oficial</i> el 27 de noviembre de 2013.
Yucatán	Código de procedimientos familiares del Estado de Yucatán Publicado en el <i>Diario Oficial del Gobierno del Estado</i> el 30 de abril de 2012.

Asimismo, aun encontramos algunos Estados que regulan las controversias familiares en su Código Civil, entre ellos:

Baja California	Código de procedimientos Civiles para el Estado de Baja California Publicado en el <i>Periódico Oficial</i> el 26 de mayo de 1995.
Michoacán de Ocampo	Código de procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán de Ocampo Publicado en el <i>Periódico Oficial</i> el 6 de septiembre del 2008.
San Luis Potosí	Código de Procedimientos Civiles para el Estado de San Luis Potosí Publicado en el <i>Periódico Oficial</i> el 16 de junio de 1947.
Sonora	Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Sonora.
Tamaulipas	Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tamaulipas Publicado en el <i>Periódico Oficial</i> el 2 de febrero de 1961.
Zacatecas	Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Zacatecas. Publicado en el suplemento al <i>Periódico Oficial</i> del Estado de Zacatecas, el 2 de marzo de 1996.

Ahora bien, resulta importante mencionar que Hidalgo fue el primer estado en expedir un código familiar, en 1983, cuyo contenido fue reformado por última vez el 14 de noviembre de 1986, mediante decreto número 157, publicado en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado* el 8 de diciembre de ese año, para cambiar su nombre a ley familiar. Posteriormente, el 9 de abril de 2007 fue publicado en el *Periódico Oficial del Estado*, mediante decreto número 350, la Ley para la familia, la cual abroga el código familiar reformado en 1986.²⁶

Mediante decreto número 353 de fecha 9 de abril de 2007 se creó el Código de Procedimientos Familiares para el estado de Hidalgo. En él se señala que sus disposiciones son de orden público y de observancia obligatoria y que en caso de defecto en el ordenamiento resulta aplicable el Código de Procedimientos Civiles, buscando con la creación del Código Procesal Familiar una administración de justicia que satisfaga la garantía general de que sea pronta y completa.

Así, en el derecho mexicano se comienzan a preocupar por la reglamentación del derecho familiar, por ello los códigos de familia de Hidalgo, Zacatecas, Morelos y Michoacán han sido tomados como referencia por otros estados, lo que ha permitido avanzar con los criterios para sectorizar el derecho, adecuándolo a la realidad social en la que vivimos.

Lo que se pretende al elaborar estos códigos o leyes es que prevalezcan las instituciones y no modificar la estructura familiar, como podría pensarse. Debe considerarse importante y trascendente su creación independiente de los códigos civiles, y destacar las características de interés público y orden social que tendría el derecho familiar respecto de otras disciplinas.

Las normas contenidas en los códigos o leyes familiares integran los derechos y obligaciones de los integrantes de la familia, y resulta necesario compilarlas por las siguientes razones:

a) Por la importancia y relevancia que le corresponde a la familia como institución fundamental, en congruencia con las disposiciones constitucionales relativas al quehacer del estado (sic).

b) Porque aunque los diversos derechos y obligaciones de los integrantes del núcleo familiar están incluidos en el amplio y diverso acervo de temas regulados por el actual Código Civil para el Estado, también es cierto que los actos y hechos, materia del Código Familiar, por ser de orden público (sic) e interés social, por su naturaleza y volumen, ameritan un marco normativo especial,

²⁶ Ley para la Familia del estado de Hidalgo. Artículo Segundo Transitorio. <http://www.congreso-hidalgo.gob.mx/Contenido/Leyes/107Ley%20para%20la%20Familia%20del%20Estado%20de%20Hidalgo%20Bis.pdf> consultada el 20 de enero de 2015.

con una estructura y procedimientos también específicos, que se traduzcan en una administración expedita y eficaz de la justicia en este ramo.

c) Porque resulta particularmente práctico y funcional, tanto para los jueces y personal de los Juzgados de lo Familiar como para las personas de cada familia, tener el acceso fácil a una compilación de normas directamente relacionadas con su casuística cotidiana, y con los asuntos familiares que con mayor frecuencia ocupan la atención y preocupación de todas las personas, sin distinción alguna.²⁷

Los códigos y leyes familiares de los estados señalados se caracterizan por considerar sus disposiciones de orden público e interés social, en todas ellas se reconocen y se garantizan los derechos otorgados a la familia por parte del estado, definiéndose los principios e instrumentos para su protección, toda vez que las instituciones incluidas en los códigos o leyes familiares requieren de una especial atención por parte del Estado, y a través de sus dependencias se pretende preservar la institución básica de la sociedad, que es la familia.

Siguiendo este orden de ideas no debemos perder de vista que en las normas de derecho familiar prevalece el interés superior de la familia, no el interés individual, como acontece en el derecho civil. Por tanto, el objeto es regular las instituciones derivadas de la familia y las relaciones entre sus integrantes, de tal modo que las instituciones comprendidas dentro de este ámbito jurídico requieren de especial atención por parte del Estado, para fortalecer a la familia como una institución jurídica.

Esto genera una especialización de los tribunales y jueces, encargados de conocer sobre controversias de carácter familiar, con la finalidad de garantizar una adecuada impartición de justicia debido a que nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales y la propia sociedad la protegen.

VII. CONCLUSIONES

Primera: La familia ha sido concebida como la célula de toda sociedad, es la institución que moldea a los individuos que la integran, para lograr su desarrollo de manera armónica dentro de ésta en la comunidad y el Estado.

En tal sentido, el Estado es el encargado de garantizar su protección. Por ello debemos hablar del derecho familiar como el conjunto de normas,

²⁷ Código Familiar para el estado de San Luis Potosí, p. 2 <http://50.28.102.175/LX/codigos-san-luis-potosi.php> consultada el 21 de enero de 2015.

de orden público e interés social, que regula la organización y desarrollo integral de la familia.

Segunda: Debido a los cambios que se dan en nuestra sociedad se debe consolidar la independencia del derecho familiar respecto del civil, toda vez que la familia se caracteriza por su esencia e importancia como una institución jurídica para la sociedad.

El Estado debe intervenir para fortalecer los vínculos y garantizar la organización y desarrollo integral de la familia, ya que en el derecho familiar prevalece el interés superior del núcleo familiar sobre el individual, es la ley y no la voluntad la que regula las relaciones familiares.

Tercera: Para considerar autónomo al derecho familiar se requiere adoptar procedimientos especiales para el conocimiento de la verdad constitutiva del objeto de la indagación, es decir que cumpla con ciertos criterios, como son: *a)* el legislativo, el cual consiste en que se cuente con leyes o códigos especializados independientes de otra rama, *b)* el científico, éste se da con la producción literaria y bibliográfica especializada, *c)* el didáctico, el cual consiste en la enseñanza en las universidades, y *d)* jurisdiccional, en el que existan tribunales autónomos para la resolución de controversias familiares, adicionalmente a estos criterios se encuentra el institucional; es decir, cuenta con instituciones propias distintas a las del derecho civil y procesal porque se deben tener procedimientos propios y especiales sobre esta materia.

Cuarta: Antonio Cicú fue uno de los principales promotores de la separación del derecho familiar, señalaba que la familia es más importante que el Estado, y que el derecho familiar tutela un interés superior que es el del núcleo familiar, no el individual.

Roberto de Ruggiero comparte el criterio de Cicú, establece que en el derecho privado prevalece el interés particular, a diferencia del derecho familiar, en el que prevalece el interés superior de ésta.

Barroso Figueroa considera importante también separar el derecho familiar del derecho público y del privado, como un género independiente que se ubique al lado de éstos. Idea que comparte Julián Güitrón, pues considera que el Estado tiene la obligación de proteger los derechos familiares, la organización y desarrollo de la familia. Para garantizar dicha protección se deben elaborar códigos o leyes en materia familiar y tribunales de la materia, toda vez que los principios de derecho civil no son aplicables al familiar.

Quinta: En México, la mayoría de los estados ubican al derecho familiar dentro del derecho privado; no obstante, la corriente actual en algunas entidades del país proclama por la autonomía del derecho familiar. Actualmente, 10 estados cuentan con una ley o código en materia familiar,

independiente al Código Civil; éstos son: Baja California, Hidalgo, Michoacán de Ocampo, Morelos, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Yucatán y Zacatecas.

Cuatro de estos estados tienen un código procesal familiar: Hidalgo, Morelos, Sinaloa y Yucatán, y seis siguen regulando las controversias familiares en su Código Civil, entre ellos Baja California, Michoacán de Ocampo, San Luis Potosí, Sonora, Tamaulipas y Zacatecas.

Sexta: Lo que se pretende al elaborar los códigos o leyes familiares es que se preserven las instituciones, destacándose las características de las normas familiares que son de interés público y orden social. Debido a la naturaleza del derecho familiar se requiere de un marco normativo especial, con procedimientos específicos, que definan los principios e instrumentos de protección.

Las normas jurídicas de derecho familiar permitirán una especialización de tribunales y jueces que conozcan única y exclusivamente de controversias de carácter familiar, con la finalidad de garantizar una adecuada impartición de justicia, puesto que la protege nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales y la sociedad.

VII. BIBLIOGRAFÍA GENERAL CONSULTADA

Doctrina

- CICÚ, Antonio, *El derecho de familia*, trad. de Santiago Sentis Melendo, 4a. ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho de Familia. Opiniones acerca de su autonomía como disciplina jurídica*, Porrúa, México, 2011.
- BONNECASE, Julien, *Tratado elemental de Derecho Civil*, Obra compilada y editada, trad. Enrique Figueroa Alfonzo, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.
- GRANDE ARANDA, Juan Ignacio, y HERRERA MOLINA, Miguel Ángel, *El contexto socio-jurídico estatal de la familia*, en Ortega Giménez, Alfonso, et al. (coords.) *Hacia la Protección de la Familia. Perspectivas del Derecho de Familia Hoy: Preguntas, Respuestas y Propuestas*, Thomson Reuters, Ed. Aranzadi, 2012.
- TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Derecho de Familia*, Porrúa, México, 2013.
- GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Derecho Familiar*, 2a. ed., Universidad Autónoma de Chiapas, México, 1988.
- , *Legislación Familiar del Estado de Hidalgo*, Gobierno del Estado de Hidalgo, Pachuca de Soto, Hidalgo, México, 1983.
- , *¿Qué es el Derecho Familiar?*, Segundo vol., 2a. ed., Promociones jurídicas y culturales, México, 1992.

RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho Civil*, t. II, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, México, 2006.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí, <http://50.28.102.175/LX/codigos-san-luis-potosi.php>

Ley para la Familia del Estado de Hidalgo. <http://www.congreso-hidalgo.gob.mx/Contenido/Leyes/107Ley%20para%20la%20Familia%20del%20Estado%20de%20Hidalgo%20Bis.pdf>

Diccionarios

CABANELAS, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, t. IV F-I, 21a. ed., Heliasta, Buenos Aires, 1989.

VALLETA, María Laura, *Diccionario Jurídico*, 4a. ed., Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2006.

Referencias electrónicas

BARROSO FIGUEROA, José, *La autonomía del Derecho Familiar*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/68/dtr/dtr1.pdf>

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/260/art/art17.pdf>

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,¹ 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.²

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.³

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

² GOYENA COPELLO, *op. cit.*, p. 35.

³ *Idem*.

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

En su explicación sobre las instituciones de Justiniano, Ortolán⁴ 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.⁵

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 pósito, 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

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

⁵ ORTOLÁN, *op. cit.*, p. 503.

patrício, ejercía en él un derecho que la ley pública le aseguraba: «*Quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicum*».⁶

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.⁷

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.⁸

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 «*Utilegassitsuper pecuniati utelavesuaerei, itajus esto*» decían las Doce Tablas —Solo en segundo lugar y a falta de disposición testamentaria arre-glabía la herencia la misma ley decemviral; si *intestato moritur...* etc., y como acabamos de decir, morir *intestado* era una desgracia y aun una deshonra”.⁹

E. DESAPARICIÓN DEL CARÁCTER INMANENTE DE LOS BIENES

Goyena¹⁰ señala como característica de la sucesión romana en sus orígenes que, en verdad, el heredero suplantaba al causante en la jefatura,

⁶ *Idem*, p. 504.

⁷ *Idem*.

⁸ ORTOLÁN, *op. cit.*, p. 504.

⁹ *Ibidem*, p. 505.

¹⁰ 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.¹¹

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; extranei y voluntarii*). Inicialmente se reconocieron como formas de testamento el *colatiscomitus*, 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 pías* 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.¹²

¹¹ *Ibidem*, p. 41.

¹² GOYENA, *op. cit.*, p. 47.

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

En el derecho germano, recuerda Goyena,¹³ 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.¹⁴

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

¹³ *Ibidem*, p. 67.

¹⁴ *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 adquirían una investidura para realizar ciertos actos sobre al patrimonio relicito, 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 dada, 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.¹⁵

Antonio de Ibarrola¹⁶ 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 si 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.¹⁷

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 frére a Frere*)
- d) Prefirió la sucesión testamentaria

¹⁵ Goyena, *op. cit.*, p. 176

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

¹⁷ *Idem.*

e) Estableció en la sucesión legítima un orden de suceder parecido al de la Novela 118.¹⁸

I. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LIBRE TESTAMENTIFICACIÓN

Sobre las bases ideológicas del liberalismo económico y del individualismo filosófico se construyeron las instituciones de derecho privado que rigen a partir del siglo XIX y que influyeron sobre nuestra legislación patria con los ajustes que posteriormente resultaron del pensamiento social. Jorge Mario Magallón¹⁹ 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 Winscheid, 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 Brian la determina en el yo queriente, en el yo voluntad. Aquel decía: “Pienso, luego existo”; éste lo parafraseaba explicando: “Quiero, luego existo”.²⁰

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-

¹⁸ *Idem*.

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

²⁰ *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 deseé, teniendo como límite la obligación de dar alimentos a quienes conforme a la ley se deben”.²¹

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.

²¹ 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 transcrita dice: “Siempre que un demente pretenda hacer testamento en un intervalo de lucidez, el tutor y en defecto de éste, la familia de aquél, presentará por escrito una solicitud al juez que corresponda...”, 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”²² 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

²² www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo_derechos_de_personas_con_discapacidad.

etapa de protecciónismo 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.²³

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-

²³ *Idem*, p. 18.

tacando la pérdida o discapacidades personales y contribuyendo al modelo de dependencia".²⁴

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.²⁵

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.²⁶

²⁴ *Idem*, p. 18.

²⁵ *Ibidem*, p. 19.

²⁶ *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 1o. 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 Española²⁷ indica que la palabra “demente” significa: loco, falto de juicio, que padece demencia, debilidad de las facultades mentales.

Es inconscio 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 1o. 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.

²⁷ 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.²⁸

IV. LA “PENA 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 inadmisible 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.

²⁸ 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,²⁹ constituyen los casos llamados en la doctrina delitos de suposición, supresión, oculación 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;

²⁹ 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 Urquidi³⁰ 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 Soriano³¹ 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.³² 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 pleno de igualdad, lo que provoca que la ley limite el referido principio en aras de garantizar relaciones de mayor justicia y equidad. Borja³³ 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

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

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

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

³³ 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 patrones 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 reparación de las riquezas deberá ser dejada a la iniciativa privada y al contrato.³⁴

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.

³⁴ *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 Ibarrola³⁵ 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 pretendan 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...³⁶

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.³⁷

³⁵ DE IBARROLA, *op. cit.*, p. 689.

³⁶ *Idem*.

³⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, v. I, 9a. ed., reimpreación, 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, occasionando con esto múltiples conflictos de leyes en materia de sucesiones, como se advierte en el libro *Derecho Sucesorio Comparado*, de Vicente L. Simó Santoja.³⁸

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.³⁹

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 Sartori⁴⁰ 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 (necio 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 móvil 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,

³⁸ SIMÓ SANTOJA, Vicente L., *Derecho Sucesorio Comparado*, Tecnos, Madrid, 1968.

³⁹ 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.

⁴⁰ SARTORI, Giovanni, *Homo Videns, La sociedad teledirigida*. 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”.⁴¹

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

⁴¹ *Idem*, p. 55.

⁴² 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 distribution 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*.⁴³

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.⁴⁴

⁴³ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, reimpresión 2000, pp. 203-207.

⁴⁴ 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.⁴⁵

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 testamentificación, 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 2013.⁴⁶

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.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 386.

⁴⁶ 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., reimpre-
sión, 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.
- 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.

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.

ACERCA DE LOS RECIENTES CAMBIOS EN EL PROGRAMA DE LA MATERIA *RESPONSABILIDAD CIVIL*

Mario Arturo Guerrero Corrales



Los programas académicos aprobados por nuestra facultad, que sirven de guía y de límite para que el profesor exponga su clase, se modifican de manera casuística. En algunas ocasiones esos cambios son positivos, aunque en otras resultan negativos ya que reducen los temas a tratar, circunstancia que ha originado preocupación tanto para la comunidad académica como para la base estudiantil. Tal es el caso de la materia Responsabilidad civil.

Respecto a lo anterior, me permito externar mi preocupación sobre el recorte que ha sufrido el programa o temario de la materia en cuestión, el cual ha quedado limitado casi a conocimientos básicos, que han sido previamente impartidos en materias que le preceden, como la de Obligaciones. Por consiguiente, al seguir el programa vigente el alumnado no recibe el acercamiento necesario a lo que es la responsabilidad civil actual, de conformidad con los cambios sociales que deberían ir aparejados con los cambios del derecho.

Cabe referir que el programa de Responsabilidad civil anterior, aunque no era perfecto, no estaba tan acotado como el actual, lo que permitía dar un esbozo más amplio al estudiante. Incluso, al impartir la materia, el suscrito se ha percatado de que los estudiantes muestran rezago en el conocimiento de leyes actuales que han surgido por los propios cambios sociales que se dan en nuestro país. Esto deriva, por supuesto, de que los temarios de otras materias no contemplan la actualización debida, por lo que al parecer se continúan formando abogados clásicos, no de vanguardia.

Dicho lo anterior considero, atendiendo a la libertad de cátedra que existe, que por lo menos debemos utilizar el programa o temario de Responsabilidad civil anterior, que contemplaba aunque sea de soslayo lo relativo al contrato de seguro como mecanismo para afrontar los riesgos por daños y perjuicios, los daños ambientales, la responsabilidad civil por

daños nucleares, la relación entre el derecho civil y el derecho administrativo, entre otras cuestiones.

No debe perderse de vista que existen numerosos ordenamientos legales relacionados con la responsabilidad civil, y que es necesario que el estudiante conozca y domine, pues le permitirá no solamente desarrollar una vida profesional exitosa, sino que además las leyes emitidas sean eficaces y se utilicen como medio de control para diversas actividades tanto particulares como del Estado, tales como la Ley Sobre el Contrato de Seguro, la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado, ya sea federal o local; Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y Protección de Datos Personales; Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares; Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente; Ley Federal de Responsabilidad Ambiental; Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos aplicable en el Distrito Federal; Ley de Residuos Sólidos, etcétera.

Con esto no se trata de criticar el programa o temario aprobado, sino de enriquecerlo en beneficio de nuestros estudiantes y de la sociedad, máxime que esta materia está contemplada en el estudio de posgrado, lo que debe considerarse un motivo más para enaltecer el prestigio de nuestra facultad de derecho. Esto me motiva a enviar la propuesta de no solo retomar el temario anterior, sino incluso adicionarlo y guiar a nuestros alumnos a conocer diversos ordenamientos jurídicos ya vigentes que ni siquiera saben que existen.

Ciudad Universitaria a 27 de enero de 2015

NECESARIA ADICIÓN Y REFORMAS A DIVERSOS PRECEPTOS LEGALES DEL CÓDIGO CIVIL Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, AMBOS PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA DE INTERDICCIÓN

Jorge Antonio Ibarra Ramírez



I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto demostrar en primer término que algunas disposiciones legales que regulan la interdicción en el Código Civil para el Distrito Federal, entre éstas los artículos 23 (que restringe la capacidad jurídica de las personas con discapacidad), 450 (que equipara la discapacidad con la incapacidad legal), 462, párrafo segundo (que indica para determinar en términos previstos en el Código Adjetivo, el estado y grado de capacidad de la persona mayor de edad a que se refiere el artículo 450 del Código Civil, y que queda sujeta a tutela, sin darle intervención o ser oída por el juez, el cual con base en dos dictámenes médicos y escuchando solo la opinión de los parientes más cercanos emitirá sentencia), 464, párrafo segundo (que trata sobre el menor de edad que se encuentre en cualquiera de los casos señalados en el artículo 450, fracción II, al cumplir la mayoría de edad y con el impedimento podrá continuar con la misma tutela o sujetarse a una nueva, previo juicio de interdicción en ambos casos, en el que solo serán oídos el tutor y el curador en funciones, pero sin darle vista ni ser oído el presunto interdicto), y los siguientes artículos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que regulan el juicio para declarar a una persona que se encuentre incapaz en estado de interdicción: 902, párrafo segundo (que excluye al mayor de edad presunto incapaz, para pedir en su caso su declaración de incapacidad, toda vez que solo pueden pedirla su cónyuge, sus presuntos herederos legítimos, su albacea, el Ministerio Público y la institución pública o privada de asistencia social), 904, párrafo primero *in fine* (ordena que una persona mayor de edad que se encuentre en

estado de incapacidad legal por alguna de las causas previstas en el artículo 450 fracción II del Código Sustantivo, el aludido juicio se seguirá solo entre el peticionario y un tutor interino designado por el juez, violando así la garantía de audiencia del incapaz), y sus respectivas fracciones I, II y IV (que se refieren a que una vez admitida la demanda de interdicción ordena el juez familiar que conoce de ese proceso, se practique a la persona cuya interdicción se demanda dos exámenes, cada uno por dos médicos alienistas nombrados por él, para que ante su presencia, de los promovientes y del Ministerio Público se los realicen a esa persona y emitan dictamen para acreditar su incapacidad) y 905, fracción II (establece que el presunto incapacitado será oído en el juicio de interdicción solo en el caso que él lo pidiera, con lo que se le impide hacer valer sus derechos y defenderse por sí misma), situación anterior que igualmente sucede con los demás ordenamientos legales sustantivos y adjetivos de los Estados de la República Mexicana, violándose el debido proceso legal y la garantía de audiencia de esa persona, toda vez que los descritos artículos contravienen el derecho humano a la capacidad jurídica, al transgredir lo contemplado en los artículos 2o. del Código Civil para el Distrito Federal; los artículos 1o., 4o., 34 y 14 de nuestra Carta Magna, y respecto a los Tratados Internacionales, el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), y en segundo término, en razón de lo anterior, los artículos sustantivos y adjetivos anteriormente descritos, deben adicionar y reformarse otras normas en los términos descritos en el punto V de Conclusiones, para que se reconozca la capacidad jurídica de las personas discapacitadas en igualdad de condiciones con las demás personas y se cumpla con la Constitución y las citadas Convenciones Internacionales respecto de la persona que se pretenda declarar interdicta.

II. ANÁLISIS PREVIO DE LA INTERDICCIÓN Y SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, AMBOS PARA EL DISTRITO FEDERAL, PARA JUSTIFICAR LA NECESARIA ADICIÓN Y REFORMAS A DIVERSOS PRECEPTOS LEGALES EN ESA MATERIA DE LOS CITADOS CÓDIGOS SUSTANTIVO Y ADJETIVO

A. LA INTERDICCIÓN Y SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Para dar inicio al presente tema, el Código Civil para el Distrito Federal, en el Libro Primero De las personas, Título Primero, regula lo relativo a De

las personas físicas, sin precisar el término persona ni personalidad, razón por la que me referiré en primer lugar a estos dos últimos conceptos:

1. CONCEPTO DE PERSONA

Para el ilustre Mtro. Dr. Ignacio Galindo Garfias,¹ el vocablo persona denota al ser humano, dotado de libertad, capaz de realizar una conducta encaminada a determinados fines. La persona, para el derecho, es el sujeto de derechos y obligaciones.

Para los efectos de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”² en su artículo 2, persona es todo ser humano; adoptada el 22 de noviembre de 1969, en vigor internacional desde el 18 de julio de 1978, aprobada por el Senado DOF 9 de enero de 1982, Promulgada DOF 7 de mayo de 1981 y en vigor para México a partir del 24 de marzo de 1981.

Por otra parte, para el distinguido Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez³ persona significa “todo ente o sujeto de derechos y obligaciones; con ello se alude tanto a los humanos como a las personas morales, precisamente los primeros como seres y las segundas como entes”.

2. CONCEPTO DE PERSONALIDAD

En cuanto a la personalidad, al respecto dice el citado Dr. Domínguez Martínez:⁴ “Personalidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, es decir, la personalidad jurídica es la idoneidad de ser persona para el derecho”.

Para el referido autor, “... ser persona está condicionado a tener personalidad jurídica...”⁵

Sobre el particular, la Mtra. Dra. Raquel Sandra Contreras López⁶ considera a la personalidad como: “El marco jurídico establecido en un lugar y tiempo determinados, en el que se determina que un ser vivo o un ente

¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, Primer Curso, Parte General. Persona. Familia, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 1979, p. 318.

² CÁRDENAS MIRANDA, Elva Leonor, *Instrumentos Internacionales en Relación con la Familia y sus miembros*, 1a. ed., Editorial Porrúa, México, 2011, p. 370.

³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil*, Parte General. Personas. Cosas. Negocio jurídico e invalidez, 13a. ed., Editorial Porrúa, México, 2013, p. 132.

⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *ibidem*, p. 132.

⁵ *Ibidem*, p. 130.

⁶ CONTRERAS LÓPEZ, Sandra Raquel, *Derecho Civil para la Familia*. Temas Selectos. 1a. ed., Editorial Porrúa, México, 2014, p. 31.

ficticio creado por el derecho es un sujeto de protección por la ley, con aptitud de ser titular de un conjunto de derechos y deberes jurídicos; protección que se inicia en el supuesto de la persona física, desde el momento de la concepción del ser humano, a fin de determinar a su favor ciertos efectos de derecho de orden patrimonial pecuniario o patrimonial no pecuniario o moral, supeditados a que una vez desprendido del seno materno viva veinticuatro horas o se presente vivo al juez u oficial del Registro Civil, prolongándose la protección jurídica en el caso de la persona física, en principio, hasta el momento de su muerte, o bien respetando su voluntad en materia sucesoria después de su muerte; y en el caso de la persona moral, hasta el momento de su extinción y liquidación de su patrimonio.

En relación con lo anterior, en derecho sucesorio los artículos 1313, fracción I, y 1314 del Código Civil para el Distrito Federal contemplan el término personalidad. El primero al referirse a la incapacidad para heredar por falta de personalidad, y el segundo al establecer que son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337.

B. DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y SU CAPACIDAD JURÍDICA

Al respecto, los artículos 22 y 337 del Código Civil para el Distrito Federal disponen:

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

Artículo 337.—Para los efectos legales, solo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando algunas de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad.

Al comentar los citados preceptos legales, la mencionada Mtra. Dra. Contreras López⁷ señala sobre la parte primera del artículo mencionado en primer término: “se debe concluir que el ser humano al nacer vivo y ser viable, conforme a lo dispuesto por el artículo 337 del Código Civil en cita, adquiere *ipso jure* tanto la calidad de persona física como su capacidad

⁷ *Ibidem*, p. 7.

jurídica, que es la aptitud para tener derechos subjetivos y deberes jurídicos, la que se extinguirá con la muerte del individuo.

En cuanto a la segunda parte del indicado artículo 22, que hace referencia a la protección que la ley otorga al nonato o concebido, dicha Dra. Contreras López⁸ expone: "...la protección de la personalidad a favor del nonato se da a partir de su concepción y se prolonga durante toda su vida y para después de su muerte, siempre que nazca vivo y viable, en los términos del artículo 337".

Los efectos contemplados en el artículo antes transcritos para considerar al concebido como nacido son de carácter patrimonial, en razón de que el patrimonio es un atributo de la personalidad. En consecuencia, el concebido tendrá la posibilidad de ser heredero, legatario, donatario y acreedor alimentario.

La protección jurídica antes mencionada que otorga el Código Civil al concebido es diferente de la de la materia penal, en la que el concebido o nonato queda sin protección jurídica hasta antes de las 12 semanas debido a que se puede interrumpir su gestación sin considerarse ilícita esa decisión. Sobre el particular, la Dra. Contreras López⁹ comenta que es importante tener presente el desarrollo vital que tiene el concebido o nonato, tomando en cuenta que el término de 12 semanas de concepción, como punto de partida para su protección jurídica en el ámbito del Derecho Penal, ha sido establecido de manera arbitraria en el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal, pues según estudios realizados en materia del desarrollo del cerebro prenatal¹⁰ el embrión humano comienza a desarrollarse a las seis semanas del embarazo, y para las siete semanas de gestación la organización primordial del cerebro del embrión está establecida, y ya es funcional. Al final de la octava semana se marca el fin del periodo embrionario y el comienzo del periodo fetal.¹¹

De lo precedentemente expuesto se deduce que la personalidad jurídica nace con la concepción del individuo, pero dicha personalidad está sujeta a una condición resolutoria negativa, que el concebido no nazca viable, como lo establece el mencionado artículo 337 del Código Civil para el Distrito

⁸ *Ibidem*, p. 32.

⁹ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

¹⁰ <http://www.fundacionalzheimur.org/articulodelmes/2011/1>. Por Miguel Marín-Padilla, Octubre 2010. Professor Emeritus of Pathology and of Pediatrics. Dartmouth Medical School, Hanover, NH, USA, Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU. NIH Instituto Nacional de Salud.

¹¹ <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/002398.htm>.

Federal, en el caso de cumplirse esa condición resolutoria de no nacer viable, los efectos jurídicos se destruyen retroactivamente y el concebido nunca tuvo personalidad, pero en el caso de no cumplirse dicha condición la personalidad jurídica existió desde la concepción, no desde el nacimiento.

Otro de los atributos de la personalidad jurídica de las personas físicas es su capacidad, entendida como “la aptitud para ser sujeto de deberes y derechos, hacerlos valer”.¹²

Debe destacarse que la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer, como lo establece el artículo 2o. del citado Código Civil, que dispone:

Artículo 2.—La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, identidad de género, expresión de rol de género, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrán negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de éstos.

1. CAPACIDAD DE GOCE Y DE EJERCICIO

Del artículo 22 del código sustantivo civil antes transscrito se deriva que la capacidad puede ser de goce y de ejercicio.¹³ Respecto a la primera, que se adquiere desde que el sujeto es concebido, nace viable y perdura durante su minoría de edad. El Mtro. Cipriano Gómez Lara¹⁴ afirma que esa aptitud de ser sujeto de deberes y que pueda disfrutar de los derechos que le confiere la ley se identifica con el concepto de personalidad jurídica. Y la segunda, que la capacidad de ejercicio es la aptitud que tiene el sujeto para ejercer o hacer valer por sí mismos los derechos u obligaciones de los que es titular, lo anterior a partir de su mayoría de edad o su declaración de emancipación.

Sobre el particular, la Dra. Contreras López¹⁵ comenta que es necesario tener presente que la capacidad jurídica supone siempre el nacimiento

¹² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 20a. ed., Aumentada y puesta al día por Raquel Sandra Contreras López, Editorial Porrúa, México, 2014, apartado 383, pp. 384.

¹³ *Ibidem*, apartado 393, pp. 383 y 384.

¹⁴ GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 8a. ed., Editorial Harla, México 1990, p. 260.

¹⁵ CONTRERAS LÓPEZ, Sandra Raquel, *op. cit.*, p. 57.

viable del ser humano; en cambio, la personalidad jurídica es una figura protectora del ser humano desde el momento de la concepción, a efecto de presumir efectos jurídicos para el caso, de su nacimiento viable.

2. INCAPACIDAD DE GOCE Y DE EJERCICIO

En el Código Civil para el Distrito Federal todos los sujetos de derecho en principio tienen la capacidad de goce y de ejercicio, la ausencia de capacidad constituye la incapacidad, sea natural o legal. En primer término, se presenta conforme al artículo 450 del código en cita, cuando una persona que tiene capacidad de goce, siendo menor de edad carece de la capacidad de ejercicio, la indicada en segundo término se da en el mayor de edad, en virtud de su condición de incapaz por las causas de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado de discapacidad de las que en este se mencionan no pueda gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismo o por algún medio que lo supla.

El artículo 450 en comento menciona las clases de incapacidad natural y legal, al establecer:

Artículo 450.—Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismos o por algún medio que la supla.

Cabe resaltar que del contenido del artículo que antecede se desprende tanto la existencia de enfermedades transitoria o permanentes que ya tenía desde su nacimiento o le sobrevino con posterioridad al individuo, entre otras el autismo, Síndrome de Down, estado de coma, derrame cerebral, Parkinson, Alzheimer, demencia senil, como por su estado de discapacidad, de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional o mental, de lo que resulta que existen personas mayores de edad que no siendo incapaces permanentes y que por causas naturales o por padecer alguna discapacidad física o sensorial (carecer de algún miembro del cuerpo o del sentido de la vista, del oído o del habla entre otros), causas de discapacidad que complican su salud no los hace incapaces para realizar actos jurídicos mientras puedan manifestar su voluntad por sí mismos o por algún medio que lo supla. Sirve de ejemplo lo anterior lo contemplado en los artículos 1515

(*Artículo reformado GODE 23/07/2012*), 1516 y 1517 del Código Civil para el Distrito Federal, que respectivamente señalan:

Artículo 1515.—Los que fueren mudos o sordomudos, pero que puedan leer y escribir expresarán su voluntad al notario por escrito, en presencia de dos testigos.

El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador, y una vez leído y aprobado el testamento por el testador firmarán la escritura el testador, los dos testigos y el notario, como lo previene el artículo 1512.

Artículo 1516.—El que fuere enteramente sordo; pero que sepa leer, deberá dar lectura a su testamento; si no supiere o no pudiere hacerlo, designará una persona que lo lea a su nombre.

Artículo 1517.—Cuando el testador sea ciego o no pueda o no sepa leer, se dará lectura al testamento dos veces: una por el notario, como está prescrito en el artículo 1512, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe.

En cuanto a las personas que ya fueron declaradas en estado de interdicción, resalto que pueden recobrar su capacidad jurídica de ejercicio, en primer término mediante el proceso de rehabilitación y habilitación existentes debido a las técnicas actuales de educación especial, los avances de la medicina, científicos y tecnológicos, que permiten que una persona enferma o discapacitada pueda alcanzar en lo posible un nivel físico, mental, sensorial y social óptimo y manifestar su voluntad con algún lenguaje funcional, y por lo tanto conducir con autonomía su vida social, jurídica y política para ejercitarse sus derechos y deberes por sí mismo. Y en segundo término, deberá acreditar lo anterior con la práctica de un reconocimiento médico por dos doctores alienistas que nombre el juez familiar.

En relación con el concepto de discapacidad y con lo expuesto, la Ley para las Personas con Discapacidad del Distrito Federal, G.O.D.F. 21 de diciembre de 1995, en su artículo 2o., fracciones I y III, indica lo que se entenderá por persona con discapacidad y por rehabilitación en los términos siguientes:

Artículo 2o.—Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

I. Persona con discapacidad.—Todo ser humano que padece temporal o permanentemente una disminución en sus facultades físicas, mentales o sensoriales que le impida realizar una actividad normal;

III. Rehabilitación.—Un proceso de duración limitada y con un objetivo definido, encaminado a permitir que una persona con discapacidad alcance un

nivel físico, mental, sensorial o social óptimo, proporcionándole así los medios de modificar su propia vida.¹⁶

Por otra parte, para efectos de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad,¹⁷ aprobada por el Senado DOF 9 de agosto de 2000, en vigor para México en septiembre de 2001, el término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

3. RESTRICCIÓN A LA CAPACIDAD DE GOCE Y DE EJERCICIO

El artículo 23 del Código Civil para el Distrito Federal establece las restricciones a la capacidad de ejercicio de las personas físicas, que se aplicarán a los menores de edad, a las personas declaradas en estado de interdicción y otras personas con incapacidades específicas establecidas en la ley; incapaces que podrán ejercer sus derechos o contraer obligaciones a través de sus representantes. El precepto legal señala:

Artículo 23.—La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan 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.

C. INTERDICCIÓN

La interdicción¹⁸ es un estado de incapacidad para obrar que debe ser declarado por el juez de lo familiar respecto de aquellas personas mayores de edad que no pueden gobernarse a sí mismas por estar disminuidas o perturbadas de su inteligencia o limitadas físicamente para externar su voluntad.

Para el *Diccionario Jurídico Temático Derecho Civil*, volumen 1, de Edgard Baqueiro Rojas,¹⁹ interdicción es estado de incapacidad que impide

¹⁶ Consultado en http://www.sideso.df.mx/documentos/legislación/ley_7.pdf

¹⁷ CÁRDENAS MIRANDA, Elva Leonor, *op. cit.*, p. 436.

¹⁸ CÁRDENAS CAMACHO, Alejandro, *Diccionario Civil y de Familia*, Porrúa-UNAM, México, 2004, p. 212.

¹⁹ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *Diccionario Jurídico Temático Derecho Civil*, 1a. ed., Ed. Oxford University Press, México, 2002, p. 62.

al sujeto la realización de actos jurídicos por sí mismo, necesitando para ello de un representante, ya sea quien ejerce la patria potestad cuando se es menor de edad o de un tutor cuando se carece de padres y abuelos, y también en el caso de mayores incapaces. El proceso por el cual se declara la incapacidad se denomina juicio de interdicción.

1. OBJETO DE LA TUTELA

El Código Civil para el Distrito Federal, como los que le precedieron, no define la tutela, solo refiere a su objeto en el artículo 449, de cuyo contenido, se advierte, es la guarda de la persona y bienes de los que al no estar sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos, razón por la que se le debe nombrar o designar un tutor para protegerla en su persona y bienes, y la represente en los actos jurídicos.

2. OTORGAMIENTO DE LA TUTELA

Ninguna clase de tutela puede conferirse si no se declara previamente el estado y grado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella, conforme a lo dispuesto en los artículo 462 y 464 del Código Civil y 902, párrafo segundo del Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, que respectivamente establecen:

Artículo 462.—Ninguna Tutela puede conferirse sin que previamente se declare en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, el estado y grado de capacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella.

Tratándose de mayores de edad a que se refiere el artículo 450, fracción II, de este código, el juez con base en dos diagnósticos médicos y/o psicológicos, escuchando la opinión de los parientes más cercanos de quien vaya a quedar bajo tutela, emitirá la sentencia donde se establezcan los actos jurídicos de carácter personalísimo, que podrá realizar por sí mismo, determinándose con ello la extensión y límites de la tutela.

Artículo 464.—El menor de edad que se encuentre en cualquiera de los casos a que se refiere la fracción II del artículo 450 estará sujeto a la tutela de los menores, mientras no llegue a la mayoría de edad.

Si al cumplirse ésta continuare el impedimento, el incapaz continuará bajo la misma tutela o podrá sujetarse a una nueva, en ambos casos, previo juicio de interdicción, en el cual serán oídos el tutor y el curador en funciones.

Artículo 902.—Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad o de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella.

Del contenido de los artículos sustantivos antes transcritos se desprende lo siguiente:

El artículo 462, párrafo segundo, contempla que para determinar en términos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal el estado y grado de capacidad de la persona mayor de edad a que se refiere el artículo 450 del Código Civil y que va quedar sujeta a tutela, el juez toma solo en cuenta los dos dictámenes médicos (por economía procesal debería ser solo uno) y escucha la opinión de los parientes más cercanos del presunto incapaz, para emitir sentencia al respecto; situación última que no cumple con el debido proceso legal, ya que no escucha ni le da intervención a este último, violando su garantía de audiencia prevista en el artículo 14 constitucional.

En cuanto al artículo 464, párrafo segundo, que trata sobre el menor de edad que se encuentre en cualquiera de los casos señalados en el artículo 450, fracción II, al cumplir la mayoría de edad y continuaré con el impedimento podrá continuar con la misma tutela o sujetarse a una nueva, previo juicio de interdicción en ambos casos. Solo serán oídos el tutor y el curador en funciones, razón por la que este precepto legal, al no darle vista ni ser oído el presunto interdicto, al igual que el artículo que antecede, incumplen con el debido proceso legal al no conceder la garantía de audiencia prevista por el artículo 14 de la Carta Magna.

III. EL JUICIO DE INTERDICCIÓN EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL

En cuanto a la declaración de incapacidad legal, es necesario que se lleve a cabo un juicio de interdicción, puede ser tanto por la vía de jurisdicción voluntaria si no hay oposición, como por la vía ordinaria si hay contención, en términos de los artículos 902, 904 y 905 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. En relación con el juicio de interdicción en comento, la Mtra. Carina Gómez Fröde,²⁰ actual jefa de la División de Estudios de Posgrado de nuestra facultad de derecho, dice:

²⁰ GÓMEZ FRÖDE, Carina, *Derecho Procesal Familiar*, 2a. ed.; Editorial Porrúa, México, 2010, p. 48.

El proceso se inicia con la presentación de la demanda de interdicción que podrá ser promovida por el cónyuge, por sus progenitores, por sus presuntos herederos legítimos, por su albacea o por el Ministerio Público. La demanda deberá contener expresados entre otros los hechos que dan motivo a la misma, el diagnóstico y pronóstico de la enfermedad acompañando un certificado relativo a la incapacidad que se aduce, así mismo se deberá proporcionar la relación de bienes conocidos como propiedad de la persona y que deberá ser sometida a la vigilancia judicial. Una vez admitida la demanda, el juez deberá ordenar medidas cautelares conducentes al aseguramiento de la persona sujeta a estado de interdicción y de sus bienes y ordenará la práctica de exámenes médicos de dos médicos alienistas para que en su presencia practiquen los dictámenes, previa citación de los promoventes y del Ministerio Público. Si de los exámenes que se realicen se acredita la incapacidad de la persona cuya interdicción se demanda, el juez proveerá sobre el nombramiento de un tutor y de un curador interino que puede ser el padre, la madre, cónyuge, hijos, abuelos o hermanos del incapacitado, quienes tendrán bajo su administración los bienes del presunto incapacitado, así como se determinara con respecto a la tutela de las personas que este tuviera bajo su guarda. Dictadas estas providencias, el juez ordenará la práctica de un segundo reconocimiento médico por otros peritos médicos, diferentes a los que realizaron el primer examen médico. Una vez desahogado el segundo dictamen médico, el juez citará a una audiencia en la cual si estuvieran conformes el tutor interino y el Ministerio Público con el actor de la interdicción dictará sentencia declarando la interdicción, si de la valoración de las probanzas queda plenamente acreditada. Después de que cause ejecutoria la sentencia se procederá a nombrar y discernir el cargo de tutor definitivo que tendrá la carga de facultades que la ley establece.

Los preceptos legales antes precisados respectivamente establecen:

Artículo 902.—Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad o de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella.

La declaración del estado de minoridad o de incapacidad por las causas a las que se refiere la fracción II del artículo 450 del Código Civil pueden pedirse: 1o. por el propio menor si ha cumplido 16 años; 2o. por su cónyuge; 3o. por sus presuntos herederos legítimos; 4o. por su albacea; 5o. por el Ministerio Público; 6o. por la institución pública o privada de asistencia social que acoja al hijo o hijos del presunto incapaz.

Pueden pedir la declaración de minoridad los funcionarios encargados de ello por el Código Civil.

Artículo 904.—La declaración de incapacidad por alguna de las causas a que re (sic) refiere el artículo 450, fracción II, del Código Civil para el Distrito

Federal: se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez.

Como diligencias (sic) prejudiciales se practicarán las siguientes:

I. Recibida la demanda de interdicción, el juez ordenará las medidas tutelares conducentes al aseguramiento de la persona y bienes del señalado como incapacitado; ordenará que la persona que auxilia a aquél de cuya interdicción se trata, lo ponga a disposición de los médicos alienistas o de la especialidad correspondiente, o bien informe fidedigno de la persona que lo auxilie u otro medio de convicción que justifique la necesidad de estas medidas.

II. Los médicos que practiquen el examen deberán ser designados por el juez y serán de preferencia alienistas o de la especialidad correspondiente. Dicho examen se hará en presencia del juez, previa citación de la persona que hubiere pedido la interdicción y del Ministerio Público.

III. Si del dictamen pericial resultare comprobada la incapacidad, o por lo menos hubiere duda fundada acerca de la capacidad de la persona cuya interdicción se pide, el juez proveerá las siguientes medidas:

a) Nombrar tutor y curador interinos, cargos que deberán recaer en las personas siguientes, si tuvieran la aptitud necesaria para desempeñarlos: padre, madre, cónyuge, hijos, abuelos y hermanos del incapacitado. Si hubiere varios hijos o hermanos serán preferidos los mayores de edad. En el caso de abuelos, frente a la existencia de maternos o paternos, el juez resolverá atendiendo a las circunstancias. En caso de no haber ninguna de las personas indicadas o no siendo aptas para la tutela, el juez con todo escrúpulo debe nombrar como tutor interino a persona de reconocida honorabilidad, prefiriendo a la que sea pariente o amiga del incapacitado o de sus padres y que no tenga ninguna relación de amistad o comunidad de intereses o dependencias con el solicitante de la declaración.

El juez deberá recabar el informe del Archivo General de Notarías, sobre el registro de la designación de tutor cautelar, de la persona cuya interdicción se pide y, en su caso, los datos de la escritura del otorgamiento de las designaciones de tutor cautelar y curador, en su caso.

Si el informe arroja que la persona de cuya interdicción se trata no hubiere designado tutor cautelar, el juez procederá a nombrar tutor y curador interinos, cargos que deberán recaer conforme al orden señalado en las personas señaladas en los párrafos que anteceden en esta fracción.

b) Poner los bienes del presunto incapacitado bajo la administración del tutor interino. Los de la sociedad conyugal, si la hubiere, quedarán bajo la administración del otro cónyuge.

c) Proveer legalmente de la patria potestad o tutela a las personas que tuvieron bajo su guarda el presunto incapacitado.

De la resolución en que se dicten las providencias mencionadas en este artículo procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo que será de tramitación inmediata.

IV. Dictadas las providencias que establecen las fracciones anteriores se procederán a un segundo reconocimiento médico del presunto incapacitado, con peritos diferentes, en los mismos términos que los señalados por la fracción II. En caso de discrepancia con los peritos que rindieron el primer dictamen se practicará una junta de avenencia a la mayor brevedad posible, y si no la hubiere el juez designará peritos terceros en discordia.

V. Hecho lo anterior, el juez citará a una audiencia, en la cual si estuvieren conformes el tutor y el Ministerio Público con el solicitante de la interdicción, dictará la resolución que la declare. En caso de que en la resolución se haya declarado la interdicción, ésta deberá establecer el alcance de la capacidad y determinar la extensión y límites de la tutela, en los términos enunciados en el segundo párrafo del Artículo 462 del Código civil para el Distrito Federal.

Si en dicha audiencia hubiera oposición de parte, se sustanciará un Juicio Ordinario con intervención del Ministerio Público.

Artículo 905.—En el juicio ordinario a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes reglas:

I. Durante el procedimiento subsistirán las medidas decretadas conforme al artículo anterior y se podrán modificar por cambio de circunstancias o por la aportación de nuevos datos que funden su conveniencia.

II. El presunto incapacitado será oído en juicio, si él lo pidiera, independientemente de la representación atribuida al tutor interino.

III. El estado de incapacidad puede probarse por cualquier medio idóneo de convicción, pero en todo caso se requiere la certificación de dos médicos o psicólogos, por lo menos, preferentemente de instituciones de salud oficiales. Cada parte puede nombrar un perito médico para que intervenga en la audiencia y rinda su dictamen. El examen del presunto incapacitado se hará en presencia del juez, con citación de las partes y del Ministerio Público. El juez podrá hacer al examinado, a los médicos, a las partes y a los testigos cuantas preguntas estime convenientes para calificar el resultado de las pruebas.

IV. Mientras no se pronuncie sentencia irrevocable, la tutela interina debe limitarse a los actos de mera protección a la persona y conservación de los bienes del incapacitado. Si ocurriere urgente necesidad de otros actos, el tutor interino podrá obrar prudentemente, previa autorización judicial.

V. Una vez que cause ejecutoria la sentencia de interdicción se procederá a nombrar y discernir el cargo de tutor o en el caso de excepción, los cargos de tutores definitivos, delimitando su responsabilidad de acuerdo con la ley.

VI. El tutor interino deberá rendir cuentas al tutor definitivo con intervención del curador.

VII. Las mismas reglas en lo conducente se observará (sic) para el juicio que tenga por objeto hacer cesar la interdicción.

VIII. El que dolosamente promueva juicio de incapacidad será responsable de los daños y perjuicios que con ello ocasione, independientemente de la responsabilidad penal que fije la ley de la materia.

Respecto a los artículos adjetivos precedentemente transcritos que rigen el juicio de interdicción se colige que son violatorios de la garantía de audiencia y debido proceso legal previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por los motivos siguientes:

Del artículo 902, párrafo segundo, se desprende que el mayor de edad incapaz es excluido para pedir en su caso su declaración de incapacidad, toda vez que solo pueden pedirla su cónyuge, sus presuntos herederos legítimos, su albacea, el Ministerio Público y la institución pública o privada de asistencia social.

Del artículo 904, párrafo primero *in fine*, que rige el juicio ordinario de interdicción, se concluye que éste solo se sigue entre el peticionario y un tutor interino designado por el juez.

Del artículo 905, fracción II, se deduce que no establece que el presunto incapacitado sea oído en el juicio de interdicción, sino solo en el caso que él lo pidiera, con lo que se le impide hacer valer sus derechos y defenderse por sí mismo.

Corroboran lo antes expuesto los siguientes criterios jurisprudenciales:

INTERDICCIÓN, DILIGENCIAS PREJUDICIALES. EL ARTÍCULO 904 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA AL NO DAR INTERVENCIÓN AL SEÑALADO COMO INCAPACITADO EN EL PROCEDIMIENTO RELATIVO.—Este Tribunal Pleno ha establecido que la garantía de audiencia prevista en el artículo 14, párrafo segundo de la Constitución, implica el seguimiento de las formalidades esenciales del procedimiento que garanticen una oportuna y adecuada defensa previa al acto de privación, consistentes en la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias, el otorgamiento de la posibilidad de ofrecer pruebas y alegar en defensa, y el dictado de una resolución que dirima la cuestión debatida. Por su parte, el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal regula las diligencias prejudiciales del procedimiento de interdicción, estableciendo que tan pronto como se reciba la demanda, el juez deberá ordenar las medidas correspondiente a asegurar la persona y bienes del señalado como incapacitado, poniéndolo a disposición de médicos alienistas, o bien a través de informe fidedigno u otro medio de convicción que justifique la adopción de tales medidas. Asimismo, dispone que después de practicados

los exámenes médicos y de advertirse al menos duda sobre la capacidad del presunto incapacitado se le nombrará un tutor interino, quien tendrá la administración de sus bienes, salvo los de la sociedad conyugal, los cuales corresponde administrar al cónyuge. De lo anterior se advierte que la citada norma legal permite que se tomen determinaciones que restringen de manera absoluta la capacidad de ejercicio del señalado incapaz, con lo que se produce una afectación de tal entidad que constituye propiamente un acto de privación, sin que en ninguna parte del precepto legal se establezca la obligación de darle intervención desde el inicio del procedimiento de interdicción para que esté en aptitud de alegar y probar su lucidez, además de que no existe un plazo perentorio para el ejercicio de la acción de interdicción en el juicio ordinario que regula el artículo 905 del citado código adjetivo, lo que autoriza que las determinaciones tomadas en las diligencias prejudiciales puedan prolongarse indefinidamente, por lo que el citado artículo 904 resulta violatorio de la garantía de audiencia.

Pleno

Amparo en revisión 579/99. José Melgar Castillejos. 29 de noviembre de 1999. Mayoría de siete votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintinueve de febrero en curso, aprobó, con el número XXXI/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintinueve de febrero de dos mil.

Amparo En Revisión 579/99.

[TA Constitucional Civil]; 9a. Época; Pleno; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; 192152 9 de 46, Tomo XI, Marzo de 2000; Pág. 93.

GARANTÍA DE AUDIENCIA. DEBE RESPETARSE EN EL JUICIO DE INTERDICCIÓN, AUN CUANDO LA LEGISLACIÓN PROCESAL NO LA ESTABLEZCA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).—La garantía de audiencia de todo individuo o gobernado implica el seguimiento de cada una de las formalidades esenciales del juicio o proceso civil que satisfagan ineludiblemente una oportuna y adecuada defensa previa al acto de autoridad, pues toda persona debe tener conocimiento del procedimiento y sus consecuencias, a fin de que esté en posibilidad de ofrecer pruebas, interponer recursos y alegar en su defensa lo que a sus derechos convenga e, incluso, impugnar en su oportunidad la resolución que decida el fondo del asunto. Así, aun cuando los artículos del 859 al 861 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, que regulan la forma como se debe tramitar la declaración de estado de interdicción, no prevén expresamente ningún medio por el cual se satisfaga la garantía de audiencia en favor de la persona que se pretende declarar interdicta, pues no ordena que se le cite, se le dé vista o emplace a dicho procedimiento, no obstante, en estricto cumplimiento de lo que preponderantemente estatuye el artículo 14 constitucional, antes de nombrarle tutor interino a la presunta interdicta debe dársele vista con la demanda de interdicción correspondiente a efecto de que en caso

de estar en condiciones normales y de lucidez, tenga conocimiento del procedimiento y haga valer sus derechos, entre ellos los relativos a la guarda y custodia de los hijos habidos en el matrimonio, en virtud de que tal proceder incide directamente en la persona que aún no ha sido declarada incapacitada, pues restringe su capacidad de ejercicio y afecta sus más elementales derechos; sin que obste a lo anterior que esta formalidad no se encuentre expresamente contemplada en la legislación procesal aplicable, pues al respecto tiene preeminencia lo que estatuye el indicado precepto 14 de la Constitución Federal cuando dispone que es derecho fundamental de los gobernados que se les otorgue la garantía de audiencia contra todo acto de autoridad para que tengan la oportunidad de conocerlo y de defenderse.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito

Amparo en revisión 31/2002. Remedios Velázquez Zetina. 19 de marzo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Sonia Gómez Díaz González.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo VI, Materia Común, página 62, tesis 95, de rubro: "AUDIENCIA, GARANTÍA DE. DEBE RESPETARSE AUNQUE LA LEY EN QUE SE FUNDE LA RESOLUCIÓN NO PREVEA EL PROCEDIMIENTO PARA TAL EFECTO".

Tesis: II. 2o.C.351.C; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; 9a. Época; Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito; Tomo XVI, Julio de 2002; Pág. 1303 [TA Civil].

INTERDICCIÓN. LAS MEDIDAS ADOPTABLES ANTE SU SOLICITUD PUEDEN TRADUCIRSE EN ACTOS DE PRIVACIÓN.—La interpretación gramatical, sistemática y funcional de los artículos 14 y 16 constitucionales, en relación con el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, llevan a determinar que las medidas que el juez debe adoptar desde luego ante la solicitud de declaración de estado de interdicción a una persona llegan a ser para ésta verdaderos actos de privación respecto a los cuales debe regir la garantía de audiencia conforme al primer artículo invocado, y no meros actos de molestia previstos en el segundo precepto. Lo anterior, pues entre los actos de molestia y los de privación existe un espectro de posibilidades que van de menos a más en la afectación a los derechos de los individuos, donde el elemento fundamental para definir el carácter de cada acto consiste en la duración o tiempo en que la afectación permanece; de modo que serán actos de molestia los que impliquen una afectación momentánea o que se prolongue por un periodo corto, y tendrá carácter de privativa cuando conlleve una afectación prolongada o hasta definitiva. En principio, el propio significado de la palabra molestia así lo indica, pues se trata de situaciones afectatorias que invariabilmente están destinadas a un periodo corto de duración, o provisional. De la misma manera se aprecia del análisis sistemático e histórico de todos los supuestos de molestia contemplados en el propio artículo 16 constitucional, todos los cuales se refieren a situaciones que van de la realización instantánea y, por tanto, de afectación de muy poco tiempo, hasta los que se prolongan por un espacio corto de tiempo, como medidas provisionales, y que generalmente están justificadas en la

salvaguarda de intereses públicos, o la preservación de la materia de un juicio. Y de la misma manera se puede apreciar en el tratamiento que, en lo general, se confiere a los actos que pudieran resultar perjudiciales para las personas dentro del procedimiento, donde ordinariamente la adopción de medidas sin previa audiencia se contempla para situaciones justificadas en algún derecho firme, o en la necesidad de preservar la materia del juicio, para los cuales siempre se establece una duración pequeña, y en cambio, se exige la audiencia para situaciones gravosas que han de prolongarse en el tiempo, como las destinadas a perdurar por todo el juicio, los cuales cabe reputar como actos de privación. Así, las medidas de aseguramiento de la persona y de los bienes del presunto incapaz que toma el juez antes del primer reconocimiento, pueden llegar a ser actos de privación si se prolongan en el tiempo antes de estar justificadas con el primer reconocimiento médico, lo cual se agrava si con motivo de éste se considera probada la incapacidad o existe duda fundada de la capacidad, caso en el cual, dichas afectaciones permanecen y se refuerzan con la adopción de nuevas medidas: nombramiento de tutor interino, a quien se le otorga la administración de los bienes del presunto incapaz, y el proveimiento sobre la patria potestad o tutela a las personas bajo la guarda de tal sujeto; todas las cuales están destinadas a permanecer por todo el tiempo que dure el procedimiento, en el cual se llevará a cabo un segundo reconocimiento, y la citación para la audiencia donde deba emitirse la resolución, y aún puede prolongarse si es necesaria la celebración de la junta de avenencia entre los peritos o si han de recabarse los dictámenes de peritos terceros en discordia. Por tanto, las afectaciones a la esfera jurídica del presunto incapaz, tanto las iniciales como las que se toman con motivo del resultado del primer reconocimiento, tienen el carácter de actos de privación, dado que han de prolongarse por todo el tiempo que dure el procedimiento hasta el dictado de la resolución donde se declare o no el estado de interdicción, en la audiencia respectiva. Es decir, ya están destinadas a tener una duración considerable, que ya resulta excesiva y, por tanto, injustificada, para un simple acto de molestia. No obstante, el artículo 904, que regula el procedimiento, no prevé algún medio, mecanismo o posibilidad de que el presunto incapaz pueda ser oído, o pueda defenderse por sí mismo, pues solo se permite la intervención del solicitante, del tutor interino y del Ministerio Público, con lo cual no se respeta la garantía de audiencia de dicha persona.

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo en revisión 266/2009. José Abraham Ramos Goyos. 30 de septiembre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado.

Amparo en revisión 2

67/2009. Abraham Ramos Puerto. 30 de septiembre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado.

Tesis: I.4o.C.228 C; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; 9a. Época; 165233 2 de 46; Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito; Tomo XXXI, Febrero de 2010; Pág. 2866 [TA CIVIL].

IV. CASO REAL DE RICARDO ADAIR CORONEL ROBLES²¹

Persona con discapacidad que fue declarada en estado de interdicción, a la que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), el 16 de octubre de 2013, le concedió el amparo en revisión 159/2013, por el que solicitó se declarara inconstitucional, entre otros, los artículos 23 y 450 fracciones II del Código Civil para el Distrito Federal, que regulan tanto las restricciones a la capacidad de ejercicio como la incapacidad natural y legal, además de la declaración del estado de interdicción que se le hizo y que restringe totalmente su capacidad jurídica, y el cual también sustenta la necesaria adición y reformas de diversos preceptos legales al Código Civil y Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, en materia de interdicción.

A. ANTECEDENTES

El *blog* de la revista *Nexos*,²² en su artículo “El Juego de la Suprema Corte”, público el 23 de octubre de 2013, bajo el título “La Suprema Corte y el caso Ricardo Adair: una mala decisión”, lo siguiente:

El pasado miércoles 16 de octubre la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia (SCJN) resolvió el amparo en revisión 159/2013 referente al caso de Ricardo Adair con cuatro votos a favor y uno en contra. La SCJN concluyó que el estado de interdicción en el Distrito Federal no resulta inconstitucional “siempre y cuando se interprete a la luz del modelo social relativo a las personas con discapacidad”. El voto en contra del ministro Cossío considera que “no es posible forzar la constitucionalidad” del estado de interdicción ya que éste “va en contra de las obligaciones contraídas por el Estado mexicano”, y que la sentencia propuesta “no solo va más allá de lo pedido por el propio quejoso, sino incluso en contra de sus propias pretensiones”.

Ricardo Adair es una persona adulta con discapacidad intelectual (síndrome de Asperger) que vive bajo la tutela de sus padres debido a que hace cinco años fue sometido a un juicio de interdicción del cual nunca fue informado. De acuerdo con la legislación mexicana, este juicio es un mecanismo legal mediante el cual se priva a una persona de su facultad de tomar decisiones, designando un tutor que adopta cualquier decisión en su lugar.

²¹ <http://sipse.com/mexico/corte-avala-restituir-derechos-a-joven-autista-56661.html>

²² <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3297>

Por esa razón, en 2011 Ricardo Adair promovió un juicio de amparo indirecto que es el primero de su tipo que llega Ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en el que solicitó que se declarara inconstitucional, entre otros, los artículos 23 y 450 fracciones II del Código Civil para el Distrito Federal, que regulan el estado de interdicción, además de la declaración del estado de interdicción que se le hizo y que restringe totalmente su capacidad jurídica y lo priva del derecho de tomar sus decisiones (designándosele a un representante para tales efectos), lo que resulta contrario al modelo social y jurídico previsto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), y que ordene a la Asamblea del Distrito Federal crear un nuevo modelo de derechos para las personas con discapacidad intelectual basado en la citada Convención de la ONU al que México se adhirió en 2008.

El Juez Sexto de Distrito en Materia Civil del Distrito Federal no solo le negó el amparo, sino que también consideró que lo que solicitaba Ricardo iba “en contra de toda tradición jurídica” y *ex officio* (es decir, sin que Ricardo lo hubiera solicitado) ordenó que el expediente de interdicción se reabriera ante el juez de lo familiar, a efecto de que se subsanara cierto error procesal (que Ricardo fuera oído personalmente por el juez de lo familiar, conforme lo ordena la ley y fue omitido en el procedimiento de raíz).

Ante esta resolución, Ricardo interpuso el recurso de revisión correspondiente, y debido a que la trascendencia de este juicio radica en el alcance para todas las personas que actualmente viven en estado de interdicción, el recurso fue “reasumido” por la SCJN. De conformidad con el expediente de reasunción de competencia 21/2012, la Primera Sala de la SCJN tendría que determinar, con plenitud de jurisdicción, si el estado de interdicción en el Distrito Federal cumplía o no con lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad CDPD, haciendo uso del nuevo régimen de control de constitucionalidad a través de la revisión convencional reafirmado a partir de la ya referida reforma constitucional en materia de derechos humanos.

La impugnación

Los demandantes están pidiendo, además de eliminar el estado de interdicción para Ricardo, que la SCJN ordené a la Asamblea del Distrito Federal crear un nuevo modelo de derechos para las personas con discapacidad intelectual basado en la convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al que México se adhirió en 2008, agregó el abogado.

“El modelo actual de México es categórico y viola los derechos humanos de estas personas porque no les permite tomar decisiones y por lo tanto se

les establece un tutor. Queremos que ese modelo cambie de uno de tutela a uno de apoyo en las toma de decisiones", indicó Aguinaco Gómez-Mont.

Por otro parte, la columnista Ana Lagner de *El Economista*²³ al tratar, el 17 de octubre de 2013, el mismo caso se refiere a lo comentado por el Presidente del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) con el tema: La Sentencia de la SCJN se queda corta, en los términos siguientes:

La sentencia de amparo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) al joven de 25 años con Síndrome de Asperger fue una decisión limitada que no exige al Poder Judicial modificar el sistema de asistencia social civil, que se quedó corta respecto a lo establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, evidenció Ricardo Bucio Mújica, presidente del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred).

Nos parece muy insuficiente (la sentencia) en razón de que la Convención, que tiene rango constitucional, establece que todas las personas deben tener capacidad jurídica en igualdad de circunstancias, dijo en entrevista al término de la presentación de los lineamientos para el Programa Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad, en la Cancillería.

Ricardo Adair Coronel Robles presentó ante la SCJN un amparo derivado de una sentencia que lo declaró interdicto, que lo incapacitaba legalmente para la realización de diversos actos jurídicos que una persona con discapacidad puede realizar sola, dicho amparo fue aprobado por la SCJN el miércoles pasado, para reponer el juicio.

La sentencia de la SCJN sin declarar la inconstitucionalidad de los artículos sobre el estado de interdicción dictó que dicho estado de interdicción debe ser proporcional a la discapacidad de cada caso, en consecuencia, el juez deberá establecer qué tipo de actos puede realizar por sí sola una persona con discapacidad y en qué otros requerirá de alguien que lo auxilie.

El Conapred recomendó a la SCJN, en un estudio informativo sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y conforme la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la legislación mexicana, que la base del cambio al sistema legal parta solamente del pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Consideró que debe declararse la inconstitucionalidad de los artículos 23 y 450, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal, fracciones en donde se plantea el estado de interdicción.

²³ <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2013/10/17/sentencia-scjn-se-qued-a-corta-conapred>

En su momento declaró que el proyecto de sentencia no significaba un régimen de apoyo con salvaguardas, que es a lo que obliga la Convención al Estado mexicano, en este sentido, Ricardo Bucio coincidió en que el Estado debe garantizar que todas las personas tengan derechos, pero eso requiere, al menos para el caso de personas que tienen incapacidad psicosocial, modificar el sistema judicial y no ser sustituidos.

El juicio de interdicción es una sustitución y una decisión de la toma de decisiones de las personas, la Convención lo que ordena a los estados es que establezcan un mecanismo de toma de decisiones con apoyos, lo que implica un área y responsabilidad nueva del Poder Judicial y del sistema de asistencia social, dos cuestiones que no existen hoy día en el país.

B. MARCO JURÍDICO APLICABLE AL PRESENTE CASO

Los artículos 23, 450, fracción II, 462, párrafo segundo, 464, párrafo segundo del Código Civil y artículos 902, párrafo segundo, 904 y 905 del Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, por ser contrarios al derecho humano a la capacidad jurídica, al transgredir lo contemplado en los artículos 2o. del Código Civil para el Distrito Federal; los artículos 1o., párrafos primero y segundo, 4o., inicio párrafo segundo, 34 y 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y respecto a los Tratados Internacionales, por contravenir el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 217 (III), del 10 de diciembre de 1948, y el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada sin reservas por el Senado DOF de 24 de octubre de 2007, promulgada *DOF* 2 de mayo de 2008 y en vigor para México, desde el 3 de mayo 2008.

B.1. Los artículos 23, 450, fracción II, 462, párrafo segundo, 464, párrafo segundo, y 2o. del Código Civil, y los artículos 902, párrafo segundo, 904 y 905 del Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, ya se transcribieron y comentaron con anterioridad.

B.2. Los artículos 1o., párrafos primero y segundo, 4o., inicio párrafo segundo y 34 de la Constitución establecen la igualdad jurídica entre la mujer y el hombre, y el 14 de misma Carta Magna, la garantía de audiencia.

Artículo 1o.—En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías

para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

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.

Artículo 4o.—(Se deroga el anterior párrafo primero)

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

Artículo 34.—Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:

- I. Haber cumplido 18 años, y
- II. Tener un modo honesto de vivir.

Artículo 14.—A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

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.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

C. EL ARTÍCULO 6 DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS²⁴

Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 217 (III), del 10 de diciembre de 1948, y el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD),²⁵ ratificada por el Estado mexicano el 17 de diciembre de 2007, indican respectivamente a la letra lo siguiente:

Artículo 6.—Todo ser humano tiene derecho, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 12.—Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios,

²⁴ <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

²⁵ Organización de Naciones Unidas, Lista de signatarios, ratificaciones y adhesiones a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo, al 3 de agosto de 2008, http://www.un.org/spanish/disabilities/documents/sg/Anexo_A_a_63_264.pdf

hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

**D. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, PRINCIPIO
PRO PERSONA, INTERPRETACIÓN CONFORME Y CONTROL
DE CONVENCIONALIDAD APLICABLE AL CASO DESCRITO²⁶**

Del análisis de los antecedentes en el caso concreto de Ricardo Adair Coronel Robles, que es un caso típico de miles de personas con discapacidad en México que son despojadas sistemáticamente de su derecho a actuar en sociedad y de tomar las decisiones más importantes de su vida, sin haber sido oídas en el juicio, debido a que “es muy común que los Códigos de Procedimientos Civiles de los Estados de la República, en donde se contiene el procedimiento de los “juicios de interdicción” no reconozcan ese derecho a las personas afectadas, al no dársele la respectiva vista a la interdicto con la demanda de interdicción correspondiente”, se desprende que desde la promoción y posterior declaración de interdicción hasta el momento en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió ejercer su facultad de atracción dada la importancia del asunto, al resolver el amparo en revisión que interpuso y que fue resuelto por la Primera Sala en los términos de la sentencia 159/2013, dictada en la Sesión del 16 de octubre del año pasado, que de acuerdo con el control de constitucionalidad consideró en la misma entre otros puntos, que los artículos 23 (establece que las personas con discapacidad tienen restringida su capacidad jurídica) y 450, fracción II (equipara la discapacidad con la incapacidad legal), ambos del Código Civil para el Distrito Federal, son contrarias al derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y en consecuencia contrarios a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), pero sin haber declarado la inconstitucionalidad de los artículos sobre la interdicción, por lo que mantiene una legislación que es contraria a la Constitución y a los Tratados Internacionales, e incluso impone la obligación al juzgador de primera instancia para que siga otra vez un procedimiento de interdicción y resuelva de nuevo para establecer en qué tipo de actos la persona con discapacidad goza de plena autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica y en que otros deberá intervenir el tutor para asistirlo, esto con fundamento en las propias normas que la regulan y que fueron impugnadas pero no invalidadas ni

²⁶ http://dof.gob.mx/constitucion/marzo_2014_constitucion.pdf

declaradas inconstitucionales no obstante serlo, lo que resulta una incongruencia jurídica, y porque en este caso al aplicar la interpretación conforme, la uso en contra de la obligación de México de adoptar su legislación a los tratados internacionales, toda vez que sostuvo el modelo de “sustitución en la toma de decisiones”, en el que una persona (el tutor) se sustituye en la voluntad del incapaz, y en consecuencia, las decisiones más relevantes de éste le corresponden al representante, lo que también resulta contrario tanto a la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, y lo contemplado en el artículo 1o párrafo segundo de la Constitución, que establece el principio pro persona y la cláusula de interpretación conforme que señala que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, la dignidad y los derechos de las personas sin restricciones, como “el derecho de asistencia en la toma de decisiones” de Ricardo Adair, el reconocimiento de su personalidad y capacidad en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida y sin discriminación alguna por motivos de discapacidad previsto en los respectivos numerales 1 y 2 del artículo 12 de la descrita Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), mismos que deben aplicarse por ser más favorables y no restrictivos de los derechos humanos involucrados y por resultar obligatorio su cumplimiento para el Estado Mexicano de acuerdo con el control de convencionalidad, y debido a que la citada Convención sobre los Derechos que los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. Este derecho, reconocido implica la consideración de la persona con discapacidad como persona desde el punto de vista jurídico, o que se traduce en la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones.

El control concentrado de la convencionalidad tiene su fundamento en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”,²⁷ suscrita por el Estado mexicano, y con base en sus artículos 2, 33 y 62, dicho organismo internacional, resulta competente para verificar si un Estado miembro ha incumplido o no los compromisos internacionales, expidiendo leyes incompatibles y violando los derechos humanos reconocidos en ese tratado, haciendo un examen de confrontación normativo de

²⁷ Adoptada el 22 de noviembre de 1969, en vigor internacional desde el 18 de julio de 1978, aprobada por el Senado DOF 9 de enero de 1981, Promulgada DOF 7 de mayo de 1981 y en vigor para México a partir del 24 de marzo de 1981. CÁRDENAS MIRANDA, Elva Leonor, *op. cit.*, pp. 310, 380, 381, 388 y 389.

derecho interno (Constitución, leyes, decretos, actos administrativos y judiciales, etc.) con las normas internacionales, para que en su caso se dicte sentencia ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas a efecto de proteger a la persona, estableciendo como órganos competentes para ello a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto, es aplicable el siguiente criterio jurisprudencial emitido por la SCJN:

TRATADOS INTERNACIONALES SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES, INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.—La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, y además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario “*pacta sunt servanda*” (sic) contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidos invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional”.

V. CONCLUSIONES

Primera: El juicio de interdicción es contrario al derecho humano a la capacidad jurídica (goce y ejercicio de derechos) y particularmente al derecho a la dignidad humana, por lo que los artículos que regulan dicha figura jurídica tanto en el Código Civil como en el Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, son inconstitucionales y contrarios al orden jurídico mexicano, así como a los instrumentos internacionales como el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 217 (III), del 10 de diciembre de 1948 y el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), ratificada por el Estado mexicano el 17 de diciembre de 2007.

Segunda: Deben reformarse las normas tanto del Distrito Federal como federales que sean contrarias al derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad para cumplir con las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Tercera: En relación con el Código Civil para el Distrito Federal debe adicionarse un artículo 23-bis, para excluir del supuesto del artículo que precede y de la fracción II del artículo 450, a aquellas personas mayores de edad que no siendo incapaces permanentes y que por causas naturales producidas desde su nacimiento o que le sobrevino con posterioridad padecen una discapacidad que complica su salud física, sensorial, intelectual o emocional, e incluso las que ya fueron declaradas en estado de interdicción, pueden recobrar su capacidad jurídica de ejercicio y manifestar su voluntad por sí mismo o por cualquier medio que lo supla para ejercitar sus derechos y obligaciones, celebrar actos jurídicos por sí mismo, lo anterior, mediante el proceso de rehabilitación y con las técnicas actuales de educación especial, los avances de la medicina, científicos y tecnológicos, permitan que esa persona pueda alcanzar en lo posible un nivel físico, mental, sensorial y social óptimo para relacionarse con los demás y por lo tanto conducir con autonomía su vida social, civil, jurídica, siendo necesario acreditar lo anterior con la práctica de un solo reconocimiento médico por dos médicos alienistas que nombre el juez y que seguirán las reglas establecidas del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para que mediante su respectivo reconocimiento médico y dictamen determinen la declaración de capacidad o de incapacidad de la persona de que se trate.

Cuarta: En relación con el artículo 462, párrafo segundo, contempla que para determinar en términos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el estado y grado de capacidad de la persona mayor de edad a que se refiere el artículo 450 del Código Civil y que va quedar sujeta a tutela, el juez tomando solo en cuenta los dos dictámenes médicos y escuchando la opinión de los parientes más cercanos del presunto incapaz emite sentencia al respecto, motivo por el que debe reformarse este artículo. En primer término, debe pedirse por economía procesal y para que sea más ágil y sencillo solo un dictamen médico por dos médicos alienistas, toda vez que resultan onerosos los dos diagnósticos médicos ordenados y en consecuencia la actuación por dos veces de los médicos especialistas de las instituciones públicas del Gobierno del Distrito Federal, para emitir en el mismo proceso de interdicción sus respectivos dictámenes de incapacidad, y en segundo término debe ser escuchado el presunto incapaz, para cumplir así con su garantía de audiencia y con el debido proceso legal previsto en el artículo 14 constitucional.

Quinta: En cuanto al artículo 464, párrafo segundo, que trata sobre el menor de edad que se encuentre en cualquiera de los casos señalados en el artículo 450, fracción II, al cumplir la mayoría de edad y continuar con el impedimento podrá continuar con la misma tutela o sujetarse a una nueva, previo juicio de interdicción en ambos casos, solo serán oídos el tutor y el curador en funciones, razón por la que este precepto legal debe reformarse, ordenando que el presunto interdicto sea oído en dicho juicio de interdicción, para que al igual que en el artículo que antecede, se cumpla con su garantía de audiencia y con el debido proceso legal previsto en el artículo 14 de la Carta Magna.

Sexta: Respecto al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, deben reformarse los artículos 902, párrafo segundo, 904, párrafo primero *in fine*, y sus fracciones I, II y IV y 905, fracción II.

1. El artículo 902, párrafo segundo, indica que la declaración de incapacidad por las causas referidas en el artículo 450 del Código Civil puede pedirse por el mismo menor si ha cumplido 16 años, por su cónyuge, por sus progenitores, por sus presuntos herederos legítimos, por su albacea, por el Ministerio Público, por la institución pública o privada que acoja al hijo o hijos del presunto incapaz, razón por la que debe reformarse este artículo en el sentido de que ordene que el citado presunto incapaz pueda pedir también dicha declaración.

2. El artículo 904, párrafo primero *in fine*, que regula el procedimiento para declarar en estado de interdicción a una persona mayor de edad que se encuentre en estado de incapacidad legal prevista en el artículo 450 fracción II del Código Civil para el Distrito Federal, indica que el aludido juicio se seguirá entre el peticionario (cualquiera de los mencionados en el párrafo segundo del artículo 902 mismo código adjetivo) y un tutor interino, y en virtud de que esta disposición legal no provee ningún medio por el cual se satisfaga la garantía de audiencia en favor de la persona que se pretende declarar interdicta, y en consecuencia restringir su capacidad de ejercicio, pues no ordena que se le cite, se le dé vista o emplace desde el inicio del procedimiento de interdicción, para que tenga conocimiento de éste, y pueda estar tanto en aptitud de alegar y probar su lucidez como de hacer valer sus más elementales derechos, motivo por el que debe reformarse el precepto legal en comento, en su mencionado párrafo primero *in fine*, ordenando que en el juicio de interdicción se le dé vista o emplace igualmente y se satisfaga la garantía de audiencia a favor de la persona que se pretende declarar interdicta y restringirle su capacidad de ejercicio, cumpliendo así con el debido proceso legal.

3. De las fracciones I y II del aludido artículo adjetivo 904, se advierte de que una vez admitida la demanda de interdicción ordena el juez familiar que conoce de ese proceso se practique a la persona cuya interdicción se demanda un examen por dos médicos alienistas nombrados por él, para que ante su presencia, de los promoventes y del Ministerio Público, los realice a esa persona y emitan dictamen para acreditar su incapacidad.

La fracción IV del artículo mencionado ordena que una vez dictadas las providencias descritas en la fracción III, el juez ordenará se practique un segundo reconocimiento médico ahora por otros dos peritos médicos diferentes a los que realizaron el primer examen.

Debido a lo expuesto, las referidas fracciones I, II y IV del artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal deben reformarse para que sea solo un reconocimiento médico para los efectos en estos indicados, esto es, únicamente el primer reconocimiento médico y en consecuencia se suprime el segundo reconocimiento médico, lo anterior por economía procesal y por hacer más ágil y sencillo el juicio de interdicción, además por que resultan onerosos los dos diagnósticos médicos ordenados y en consecuencia la actuación por dos veces de los médicos especialistas de las instituciones públicas del Gobierno del Distrito Federal, para emitir en el mismo proceso de interdicción sus respectivos dictámenes de incapacidad.

4. Del artículo adjetivo 905, fracción II, que ordena que el presunto incapacitado será oído en juicio, si él lo pidiera, debe reformarse en el sentido que ordene que el presunto incapacitado sea oído en el juicio de interdicción para que haga valer sus derechos y pueda defenderse por sí mismo, y en consecuencia se cumpla con su garantía de audiencia y con el debido proceso legal previsto en el artículo 14 de la Carta Magna.

VI. FUENTES CONSULTADAS

Bibliografía

- BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *Diccionario Jurídico Temático Derecho Civil*, 1a. ed., Ed. Oxford University Press, México, 2002.
- CÁRDENAS CAMACHO, Alejandro, *Diccionario Civil y de Familia*, voz: "interdicción", Porrúa-UNAM, México, 2004.
- CÁRDENAS MIRANDA, Elva Leonor, *Instrumentos Internacionales en Relación con la Familia y sus Miembros*, 1a. ed., Editorial Porrúa, México, 2011.
- CONTRERAS LÓPEZ, Sandra Raquel, *Derecho Civil para la Familia*, Temas Selectos, 1a. ed., Editorial Porrúa, México, 2014.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil*, parte general Personas. Co-sas. Negocio jurídico e invalidez, 13a. ed., Editorial Porrúa, México, 2013.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, Primer Curso Parte General, Persona, Familia, 11a. ed., Editorial Porrúa, México, 1991.

GÓMEZ FRÖDE, Carina, *Derecho Procesal Familiar*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 2010.

GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 8a. ed., Editorial Harla, México, 1990.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 20a. ed. Aumentada y puesta al día por Raquel Sandra Contreras López, Editorial Porrúa, México, 2014.

JUÁREZ CARRO, Raúl, Editorial, *Compilación Civil del DF*, 25a. ed., enero 2014.

Legislación

Código Civil para el Distrito Federal.

Código De Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley para las Personas con Discapacidad del Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, el 21 de diciembre de 1995.

Tratados y convenios internacionales de los que el Estado mexicano sea parte:

Convención Americana sobre los Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.

Convención Interamericana para la Eliminación de todas formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Fuentes electrónicas

[<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/002398.htm>](http://www.fundacionalzheimer.org.articulodelmes/2011/1. Por Miguel Marín-Padilla, Octubre 2010. Professor Emeritus of Pathology and of Pediatrics.Dartmouth Medical School, Hanover, NH, USA, Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU NIH Inst. Nacional de Salud.</p></div><div data-bbox=)

http://www.sideso.dj.mx/documentos/legislación/ley_7.pdf

<http://sipse.com/mexico/corte-avala-restituir-derechos-a-joven-autista-56661.html>

<http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3297>

<http://eleconomista.com.mx/sociedad/2013/10/17/sentencia-scjn-se-quedan-corta-conapred>

<http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Organización de Naciones Unidas, Lista de signatarios, ratificaciones y adhesiones a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su

Protocolo facultativo, al 3 de agosto de 2008, http://www.un.org/spanish/disabilities/documents/sg/Anexo_A_a_63_264.pdf
http://dof.gob.mx/constitucion/marzo_2014_constitucion.pdf

Jurisprudencia

[TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XI, Marzo de 2000; Pág. 93. INTERDICCIÓN, DILIGENCIAS PREJUDICIALES. EL ARTÍCULO 904 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA, AL NO DAR INTERVENCIÓN AL SEÑALADO COMO INCAPACITADO EN EL PROCEDIMIENTO RELATIVO.

Tesis: II.20.C.351C; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; 9a. Época; 186574 7 de 46 ; Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito; Tomo XVI, Julio de 2002 Pág. 1303; Tesis Aislada (Civil). GARANTÍA DE AUDIENCIA. DEBE RESPETARSE EN EL JUICIO DE INTERDICCIÓN, AUN CUANDO LA LEGISLACIÓN PROCESAL NO LA ESTABLEZCA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

Tesis: I.4o.C.228 C; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Novena Época; 1652332 de 46; Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito; Tomo XXXI, Febrero 2010. Pág. 2866; Tesis Aislada (Civil) INTERDICCIÓN. LAS MEDIDAS ADOPTABLES ANTE SU SOLICITUD PUEDEN TRADUCIRSE EN ACTOS DE PRIVACIÓN. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

TRATADOS INTERNACIONALES SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES, INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

LA TUTELA

INSTITUCIÓN PROTECTORA DE LOS MENORES NO SUJETOS A LA PATRIA POTESTAD Y LOS MAYORES INCAPACITADOS

Hilda Pérez Carbajal y Campuzano



I. INTRODUCCIÓN

Para estar en condiciones de plantear un estudio sociojurídico de la tutela de los mayores incapaces para gobernarse por sí mismos y de los menores de edad no sujetos a la patria potestad es necesario hacer un breve análisis de la capacidad, por su importancia en el tema del presente trabajo.

En el Código Civil para el Distrito Federal no se da un concepto de capacidad, únicamente se señala la incapacidad en el artículo 450 del citado código, que de acuerdo con las reformas publicadas en el *Diario Oficial* del 25 de mayo del 2000, se establece que tienen incapacidad natural y legal los menores de edad y los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismos o por algún medio que la supla.

Del texto anterior se infiere que una persona mayor de edad no siempre goza de la capacidad natural y legal, y se amplían las causas o motivos por los cuales puede considerarse que la persona es incapaz.

En el artículo 450 del Código Civil se señalaba que tienen incapacidad natural y legal, además de los menores de edad, los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos; los sordomudos que no supieren leer ni escribir; los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hicieren uso inmoderado de drogas enervantes. Con las reformas publicadas en el *Diario Oficial* el 23 de julio de 1992, se volvió a modificar el citado precepto legal; se estableció que tienen incapacidad natural y legal los menores de edad y los mayores disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tuvieran intervalos lúcidos, y aquellos que padecieran alguna afección originada por

enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación o la alteración en la inteligencia que esto les provocara no pudieran gobernarse y obligarse por sí mismos o manifestar su voluntad por algún medio.

Como se observa en el texto vigente del referido artículo 450 del Código Civil, no se especifica qué clase de afección física o mental puede padecer el presunto incapacitado, dejando de manera indefinida las causas de incapacidad. Por lo tanto, cuando una persona mayor de edad se encuentra incapacitada al grado de no gobernarse por sí mismo ni manejar sus bienes o tomar decisiones propias, es necesario que se le nombre un tutor o una tutriz, para hacer valer esos derechos en su representación.

Por tal motivo, este trabajo tiene como objeto el estudio de la tutela como una de las instituciones protectoras de los menores cuando no están sujetos a la patria potestad y de los mayores incapacitados.

II. CAPACIDAD

La palabra capacidad proviene del latín *capacitas*, que significa aptitud o suficiencia para algo. Para el jurista Ignacio Galindo Garfias, la capacidad es la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que pueda ejercitar esos derechos y cumplir con sus obligaciones por sí misma.¹

Por su parte, el jurista Rafael Rojina Villegas opina que la capacidad de goce es el atributo esencial o imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas puede faltar en ellas y, sin embargo, existir la personalidad.²

Del concepto de capacidad se desprenden dos clases: la capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

A. CAPACIDAD DE GOCE

La tienen todas las personas, ya que resulta imposible concebir la existencia de un ser humano sin ésta; es un atributo esencial, constante y necesario mientras vive el ser humano. Por ello, la capacidad de goce constituye la posibilidad jurídica de que exista el sujeto de derechos y obligaciones.

¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 1979, p. 384.

² ROJINA VILLEGRAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, 21a. ed., Editorial Porrúa, México, 1986, p. 431.

De manera genérica, puede decirse que la capacidad de goce es un atributo de la personalidad que se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte; de acuerdo con lo estipulado en el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, en virtud de ésta una persona puede ser titular de derechos y obligaciones.

Para Castán Tobeñas, la capacidad es sinónimo de personalidad, pues implica aptitud para derechos y obligaciones, o lo que es igual, para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Esta aptitud se despliega en dos manifestaciones: la aptitud del sujeto para la simple tenencia y goce de los derechos y para el ejercicio de éstos y concluir actos jurídicos. A la primera de estas aptitudes se le designa comúnmente personalidad, capacidad de derecho o capacidad de goce. A la segunda se le denomina capacidad de obrar o capacidad de ejercicio.³

Por su parte, Rafael de Pina estima que personalidad es la aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas; es decir, considera a la personalidad como capacidad jurídica.⁴

Alejandro Ramírez Valenzuela considera, desde el punto de vista jurídico, que ser sujeto de derechos y obligaciones constituye la personalidad del individuo. En razón de lo anterior, se estima que personalidad es sinónimo de capacidad.⁵

No obstante lo manifestado por los autores mencionados, también hay quienes no están de acuerdo en considerar a la personalidad jurídica y a la capacidad de goce como un sinónimo.

Con el propósito de distinguir claramente entre los términos de personalidad y capacidad, se considera que aunque son ideas afines, la primera es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones en general, mientras que la segunda se refiere a derechos y obligaciones determinados.

Para una más clara distinción entre los dos conceptos de personalidad y capacidad de goce, el maestro Galindo Garfias afirma que aunque relacionadas entre sí, la personalidad significa que el sujeto puede actuar en el campo del derecho; es decir, que es la proyección del ser humano en el ámbito de lo jurídico. La personalidad es una mera posibilidad abstracta para actuar

³ CASTÁN TOBEÑAS, José, citado por DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil*, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1990, p. 168.

⁴ DE PINA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Introducción, Personas, Familia, vol. I, 10a. ed., Editorial Porrúa, México, 1980, p. 45.

⁵ RAMÍREZ VALENZUELA, Alejandro, citado por DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa, 6a. ed., México, 1977, p. 46.

como sujeto activo o pasivo, en la gran gama de relaciones jurídicas que puedan presentarse. En cambio, la capacidad de goce se refiere a situaciones jurídicas concretas, de tal manera que sin detrimento de su personalidad una persona puede carecer de capacidad para adquirir un bien determinado. La personalidad es única, indivisa y abstracta. La capacidad de goce es múltiple, diversificada y concreta.⁶

Entre esos criterios podemos mencionar el de Nicolás Coviello, quien considera que la personalidad del ser humano comienza con el nacimiento, que tiene lugar en el instante en que el feto sale completamente del seno materno, aunque no se haya cortado el cordón umbilical; en ese momento puede ser objeto de protección jurídica.⁷

Por su parte, José Maldonado y Fernández del Toro niega la personalidad del concebido, ya que estima que no se le puede tener por nacido, y por ende no puede considerársele como persona.⁸

El grado mínimo de la capacidad de goce existe en el ser concebido pero no nacido, con la condición impuesta en el artículo 337 del Código Civil, que se refiere a que para los efectos legales solo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el juez del Registro Civil. Esta forma, mínima de capacidad de goce, permite al feto ser titular de derechos subjetivos patrimoniales, como lo establecen los artículos 1314, 1391 y 2357 del Código Civil. Así, el *nasciturus* puede ser heredero, legatario y donatario, lo cual implica la adquisición de una serie de derechos reales y de crédito que en su caso estarán también en el patrimonio del titular. También, conforme al artículo 364 del Código citado, el concebido tiene el derecho de ser reconocido, determinando su condición jurídica de hijo legítimo o natural.

De acuerdo con el jurista Rafael Rojina Villegas, el ser concebido no puede tener otra clase de derechos porque su naturaleza se lo impide. También estima que la capacidad de goce del menor es casi equivalente a la capacidad de goce del mayor en pleno uso y goce de sus facultades mentales.⁹ Las limitaciones que los concebidos tienen en el campo jurídico-patrimonial desaparecen en la capacidad alcanzada por los ya nacidos, aun

⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *op. cit.*, p. 390.

⁷ COVIELLO, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, traducción de TENA, Felipe de J., 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 1938, p. 159.

⁸ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORO, José, *La Condición Jurídica del Nasciturus en el Derecho Español*, Madrid, 1946, pp. 200 a 211.

⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, p. 443.

durante su minoría de edad, ya que su capacidad de goce se ve notablemente aumentada.

Finalmente, el grado máximo de capacidad de goce corresponde al mayor de edad en pleno uso de sus facultades mentales y, en general, que no esté sujeto a interdicción por ninguno de los supuestos que se señalan en el artículo 450, fracción II, del Código Civil, pues quienes se encuentren en alguno de esos casos son equiparables a los menores de edad. En nuestra legislación existen casos especiales de limitaciones a la capacidad de goce, como lo son los supuestos a que se refieren los artículos 27 fracciones I, III, 33, 130, párrafo diez de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y artículos 177, 1167, fracción II, 1321, 1323 a 1327, 1314, 1316 a 1343, del Código Civil para el Distrito Federal.

B. CAPACIDAD DE EJERCICIO

La capacidad de ejercicio requiere que las personas tengan el discernimiento para comprender las consecuencias de sus actos. En nuestra legislación, las personas físicas adquieren plenamente la capacidad de ejercicio a los 18 años cumplidos, ya que al llegar a esa edad pueden disponer libremente de sí y de sus bienes y contratar por sí mismas (artículos 647 y 1798 del Código Civil). Antes de llegar a esa edad, los menores ejercen sus derechos y cumplen sus obligaciones por medio de su representante legítimo. Se presume que el menor no tiene el discernimiento necesario para decidir por propia voluntad la realización de actos jurídicos, por lo que se le considera incapaz.

Rafael Rojina Villegas considera que la capacidad de ejercicio supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales, por lo que define brevemente la capacidad de ejercicio como la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, o sea, de hacerlo personalmente.¹⁰

Por su parte, el maestro Raúl Ortiz Urquidi define la capacidad de ejercicio como la aptitud que tienen determinadas personas para hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismas.¹¹

¹⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, p. 445.

¹¹ ORTIZ URQUIDI, Raúl, *Derecho Civil: Parte General*, Editorial Porrúa, México, 1977, p. 297.

De lo anterior se desprende que la capacidad de ejercicio es la aptitud del sujeto para ejercitar derechos y contraer o cumplir obligaciones en forma personal y para comparecer en juicio por derecho propio. Este tipo de capacidad necesariamente supone la de goce, ya que si ésta no existe, tampoco la de ejercicio. Asimismo, cuando el menor ha cumplido diecisésis años, puede pedir la declaración de su estado de minoridad (artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles) y está en posibilidad de designar a su propio tutor dativo y al curador. El juez de lo familiar confirmará la decisión, si no tiene justa causa para reprobarla (artículos 496 y 624 fracción I del Código Civil).

III. LA TUTELA

Se puede definir a la tutela como el conjunto de normas establecidas que persiguen la finalidad de asistir a los incapacitados. La tutela se encuentra regulada en nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, en el título noveno de las personas.

De acuerdo con Valverde y Valverde, la tutela es una protección social para los débiles y un medio de defensa de los menores y de los demás individuos incapaces, no sujetos a la autoridad paterna o que están abandonados o son maltratados, debido a que la razón fundamental de la tutela es el deber de piedad, que tiene su origen en la debilidad o imperfección del ser humano.¹²

La palabra tutela proviene del verbo latino *tueor* que significa defender, proteger.¹³ Al igual que la patria potestad, es un cargo civil de interés público y de ejercicio obligatorio, por tanto la ley lo impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados.

De conformidad con el artículo 449 del Código Civil, el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que al no estar sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela también puede tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley. En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados.

¹² VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho Civil Español*. Derecho de Familia, t. IV, 4a. ed., Editorial Laia, Valladolid, 1938, p. 535.

¹³ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 10a. ed., vol. III, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 1776.

Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades que señala la parte final del artículo 413 del Código Civil, esto es, a las resoluciones que se dicten de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal.

La tutela puede ser testamentaria, legítima, dativa, cautelar y tutela de menores en situación de desamparo.

A. TUTELA TESTAMENTARIA

Es la instituida en testamento por las personas que tienen derecho a hacerlo, esto es, las que se indican en los artículos del 470 al 481 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, a saber, el ascendiente que sobrevive de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad sobre un menor, con inclusión del hijo póstumo, teniendo como efecto el nombramiento de tutor testamentario y excluir del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados, estableciéndose que en el supuesto de que los ascendientes excluidos estuvieren incapacitados o ausentes, la tutela cesará cuando cese el impedimento o se presenten los ascendientes, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente que continúe la tutela.

También cuando una persona deje bienes en su testamento, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad ni bajo la de otro, puede nombrarle un tutor solo para la administración de los bienes que le deje. Y si son varios los menores, podrá nombrárseles un tutor común o conferirse a persona diferente la tutela de cada uno de ellos. Por su parte, el padre o la madre que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción puede nombrarle tutor testamentario si el otro ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela, sin que en ningún otro caso haya lugar a la tutela testamentaria del incapacitado. Siempre que se nombren varios tutores desempeñará la tutela el primer nombrado, a quien sustituirán los demás por el orden de su nombramiento en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción, lo cual no regirá cuando el testador haya establecido el orden en que los tutores deban sucederse en el desempeño de la tutela.

Asimismo, deben observarse todas las reglas, limitaciones y condiciones impuestas por el testador para la administración de la tutela que no sean contrarias a las leyes, a no ser que el juez, oyendo al tutor y al curador, las estime dañosas a los menores, en cuyo caso podrá dispensarlas o modificarlas.

Si faltare temporalmente el tutor testamentario, por algún nombramiento condicional de tutor, o por algún otro motivo, el Juez de lo Familiar deberá proveer de tutor interino al menor conforme a las reglas generales

sobre nombramiento de tutores; el adoptante que ejerza la patria potestad puede nombrar tutor testamentario a su hijo adoptivo.

B. TUTELA LEGÍTIMA

La tutela legítima tiene lugar cuando no haya quién ejerza la patria potestad ni tutor testamentario, y en el caso de que deba nombrarse tutor a causa de divorcio, la ley llama al ejercicio de la tutela a determinadas personas que representen al incapaz, es decir, a los hermanos, prefiriéndose a quienes lo sean por ambas líneas. Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive; si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo, pero si el menor hubiere cumplido diecisésis años, él mismo hará la elección.

En primer lugar deben desempeñar el cargo de la tutela el cónyuge o la cónyuge, según el caso, pues entre ellos existe un parentesco por afinidad, ya que no es consanguíneo. En efecto, en los artículos 466 y 486 del Código Civil citado claramente se estipula que el cónyuge tendrá obligación de desempeñar el cargo de tutor mientras conserve su carácter de cónyuge, correspondiendo la tutela del cónyuge declarado en estado de interdicción, legítima y forzosamente al otro cónyuge. Cuando no existe cónyuge, son los hijos mayores de edad los tutores legítimos de su padre o madre soltero, prefiriéndose entre los hijos quien viva en compañía del padre o de la madre, y de entre los hijos que se encuentren en esa misma situación, el juez elegirá al que considere más apto. También se toman a los padres como tutores de sus hijos solteros, cuando éstos no tengan hijos mayores de edad que puedan desempeñar el cargo de tutela. En el caso de que no exista ninguna de estas personas con obligación a ejercer la tutela, se llaman sucesivamente a los abuelos, hermanos y demás colaterales hasta el cuarto grado, como lo son primos hermanos, sobrinos y tíos del incapacitado (artículos 486 a 490 del Código Civil vigente).

En esta jerarquía, los parientes y familiares más cercanos excluyen a los siguientes en grado, aun cuando no siempre esta regla resulta la más idónea, pues en el caso del cónyuge o la cónyuge del incapacitado en ocasiones éste no tiene el interés, la dedicación o el cariño que se requiere para cuidar y atender a su cónyuge incapacitado, como lo harían los padres, hijos o hermanos de éste en el caso de que se encuentren con vida. Por esta razón se considera que la regla que impone al cónyuge como tutor forzoso del cónyuge incapaz debe desaparecer, para que el juzgador según las circunstancias del caso

y las pruebas que se ofrezcan pueda decidir, de acuerdo con el interés superior del incapaz, quién debe cuidarlo y ejercer el cargo de tutela.

La falta temporal del tutor legítimo debe suplirse con el nombramiento de tutor en forma temporal de las personas señaladas en los artículos del 482 al 485 del Código Civil para el Distrito Federal, lo que da lugar a la tutela dativa.

C. TUTELA DATIVA

La tutela dativa tiene lugar cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien le corresponda la tutela legítima y se caracteriza por que es subsidiaria de los otros tipos de tutela. El menor, si ha cumplido los dieciséis años, se asigna el tutor dativo; este nombramiento debe confirmarlo el Juez de lo Familiar, como se dispone en los artículos 495 a 502 del Código Civil.

D. TUTELA CAUTELAR

Con fecha del 15 de mayo de 2007, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal la reforma que adicionó los artículos 469 bis al 469 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal, en los cuales se regula la nueva figura jurídica de la tutela cautelar, que tiene por objeto que toda persona capaz pueda prever su futuro a fin de nombrar un tutor para el supuesto de que llegue a estar incapacitada física o mentalmente para gobernarse por sí mismo, esto es, que llegue a estar en alguno de los supuestos que se establecen en el artículo 450 del Código Civil.

Esta tutela cautelar también tendrá por cometido la guarda de la persona y la administración de sus bienes, pero por un tutor designado previamente por la persona que en un futuro pudiera llegar a estar incapacitada, a efecto de no quedar sujeto al sistema tutelar establecido por la ley, tomando en cuenta la autonomía de la voluntad.

Para que proceda la tutela cautelar es necesario que se decrete previamente el estado de interdicción del otorgante de ésta.

La tutela cautelar únicamente puede otorgarse ante notario público y se hará constar en escritura pública, debiendo el notario agregar un certificado médico expedido por perito en materia de psiquiatría en el que se haga constar que el otorgante se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales y en plena capacidad de autogobernarse; este acto es revocable en cualquier tiempo y momento, con la misma formalidad. En caso de muerte, incapacidad, excusa, remoción, no aceptación o relevo del cargo del tutor designado, desempeñará la tutela quien o quienes sean sustitutos, en

términos de lo estipulado en el artículo 469 TER del Código Civil del Distrito Federal.

En la escritura pública donde se haga constar la designación del tutor cautelar se expresarán las facultades u obligaciones del tutor, que consistirán en que el tutor tome decisiones convenientes sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado y que el tutor tendrá derecho a una retribución en los términos que se establezcan en el Código Civil, o bien como lo designe el otorgante de la tutela cautelar, quien también deberá nombrar curador y los sustitutos tanto del tutor como del curador. El Juez de lo Familiar podrá modificar las reglas establecidas por el otorgante de la tutela, oyendo la opinión del Consejo Local de Tutelas.

También se establece como sanción para el tutor que se excuse de ejercer esta tutela, perder todo derecho a lo que le hubiere dejado el incapaz en su testamento (artículos 269 Quáter y 269 Quintus del Código Civil en mención).

Este tipo de tutela, también llamada *ad-cautelam* o voluntaria, es una innovación que se considera benéfica, tomando en cuenta que las personas en pleno ejercicio de sus derechos tienen la posibilidad de designar a quien consideren más idónea para protegerlas y administrar sus bienes, en el supuesto de que padezcan con posterioridad una incapacidad, excluyendo a quien debiera ser su tutor legal, pues no siempre las personas señaladas en la ley son las más preparadas para ejercer la tutela de un incapacitado.

E. TUTELA DE MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

La tutela de menores en situación de desamparo es la impuesta por la ley a la persona física o moral que haya acogido al menor que ha sido abandonado o expuesto a su suerte por las personas que legalmente les corresponde protegerlo, como son los padres, abuelos y demás parientes dentro del cuarto grado. La persona física o institución que haya acogido a los menores tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 492 del Código Civil.

Se entiende por expósito al menor en situación de desamparo, y cuando se desconozca o no pueda determinarse su origen, se considerará como abandonado.

El acogimiento consiste en admitir, recibir y atender a un menor por estar desamparado, desvalido y sin protección, a quien se le brinda refugio, abrigo y se le proporciona alimento. Las personas que acogen a un menor

tienen derecho a que se les prefiera para ejercer la tutela y deben dar aviso al Ministerio Público Especializado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al inicio del acogimiento y previos trámites necesarios, si no se pondrá al menor bajo el cuidado y atención del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, teniendo la obligación de ejercer la tutela de acuerdo con las facultades, obligaciones y restricciones establecidas en la ley.

Los responsables de las casas de asistencia privada u organizaciones civiles previamente autorizadas donde se reciban menores en situación de desamparo desempeñarán la tutela de éstos. Tratándose de violencia familiar, solo tendrán los cuidados y atención de los menores hasta en tanto se defina la situación legal de los menores (artículos 493 y 494-A del Código Civil para el Distrito Federal).

Lamentablemente, en nuestro país miles de niños se encuentran abandonados y expuestos; diariamente se ven en las calles, sin que las autoridades no solo del Distrito Federal, sino también de todos los estados de la República y las autoridades federales hagan algo, cuando de acuerdo con el artículo 40. Constitucional tienen la obligación de protegerlos.

IV. EXTINCIÓN DE LA TUTELA

Tanto la tutela testamentaria, la legítima, la dativa y la cautelar se extinguirán cuando desaparece la incapacidad por muerte del incapaz o porque haya sido sustituida por la patria potestad (artículo 606 del Código Civil).

Una vez concluida la tutela, el tutor está obligado a entregar los bienes del incapacitado y todos los documentos que le pertenezcan de acuerdo con el último balance presentado; el Juez de lo Familiar será el responsable de los daños y perjuicios que se causen a los incapaces. Lo mismo acontece con los curadores, y en cuanto al Consejo Local de Tutelas y al Ministerio Público, están sujetos a la responsabilidad que su atribución les impone.

Cuando el interdicto se haya recuperado de su incapacidad, se deberá promover nuevo juicio, con el objeto de que cese la interdicción; se seguirán las mismas reglas para el juicio de la declaración de interdicción.

Una vez concluida la tutela, el tutor está obligado a entregar los bienes del incapacitado y todos los documentos que le pertenezcan de acuerdo con el último balance presentado; el Juez de lo Familiar será el responsable de los daños y perjuicios que se causen a los incapaces. Lo mismo acontece con los curadores, y en cuanto al Consejo Local de Tutelas y al Ministerio Público, están sujetos a la responsabilidad que su atribución les impone.

Debe hacerse notar que actualmente el objeto fundamental de la tutela es la protección de los incapaces, así como el cuidado de las personas y de los bienes de los que no están sujetos a la patria potestad. Sin embargo, la ley contempla excepciones al cargo de tutor y toma en cuenta causas que dan lugar a la inhabilidad, a la separación y la excusa en el desempeño de la tutela.

A. PERSONAS INHÁBILES PARA DESEMPEÑAR LA TUTELA

Por lo que respecta a las personas inhábiles, la ley las enumera en los artículos 503 y 505 del Código Civil vigente. Establece que no pueden ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo, los menores de edad, los mayores de edad que se encuentren bajo tutela, los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal respecto de la persona o en la administración de los bienes del incapacitado, los que por sentencia que cause ejecutoria hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo, el que haya sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso, los que no tengan un modo honesto de vivir, los que al deferirse la tutela tengan pleito pendiente con el incapacitado, los deudores del incapacitado, en cantidad considerable, a juicio del juez, a no ser que quien nombre tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda declarándolo expresamente al hacer el nombramiento; los jueces, magistrado y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia o del Consejo Local de Tutelas; el que no esté domiciliado en el lugar en que deba ejercer la tutela; los servidores públicos que por razón de sus funciones tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto; el que padezca enfermedad que le impida el ejercicio adecuado de la tutela; y los demás a quienes se lo prohíba la ley.

A. PERSONAS QUE DEBEN SER SEPARADAS DE LA TUTELA

Cuando se averigüe la incapacidad del tutor incluso después de haber aceptado el cargo y cuando no cumpla con sus obligaciones, debe ser separado del cargo de tutor, tal como se estipula en el artículo 504 del Código Civil vigente.

Puede separarse a las personas del cargo de tutela en los casos siguientes: los que sin haber caucionado su manejo conforme a la ley ejerzan la administración de la tutela, los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona o de la administración de los bienes

del incapacitado; los tutores que no exhiban los certificados médicos ni rindan sus informes y cuentas de acuerdo con los términos fijados en los artículos 544 bis., 547 y 590 del Código Civil; los comprendidos en el artículo 503 del código a que se ha hecho mención; el tutor que se encuentre en el caso previsto en el artículo 159; el tutor que permanezca ausente durante más de tres meses del lugar en que debe desempeñar la tutela; y el tutor que ejerza violencia familiar o cometa delito doloso en contra de la persona sujeta a tutela.

C. EXCUSAS DE LOS TUTORES

De igual forma, en el artículo 511 del referido código se señalan las causas por las cuales las personas que han sido designadas para ejercer el cargo de tutor pueden excusarse de serlo: por tratarse de servidores públicos, por ser militares en servicio activo, los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes; los que por su situación socioeconómica no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia, los que por mal estado habitual de su salud no puedan atender debidamente la tutela, los que tengan sesenta años cumplidos, los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría y los que por su inexperience en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela. Por otra parte, el artículo 517 de dicho ordenamiento sanciona a los designados cuando su excusa es desechada o sin motivo justo no desempeña la tutela, ya que se pierde el derecho que tengan para heredar al incapacitado que muera intestado y son responsables de los daños y perjuicios que por su renuncia hayan sobrevenido al incapacitado. Igual sanción se aplica a las personas a quien corresponda la tutela legítima, si habiendo sido debidamente citado no se presenta ante el juez manifestando su parentesco con el incapaz.

V. DESEMPEÑO DE LA TUTELA

En cuanto al desempeño de la tutela, en los artículos 454 y 455 del Código Civil se dispone que se llevará a cabo por el tutor con intervención del curador, del juez de lo familiar, del Consejo Local de Tutelas y del Ministerio Público, y que ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor y un curador definitivos. Sin embargo, existe una excepción a este principio y se encuentra en el artículo 457 del Código Civil; señala que si los

intereses de alguno o algunos incapaces sujetos a la misma tutela fueren opuestos, el tutor se lo hará saber al juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces, mientras se decide el punto de oposición. También, todas las personas sujetas a tutela tendrán un curador, excepto en los casos de expósitos de huérfanos y menores acogidos, tal como se establece en el artículo 618 del Código Civil en relación con los artículos 492 y 500 del mismo ordenamiento, en los que esencialmente se establece que la ley coloca a los expósitos y abandonados bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores, por lo que los menores que no estén sujetos a la patria potestad ni a la tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes, se les nombrará tutor dativo, que solo tendrá como obligación cuidar de la persona del menor, a efecto de que reciba la educación y asistencia que requiera.

Se hace notar que ninguna tutela puede constituirse si antes no se ha declarado el estado de minoridad o incapacidad de la persona, y puede pedirse por el mismo menor si ha cumplido dieciséis años, por el cónyuge, por sus presuntos herederos legítimos, por el albacea o por el ministerio público. En este caso, el tutor debe manifestar si acepta o no el cargo dentro de los cinco días que sigan a la notificación de su nombramiento y debe prestar las garantías que exige la ley para que sea discernido su cargo, consistente en hipoteca, prenda o fianza. Se exceptúan de dar estas garantías los tutores testamentarios, cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador. Entre los tutores que no están obligados a garantizar su manejo, se encuentra el que no administre bienes; el padre, la madre y los abuelos, en los casos en que conforme a la ley son llamados a desempeñar la tutela de sus descendientes, salvo cuando la tutela del incapacitado recaiga en el cónyuge, en los ascendientes o en los hijos, que no están obligados a dar garantía; y los que acojan a un expósito, lo alimenten y eduquen convenientemente durante más de 10 años, a no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él (artículos 520 y 523 del Código Civil).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 909 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en los juzgados de lo Familiar, bajo el cuidado y responsabilidad del juez y a disposición del Consejo de Tutelas, habrá un registro en el que se pondrá testimonio simple de todos los discernimientos que se hicieran de los cargos de tutor y curador.

Otra de las obligaciones del tutor es, fundamentalmente, la de rendir cuentas, tal como lo establece la ley en los artículos 590 al 605 del Código Civil.

A. CURADOR

El curador es la persona que va a vigilar el desempeño del tutor. Las obligaciones del curador consisten en defender los derechos del incapacitado, en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor. También debe vigilar la conducta del tutor y dar a conocimiento del juez todo aquello que considere puede ser dañoso para el incapacitado. Debe dar aviso al juez para que se haga el nombramiento de tutor cuando éste faltare o abandonare la tutela. Finalmente, debe cumplir las demás obligaciones que la ley señale (artículo 626 del Código Civil).

De este precepto legal se desprende que son dos las funciones del curador, sustentar los derechos del incapaz en juicio y fuera de él, siempre y cuando estén en oposición con los intereses del tutor, y vigilar, fiscalizar y cuidar de la adecuada administración del tutor, facultándolo para comunicar al juez de lo familiar las irregularidades que observe en la gestión del tutor que afecte a la persona o intereses del incapacitado.

B. CONSEJO LOCAL DE TUTELAS

El Consejo Local de Tutelas es un órgano de vigilancia e información compuesto por un presidente y de vocales, nombrados por el Departamento del Distrito Federal. Sus funciones concretas las enumera el artículo 632 del Código Civil vigente, determinar que deben ejercer una sobrevigilancia de los actos que realiza el tutor para impedir la violación de deberes, ya que deben formar y remitir a los Jueces de lo Familiar una lista de las personas de la localidad que puedan desempeñar la tutela, para que entre ellas se nombren los tutores y curadores, cuando corresponda, siempre y cuando tengan aptitud legal y moralidad. Además, deben velar por que los tutores cumplan con sus deberes, sobre todo respecto a la educación y asistencia, debiendo dar aviso de las faltas u omisiones que notare; deben avisar al Juez de lo Familiar cuando tenga conocimiento de que los bienes de un incapacitado están en peligro, a fin de que se dicten las medidas correspondientes; deben investigar y poner en conocimiento del Juez de lo Familiar qué incapacitados carecen de tutor, para que se hagan los nombramientos de tutor; también deben cuidar que los tutores destinen los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades y a su rehabilitación derivadas de éstas o del consumo no terapéutico de sustancias lícitas a que hace referencia la Ley General de Salud, y las lícitas no destinadas a ese fin que produzcan efectos psicotrópicos; y a vigilar el registro de tutelas para que sea llevado debidamente.

VI. CONCLUSIONES

Primera: La tutela como institución se crea con el objeto de que se ejerza sobre los menores cuando falte quien tenga la patria potestad y tratándose de mayores de edad incapacitados, a quienes se les ha declarado judicialmente en estado de interdicción.

Segunda: Se ha considerado que la tutela es una restricción a la libertad de los individuos, y se sujeta a ésta la persona que de manera evidente tenga la necesidad de que sea representada para no ser privada del ejercicio de sus derechos civiles.

Tercera: En el Código Civil para el Distrito Federal se debe establecer de manera más clara y detallada las causas de incapacidad, toda vez que en el texto actual del artículo 450 del Código Civil se establece en forma vaga y muy generalizada que la incapacidad se origina por causa de enfermedad reversible o irreversible o por un estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, que provoquen que el sujeto no pueda gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismo. Lo anterior podría quedar a criterio de los peritos médicos que se nombraran para determinar el estado de incapacidad de una persona, sin bases científicas y con alto grado de discrecionalidad, pues incluso se señala el estado emocional o intelectual de una persona, lo cual puede calificarse de manera muy subjetiva.

Cuarta: En el caso de la tutela forzosa para el cónyuge o la cónyuge del incapacitado, en ocasiones éste no tiene el interés, la dedicación o el cariño que se requiere para cuidar y atender a su cónyuge incapacitado, como lo harían los padres, hijos o hermanos de éste en el caso de que se encuentren con vida. Por esta razón se considera que la regla que impone al cónyuge como tutor forzoso del cónyuge incapaz debe desaparecer, para que el juzgador según las circunstancias del caso y las pruebas que se ofrezcan pueda decidir de acuerdo con el interés superior del incapaz, quién debe cuidarlo y ejercer el cargo de tutela.

Quinta: Los responsables de las casas de asistencia privada u organizaciones civiles previamente autorizadas donde se reciban menores en situación de desamparo desempeñarán la tutela de éstos.

Sexta: Lamentablemente, en nuestro país miles de niños se encuentran abandonados y expuestos; diariamente se ven en las calles, sin que las autoridades no solo del Distrito Federal, sino también de todos los estados del país y las autoridades federales hagan algo, cuando de acuerdo con el artículo 4o. Constitucional tienen la obligación de protegerlos.

Séptima: La tutela cautelar es una nueva forma de protección de los mayores incapacitados, con la gran ventaja de que la persona cuando se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales puede decidir quién es el más idóneo para cuidar de su persona y administrar sus bienes, en el supuesto de que llegue a ser declarado judicialmente en estado de interdicción.

Octava: Se estima que esta clase de tutela debe ser regulada en los demás estados de la República, tomando en cuenta que representa un gran avance en la seguridad de las personas que pudieran llegar a caer en alguna incapacidad que les impidiera gobernarse por sí mismas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CASTÁN TOBEÑAS, José, citado por DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1990.
- COVIELLO, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, traducción de TENA, Felipe de J., 3a. ed., Editorial Porrúa, México 1938.
- DE PINA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. Introducción, Personas, Familia, vol. I, 10a. ed., Editorial Porrúa, México, 1980.
- Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 10a. ed., vol. III, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 1776.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 1979.
- MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORO, José, *La Condición Jurídica del Nasciturus en el Derecho Español*, Madrid, 1946.
- ORTIZ URQUIDI, Raúl, *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Porrúa, México, 1977.
- RAMÍREZ VALENZUELA, Alejandro, citado por DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa, 6a. ed., México, 1977, p. 46.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, 21a. ed., Editorial Porrúa, México, 1986.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho Civil Español*. Derecho de Familia, t. IV, 4a. ed., Editorial Laia, Valladolid, 1938.

EL CÓNYUGE INOCENTE ANTE EL DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA

Miguel Ángel Rublúo C. Islas



Recuerdo una plática entre dos ilustres maestros expertos en materia familiar, Iván Lagunes Pérez y Manuel Chávez Asencio, en un restaurante de la colonia Del Valle de esta capital, doliéndose ambos de las reformas que sufrió en materia de familia nuestro Código Civil para el Distrito Federal en el 2000 —sin imaginar que sería peor el daño con esta figura conocida por el pueblo como “divorcio express”—, a partir de las cuales los capitalinos hemos venido padeciendo verdaderas afrentas a la organización jurídica familiar, una de las más infames es la bofetada —valga la expresión— asentada por el legislador en 2008 con el divorcio sin expresión de causa que solo obedeció a intereses privados, ambiciosos económicamente hablando para obtener cargos públicos y otros beneficios derivados de la ocupación de puestos bien remunerados dentro de los tres poderes gubernamentales, a través de la obtención de votos, promoviendo sin ética y sin conocimientos elementales del derecho para la familia este tipo de leyes, sin darse cuenta del daño que ocasionan a las familias capitalinas y que desgraciadamente ahora ha sido casi copiada en el Estado de México, en donde se acostumbra remediar lo que va haciendo el Distrito Federal. Esta idea encuentra apoyo en normas que se suponían inquebrantables, es decir, atendiendo a que la institución matrimonial es de orden público y de que se trata de un acto jurídico bilateral en donde se contempla la voluntad de los consortes para contraerlo con todos los deberes y facultades que implica, razón por la cual resulta evidente que el cumplimiento de sus normas no puede dejarse al arbitrio de cualquiera de los celebrantes. Sin embargo, al haber desaparecido las causales a que se refería el artículo 267 del Código Civil antes de la reforma indicada, que daba oportunidad a un cónyuge inocente de defenderse y acreditar cualquier conducta injusta de la cual era víctima respecto de su cónyuge, ahora resulta una verdadera tapadera de infamias incluyendo adulterios, abusos económicos, alcoholismo, drogadicción, malos tratos,

incumplimiento de obligaciones alimentarias, etc., que el legislador ha creado para cobijar todas estas conductas inadecuadas a los cónyuges que aprovechando esta injusta norma (actual artículo 267 del Código Civil) cínicamente y sin ninguna responsabilidad por sus actos bárbaros promueven unilateralmente el divorcio de un cónyuge que puede ser inocente y que habrá además de conformarse gústete o no y sin ninguna defensa con la sentencia que el juez tiene que dictar disolviendo el vínculo matrimonial, presentándose situaciones tan incómodas. Por ejemplo, la convivencia dentro de un hogar que fue el conyugal de dos personas ya divorciadas y que por lo tanto pueden tener otra relación íntima dentro del mismo domicilio sin respeto ni recato de ninguna naturaleza por haberse roto el matrimonio de quienes ahí aún viven sin que importen los hijos porque ninguno de los dos cónyuges desean salirse, y aunque existe una disposición que faculta al juzgador familiar para determinar quién de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar, es indudable que en la práctica esto demora muchísimo tiempo o no se produce, con los problemas consiguientes. Esto y otras cuestiones incómodas que no viene al caso señalar, porque la finalidad del presente ensayo es la de sugerir algunas formas de defensa que aún puede esgrimir un cónyuge inocente al tener que promover o contestar una solicitud de divorcio.

Cuando se emplaza a un procedimiento de divorcio incausado, se piensa que es inminente porque así lo expresan los artículos 266, 267 y 287 del Código Civil para el Distrito Federal, y el artículo 4.89 del Código Civil en el Estado de México, y así es puesto que al haberlo dispuesto los legisladores tendrá que ser cumplido por los imparciones de justicia competentes, siendo que los incompetentes generadores de leyes absurdas así se los han impuesto y solo a través de un amparo contra leyes podrían ser rescatados los derechos de los cónyuges victimados, o bien encontrando salidas por puertas que se han dejado abiertas no en forma previsible o voluntaria, sino por olvidos, toda vez que se sigue hablando de adulterio no obstante que ha desaparecido como causal. También existen figuras como el enriquecimiento ilegítimo, el daño moral, revocación de las donaciones entre consortes, etc., situación que permite a los abogados postulantes ejercer derechos al momento de presentar una solicitud de divorcio, o bien al dar contestación. Esto es así porque en una parte de la exposición de motivos en el caso del legislador del Distrito Federal encaminada a reformar el artículo 685 Bis del Código de Procedimientos Civiles el cual permitía recurrir resoluciones dictadas en algún incidente relacionada con los convenios presentados, aclarando que la resolución que declara la disolución del vínculo matrimonial es inapelable y que al exponer los motivos para su reforma se considera la

imprecisión de dicho numeral por haberse "...interpretado que una vez disuelto el vínculo matrimonial ya no pueden impugnarse los asuntos derivados de dicha resolución y que resultan fundamentales, ya que versan sobre la distribución de bienes, pago indemnizatorio, alimentos, guarda y custodia de los hijos, convivencias, daño moral, etc.". Situación que fue estudiada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis sustentadas por el Cuarto y el Séptimo Tribunales Colegiados, ambos en materia civil del Primer Circuito y que produjo la jurisprudencia del rubro "DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA, LOS AUTOS Y LA SENTENCIA EMITIDOS DESPUÉS DE DECRETADA LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL SON RECURRIBLES".

En este orden de ideas, es recomendable para los cónyuges que sientan que son víctimas actuar demandando o defendiéndose al contestar una solicitud de divorcio de esta naturaleza (incausado), toda vez que pueden hacer valer algún derecho que les beneficie para exigirlo como consecuencia de una conducta inapropiada del cónyuge solapado por el legislador, quien le permite romper un compromiso porque ¡le viene en gana!, vágasele la expresión, y como así se lo permite la ley se burla de su consorte, de su propia familia y de la sociedad que le rodea, pues a sabiendas de su infame conducta llámesele adulterio, irresponsable con sus obligaciones alimentarias, agresor físico o emocional, ebrio consuetudinario, etc., se siente cobijado por esta ley de divorcio sin expresión de causa o sea, en otras palabras, "rajarse" unilateralmente como lo he mencionado anteriormente. Así se les permite ahora a nuestros "representantes" cometer esa y otras barbaridades, pues ha sido siempre un principio universal de derecho que cuando hay dos o más voluntades no puede quedar al arbitrio de una sola de ellas la toma de decisiones y visto como una excepción a la regla, al perjudicar a cualquiera de las partes celebrantes del acto jurídico matrimonial, no puede caber dentro de ninguna excepción.

Dentro de los hechos que se vayan elaborando en una petición de divorcio de esta naturaleza, o al contestar los relativos contenidos en una promoción de esta clase, se debe hacer mención no como causa de divorcio porque eso ya desapareció, pero sí como una razón lógica jurídica para apoyar alguna cláusula sugerida en el convenio correspondiente la causa generadora de la petición ahí expresada. Es decir, que si exigimos el pago de una cantidad de dinero por daño moral ocasionado dentro de la vida conyugal, ya sea por un adulterio, por una injuria grave, por una violencia psicoemocional que haya afectado a la persona del cónyuge victimado en sus sentimientos, afectos, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración o aspectos físicos o en la consideración que de él tengan los demás, puede con apoyo en el

artículo 1916 del Código Civil hacer valer este derecho para que el juzgador se pronuncie al respecto de alguna manera y sea observado desde el momento de la presentación de la solicitud de divorcio o la contestación a la presentada por el cónyuge malvado. Pero no solo eso, también podemos incluir dentro de los hechos y cláusulas del convenio obligatorio la figura denominada enriquecimiento ilegítimo a que se refiere el artículo 1882 del Código Civil, se señala aquí que quien “... sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido”, o sea, cuando un cónyuge encajoso se aprovecha del “talento” del legislador que creó la fracción VI del artículo 267 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, que entre otras cosas señala: “...a que tendrá derecho el cónyuge que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar...”, refiriéndose al régimen patrimonial de separación de bienes, otorgándole al cónyuge que reúna el requisito para obtener la compensación mencionada haber sido prácticamente ama de casa solamente, perjudicando a todas la mujeres que aparte de llevar la pesadísima carga del hogar con o sin hijos trabajan para obtener un ingreso, aplicándolo a su hogar beneficiándose por tal virtud el cónyuge victimario, quien en muchas ocasiones no contribuye con la obligación alimentaria a su cargo. O bien adquiere un patrimonio que puede ser desde un automóvil hasta un inmueble, pues por reunir los requisitos para obtener un crédito bancario o ante el INFONAVIT adquiere bienes de esta naturaleza que quedan a su nombre, pero que realmente están siendo pagados por la mujer, sin que ésta pueda tener comprobantes por actuar de buena fe, ingresos que otorga por también encontrarse laborando y por esta calidad el “ingenioso” legislador le quita la posibilidad de reclamar la compensación referida en la fracción VI del dispositivo legal últimamente citado, o bien pudo haberlo puesto (el bien adquirido) a nombre de un tercero, llámesele hermano, madre, tío, etc. Y en este capítulo de enriquecimiento ilegítimo, al cual me vengo refiriendo, podemos encontrar el caso exacto de invocar a favor de un cónyuge victimado para que lo haga valer materializándolo dentro de una cláusula específica contenida en el convenio que va a presentarle al Juez Familiar, debiendo desde luego anexar las pruebas con las que cuente, es decir testimoniales, documentales, periciales, fotografías, copias fotostáticas y demás elementos referidos en el Código Procesal Civil para que de esta manera el juez lo considere en la tramitación incidental que corresponde para obtener la aprobación de un convenio que encuentra apoyo jurídico en las disposiciones legales citadas a través de la incidencia procedente o una transacción si el cónyuge encajoso tiene algo de escrúpulos.

Otro problema que se presenta a menudo deriva de la mala fe de una cónyuge (aunque también puede darse en el caso de un varón) a quien su esposo le obsequia un inmueble, es decir, que se lo está donando, pues quien lo paga de su peculio es el marido y cuando se está casado por el régimen patrimonial de separación de bienes le hace una donación entre consortes, debiendo materializarse dentro de uno de los hechos de la solicitud de divorcio o respuesta dada a una de esta naturaleza el artículo 233 en relación al 228 del Código Civil que se refiere precisamente a: "...el donatario realiza conductas de adulterio, violencia familiar, abandono de las obligaciones alimentarias u otras que sean graves a juicio del Juez de lo Familiar...". Se observa que dichas causas aún subsisten y que pueden ser aprovechadas en beneficio de las víctimas del legislador, toda vez que indudablemente existió una simulación u omisión de la celebración de tal acto jurídico como lo es la donación, pues generalmente la ocultan y solo hacen aparecer una compraventa, pero que de los hechos que se van a narrar dentro de un divorcio sin expresión de causa se podrán hacer valer, primero, exponiéndolos, posteriormente incluyendo en el convenio exigido por el numeral 267 del Código Civil para el Distrito Federal una cláusula mediante la cual se revoque la escritura de compraventa del inmueble que se regaló o donó a la cónyuge perversa (aquí generalmente la mujer), encontrando apoyo en los dispositivos legales antes citados, acompañando desde luego las probanzas necesarias, como pueden ser los pagos realizados a través de títulos de crédito con cuentas bancarias a nombre del donante, probar que la esposa encajosa no contaba con dinero para hacer tal operación, testigos, etc., para acreditar las circunstancias que rodearon tal acto jurídico que debe ser revocado en beneficio del cónyuge inocente cuando fue víctima de una conducta como las enumeradas anteriormente.

Ahora bien, también cuando el régimen patrimonial fue contraído en sociedad conyugal, se puede accionar en los divorcios incausados, y es necesario porque en muchas ocasiones nada se adquirió por el cónyuge que actúa de mala fe, encontrando que aparentemente no existen bienes, pudiéndose también exigir la repartición del producto del trabajo que sin duda alguna debe formar parte del patrimonio de la sociedad conyugal a extinguir y liquidar en su momento, porque significa un ahorro que se va produciendo para adquirir bienes muebles o inmuebles a disfrutar por los consortes. Sin embargo, se observa generalmente la actitud burlona cuando se afirma que no existieron bienes adquiridos, y por lo tanto no se consideran en el convenio, mas la habilidad del abogado que representa al cónyuge victimado puede demostrar cuáles fueron los ingresos del cónyuge perverso desde que contrajo matrimonio con su contraparte y aceptando

que cumplió con su obligación alimentaria, el sobrante lo debió haber invertido o guardado, con el interés consiguiente, para en su momento rendirle cuentas a su cónyuge y hacer la división de las sumas obtenidas que en muchos años llegan a ser cifras millonarias o cuando menos importantes para los interesados, pero que se permite su dilapidación al no serles reclamadas las cuentas y repartición de los excedentes que corresponden al cincuenta por ciento a cada uno de los esposos en conflicto. Por consiguiente, también en los hechos de la solicitud de divorcio incausado o contestación de la demanda deberán incluirse, así como en la cláusula correspondiente al convenio que se presente, apoyado en pruebas derivadas de los trabajos que tuvo el pillo que se gastó el dinero íntegramente sin guardarle su porción a su cónyuge y de esta manera lograr una justa sentencia que especialmente se producirá en el incidente de liquidación de la sociedad conyugal. En algunas ocasiones se han adquirido bienes a lo largo de la sociedad conyugal, pero se han vendido por uno de los cónyuges sin que se le haya dado su participación al otro, existiendo huella de tal propiedad y que deben ser incluidos en las rendiciones de cuentas correspondientes para que no quede burlado este derecho que tiene uno de los cónyuges inocentes frente a estas injusticias, debiendo recordarse con especial cuidado que entre cónyuges la prescripción no corre como lo estipulan los artículos 177 y fracción II del 1167, ambos del Código Civil.

Iván Lagunes Pérez afirma que, siendo el derecho dinámico, tendrían que aprovecharse sus normas para a partir de estas dar nacimiento a soluciones aún no contempladas y crear con ello remedios a los problemas que se van presentando. Cuánta razón tenía el maestro (en toda la extensión de la palabra) al darnos estas enseñanzas, motivo por el cual después de haber hecho estas reflexiones con la finalidad de que se den opciones a los cónyuges inocentes para que puedan hacer valer sus derechos, pues con estas nuevas leyes se han vuelto nugatorios cuando de manera unilateral se permite que los sinvergüenzas rompan un compromiso conocido con una frase singular, es decir, “hasta que la muerte los separe”, toda vez que el Código Civil aún utiliza el término “cónyuge inocente” (ver fracción III del artículo 198 del Código Civil vigente en el Distrito Federal). Atento a lo anterior, invitamos a toda persona que pueda defender la institución matrimonial a utilizar este tipo de armas en beneficio de las víctimas, que son verdaderos “mártires del matrimonio civil”.

REFLEXIONES ACERCA DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LOS CONVIVIENTES EN EL DISTRITO FEDERAL

José Antonio Sánchez Barroso



I. INTRODUCCIÓN

El 16 de noviembre de 2006 se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* (GODF) el Decreto por el que se expide la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal (LSCDF), la cual es producto de un proceso de lucha social de diversas organizaciones de personas homosexuales incoado en nuestro país a finales de los años setentas.

En 1979 se realizó en la capital del país la primera manifestación pública de hombres y mujeres homosexuales, con el propósito de mostrarse ante la sociedad mexicana como nunca lo habían hecho y desterrar de una vez por todas las ideas de depravación, vicio y conductas antisociales con las que eran asociados. Al año siguiente se convocó a la misma manifestación con el nombre “Segunda Marcha del Orgullo Homosexual”, con unos objetivos más concretos: *a)* demandar un alto a la represión —principalmente policiaca en virtud de actos de detención ilegal—, *b)* mostrar la necesidad de reconocer y garantizar una serie de derechos para la población homosexual y *c)* ver a la homosexualidad no como una enfermedad, sino como una más de las opciones posibles.¹

Respecto al segundo rubro los organizadores y participantes de ese colectivo exigían reconocimiento y protección jurídica en materia penal, laboral, seguridad social, familiar y sucesoria.

¹ Como lo apunta González Pérez, si desde el inicio de su trabajo colectivo a través de las marchas, espacios y manifestaciones culturales, talleres, eventos académicos y páginas electrónicas en Internet se ha buscado el respeto a la pluralidad de relaciones sexo-afectivas, era preciso que esto se enmarcara en un contexto legal y global como se ha realizado en otros países. GONZÁLEZ PÉREZ, María de Jesús, “La representación social de las familias diversas: Ley de Sociedades de Convivencia”, *El Cotidiano. Revista de la Realidad Mexicana*, núm. 146, noviembre-diciembre 2007, p. 26.

En la década de 1990 el movimiento creció y se diversificó, lo que provocó el aumento en el número de casos de sida entre esa población. Esto, a su vez, llevó a replanear seriamente la posibilidad de heredar por sucesión legítima o testamentaria, ya que las normas jurídicas vigentes en esa época en materia de sucesiones únicamente establecían derechos hereditarios a favor de los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado, la concubina o el concubinario y, a falta de los anteriores, la beneficencia pública.²

Después de un fallido intento³ en febrero de 2001 la diputada Enoé Uranga, acompañada en rueda de prensa por representantes de diversas organizaciones civiles de personas homosexuales, da a conocer públicamente una propuesta de LSCDF que pretende reconocer ciertos derechos en algunos temas concretos, tales como: tutela, arrendamiento, alimentos y sucesiones.

La iniciativa fue presentada de manera formal a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el 26 de abril de 2001. Su discusión en el seno de ese órgano legislativo se podría calificar de tortuosa ya que, por un lado, existía fuerte presión social tanto de grupos a favor como en contra de la ley y, por otro, no siempre existía consenso entre los legisladores, incluso al interior de sus respectivas fracciones parlamentarias. Por ello, la iniciativa fue dictaminada en tres ocasiones. La primera, favorablemente, el 20 de marzo de 2002, aunque más tarde —el 15 de abril del mismo año— fue necesario ratificar el dictamen en virtud de diversas impugnaciones que alegaban violaciones al procedimiento legislativo; la segunda, el 22 de abril de 2003 y, la tercera, en lo general, el 5 de diciembre de 2003. Éste último sin mayor problema, pues las elecciones de ese año le dieron al PRD 37 de los 66 escaños. Finalmente,

² Sobre el proceso de lucha social emprendido por diversas organizaciones de personas homosexuales y sobre los derechos que abanderan su movimiento, véase el estudio sociológico hecho en: TORRES FALCÓN, Marta, "Sexualidades minoritarias y derechos humanos. El caso de las sociedades de convivencia en el Distrito Federal", *Sociología*, año 24, número 69, enero-abril 2009, pp. 157-182.

³ El diputado Raúl Armando Quintero Martínez, entonces presidente de la mesa directiva de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, sin el consenso de sus correligionarios, hizo pública el 14 de diciembre de 2000 una iniciativa de reforma al Código Civil para incluir la figura de "unión solidaria", la cual reconocería diversos derechos a las parejas del mismo sexo. Esto provocó toda clase de reacciones —principalmente de rechazo— entre la sociedad civil, la jerarquía católica, los representantes populares, e incluso entre las organizaciones lésbico-gay. Finalmente, no se presentó tal iniciativa para su discusión. *Vid.* CUENCA, Alberto; GONZÁLEZ, Rafael y JIMÉNEZ, Sergio, "Hay un rechazo a la iniciativa de legislar parejas homosexuales", *El Universal*, Metrópoli, 15 de diciembre de 2000, http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_nota=20957&tabla=ciudad Consultada el 30 de enero de 2012.

el 9 de noviembre de 2006 se aprueba la LSCDF.⁴ Cabe apuntar que de lo propuesto originalmente en la iniciativa al texto legal aprobado existen cambios significativos en virtud de su larga y sinuosa discusión.⁵

Atento a estos acontecimientos, el presente trabajo tiene como objetivo hacer un breve análisis jurídico de la sociedad de convivencia en el Distrito Federal solamente en relación con los derechos sucesorios o hereditarios que se generan entre las partes, es decir, entre los convivientes —por disposición de la ley—, a partir de la publicación de la LSCDF y de la reforma al Código Civil para el Distrito Federal (CCDF) publicada en la GODEF el 29 de diciembre de 2009 que modifica, entre otros, el artículo 146 que concebía al matrimonio como la unión heterosexual de dos personas. El estudio y análisis de los demás derechos y obligaciones que nacen con la sociedad de convivencia serán dejados para otro momento.

Para ello, juzgo conveniente estudiar, en primer lugar, lo relativo a la definición y naturaleza jurídica de la sociedad de convivencia; en segundo lugar, lo pertinente a sus efectos jurídicos, y en tercer lugar, lo relacionado a las características y elementos del derecho sucesorio en general y a los derechos sucesorios o hereditarios de los convivientes en particular.

Los métodos utilizados para la realización de esta investigación primordialmente son: analítico, comparativo, deductivo, exegético, histórico, sistemático y teleológico.

II. COMENTARIOS Y CRÍTICAS EN CUANTO A LA DEFINICIÓN LEGAL DE SOCIEDAD DE CONVIVENCIA Y A SU NATURALEZA JURÍDICA

Para cumplir cabalmente con el objetivo planteado para este trabajo, en primer lugar es indispensable abordar lo relativo a la definición legal de “sociedad de convivencia”, para tener los elementos necesarios para tratar su naturaleza jurídica.

⁴ *Vid.* BRITO, Alejandro, “Del derecho de convivencia a la conveniencia de no reconocerlo. La izquierda y el movimiento por las sociedades de convivencia en México”, *Debate Feminista*, año 16, vol. 32, octubre 2005, pp. 134-157. En ese trabajo se describe con bastante detalle el proceso legislativo previo a la publicación de la LSCDF, así como a las reacciones de las organizaciones civiles tanto a favor como en contra de la ley.

⁵ En opinión de Castañeda Rivas, el mandato constitucional a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal no la faculta para legislar en materia de sociedad de convivencia. *Cfr.* GONZÁLEZ G., Susana. “Advierten que la ley de convivencia desataría controversia constitucional”, *La Jornada*, Capital, 16 de diciembre de 2003, <http://www.jornada.unam.mx/2003/12/16/039n1cap.php?origen=capital.php&fly=1> Consultada el 31 de enero de 2012.

El artículo 2 de la LSCDF la define del modo siguiente:

La Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.

Conforme a la definición legal son dos los supuestos normativos que deben colmarse para la existencia de la sociedad de convivencia: *a) el establecimiento de un hogar común y b) la voluntad de permanencia y ayuda mutua*. Sin embargo, una parte de la doctrina⁶ sostiene que solo se puede considerar pertinente el primero, en razón de que el segundo, al ser de carácter subjetivo, no se puede probar; es decir, no es posible conocer las intenciones de una o ambas partes al momento de establecer el hogar común.

Encuentro que esa interpretación es errónea. La intención de una o ambas partes de permanencia en el hogar común y de ayuda mutua si bien tiene una connotación subjetiva, tiene consecuencias jurídicas y puede ser objeto de prueba. Las razones son las siguientes:

El artículo 1851 del CCDF establece dos principios muy claros para la interpretación y aplicación de los contratos y de los actos jurídicos en general:⁷ el primero, a modo de regla general, señala que se estará al sentido literal de las palabras cuando los términos son claros y no hay duda sobre la intención de las partes, y el segundo, a modo de excepción, indica que si las palabras utilizadas por las partes son contrarias a su intención, prevalecerá ésta sobre aquellas. En ambos principios la intención de las partes tiene una relevancia fundamental. La aplicación del primero está sujeta a la condición de que no haya duda en la intención; es decir, que las palabras utilizadas expresen o coincidan con la intención de las partes. Pero si no se da tal coincidencia (si no se cumple la condición) entonces se aplica el segundo, es decir, la intención (lo subjetivo) sobre las palabras (lo objetivo).

Un ejemplo concreto de la aplicación de esos principios lo encontramos en materia de sucesiones. El artículo 1302 del CCDF refiere que la interpretación de las disposiciones testamentarias se hará conforme al sentido literal de las palabras (regla general), pero en caso de duda deberán interpretarse de acuerdo con la intención del testador (excepción).

⁶ Cfr. DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Sociedades de convivencia*, Porrúa, México, 2007, pp. 44 y ss.

⁷ Artículo 1859 CCDF: "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos".

Al respecto, De Ibarrola⁸ —citando a Rojina Villegas— expone dos tesis que explican cómo debe interpretarse la voluntad del autor de un acto jurídico. La primera, llamada de la voluntad interna o subjetiva, que sostiene que el juez debe investigar a través de las palabras empleadas la verdadera intención de la o las personas. La segunda, llamada teoría de la voluntad declarada u objetiva, invoca la seguridad jurídica en las transacciones para afirmar que la interpretación debe hacerse con el tenor literal del los documentos. El CCDF, con fundamento en los artículos ya citados, se adhiere a la primera; en cambio, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC) —por ejemplo— sigue a la segunda.⁹

De lo anterior se deduce que si bien la intención de las partes se conoce —principalmente— a través de las palabras empleadas, su existencia y eficacia no depende de ellas, pues existen otros medios para conocerla. En este sentido, la tesis aislada “Contratos. Para su interpretación cuando no se advierte de manera expresa la voluntad de las partes, debe atenderse a la intención de ellas al contratar”,¹⁰ advierte que si no son claros los términos, entonces se debe atender a factores objetivos a partir de la conducta desplegada por las partes para encuadrar su intención en alguna figura de las previstas en la ley, para determinar la verdadera intención de los sujetos, lo cual permitirá establecer los derechos y obligaciones de cada una.

Con base en estos razonamientos es posible concluir que la voluntad o intención de permanencia en el hogar común y de ayuda mutua, aunque no conste de manera expresa,¹¹ sí es un supuesto normativo válido que debe colmarse para la existencia de la sociedad de convivencia. Y, además, que dicha voluntad o intención se presume cuando se satisface el primer supuesto,¹² de tal modo que quien pretenda desvirtuar el segundo supuesto

⁸ Cfr. DE IBARROLA, Antonio, *Cosas y sucesiones*, 15a. ed., Porrúa, México, 2006, p. 756.

⁹ Artículo 5 LGTOC: “Son títulos de crédito los documentos necesarios para ejercitarse el derecho literal que en ellos se consigna”. En materia cambiaria es lo que se conoce como el principio de literalidad.

¹⁰ “Contratos. Para su interpretación cuando no se advierte de manera expresa la voluntad de las partes, debe atenderse a la intención de ellas al contratar”. Novena época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, núm. XXIX, febrero de 2009, p. 1839, tesis aislada, materia civil.

¹¹ Que el consentimiento conste por escrito y que éste sea ratificado ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político Administrativo del domicilio donde se establezca el hogar común, es un requisito para la validez del acto, no para su existencia. Artículo 6 LSCDF.

¹² De la Mata Pizaña y Garzón Jiménez manifiestan, con acierto, que para la prueba del segundo supuesto antes debe acreditarse el primero; sin embargo, su error radica en no considerar la presunción *iuris tantum* del segundo, reduciendo ambos supuestos a uno solo.

con el propósito de no encuadrar su conducta a la sociedad de convivencia, tiene la carga de la prueba.

Esto obliga a plantear la primera objeción a la definición legal ya apuntada. ¿La sociedad de convivencia en verdad es un acto jurídico?

Para De la Mata Pizaña y Garzón Jiménez, la sociedad de convivencia no es un acto jurídico, sino un simple hecho jurídico voluntario en sentido estricto¹³ con fundamento en el artículo 3 de la LSCDF que dice:

La Sociedad de Convivencia obliga a las o los convivientes, en razón de la voluntad de permanencia, ayuda mutua y establecimiento del hogar común; la cual surte efectos frente a terceros cuando la sociedad es registrada ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político-Administrativo correspondiente.

Como bien lo señalan esos autores, de la lectura de los artículos 2 y 3 de la LSCDF pareciera que las consecuencias jurídicas surgen una vez que se han verificado los supuestos normativos y no por la voluntad de las partes de unirse en sociedad de convivencia. No obstante, considero que conformarse con esa interpretación sería erróneo, pues no basta con actualizar las hipótesis establecidas en la ley.

Por ejemplo, ¿qué sucede con dos personas que establecen un hogar común con el propósito de ayudarse mutuamente con el pago de la renta? ¿Recíprocamente existirán otros derechos y obligaciones distintos a los convenidos inicialmente? Evidentemente esas personas no forman una sociedad de convivencia y, en consecuencia, no se generan los derechos y obligaciones propios de esa figura. Por tanto, hace falta algo más que la mera actualización (*de facto*) de ambos supuestos normativos. Ese algo más es la *affectio societatis*, es decir, el ánimo de constituir la sociedad de convivencia, o si se prefiere el ánimo de producir determinadas consecuencias jurídicas colmando unos supuestos legales. Esto es propio del acto jurídico y no del hecho jurídico.

El hecho jurídico en sentido estricto, según Domínguez Martínez,¹⁴ es aquel acontecimiento natural o del hombre generador de consecuencias de derecho; no obstante, cuando proviene de un ser humano, no existe la

¹³ DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *op. cit.*, pp. 45 y 47. Tal y como se encuentra el texto de la LSCDF es factible coincidir con la razonamiento de esos autores; sin embargo, empleado otros métodos de interpretación —y no solo el exegético— nos llevan a otra conclusión.

¹⁴ Cfr. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general: Personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 4a. ed., Porrúa, México, 1994, pp. 497 a 501.

intención de crear esas consecuencias. En el caso que nos ocupa es imprescindible la intención de constituir la sociedad de convivencia.

Si se aceptara la tesis de que la sociedad de convivencia tiene como fuente un hecho jurídico voluntario en sentido estricto, por lógica se tendría que aceptar que las personas a las que se ha hecho referencia en el ejemplo sí forman una sociedad de convivencia. Sin embargo, ese no es el propósito de la LSCDF aun con la deficiente técnica jurídica del legislador.

Sin pretender hacer semejanzas innecesarias, así como en el matrimonio es esencial el asentimiento de quienes se van a casar, es decir, que estén dispuestos a asumir y generar todas las consecuencias jurídicas que comporta la institución, en la sociedad de convivencia es indispensable la conformidad de las personas que van a establecer un hogar común con voluntad permanencia y ayuda mutua de generar las consecuencias jurídicas previstas en la LSCDF.¹⁵

No obstante, la sociedad de convivencia no constituye un acto del estado civil de las personas, ya que se trata de un acto jurídico de carácter privado que se rige, principalmente, lo que dispongan los convivientes y, supletoriamente, por la LSCDF. En consecuencia, solo produce sus efectos en el Distrito Federal de acuerdo con el artículo 121, fracción IV, de la Constitución.¹⁶

A contrario de lo que afirman De la Mata Pizaña y Garzón Jiménez,¹⁷ el espíritu de la ley no es que la sociedad de convivencia surja entre las partes por una situación de hecho, sino en reconocer efectos jurídicos a otro tipo de uniones entre personas, distintas del matrimonio e, inclusive del concubinato.¹⁸ Al respecto, es preciso decir lo siguiente:

En primer lugar, la LSCDF se publicó el 16 de noviembre de 2006, es decir, en ese momento no se había modificado el artículo 146 del CCDF que posibilita el matrimonio entre personas del mismo sexo.

¹⁵ He preferido utilizar términos como “asentimiento” y “conformidad” en lugar de “consentimiento” para no confundir la naturaleza jurídica del matrimonio y de la sociedad de convivencia con la Teoría General del Contrato. Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio como institución véase SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio, “El concepto de matrimonio en la Constitución. Análisis jurídico a partir de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal de 2009”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXI, núm. 256, julio-diciembre 2011, pp. 277-304.

¹⁶ Cfr. ADAME GODDARD, Jorge, *op. cit.*, p. 58. De los 31 Estados que conforman la República Mexicana, solo Coahuila contempla en su legislación civil las sociedades de convivencia bajo el nombre de “pacto civil de solidaridad”.

¹⁷ Cfr. DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *op. cit.*, p. 47.

¹⁸ “El espíritu de esta ley garantiza los derechos de quienes asumen diferentes formas de convivencia en un hogar”. *Vid.* Exposición de Motivos de la LSCDF.

En segundo lugar, la propia Exposición de Motivos de la LSCDF señala que después del reconocimiento del pluralismo político en nuestro país ahora el reto es reconocer, aceptar y garantizar el pluralismo y diversidad social. Además, destaca que ante la discriminación y violación de los derechos humanos de que son objeto las personas de orientación sexual diversa, es necesario construir un marco jurídico que contemple y proteja diversas formas de convivencia. También refiere que las personas que eligen a parejas del mismo sexo se encuentran en una situación de injusticia y desigualdad en el ejercicio de sus derechos fundamentales, ya que esas relaciones no están tuteladas por el derecho. Por todo ello, la LSCDF tiene como finalidad garantizar los derechos de aquellas personas que se unen en relaciones afectivas a las que el derecho mexicano no les reconoce consecuencias jurídicas.

En tercer lugar, la Exposición de Motivos establece los cuatro elementos de la sociedad de convivencia: el primero, que se trata de un acto jurídico bilateral, pues los efectos jurídicos del vínculo se generan una vez que las partes manifiestan su consentimiento por escrito;¹⁹ el segundo, el establecimiento de un hogar común; el tercero, la voluntad de los convivientes de estar juntos de manera constante, y el cuarto, la ayuda mutua.

En definitiva, el objetivo de la LSCDF es equiparar, en casi todos sus efectos jurídicos, el concubinato y las uniones entre personas del mismo sexo. Como lo hace ver Adame Goddard,²⁰ las personas —de diferente sexo— que cumplan con los requisitos establecidos por la LSCDF²¹ no tienen motivo real para formar ese tipo de sociedad, pues el derecho protege más ampliamente su unión mediante el matrimonio o el concubinato. La sociedad de convivencia va dirigida, de hecho, a personas del mismo sexo.

Por otro lado, la sociedad de convivencia, como se ha insistido antes, no se constituye con la simple verificación de los supuestos normativos ya

¹⁹ “La decisión de las dos personas convivientes es indispensable para la constitución del acuerdo, razón por la cual los integrantes al elaborar el documento mediante el que constituyen una Sociedad de Convivencia, deben incluir, entre otras cosas, la manera en que habrán de regirse los bienes patrimoniales”. *Vid.* Exposición de Motivos de la LSCDF. Artículo 6 LSCDF: “La Sociedad de Convivencia deberá hacerse constar por escrito, mismo que será ratificado y registrado ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político Administrativo del domicilio donde se establezca el hogar común, instancia que actuará como autoridad registradora”.

²⁰ *Cfr.* ADAME GODDARD, Jorge, *op. cit.*, p. 53.

²¹ Artículo 4 LSCDF: “No podrán constituir Sociedad de Convivencia, las personas unidas en matrimonio, concubinato y aquéllas que mantengan vigente otra Sociedad de Convivencia. Tampoco podrán celebrar entre sí Sociedad de Convivencia, los parientes consanguíneos en línea recta sin límite de grado o colaterales hasta el cuarto grado”.

analizados, forzosamente se requiere un acto de voluntad de ambas partes para constituir esa nueva figura jurídica.

El segundo comentario a la definición legal se refiere a qué entender por hogar común, voluntad de permanencia y ayuda mutua. Ni la doctrina ni la jurisprudencia aclaran esos conceptos.

Considero que conforme al espíritu de la ley y la integración sistemática del derecho el término “hogar común” debe reunir al menos las siguientes características: *a*) debe ser un lugar físico determinado y estable que permita la convivencia afectiva (no necesariamente sexual) entre los convivientes a cualquier título,²² y *b*) que la autoridad de los convivientes debe ser la única que impere.²³

Por lo que respecta a la voluntad de permanencia estimo que lo dicho anteriormente en relación con la *affectio societatis* es suficiente. Solamente corresponde precisar que esa permanencia debe ser entendida como una estabilidad no solo en la cohabitación en los términos expuestos, sino también de relación.²⁴

Finalmente, la “ayuda mutua” es el deber de solidaridad entre los convivientes para afrontar y solucionar todas las eventualidades de la vida común.

III. EFECTOS DE LA SOCIEDAD DE CONVIVENCIA

Habiendo estudiado lo relativo a los supuestos normativos establecidos en la LSCDF para la existencia de la sociedad de convivencia y de haber formulado algunas consideraciones en cuanto a su naturaleza jurídica y

²² Es decir, no es necesario que el hogar común sea propiedad de alguno de los convivientes.

²³ Con ello significa que debe ser autónomo, es decir, que constituya una entidad separada donde la autoridad de los convivientes sea la única que impere. En otras palabras, no pueden ser —conforme al lenguaje vulgar— arrimados. Véase, por ejemplo, “Divorcio, abandono del domicilio conyugal como causal de. El domicilio debe ser autónomo, aun cuando sea de la propiedad de un familiar”. Séptima época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 133-138, Sexta parte, p. 54, tesis aislada, materia civil. Y “Divorcio, abandono del domicilio conyugal cuando los cónyuges viven en calidad de arrimados”. Octava época, Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, núm. XIII, febrero 1994, p. 316, tesis aislada, materia civil.

²⁴ Como lo sostiene Adame Goddard, la “voluntad de permanencia” puede ser interpretada como una voluntad de mantener la unión por tiempo indefinido mientras no suceda algo en contrario que mueva a revocarla. A esa “voluntad de permanencia” solo se opondría la voluntad de unirse por unos cuantos días, por ejemplo, durante las vacaciones. ADAME GODDARD, Jorge, *op. cit.*, p. 53.

críticas a su definición legal, ahora corresponde enfocar el análisis a los efectos jurídicos que comporta esa nueva figura.

Los efectos de la sociedad de convivencia entre las partes son los siguientes:

1. La obligación de proporcionarse alimentos.²⁵
2. Adquieren recíprocamente derechos hereditarios.²⁶

3. La obligación de desempeñar la tutela en caso de que se declare la interdicción del otro conviviente. Respecto a esta obligación es importante destacar tres cosas:

La primera, el artículo 15 de la LSCDF (en contradicción con el artículo 5 del mismo ordenamiento) señala que serán aplicables las reglas en materia de tutela legítima entre cónyuges; sin embargo, el artículo 486 del CCDF determina que la tutela del cónyuge corresponde legítima y forzosamente al otro cónyuge, pero la sociedad de convivencia no se asemeja al matrimonio, sino al concubinato.

La segunda, no queda claro si el conviviente tiene vocación preferente o concurrente en relación con las personas enunciadas por el artículo 490 del CCDF.

Y, la tercera, el nacimiento de la obligación está sujeto al cumplimiento de al menos una de las siguientes condiciones: que los convivientes hayan vivido juntos dos años a partir de la constitución de la sociedad de convivencia (la redacción utilizada por el legislador no es de todo clara) o que no exista otra persona que pueda desempeñar legalmente la tutela.

El cuestionamiento a todo esto sería, ¿por qué el legislador decide aplicar supletoriamente las reglas de la tutela legítima entre cónyuges —siendo que no hay semejanza entre esas figuras— y, al mismo tiempo, —cosa que no hace el CCDF— sujeta el nacimiento de la obligación a una condición suspensiva? Esto revela, a mi juicio, un desconocimiento o desprecio del legislador de las instituciones familiares de más arraigo en nuestro sistema jurídico.

4. El derecho a determinar la forma de regir sus relaciones patrimoniales.²⁷

5. La subrogación en los derechos y obligaciones, a consecuencia de un contrato de arrendamiento, en caso de fallecimiento de uno de los convivientes.²⁸

25 Artículos 5 y 13 de la LSCDF y, 301 y 302 del CCDF.

26 Artículos 5 y 14 de la LSCDF y 1635 del CCDF. Este punto en particular será abordado con mayor detalle más adelante en virtud de que es el tema central de este trabajo.

27 Artículos 7, fracción IV, 9 y 18 de la LSCDF.

28 Artículo 23 de la LSCDF y 2448-H del CCDF.

6. La obligación de resarcir los daños y perjuicios ocasionados de mala fe.²⁹

7. Derecho a pensión alimenticia en caso de terminación de la sociedad de convivencia.³⁰ En relación con este derecho es preciso subrayar dos cosas:

La primera, para que se genere dicha obligación basta que se termine —por cualquier causa o motivo— la sociedad de convivencia, pudiendo ser inclusive por muerte de uno de los convivientes conforme al artículo 20, fracción V.

Y, la segunda, que el tiempo para disfrutar de ese derecho solo será por la mitad de lo que haya durado la sociedad de convivencia. Estas disposiciones ya estaban vigentes para el concubinato en los artículos 291 Quáter y 291 Quintus del CCDF; sin embargo, para el concubinato se señala que deberá ser por un tiempo igual al que haya durado éste, y para la sociedad de convivencia solo por la mitad de lo que ésta haya durado. Lo anterior denota una degradación o infravaloración legal de la sociedad de convivencia en relación con el concubinato.

8. Equiparar la relación afectiva de la sociedad de convivencia con las relaciones familiares tradicionales. Como lo hace ver Adame Goddard,³¹ éste es el efecto de mayor trascendencia.

El artículo 5 de la LSCDF establece que la sociedad de convivencia se regirá por lo dispuesto para el concubinato. Por otro lado, el artículo 291 Ter del CCDF señala que el concubinato se regirá por todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que fueren aplicables. En consecuencia, ahora —legalmente— se concibe a la sociedad de convivencia como un nuevo modelo familiar. De este modo, hay tres formas de convivencia afectiva de parejas que —según la ley— dan origen a la familia: *a) el matrimonio, b) el concubinato, que se parece al matrimonio y que da lugar a relaciones semejantes a las de familia, y c) la sociedad de convivencia, que se parece al concubinato.*

²⁹ Artículos 17 *in fine* y 19 de la LSCDF.

³⁰ Artículo 21 de la LSCDF.

³¹ *Vid. ADAME GODDARD, Jorge, op. cit.*, p. 55. Para Güitrón Fuentevilla, aspectos de técnica legislativa podrían llevar al fracaso de la LSCDF porque se le quieren dar efectos semejantes a la familia. *Cfr. GONZÁLEZ G., Susana, op. cit.* La familia es un pilar fundamental que se relaciona determinantemente con las demás estructuras de un sistema social; en el caso de nuestra sociedad, esta institución se encuentra en el más alto rango del orden moral, sancionado desde la perspectiva heterosexista la presencia de nuevas familias que alteren el modelo tradicional. *GONZÁLEZ PÉREZ, María de Jesús, op. cit.*, p. 21. En ese documento se hace un magnífico estudio sobre la concepción de la familia tradicional desde el siglo XIX, hasta el desencanto por el funcionamiento de las instituciones que obliga a construir nuevas identidades y a defender la autonomía de las personas en ciertos temas, como la sexualidad.

Cabe mencionar que conforme al artículo 3 de la LSCD los derechos y obligaciones de la sociedad de convivencia surten efectos frente a terceros a partir de su registro ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político Administrativo que corresponda al hogar común (delegaciones políticas); por tanto, la publicidad del acto es necesaria para la oponibilidad frente a terceros.

IV. EL DERECHO SUCESORIO

El derecho sucesorio, según De Ibarrola,³² es el conjunto de normas jurídicas que en el derecho privado regulan el destino del patrimonio de una persona física después de su muerte, a efecto de darle continuidad a las relaciones activas y pasivas del patrimonio.

El derecho sucesorio, o también llamado derecho hereditario, tiene las siguientes características: *i*) el patrimonio es lo esencial y la persona lo accidental, *ii*) nace *mortis causa*, *iii*) recae sobre una cosa universal y *iv*) tiene algo de público y social, toda vez que el Estado interviene cuando el testador no ha hablado.

Además, es posible distinguir un doble objeto: el directo, que es la norma jurídica, es decir, la regulación de la transmisión de los bienes de una persona cuando ésta ha muerto para que se conviertan en activos en el patrimonio de su familia, de sus parientes o de la sociedad; y el indirecto, el cual se conforma de una universalidad jurídica o de hecho, o una parte alícuota de ésta (herencia), un determinado bien, servicio, prestación o todo aquello que constituye un elemento del patrimonio (legado).

En este sentido, es importante referirse a la forma en cómo se constituyen los derechos hereditarios.

En primer lugar, está la apertura de la sucesión. Es el hecho que autoriza a los herederos a tomar posesión de los bienes del difunto y que les transmite su propiedad de. La adquisición de la masa hereditaria es inmediata, en tanto que los bienes no pasan nunca a ser por un solo momento *res nullius*.³³

³² DE IBARROLA, Antonio, *op. cit.*, p. 655. Se tomará como base la obra de ese autor para desarrollar este apartado en virtud de que la profundidad de su estudio permite obtener los elementos necesarios para el análisis que se pretende hacer.

³³ Artículo 1649 CCDF: “La sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte de un ausente”. Artículo 1288 CCDF: “A la muerte del autor de la sucesión los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como

En segundo lugar está la delación o denuncia de la sucesión. Por delación de la herencia se entiende al llamamiento efectivo del heredero, o sea, la posibilidad actual y concreta de hacer propia la herencia. Para que una persona adquiera la calidad de heredero no basta que se produzca la apertura de la sucesión, sino que también la persona en cuestión debe ser llamada a la herencia del *de cuius*. Para ello debe existir vocación, es decir, que la persona se encuentre en el supuesto establecido por la ley para que pueda heredar.

Se puede tener vocación para heredar en virtud de la ley o de la disposición por causa de muerte. De ahí la distinción entre sucesión legítima, intestamentaria, o *ad intestato*, y sucesión testamentaria.³⁴

Para que haya sucesión se necesitan dos condiciones: la muerte de una persona y la existencia de otra llamada a sucederla. Por otro lado, la delación no supone solo la vocación de una determinada persona a la herencia, sino también que viva al momento de la apertura de la sucesión y que tenga capacidad para suceder.

En tercer lugar está la aceptación de la herencia, que no es otra cosa que la expresión formal e inequívoca de respecto al ofrecimiento que la delación supone. Es la declaración unilateral de la voluntad, de carácter irrevocable, por virtud del cual una persona manifiesta la intención de asumir la calidad de heredero con todas las consecuencias jurídicas que ello supone.³⁵

En último término, es importante aludir los tipos de relaciones jurídicas a que da lugar el derecho hereditario: *i*) relaciones de los herederos entre sí, *ii*) entre éstos con el o los legatarios, *iii*) entre aquellos y éstos con el o los albaceas y/o interventores, *iv*) entre todos los anteriores con los acreedores o deudores de la herencia, *v*) entre los legatarios, *vi*) entre los albaceas y/o interventores, y *vii*) entre albaceas con los interventores.

Solo resta destacar que de acuerdo con el objetivo de este trabajo únicamente se hará el análisis de los derechos hereditarios de los convivientes que nacen por disposición de la ley, pues con fundamento en el principio de libre testamentificación que sigue el sistema jurídico mexicano no existen problemas reales derivados de las preferencias sexuales del testador.

a un patrimonio común, mientras que no se hace la división". Conforme a este último precepto comienza entre los coherederos el estado de indivisión *communio incidens*.

³⁴ Artículo 1282 CCDF: "La herencia se defiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima".

³⁵ Cfr. ARCE Y CERVANTES, José, *De las sucesiones*, 10a. ed., Porrúa, México, 2011, p. 190.

V. LOS DERECHOS SUCESORIOS O HEREDITARIOS DE LOS CONVIVIENTES

De acuerdo con el tema central de este trabajo y atendiendo el objetivo, en este apartado se estudiará con especial detalle uno de los efectos antes señalados, el relativo a los derechos sucesorios o hereditarios que adquieren recíprocamente los convivientes.

Antes de iniciar hay que recordar que en la época que se publica y entra en vigor la LSCDF solo podían contraer matrimonio personas de diferente sexo. El decreto publicado en la GDF el 29 de diciembre de 2009, aun cuando se refiere al matrimonio, tiene consecuencias sumamente importantes para la sociedad de convivencia.

Al respecto, los artículos 5 y 14 de la LSCDF y 291 Ter del CCDF disponen:

Artículo 5 LSCDF: “Para los efectos de los demás ordenamientos jurídicos, la Sociedad de Convivencia se regirá, en lo que fuere aplicable, en los términos del concubinato y las relaciones jurídicas que se derivan de este último, se producirán entre los convivientes”.

Artículo 14 LSCDF: “Entre los convivientes se generarán derechos sucesorios, los cuales estarán vigentes a partir del registro de la Sociedad de Convivencia, aplicándose al efecto lo relativo a la sucesión legítima entre concubinos”.

Artículo 291 Bis CCDF: “Las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común. [...]”.

De la interpretación de estos preceptos legales podemos inferir las siguientes reglas:

1. La sociedad de convivencia se rige, en lo conducente, por las disposiciones aplicables al concubinato.
2. Los *concubinos* tienen derechos hereditarios recíprocos solo si:
 - 2.1. no tienen impedimentos para contraer matrimonio y
 - 2.2. (i) han vivido de forma constante y permanente por lo menos dos años antes a la generación de tales derechos, o (ii) tengan un hijo en común.
3. Los *convivientes* tienen derechos hereditarios recíprocos solo si:
 - 3.1. no tienen impedimentos para contraer matrimonio;

- 3.2. (i) han vivido de forma constante y permanente por lo menos dos años antes a la generación de tales derechos, o (ii) tengan un hijo en común; y
3.3. esté registrada la sociedad de convivencia (publicidad).

Como se aprecia, de no ser por la modificación al CCDF de 2009, que posibilita el matrimonio entre personas del mismo sexo —y, consecuentemente, la adopción—, no hubiera sido posible que la sociedad de convivencia generara derechos hereditarios, pues no se cumplirían las condiciones [3.1] y, en su caso, [3.2(ii)]. Por tanto, el derecho a heredar por sucesión legítima entre los convivientes nace, precisamente, con las reformas al CCDF de 2009.

Una interpretación contraria a la anterior sería errónea. Como lo apunta Adame Goddard,³⁶ si los derechos de los convivientes no estuvieran sujetos a las mismas condiciones que los derechos de los concubinos, se hubiera generado una diferencia cualitativa entre la sociedad de convivencia y el concubinato; en otras palabras, los derechos de los convivientes serían más expeditos a los que tienen los concubinos y esto serían motivo de discriminación. Pero la remisión que hace la LSCDF a las disposiciones del concubinato evidencia que la intención del legislador fue que ambas figuras tuvieran los mismos derechos en los mismos términos y condiciones.

Por otro lado, cabe preguntarse ¿qué efectos tiene el registro de la sociedad para el caso que nos ocupa? ¿Por qué es necesario el registro de la sociedad para generar derechos hereditarios entre los convivientes?

Como se ha dicho, la sociedad de convivencia se rige, en lo conducente, por las disposiciones aplicables al concubinato; no obstante, el CCDF —a diferencia de la LSCDF— no exige ninguna formalidad para que se generen los derechos hereditarios entre los concubinos.³⁷

La razón está en la naturaleza jurídica de esas figuras. El concubinato es la unión *de hecho* entre un hombre y una mujer; es decir, a un hecho jurídico no se le puede exigir formalidad alguna, ya que esto solo es posible tratándose de actos jurídicos o contratos.

En cambio, a la sociedad de convivencia, al ser un acto jurídico de carácter privado, sí se le pueden exigir determinadas formalidades. Tal es el caso de su registro para que surta efectos ante terceros.

Las expresiones “en lo conducente” de la regla que hemos formulado y en la que nos hemos basado para este análisis, o “en lo que fuere aplicable”

³⁶ *Vid. ADAME GODDARD, Jorge, op. cit.*, p. 57.

³⁷ Al respecto debemos tener presente la reforma al artículo 391 Bis del CCDF, publicada en la GODF el 31 de octubre de 2014.

que se contiene en el artículo 5 de la LSCDF se refieren, precisamente, a la naturaleza diversa de esas figuras, pero esto no justifica que se puedan modificar los términos y condiciones de los derechos que se generan. Dicho en otros términos, que la LSCDF exija el registro de la sociedad de convivencia para que surta efectos ante terceros (como sucede con otros actos jurídicos), no conduce a pensar que las condiciones para acceder a los derechos hereditarios sean distintos que en relación con el concubinato; de ser así, no tendría fundamento alguno la remisión que hace la LSCDF a las disposiciones aplicables al concubinato.

Además, cabe decir que dicho registro tiene efectos declarativos, pero no constitutivos. La sociedad de convivencia se constituye y produce sus efectos, entre los convivientes, en virtud de la *affectio societatis*; es decir, de la intención de permanencia en el hogar común y de ayuda mutua, la cual se exterioriza en un documento escrito.

Por último, es preciso apuntar que en razón de que el concubinato y la sociedad de convivencia no comparten la misma naturaleza jurídica, no se logró alcanzar del todo el objetivo del legislador: equiparar los efectos jurídicos de esas figuras. Para que los concubinos adquieran entre sí derechos hereditarios basta con que se cumplan las dos condiciones a las que ya se ha hecho referencia, pero los convivientes deben satisfacer, además, el requisito de publicidad.

Con todo, los derechos hereditarios de los convivientes dan lugar a diversos problemas, sobre todo de carácter práctico. Por ejemplo, de acuerdo con el artículo 156, fracción V, del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (CPCDF), en los juicios hereditarios será competente el juez en cuya jurisdicción haya tenido su último domicilio el autor de la herencia, o bien donde se ubiquen los bienes raíces de la masa hereditaria, o bien el lugar del fallecimiento del autor de la herencia. ¿Qué sucede si uno de los convivientes fallece, tuvo todos sus bienes o estableció su último domicilio en otra entidad federativa distinta al Distrito Federal? ¿Se podrá tramitar vía judicial la sucesión legítima en el Distrito Federal? ¿El conviviente *superstite* podrá hacer valer sus derechos hereditarios en un tribunal fuera del Distrito Federal?

Por otro lado, el artículo 169 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal (LNDF) establece que la sucesión intestamentaria podrá tramitarse ante notario siempre y cuando el último domicilio del autor de la sucesión fue el Distrito Federal, o si se encuentran ubicados en la entidad uno o la mayor parte de los bienes. De igual manera, ¿qué sucede si uno de los convivientes estableció su último domicilio en otra entidad federativa distinta al Distrito Federal, o están fuera de éste la mayor parte de sus bienes? En

este caso, ¿el notario podrá tramitar la sucesión legítima? ¿El conviviente *superstite* podrá hacer valer sus derechos hereditarios ante un notario que no sea del Distrito Federal?

Aun cuando no se den los anteriores supuestos, si los convivientes pueden determinar libremente la forma de regir sus relaciones patrimoniales, ¿cómo debe hacerse la adjudicación de los bienes? ¿Qué reglas se aplican? ¿Qué obligaciones fiscales se generan? ¿Cómo hacer la inscripción en el Registro Público de la Propiedad si se trata de bienes inmuebles?

Es evidente que el marco jurídico aplicable a la sociedad de convivencia no es del todo adecuado. La semejanza entre la sociedad de convivencia y el concubinato está forzada ya que, por un lado, el legislador no tuvo presente la naturaleza jurídica de esas figuras, y por el otro, en muchas ocasiones la normativa es ineficaz, pues lejos de resolver una problemática o atender necesidades sociales genera otros conflictos normativos. No se justifica crear una nueva figura y, al mismo tiempo, establecer que le serán aplicables las disposiciones de otra ya existente, menos cuando no comparten la misma naturaleza.

VI. CONCLUSIONES

Primera: La sociedad de convivencia es un acto jurídico formal, por tanto, para su existencia es necesario el consentimiento de los convivientes en dos sentidos: *i)* establecer un hogar común y *ii)* permanecer en él y brindarse ayuda mutua, y para su validez, que el consentimiento se manifieste por escrito el cual deberá ser ratificado ante la autoridad correspondiente.

Segunda: La sociedad de convivencia no es un acto solemne porque interpretando *a contrario sensu* la expresión “surte efectos frente a terceros cuando la Sociedad es registrada” contenida en el artículo 3 de la LSCDF, lleva a la conclusión que para que surta efectos entre las partes no es necesario que conste por escrito ni que sea registrada, aunque prácticamente todos los artículos de la LSCDF que se refieren a los derechos de los convivientes condicionan su nacimiento a la suscripción (se entiende que es por escrito) o registro de ésta, excepto en el caso de la tutela que solo habla de su constitución (que conforme con el artículo 2 de la LSCDF no es por escrito).

Tercera: La sociedad de convivencia tampoco es un hecho jurídico, pues la propia LSCDF señala que deberá constar por escrito y, para que surta efectos frente a terceros, estar registrada por la autoridad competente. La existencia de tales requisitos se refieren indudablemente a un acto jurídico.

Cuarta: Reprochando una mala técnica jurídica del legislador, la LSCDF tiene como principal objetivo llevar los mismos derechos y obligaciones del

concubinato a las uniones entre personas del mismo sexo. A pesar de esto, en lo relativo a la tutela, a los derechos hereditarios y a la pensión alimenticia existen diferencias sustantivas.

Quinta: La sociedad de convivencia no constituye un acto del estado civil de las personas; en consecuencia, solo tiene efectos dentro del Distrito Federal, lo cual genera diversos conflictos normativos, principalmente en materia de sucesiones.

Sexta: Con fundamento en el principio de libre testamentificación, la sucesión testamentaria entre convivientes no representa problema jurídico alguno.

Séptima: En caso de fallecimiento de uno de los convivientes, el que sobreviva tiene derechos hereditarios solamente si: *a)* durante la sociedad de convivencia no tuvo impedimento para contraer matrimonio, *b)* vivió de forma permanente y constante por un periodo mínimo de dos años con el *de cuius* o, sin importar el tiempo, hayan tenido un hijo en común, y *c)* esté inscrita la sociedad de convivencia. En consecuencia, las modificaciones al CCDF publicadas en la GODF el 29 de diciembre de 2009 remueven el obstáculo que tenían los convivientes para satisfacer los dos primeros requisitos.

Octava: Aun con la entrada en vigor de la LSCDF, no es jurídicamente posible el ejercicio efectivo de los derechos sucesorios de los convivientes por sucesión legítima. Esto se vuelve factible hasta que se modifica en CCDF en 2009, lo cual revela un desconocimiento del legislador de los principios, instituciones y figuras del derecho familiar.

LA SUPLENCIA DE LA QUEJA EN MATERIA FAMILIAR EN LA NUEVA LEY DE AMPARO PROPUESTAS Y RESPUESTAS

Lázaro Tenorio Godínez



La suplencia de la queja en materia familiar, en la nueva Ley de Amparo, constituye un avance histórico de gran relevancia, ya que tiende a proteger los derechos fundamentales de todos los miembros del núcleo familiar.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Han transcurrido ya aproximadamente dieciocho años de que por primera vez publicamos un artículo relacionado con el tema que ahora nos vuelve a ocupar, cuya esencia se amplió en el libro sobre la suplencia en el derecho procesal familiar, fuero común-fuero federal, publicado en su primera edición hace nueve años. En él insistimos sobre la necesidad de aplicar la figura de la suplencia de la deficiencia de la queja, no solo tratándose de menores e incapaces, sino en general a todos los asuntos relacionados al orden y estabilidad familiar, pues la familia en sí, y no solo los menores de edad e incapaces, entra en el rubro de orden público e interés social que tanto invoca la jurisprudencia y protegen la Constitución Federal y los tratados internacionales en el marco de los derechos humanos. En consecuencia, entre otras propuestas, había dos que ameritaban una modificación a la Ley de Amparo:

1. Que la suplencia se diera cuando por cualquier circunstancia se pudieran ver afectados los derechos de menores de edad e incapaces, o el orden y la estabilidad de la familia; y

2. Que procediera aun cuando los conceptos de violación o agravios resultaran no solo deficientes, sino también omisos, como sucedía en materia penal y agraria.¹

Hoy esas propuestas se cristalizan de conformidad con lo dispuesto por el artículo 79, fracción II, de la nueva Ley de Amparo. Sin embargo, esto no implica que todo esté resuelto en el mundo de la realidad jurídica, sobre todo cuando nos adentremos en lo que significará para el intérprete de la Ley de Amparo, “orden y desarrollo de la familia”, donde habrá un sinnúmero de casos específicos que seguramente serán resueltos finalmente por la autoridad federal observando, desde luego, principios fundamentales en derechos humanos con el tenor de los tratados internacionales. Solo a manera de ejemplo, preguntaremos: ¿se suplirá la deficiencia de la queja a favor del deudor alimentista o acreedor alimentario, mayor de edad, con capacidad jurídica, cuando no se trate de violación procesal, de acuerdo con el numeral 79, fracciones II y VI, de la nueva Ley de Amparo? ¿En un conflicto sobre violencia familiar donde una pareja no procreó hijos se habrá de suplir la queja deficiente a favor del posible sujeto generador? ¿En un litigio de pensión alimenticia se suplirá la queja deficiente a favor del deudor, hijo mayor de edad, capaz, en contra de su señor padre, adulto mayor? A la fecha existe jurisprudencia que resuelve en sentido negativo,² esto es, que no debe suplirse la queja deficiente. Insisto, veremos si esta jurisprudencia ha quedado sin efecto ante la observancia imperativa de la nueva ley, o bien subsiste en atención al orden y desarrollo de la familia.

Para mayor precisión, a continuación haremos una breve referencia sobre la concepción y antecedentes inmediatos de la suplencia de la deficiencia de la queja en materia familiar, luego nos involucraremos en la esencia y justificación de las adiciones en la nueva Ley de Amparo, terminando con las respectivas conclusiones, en donde coincidimos plenamente con el legislador federal, cuyo resultado legislativo traerá, sin lugar a dudas, grandes beneficios para las familias mexicanas sin perjuicio de las salvedades que habrán de disiparse, tal como la enunciada en el párrafo precedente.

¹ TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, *La suplencia de la deficiencia de la queja en materia familiar*, Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, tomo 225, año 6, tercera época, octubre, noviembre, diciembre, 1995, p. 137.

² Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, Tesis XX. 2o. J/31 (9a), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro VI, marzo de 2012, tomo 2, Décima Época, pág. 1040, cuyo rubro es el siguiente: ALIMENTOS. POR REGLA GENERAL, NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA A FAVOR DEL DEUDOR ALIMENTISTA O ACREDOR ALIMENTARIO MAYOR DE EDAD CON CAPACIDAD JURÍDICA, SALVO QUE SE ACTUALICE ALGUNO DE LOS SUPUESTOS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIONES I O VI, DE LA LEY DE AMPARO.

II. CONCEPTO Y BREVES ANTECEDENTES

En esencia, podemos decir que la suplencia de la deficiencia de la queja, antes de la nueva Ley de Amparo, consistía en la obligación que tenía el órgano jurisdiccional que conocía del juicio de amparo de suplir las deficiencias de los conceptos de violación de la demanda en favor de los quejoso-s o recurrente-s, y por excepción de terceros perjudicados, así como la de los agravios formulados en los recursos que la propia Ley de Amparo contempla, sin cambiar la *litis* y con estricto cumplimiento a los requisitos y limitaciones que la propia Constitución, los tratados internacionales, la ley y la jurisprudencia establecen.³

En cuanto a sus antecedentes, brevemente podemos afirmar que dicha institución, en materia familiar, encuentra su origen en la reforma a la fracción II del artículo 107 constitucional, publicada con fecha 20 de marzo de 1974. Esta a su vez, dio pauta a modificar los numerales 76, 78, 79, 91 y 161 de la Ley de Amparo, mediante adiciones que fueron publicadas en el *Diario Oficial* del 4 de diciembre del mismo año; desde su origen la suplencia de la deficiencia de la queja se estableció *únicamente en beneficio de menores o incapaces*, dotando al Poder Judicial de la Federación —que conoce del amparo— de las facultades de corrección del error en la cita del precepto o preceptos violados e intervención de oficio en el análisis del amparo, haciendo valer los conceptos que a su juicio fueran o condujeran al esclarecimiento de la verdad. No fue sino, por decreto del 28 de mayo de 1976, cuando dicha institución se convirtió en obligatoria al reformarse el último párrafo del dispositivo 76 de la Ley de Amparo, donde se contempló como un deber, y con fecha 20 de mayo de 1986 se adicionó el artículo 76 bis para contemplar la suplencia en todas las materias en las circunstancias precisadas.

Mediante decreto publicado el 2 de abril de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación*, la nueva Ley de Amparo amplía el radio de acción para las autoridades federales, al preverse, en la fracción II, que la suplencia de la deficiencia de la queja operará: “A favor de los menores o incapaces, o en aquellos casos en que se afecte el orden y desarrollo de la familia”, en la inteligencia que de acuerdo a la fracción VII de la propia Ley, en lo conducente: “la suplencia se dará aún ante la ausencia de conceptos de violación o agravios”.

³ TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, *La suplencia de la deficiencia de la queja en materia familiar*, *op. cit.*, p. 137.

Esto es, se trata de una nueva ley sin precedentes, histórica, con un gran sentido de humanidad, al extender la derrama de la totalidad de los beneficios de orden procesal a favor de la familia. Situación que incrementará sustancialmente el trabajo para la autoridad federal, pero el costo indudablemente deberá reflejarse en una impartición de justicia de mayor calidad donde se privilegie la búsqueda de la verdad material por encima de la verdad formal o real, al tenor del control de constitucionalidad y convencionalidad, respectivamente.

III. PROPUESTAS Y RESPUESTAS EN LA NUEVA LEY DE AMPARO

En efecto, en su oportunidad, y sin que ello implique arrogarse la idea de la paternidad, desde hace ya 18 años hemos venido insistiendo en la propuesta legislativa correspondiente, plasmada en la revista *Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, en 1995,⁴ y en el libro que lleva por título *La suplencia en el derecho procesal familiar. Fuero común-Fuero federal*,⁵ en 2004 y 2006, respectivamente:

En la primera fuente de consulta citada concretamente se propuso:

...QUINTA. De acuerdo con el texto de la Ley de Amparo, doctrina y jurisprudencia, la suplencia de la deficiencia de la queja solo opera cuando los menores de edad o incapaces son los quejoso o recurrentes. En consecuencia, se propone ampliar dicha institución cuando por cualquier circunstancia se pudieran ver afectados los derechos de menores o incapaces o el orden y la estabilidad de la familia, aun ante la ausencia de aquellos e independientemente del carácter que ostenten, como sucede en materia agraria (Artículo 227 Ley de Amparo).

SEXTA. Asimismo, se propone ampliar la suplencia en estudio, no solo cuando los conceptos de violación o agravios resulten deficientes, sino omisos, como sucede en materia penal (Artículo 76 bis, fracción II Ley de Amparo), para ser congruentes con la intención del legislador de otorgar "la derrama procesal" en beneficio de la familia.

Ahora bien, la motivación que sirvió de sustento a las propuestas aludidas se encuentra mayormente explicada en la segunda fuente de consulta referida,⁶ con el siguiente contenido literal:

...Otra propuesta, aún más trascendental, sería establecer la suplencia de la queja deficiente en todo conflicto de orden familiar, sin reparar solo en meno-

⁴ *Loc. cit.*

⁵ Editorial Porrúa, México, 2004-2006, pp. 334-336.

⁶ *Loc. cit.*

res e incapaces, atendiendo sencillamente a la característica de orden público que distingue, *lato sensu*, a los juicios de tal naturaleza y a la realidad familiar, social y jurídica que prevalece en nuestro país, toda vez que la gran mayoría de personas unidas en matrimonio, concubinato o diversa unión libre, por lo general tienen hijos, y cualquier diferencia que exista entre la madre y el padre, trátese de divorcio, pérdida de patria potestad, alimentos o nulidad de matrimonio, entre otras, implicará la posibilidad de una afectación a los intereses de sus hijos; lo mismo sucedería en un procedimiento de adopción, venta de bienes de menores, tutela, depósito o permiso para salir del país.

En todas estas hipótesis existen infinidad de asuntos resueltos por la autoridad federal, ordenando el ejercicio de la suplencia, precisamente porque el juzgador de amparo tenía duda en determinar si los menores e incapaces eran o no quejoso o recurrentes, según se puede inferir de las tesis que a continuación se transcriben:

DIVORCIO. CUANDO EN EL JUICIO DE AMPARO SE RECLAMA LA SENTENCIA RELATIVA, PERO SE ADVIERTE QUE EN EL MATRIMONIO SE PROCREARON HIJOS TODAVÍA MENORES DE EDAD, RESULTA OBLIGATORIO SUPLIR LA QUEJA DEFICIENTE.—Tratándose de juicios de divorcio en el que se advierte que las partes procrearon hijos que todavía son menores de edad, tanto la sentencia que lo decreta, como aquella que determina no probada la acción, si no se encuentran ajustadas a derecho, pueden perjudicar a esos menores, ya sea porque sin razón jurídica pueden vivir alejados de alguno de los cónyuges con motivo de divorcio o por vivir en el seno de un matrimonio insostenible; de ahí que dichas sentencias deban encontrarse debidamente fundadas y motivadas, atendiendo al interés de los menores, que puede protegerse con la determinación de divorcio o con el fallo que no decrete la disolución del vínculo conyugal, según sea el caso; por tanto, cuando se reclama un fallo dictado en esa hipótesis, no obstante que la materia del problema sometido a la consideración de la potestad federal verse en el discernimiento de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la determinación sobre la acción de divorcio, resulta obligatorio suplir la queja deficiente a favor de esos menores en términos de lo dispuesto en el artículo 76 bis, fracción V, de la Ley de Amparo.

Novena Época, Registro: 187241, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XV, Abril de 2002, Materia(s): Civil, Tesis: I.3o.C.304 C, página: 1251.

SUPLENCIA DE LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN, OPERA A FAVOR DE MENORES DE EDAD. PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.—De conformidad con lo establecido por el artículo 76 bis, fracción V, de la Ley de Amparo, es operante la institución jurídica que permite suplir la queja deficiente de los conceptos de violación a favor de los menores. Sin embargo, no obstante que la cuestión debatida subsistente en el juicio de garantías, sea la pérdida de la patria potestad de un menor de edad en el que materialmente no es parte éste, ello no implica que no opere en su favor la suplencia

de los conceptos de violación, pues si dicha acción tiene como supuesto el bienestar psicológico, moral, económico y social, evidente resulta que es de gran importancia y trascendencia para el menor el resultado de la acción planteada. Tanto más cuanto que a la sociedad y a la ley importa que aquél quede protegido de ejemplos, conductas o actos que le puedan perjudicar en su salud física o mental y aun en su desarrollo social.

Novena Época, Registro: 188488, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIV, Octubre de 2001, Materia(s): Civil, Tesis: XI.2o. J/18, página: 1040.

Pues bien, una forma de acabar con tanta incertidumbre, se reitera, es adoptar la propuesta aludida previendo sus beneficios a toda controversia de orden familiar, ya que según hemos venido analizando en nuestra investigación, una persona adulta o con discapacidad —no mental—, por error o ignorancia podría perder un juicio que afectara su situación patrimonial o emocional, cuyas consecuencias finalmente repercutirían en la sociedad, delegando en el Estado la obligación de proveer a su subsistencia o reparar el daño por la comisión de algún delito, al no contar con los medios para hacer frente a sus necesidades elementales, y menos aún, con el auxilio inexcusable para lograr una estabilidad psicológica confiable que le permita socializar adecuadamente y conformar un nuevo núcleo familiar.

La aportación precedente se ofrece por razón de congruencia con las opiniones vertidas por los tribunales federales y los argumentos personales referidos pretendiendo evitar que algunos juzgadores sean omisos en su observancia, como lamentablemente ha venido aconteciendo en el ejercicio profesional cotidiano.

A. ¿QUÉ DICE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS AL RESPECTO?

Generalmente, cuando pretendemos desentrañar el significado o los alcances de alguna norma, acudimos a las reglas de interpretación. Entre ellas a la teleológica, plasmada en la exposición de motivos y en el diario de debates de las cámaras respectivas que participaron en la elaboración de la misma, para conocer el espíritu del legislador y saber cuáles fueron las razones que motivaron la creación de ese resultado legislativo; y en su caso, los alcances y limitaciones en su futura aplicación, de tal forma que sirvan de directrices para una correcta aplicación a los casos concretos controvertidos.

Sin embargo, consultando la exposición de motivos de las innovaciones en comento observamos que de manera reiterada se hace alusión al respeto que debe existir a los derechos humanos, con el tenor del control de convencionalidad y constitucionalidad, respectivamente, pero en forma alguna

se hace razonamiento específico al tema que nos ocupa. De ahí que los juzgadores, investigadores y juristas en general habremos de desentrañar su significado y alcances mediante otras reglas de interpretación, dejando que el bienestar de la sociedad, y en especial de la familia, fijen el rumbo y la dirección según los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal y los tratados internacionales.

IV. DISYUNTIVAS DE LA SUPLENCIA EN LA NUEVA LEY DE AMPARO

En efecto, en líneas precedentes comentamos el reto que significará para los juzgadores determinar los alcances de la suplencia cuando se cuestione la dimensión del concepto “orden y desarrollo de la familia”, y con ese tenor el intérprete de la ley habrá de disipar las siguientes incógnitas: ¿el concepto familia estará determinado únicamente por la relación de matrimonio, concubinato y parentesco derivado de la relación quejoso-tercero perjudicado, o bien por un interés donde necesariamente converjan menores de edad e incapaces? ¿Se suplirá la queja deficiente por igual tanto a menores de edad como a adultos plenamente capaces, apartándonos del principio aristotélico de dar trato desigual a desiguales? ¿La suplencia se efectuará por igual tanto en violaciones sustanciales como procesales?

Para tal efecto, los juzgadores federales deberán analizar minuciosamente las disposiciones de la nueva Ley de Amparo en relación con sendas tesis que hasta antes de su emisión parecían fijar el rumbo de protección solo a favor de menores e incapaces, y que dada su trascendencia a continuación transcribimos:

ALIMENTOS POR REGLA GENERAL, NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA A FAVOR DEL DEUDOR ALIMENTISTA O ACREDOR ALIMENTARIO MAYOR DE EDAD CON CAPACIDAD JURÍDICA, SALVO QUE SE ACTUALICE ALGUNO DE LOS SUPUESTOS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIONES I O VI, DE LA LEY DE AMPARO.—Cuando el juicio de amparo derive de una controversia civil de alimentos y el quejoso sea el deudor alimentista o acreedor alimentario mayor de edad y no se encuentre acreditado que padezca alguna incapacidad jurídica; de acuerdo con la fracción V del artículo 76 Bis de la Ley de Amparo, interpretada en sentido contrario, el estudio de los motivos de inconformidad debe realizarse de acuerdo con el principio de estricto derecho, el cual obliga al juzgador a limitar su estudio, teniendo como límite lo expuesto, ya sea en los conceptos de violación o en los agravios, sin ir más allá, esto es, el juez habrá de circunscribirse a la *litis* planteada, sin poder manifestar de propia iniciativa algún vicio que se advierta, sino en virtud de que así se haya hecho valer a través del razonamiento respectivo, salvo cuando se actualice alguno de los

supuestos de suplencia de la queja previstos en las fracciones I o VI del numeral citado, esto es, cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o se advierta que ha habido en su contra una violación manifiesta de la ley que lo haya dejado sin defensa. Por las razones expuestas, este órgano jurisdiccional se aparta del criterio sostenido en la jurisprudencia XX.2o. J/25, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, septiembre de 2007, página 2353.

Décima Época, Registro: 160257, Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Localización: Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 2, Materia(s): Común, Tesis: XX.2o. J/31 (9a.), página 1040.

ALIMENTOS. POR REGLA GENERAL NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA A FAVOR DEL DEUDOR, SALVO QUE SE ACTUALICE ALGUNO DE LOS SUPUESTOS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 76 BIS, EN SUS FRACCIONES I O VI, DE LA LEY DE AMPARO.— Cuando el juicio de amparo derive de una controversia civil de alimentos y el quejoso sea el deudor alimentista, el estudio de los motivos de inconformidad debe realizarse de acuerdo con el principio de estricto derecho, salvo cuando se actualice alguno de los supuestos de suplencia de la queja previstos en el artículo 76 Bis, fracciones I o VI, de la Ley de Amparo, esto es, cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o se advierta que ha habido en su contra una violación manifiesta de la ley que lo haya dejado sin defensa.

Novena Época, Registro: 171546, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, Septiembre de 2007, Materia(s): Civil, Tesis: XX.2o. J/25, página: 2353.

Lo anterior, siempre y cuando no se desatienda la máxima de ponderar el interés superior de la infancia, incluso por encima del derecho de las partes, pues el concepto *interés superior del menor* es prioritario en el sistema jurídico mexicano y permite delimitar con precisión y claridad los derechos y obligaciones que corresponden a las personas adultas en relación con los niños, privilegiándose el deber de atenderlos y cuidarlos, a fin de alcanzar el mayor bienestar y beneficio posibles para los infantes, como un imperativo de la sociedad; de manera que su protección se ubica incluso por encima de la que debe darse a las prerrogativas de los adultos; lo que se actualiza con la tesis jurisprudencial visible en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXXIII, Marzo de 2011, Tesis: I.5o.C. J/15, página: 2188, que a la letra dice:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU RELACIÓN CON LOS ADULTOS.—El concepto interés superior del menor, cuya salvaguarda es prioritaria en el sistema jurídico mexicano, permite delimitar con precisión y claridad los derechos y obligaciones

que corresponden a las personas adultas en relación con los niños, para lo cual se privilegia el deber de atenderlos y cuidarlos, con el objeto permanente de alcanzar el mayor bienestar y beneficio posibles para ellos, como un imperativo de la sociedad; de manera que su protección se ubica incluso por encima de la que debe darse a los derechos de los adultos, con lo cual se cumple una trascendente función social de orden público e interés social.

V. CONCLUSIONES

Primera: La suplencia de la deficiencia de la queja en materia familiar, regulada en la nueva Ley de Amparo, constituye un gran avance para las familias mexicanas, que atraviesan por determinadas diferencias que trascienden a sus vidas, ya que gracias a esta noble institución, en lo subsecuente, la suplencia no solo se aplicará a favor de menores de edad e incapaces, sino también en aquellos casos en que se afecte el orden y el desarrollo de la familia, por disposición expresa del artículo 79, fracciones II y VII.

Segunda: No obstante la aparente claridad de la disposición legal mencionada en la conclusión precedente, habrá que observar los alcances y limitaciones de los juzgadores federales al aplicar dicha institución, sobre todo en asuntos de orden familiar donde no haya hijos, cuando se trate del deudor o acreedor alimentario mayores de edad, o bien del posible sujeto generador de violencia familiar, entre otros supuestos, ya que a la fecha existen sendos criterios de la autoridad judicial que parecieran perder efectos frente a estas nuevas disposiciones de la Ley de Amparo, donde se vislumbra, indudablemente, un principio fundamental que opera en materia familiar: La búsqueda y conquista de la verdad material por encima de la estrictamente legal o formal, previendo siempre y ante todo los derechos fundamentales de los peticionarios con el tenor del control de constitucionalidad y convenicionalidad de 2013.

LA GESTACIÓN SUBROGADA, SU REPERCUSIÓN EN MÉXICO

Juan Guadalupe Valencia Monge



I. INTRODUCCIÓN

El principio romano que reza: "madre es quien ha parido" parece disolverse con el paso del tiempo a partir de 1980, cuando una viuda decidió de forma unilateral inseminarse el semen congelado de su difunto esposo. En torno a ello, se encuentran perdidas en el tiempo las resoluciones a las problemáticas planteadas en el Tribunal de Nueva Jersey en 1987 y 1988, para dirimir a quién le correspondía la filiación de Baby M., a los padres genéticos (con los más amplios valores educativos y con una capacidad económica holgada) donantes del gameto que la creó, o bien a la madre gestante, sustituta o subrogada (pobre, con problemas económicos, con una educación básica y contando con un esposo ajeno a esta situación) con una capacidad biológica natural para darle al ovocito una vida intrauterina plena con la cual llegó a nacer; toda vez que en primera instancia la autoridad judicial resolvió a favor de los padres biológicos o con aportación genética, pero la resolución de segunda instancia corrigió el camino de su inferior y le dio la razón jurídica a la madre gestante. Parece de una realidad ajena a la del pueblo mexicano el informe Warnock, desarrollado en el Reino Unido de Gran Bretaña en 1985, en el que se recomendó aprobar una legislación que declare ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y como consecuencia la inexigibilidad de tales pretensiones ante los Tribunales. Tristemente la realidad social y jurídica alcanzó a la sociedad mexicana, así como a sus timoratas e ignorantes autoridades, especial mención merece Tabasco que lleva 14 años permitiendo este método de reproducción asistida, por virtud del cual personas con una capacidad económica amplia y sin importar si padecen o no algún impedimento físico para procrear de forma natural con sus parejas, se sirven de mujeres vulnerables física y jurídicamente para que se desenvuelvan como madres gestantes, cuya función es darle vida uterina al gameto de los primeros y después del nacimiento están

obligadas a entregar al recién nacido a cambio de un “gracias”, mientras agencias especializadas en la reproducción asistida son los mercaderes que lucran a cambio de la dignidad humana, apoyados en un marco normativo que protege a ultranza a los padres genéticos o biológicos, destruyendo las figuras jurídicas de la filiación y la maternidad.

Usted, dilecto lector, al concluir con la lectura de este artículo tendrá un panorama amplio y con suerte podrá resolver algunas de estas interrogantes con las reformas hechas por las legislaturas locales: ¿protegieron el interés superior del recién nacido? ¿Cuidaron el cuantioso negocio de la gestación subrogada? ¿Defendieron el derecho a procrear de los mexicanos o de los extranjeros? ¿Resolvieron la problemática de la filiación que se origina con este método de reproducción asistida? ¿Habrán protegido los derechos de la madre gestante? La madre gestante ¿tendrá un origen humilde o será de extracción indígena? Los padres genéticos ¿podrán ser cualquier individuo, sin importar su capacidad económica? ¿Podrán los extranjeros solicitar este método de reproducción asistida? El contrato celebrado entre la madre gestante y los padres genéticos ¿qué valor jurídico tendrá para las partes en caso de incumplimiento? El médico tratante ¿tendrá alguna responsabilidad?

II. DEFINICIÓN, SUPUESTOS CLÍNICOS DE ESTERILIDAD Y EN DÓNDE SE RECOMIENDA

A pesar de que los métodos de reproducción asistida encuentran como antecedentes comprobables en la medicina, tanto la inseminación artificial corpórea conyugal (IAC) de 1785, realizada por Thouret, como el primer nacimiento de un niño por IAC ocurrido en 1884 con intervención del inglés Hunter, o la intervención de Pancoat de 1866 en la que se utilizó la inseminación artificial corpórea con donación de seres humanos (IAD). Hasta 1980, con la inseminación de una francesa viuda con los fluidos de su difunto marido, que el Consejo Europeo decidió iniciar los trabajos encaminados a comprender, definir y tratar de reglamentar esta actividad clínica por conducto de la Comisión de Asuntos Jurídicos. Esta última sesionó en un afortunado intercambio interdisciplinario con la participación de parlamentarios, juristas, científicos y miembros de disímiles comunidades religiosas, originando un informe cuya pretensión era proveer soluciones al problema originado por los métodos de inseminación artificial, con fundamento en los siguientes criterios:¹ a) garantizar el respeto de los derechos

¹ Vid. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., MASSIGOGE BENEGIU, J. M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Ed. DYKINSON, Madrid, 1994, pp. 17-19.

humanos en esta materia, fundamentalmente mediante el reconocimiento del derecho a un patrimonio genético con la finalidad de evitar la fácil manipulación, *b*) las excepciones a dicha garantía deben ser compatibles con el respeto de la dignidad humana, debiendo definirse los principios del tratamiento de las informaciones genéticas según los convenios y resoluciones del Consejo de Europa, *c*) concreta determinación de los casos en que puede resultar admisible la terapia genética con el consentimiento de los propios afectados, y *d*) la creación de un órgano *ad hoc* Committee of Experts on Genetic Engineering (CAHGE), para el estudio de los problemas planteados por los avances en la ingeniería genética y con la intención de armonizar el marco normativo regulatorio de estos métodos de reproducción asistida por los Estados miembros.

A. DEFINICIÓN

Aun cuando la finalidad del Consejo de Europa era estudiar y reglamentar lo referente a la ingeniería genética, los avances de la ciencia ampliaron este campo de estudio a tres aspectos fundamentales (debido a su importancia en la biología humana), es decir, en primer lugar a la genética humana, otra importante arista es la manipulación genética y por último la reproducción humana; ésta se encuentra integrada por: *a*) inseminación artificial (IA), *b*) fecundación *in vitro* (FIV) y *c*) madres subrogadas, portadoras, sustitutas o de alquiler.

En este sentido, y por que convienen al desarrollo del presente trabajo, a continuación se darán algunas definiciones sobre las madres que pueden intervenir.

La CAHGE define a la madre portadora como aquella mujer que lleva implantado en su cuerpo un embrión hasta el nacimiento para beneficio de otra mujer o pareja.

El informe Warnock la define como la técnica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con intención de entregárselo después de su nacimiento.²

La legislación de Australia ha definido tal técnica como el acuerdo mediante el cual una mujer da a luz un niño para otra, con la intención de entregárselo tan pronto nazca o poco después de su nacimiento.

En Estados Unidos de América se define a la maternidad subrogada como la aplicación novel de la técnica de inseminación artificial que resulta

² *Vid. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, op. cit.*, pp. 20 y 21.

en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil.

A partir del seis de febrero de 2013, el Código Familiar del estado de Sinaloa define a la gestación subrogada en su libro primero (de las personas físicas y familia), título octavo (de la filiación), capítulo V (de la reproducción humana asistida y la gestación subrogada), artículo 283:

Artículo 283.—La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Pueden ser madres subrogadas gestantes, solo las mujeres entre veinticinco y treinta y cinco años de edad que tienen, al menos, un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre.

Complementa su reglamentación cuando en la fracción III del artículo 284 establece que la gestación subrogada será onerosa, es decir, contraria al espíritu altruista con el cual estudiaron las legislaciones europeas este tema o del proyecto de la ley de maternidad subrogada del Distrito Federal (el cual será analizado más adelante), que se transcribe a continuación con el propósito de ampliar el tema al dilecto lector: “Subrogación onerosa es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación; y, …”

En este punto del trabajo es conveniente señalar las variables de la maternidad subrogada: la primera de ellas se denomina homóloga y en ella tanto los óvulos como los espermatozoides son extraídos de la madre y del padre biológicos, la madre gestante o subrogada únicamente gestará al embrión. En la segunda posibilidad tanto el óvulo u óvulos provienen de una tercera mujer donante y los espermatozoides de un tercer hombre donante y la madre gestante o subrogada únicamente gestará al embrión, se denomina heteróloga. Existe una tercera posibilidad en la cual los espermatozoides son del padre biológico, pero el óvulo u óvulos son extraídos de la madre gestante, supuesto por virtud del cual será ésta al mismo tiempo mujer gestante y madre biológica, se denomina heteróloga; la cuarta posibilidad se presenta cuando el óvulo o los óvulos son extraídos de la madre biológica y los espermatozoides de un tercero donante y la madre gestante o subrogada únicamente gestará al embrión, se denomina heteróloga; y la quinta hipótesis

se realiza cuando los espermatozoides son del padre biológico, pero el óvulo u óvulos son extraídos de la madre donante, y la madre gestante o subrogada únicamente gestará al embrión, se denomina heteróloga. (Revisar el contenido de esta enumeración, es muy repetitiva.)

Con este paréntesis será más sencillo comprender el complejo tema relacionado con la gestación subrogada, así como las consecuencias jurídicas propias del tópico cuyos efectos y bemoles no son exclusivos de la medicina, sino del derecho, de la ética, de la biología y de otras ciencias, y de forma equivocada los impulsores de este método clínico de inseminación artificial no hacen el menor esfuerzo para analizar la repercusión de este objeto de estudio que impacta no solo a la realidad social de las personas, sino también a la realidad jurídica, originando una inseguridad propia del medievo, en donde los únicos beneficiados eran los mercaderes.

B. SUPUESTOS CLÍNICOS

En este apartado del trabajo resulta prudente iniciar con un tópico importante para la medicina (pero poco conocido por los estudiantes y estudiantes del derecho, de su desarrollo depende una mejor comprensión y análisis de los siguientes temas que componen este estudio), me refiero a la bioética, la cual se encarga de abordar los problemas morales derivados de los avances de las ciencias biológicas en general y está compuesta por: *a)* la bioética médica derivada de las actividades sanitarias, tales como eutanasia, trasplantes de órganos, reproducción asistida, así como todos los asuntos implícitos en la relación médico-paciente; *b)* problemas de investigación científica, en particular la investigación biomédica enfocada a la transformación del hombre mediante la manipulación genética, tecnologías para la reproducción asistida como la fecundación *in vitro*, la clonación o la gestación subrogada; *c)* los problemas ecológicos del medio ambiente y la biosfera, es decir, la conservación del medio ambiente, mantener el equilibrio entre las especies y el respeto hacia los animales y las plantas; y *d)* la bioética normativa, conocida también como bioderecho, en la que tienen una participación directa juristas y autoridades públicas y que se orienta hacia la adopción de reglas generales en la política sanitaria y el sistema jurídico. Centra su interés en la racionalidad de las decisiones colectivas en las áreas donde confluyen la salud pública, los derechos humanos y la regulación de los avances científicos.³

³ Vid. <http://www.embarazoyparto.about.com>.

En razón del último criterio de la bioética, es decir, del bioderecho se manifiesta la sentencia resolutoria del expediente C-34/10 de la Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por virtud de la cual se determinó la exclusión de los embriones humanos como fuente de células madre para usos comerciales, industriales, patentes o de investigación científica. Establece el inicio del embrión desde la fecundación. Recordó la Sala lo señalado por el artículo 5 de la directiva sobre la prohibición de que el cuerpo humano, en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo, pueda constituir una invención patentable, así como el simple descubrimiento de uno de sus elementos, incluida la secuencia total o parcial de un gen. Además, califica de contrarios al orden público o a la moralidad —en consecuencia, de no patentables— los procedimientos de clonación de seres humanos, los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano y las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales y comerciales.

La sentencia del TJUE estableció una definición del embrión humano: “como el óvulo humano fecundado capaz de desarrollarse, desde las fusión de los núcleos, así como toda célula extraída de un embrión denominada totipotencial”,⁴ esto es, una célula cuando se reúnan las demás condiciones necesarias es apta para dividirse y desarrollarse hasta formar un ser humano. La sentencia protege a todo óvulo humano a partir de la fecundación, ya que mediante ésta puede iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano, pero también protege y le atribuye esta calificación al óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y al óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis.

Para concluir, la sentencia resuelve la exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales, pero también en la utilización de embriones con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente su utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y le sea útil a éste; siempre y cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente no requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima.

Llegados a este punto del recorrido ya contamos con suficiente información para adentrarnos en los criterios clínicos por los cuales se permite iniciar un proceso de gestación subrogada en los países en los cuales se

⁴ Vid. <http://wwwpaginasdigital.es>

encuentra reglamentada de forma concreta, sin importar si es onerosa o altruista, y son éstos: *a*) ausencia de útero, es un trastorno congénito en mujeres en las que los conductos de Müller embrionarios no se desarrollan, y como consecuencia se presenta una amenorrea primaria con ausencia de vagina y útero pero con ovarios funcionales;⁵ *b*) malformaciones del útero o del cérvix, la mayoría de las malformaciones del aparato reproductor femenino afectan al útero, y por ello se habla de malformaciones Müllerianas, aunque a veces tienen su origen en anomalías mesonéfricas o Wolfianas. Se dice que existen anomalías uterinas en 0,1 a 2% de las mujeres, en el 4% de las estériles y en el 1% de las infériles, las malformaciones genitales no siempre son detectadas;⁶ *c*) sinequía uterina, es la adherencia entre las paredes de la cavidad uterina, secuela de una tuberculosis uteroanexial o de un legrado, también es necesario analizar esta patología clínica de procesos secundarios;⁷ *d*) enfermedades somáticas en las cuales está contraindicado el embarazo; y *e*) reiterados intentos fallidos de fecundación *in vitro* cuando se generan embriones de alta calidad pero una vez transferidos no se consigue el embarazo.

En principio, la gestación subrogada está permitida para parejas heterosexuales que demuestren más de dos años de convivencia y siempre y cuando sea biológicamente imposible que la mujer quede embarazada, pero hoy día en la regulación vigente de los países que reglamentan la validez jurídica

⁵ Cfr. <http://www.reproduccionasistida.org>

⁶ <http://www.reproduccionasistida.org> “La vagina se formaría a partir de los conductos mesonéfricos ó Wolfianos, con la participación básica del tubérculo de Müller, cuyas células tapizan la cavidad vaginal primitiva y luego, por inducción metaplásica, o, más probablemente, por epidermización desde el seno, se forma el epitelio pavimentoso vaginal. Los conductos mesonéfricos actúan como elementos guía para la adecuada formación del útero. Como la yema ureteral brota desde la apertura en el seno urogenital de los conductos mesonéfricos, la ausencia o la lesión distal de uno de ellos resultará en: 1) ausencia de la yema ureteral, y por lo tanto, agenesia renal; 2) vagina ciega ó imperforada; y 3) generalmente hay malformación uterina asociada, debido al daño del conducto mesonéfrico.”

⁷ Vid. <http://www.laparoscopiaciagincologica.cl/histeroscopia-sinequia-uterina.html>, en su parte conducente establece: “La sinequía uterina corresponde a una o más adherencia dentro de la cavidad del útero, que unen la pared anterior con la posterior; éstas pueden ser simples o complejas, las últimas abarcan grana parte de la cavidad, dejando muy poco espacio libre para que un embarazo pueda desarrollarse normalmente. Estas sinequias pueden producir abortos. Las sinequias uterinas son consecuencia de procesos infecciosos de la cavidad o secundarias a restos de tejido como por ejemplo de abortos incompletos que se organizan, sin embargo una de las causas más frecuentes es la traumática, secundaria al traumatismo del endometrio por un legrado o raspado de la cavidad muy enérgico.”

de los contratos y el proceso clínico de gestación subrogada no importa si el matrimonio es homosexual o incluso contratado por personas solteras.

III. PROCEDIMIENTO PARA LA GESTACIÓN SUBROGADA

El proceso de gestación subrogada se consigue mediante fecundación *in vitro* realizada por agencias especializadas en países donde es válida y legal, tales como la India, Ucrania, Rusia, en algunos estados de la Unión Americana y, desde hace más de 14 años, en el Estado Libre y Soberano de Tabasco.⁸ A continuación, se explicará de forma clara los pasos que conlleva este proceso:

1. Primero es necesario encontrar una mujer dispuesta a llevar el embarazo, ya sea con intenciones altruistas o lucrativas. Se busca de forma particular o utilizando a una agencia especializada, quién ayuda en su mayoría a extranjeros a escoger a la madre subrogada correcta, y el proceso de selección está terminado.

2. Una vez que los padres biológicos seleccionan a la madre gestacional, ella debe pasar una rigurosa evaluación médica y psicológica para confirmar su capacidad de llevar un embarazo ajeno. Algunos estados también requieren que los padres biológicos participen en una evaluación psicológica y que se confirme su inhabilidad de cargar un embarazo propio.

3. La madre gestacional empieza a recibir atención médica en anticipación al embarazo, que puede consistir en tratamientos hormonales, además de vitaminas prenatales y ácido fólico. Mientras tanto, la madre biológica recibe medicamentos para estimular la producción de óvulos. También pueden utilizarse óvulos congelados, si fueron extraídos previamente.

Además, para obtener óvulos y embriones maduros clínicamente se sincronizan los ciclos menstruales de la madre subrogada y de la futura madre o de la donante del óvulo, mediante la supresión de la función de los ovarios

⁸ Vid. <http://www.subrogacionmexico.com/fiv>, esta página electrónica además informa a sus usuarios: "Gracias a nuestro profesionalismo y amplia experiencia somos aptos para guiarle paso a paso con el objetivo de hacerle entender las implicaciones legales de cada caso de subrogación. Las leyes favorables en Tabasco, México, permiten tanto a las parejas heterosexuales como homosexuales, así como a los hombres o mujeres solteros formar una familia a través de los programas avanzados de nuestra agencia especializada en reproducción asistida. A los usuarios de esta página le avisamos que el proceso de subrogación en México es uno complicado y no debe emprenderse sin los equipos legales, médicos y de parto adecuados. La información que recopile de esta página no debe utilizarla para entrar a un proceso de subrogación por su cuenta".

utilizando un medicamento hormonal compuesto por Lupron o Synarel, antes de transferirlos al endometrio perfectamente preparado (revestimiento uterino) de la subrogada para maximizar las probabilidades del éxito del embarazo.

4. Una vez que el revestimiento uterino se desarrolló debidamente, el tratamiento de fecundación *in vitro* inicia con la extracción del óvulo de la madre biológica, quien puede ser una mujer soltera donante, casada o concubina (heterosexual, hombre transexual o lesbiana) o la propia madre gestante mediante un procedimiento guiado por ultrasonido vaginal (bajo anestesia local), para dirigir una aguja a través de la pared vaginal ubicándose dentro del ovario y del folículo; se utiliza la succión para aspirar el fluido y el óvulo al tubo de la Fertilización In Vitro. El experto en embriología examina el fluido bajo el microscopio para averiguar la presencia de óvulos maduros, en caso afirmativo se le requerirá la recolección de la muestra de espermatozoides del padre, aunque también pueden utilizarse donadores. Para la maternidad subrogada tradicional se utiliza un óvulo de la madre gestacional y puede fecundarse mediante inseminación artificial o *in vitro*.

5. La fecundación del óvulo se realiza en un laboratorio. Si el proceso tiene éxito, se obtienen embriones que deben madurar antes de ser trasladados.

6. Concluida la extracción de óvulos, son enviados al laboratorio de Fertilización In Vitro y se colocan junto al esperma de la pareja o del donante para su fertilización. Se examinan a fondo con el microscopio para identificar los que han sido fertilizados exitosamente. Entre dos y cinco días después se examinan los embriones que han madurado después de ser fertilizados los óvulos por los espermatozoides y los sobrevivientes se introducen en el útero de la madre gestacional para su implantación. Otra opción para la fertilización de óvulos es a través de una inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI por sus siglas en inglés). Y como técnica de reproducción asistida, consiste en la fecundación de los ovocitos por inyección de espermatozoides en su citoplasma mediante una micropipeta, previa obtención y preparación de los gametos con el fin de obtener embriones que puedan transferirse al útero materno. Con esta técnica se prescinde de la reacción acrosómica (unión del espermatozoide con la zona pelúcida, penetración de la zona, unión y fusión del espermatozoide con el oolema). El embarazo puede confirmarse mediante una prueba dos semanas después.

7. La transferencia del embrión es un proceso suave e indoloro que incorpora un tubo suave (catéter externo) que es insertado suavemente dentro de un tubo más pequeño (catéter interno) y cargado con los embriones para guiarlo al útero de la madre subrogada, a quien se le pide continuar con los

tratamientos de estrógeno y progesterona. Después de dos semanas de la extracción de óvulos se le practica una prueba de embarazo para determinar si el ciclo fue exitoso. Normalmente, el número de embriones transferidos a la madre subrogada influye en el éxito del ciclo de inseminación (pero puede aumentar la posibilidad de partos múltiples). Si el proceso es favorable, la gestación habrá iniciado, y en el caso contrario los futuros padres biológicos estarán ante la encrucijada de volver a intentarlo. Esto último, en razón de que las clínicas cobran por cada ciclo intentado, ocasionando el incremento en el costo de la gestación subrogada y reduciendo las posibilidades de los padres biológicos en razón de su capacidad económica y no tanto en su capacidad biológica, ya que en este último supuesto podrán recurrir a los donantes.

8. Cuando el ciclo es exitoso, las agencias continúan con su programa de gestación subrogada mediante monitoreo a la madre, asegurándose de que ésta tomará los suplementos hormonales durante el primer trimestre de gestación, además de controlar los niveles de estrógeno y progesterona en la sangre de la madre gestante. La programación de las citas al médico especialista en función de la situación gestacional particular de cada madre y los futuros padres recibirán reportes de evaluación mensual del estado psicológico y nutricional de la madre subrogada.⁹

Por lo general, los embarazos subrogados no conllevan un riesgo mayor, en tanto no existan otras complicaciones, como por ejemplo un embarazo múltiple. A pesar de que se introduzcan varios embriones para aumentar las posibilidades de concepción quizá ninguno prospere, según la sociedad para

⁹ Cfr. LÓPEZ MORATALLA, Natalia, IRABURU ELIZALDE, María J., *Los quince primeros días de una vida humana*. Ediciones Universidad de Navarra, España, 2a. ed., 2006. pp. 17-18: “A lo largo de la vida del individuo, éste sin estar prefigurado ni estrictamente determinado por la dotación genética recibida de los progenitores mantiene gracias a ella su identidad biológica, al tiempo que durante su desarrollo va recibiendo nueva información que proviene del medio. De este modo, la interacción de los componentes del medio interno y externo, y el soporte material de la información genética— la secuencia de nucleótidos del polímero DNA—, cambia constantemente a lo largo de la vida del individuo, y con ello, a su vez, el estado del viviente mismo. Hay, por lo tanto, en el ser vivo una emergencia de nueva información a la que se denomina información epigenética. El paradigma epigenético encierra en sí y reúne dos conceptos clave. Por una parte, este concepto de emergencia de propiedades: cada nueva organización que aparece en el desarrollo del ser vivo presenta unas capacidades que no están contenidas en los materiales constituyentes, de modo que cada nivel de organización es siempre más que la simple suma o mezcla de los materiales de partida. Y, por otra, la noción de la necesidad de la interacción con el medio para el despliegue de la nueva ordenación de los materiales y la emergencia de las nuevas propiedades”.

la Tecnología de Reproducción Asistida (SART, por sus siglas en inglés) los porcentajes de ciclos de fecundación *in vitro* que resultan en un nacimiento vivo están condicionados por la edad de la madre gestante.

Además, como cualquier técnica de reproducción asistida conlleva un riesgo de embarazo ectópico, que sucede cuando el embrión se implanta fuera del útero, ya sea en las trompas de falopio o en la cavidad abdominal, estos casos se convierten en emergencias médicas, pues la mujer gestante puede morir por sangrado intraabdominal.¹⁰

En cuanto al riesgo generado por los espermatozoides del padre biológico o del padre donante, éstos pueden contagiar enfermedades de transmisión sexual e infecciones bacterianas o virales que padezca el hombre por medio de la inseminación a la mujer gestante; para evitar este contagio, se deben realizar pruebas de salud antes de la inseminación.

Sin embargo, por tratarse de una técnica de reproducción asistida, los embarazos subrogados son tratados inicialmente en la clínica de fertilidad. Una vez que el embarazo se comprueba y se descartan otros factores de riesgo —alrededor de las ocho semanas de gestación— el cuidado prenatal se transfiere al médico o ginecólogo de cabecera y llega a término sin mayor problema.

9. Una vez que la vida intrauterina del gestante esté a punto de concluir o si por el caso particular la gestación concluye con antelación, pero dentro de los parámetro clínicos para que el feto pueda subsistir auxiliado por el equipo médico y desarrolle extrauterinamente sus órganos (después del sexto mes), la agencia especializada programa a través de un hospital (con el cual tenga un convenio pre establecido) una cesárea para la fecha de nacimiento, y se les pide a los futuros padres viajen al domicilio del citado hospital para el nacimiento del bebé, y para celebrar los acuerdos sobre la lactancia que formaran parte del contrato celebrado entre los futuros padres biológicos y la madre subrogada.

10. El último paso es de carácter jurídico y administrativo, en él interviene el departamento jurídico de la agencia especializada en reproducción asistida, cuya función radica en realizar los trámites encaminados a entregar al recién nacido a los padres biológicos y en la expedición de los documentos con los cuales se acredita su filiación con el menor, su parentesco con el recién nacido, así como la nacionalidad de éste. En el caso particular de México, la agencia especializada inicia su actividad desde el momento de la salida del bebé del hospital, ubicado en Tabasco, en donde nació; los futuros

¹⁰ *Vid.* www.infertility.about.com

padres biológicos se encuentran acompañados por un notario público y el abogado de la agencia experta en reproducción asistida hasta la ciudad de México, para ser precisos en el domicilio de la embajada del país de residencia de los padres biológicos. Ahí se les entrega el acta de nacimiento y el pasaporte del niño para poder viajar fuera de México y regresar al lugar de su residencia.¹¹

En cuanto a la madre subrogada, ella se ubica en dos supuestos: si realizó su actividad con ánimo de lucro en los países en donde se encuentra legislada esta situación jurídica, recibe una contraprestación en dinero, y en el caso de Rusia podría no devolver al recién nacido y no recibir el dinero. Pero en el estado de Tabasco, así como en los países en los cuales únicamente se permite la gestación subrogada altruista, la actividad de la madre gestante es desinteresada y por lo tanto la agencia especializada únicamente le brindará ayuda para conseguir citas médicas, un alojamiento y sesiones de apoyo.

IV. ANTECEDENTES EN ALGUNOS PAÍSES DEL MUNDO

Tomando en cuenta las dimensiones del presente artículo, así como que con antelación a este estudio muchos autores analizado la compleja problemática bioética originada por los efectos de la gestación subrogada, este apartado será una síntesis de la problemática jurídica iniciada desde 1987 con la sentencia recaída en el expediente número 25314-86, expedida por el Tribunal Superior de Nueva Jersey, en el famoso caso mundialmente conocido como Baby “M”, el cual sentó las bases y los criterios en contra, confrontados por postulados jurídicos y clínicos válidos; pasando por las salomónicas decisiones de los tribunales de Reino Unido, que sustentaron, tanto en el informe Warnock como por la Surrogacy Arrangement Act, otorgando la adopción a una pareja a pesar de haberse realizado la maternidad subrogada mediante el pago de una contraprestación y negándola a otra, otorgándole la custodia de dos gemelos a la madre gestante; la curiosa situación por la que atraviesa Francia, en donde a pesar de que cuentan con una Asociación Nacional de Inseminación Artificial por Sustitución desde 1983, la Corte en sus sentencias ha prohibido las adopciones solicitadas con posterioridad y vinculadas a un proceso de gestación subrogada, en razón de lo establecido por los artículos 345 y 353.1 del Código Penal Francés. Este criterio podría cambiar si prospera la propuesta de reglamentar la gestación

¹¹ Vid. <http://www.subrogacionmexico.com/fiv>

subrogada o maternidad gestante únicamente cuando sea solicitada por parejas heterosexuales que demuestren más de dos años de convivencia y siempre y cuando sea biológicamente imposible que la mujer quede embarazada. En Alemania la situación está clara, el Congreso Médico acordó que la maternidad de sustitución debe rechazarse por los inconvenientes que presenta para el niño y por el peligro de una comercialización de la fertilización *in vitro* y de la transferencia de embriones.¹²

Tanto los juicios que solicitaron el reconocimiento de la paternidad del padre genético o que se permitiera la adopción sobre el niño gestado por la maternidad subrogada y la celebración del contrato de maternidad subrogada, por virtud del cual una madre gestante recibe una contraprestación de dinero por el hecho de permitir la vida intrauterina en su vientre de un embrión producto de la fertilización de un óvulo y espermatozoides aportados por un matrimonio heterosexual, como la postura que desconoce concederle efectos jurídicos a la gestación subrogada, se fundamentaron en los argumentos siguientes:

1. Se aduce que la infertilidad es una situación que debe remediarse, no debiendo excluirse la maternidad de sustitución, que es el único camino que queda a muchas parejas.

2. Se aduce también que la maternidad subrogada puede suponer un acto de generosidad de una mujer a otra y que no conlleva por sí necesariamente la comercialización del embarazo.¹³

3. Pero no se trata de condenar esta práctica solo por su móvil de lucro, sino también porque debe reputarse ilícita en sus formas más generosas y desprendidas, porque la capacidad de gestar es intransferible y no permite pactos ni contratos y la madre gestante no solo cede su útero, sino que toda la personalidad y todo su ser quedan implicados en ella. A lo anterior debe añadirse que la generosidad con otra mujer es a costa del hijo y por evitar el trauma de una infertilidad se somete a la criatura a nuevos y mayores traumas".

4. También se adujo un argumento utilizado en diversas vertientes y que nunca es claro:¹⁴ el derecho de la madre gestante a servirse libremente de su cuerpo, añadiendo que el pretendido peligro de contratar con ligereza y sin las debidas garantías resulta muy remoto y, tratándose de un acuerdo

¹² *Vid. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, op. cit.*, pp. 55-61.

¹³ *Vid. HIGUERA, Gonzalo*, "Maternidad Subrogada" en la obra de J. GAFO, *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, p. 74.

¹⁴ *Vid. HIGUERA, Gonzalo, op. cit.*, p. 75.

voluntario y libre, no hay por qué hablar de explotación, ni aun interviniendo dinero.

5. Pretender que si se impide o coarta la maternidad subrogada o gestación subrogada se lesionan la libertad de quien lo desea, es ver tan solo un aspecto muy limitado de la cuestión, desconociéndose, por lo pronto los derechos del recién nacido. Pero, además y por mucho que se enmascare, esta pretendida libertad no radica tanto en la portadora, sino en la pareja genética que la praxis muestra de un estatus social, económico y cultural superior, con lo que existe una utilización de los más débiles en favor de los más poderosos, y lo que es más grave en cualquier sociedad democrática, la explotación de la clase inferior por la superior en materias de tipo personalísimo.¹⁵

6. No es excusa, el argumento de las dificultades de la adopción o del escaso número de niños en condiciones de ser adoptados ha creado una burocracia y una intervención administrativa enervadora.¹⁶ Esto es así, en razón del abuso de los menores para ser tratados como esclavos sexuales. No obstante lo anterior, parece que los futuros padres prefieren pagar precios exorbitantes a cambio de recién nacidos que robustecen su vanidad al ser niños ad hoc a su estatus de vida y no están dispuestos a adoptar niños cuyos padres los abandonaron y se encuentra ávidos de amor, pero como no están a su altura prefieren servirse de autoridades cuya ambición monetaria únicamente se ve opacada por su ignorancia jurídica de respetar los derechos humanos y tratados internacionales que los avalan.

En conclusión, del testimonio vertido por los diversos juristas que han estudiado los juicios controvertidos de gestación subrogada o maternidad subrogada se puede aseverar la existencia de dos comunes denominadores. El primero es que los padres genéticos, biológicos o contratantes no pueden procrear hijos de forma propia y natural por diversas causas (mayores de edad, estériles, parejas homosexuales, soltero, soltera, por vanidad, etc.), tienen un nivel de vida socioeconómico alto y son profesionistas; y en el segundo las madres gestantes son personas con deficiente desarrollo cultural y socioeconómico, pero son fértiles y con una gran capacidad biológica para procrear, aunque desconocen los alcances de esta facultad y se ven inmiscuidas en una negociación, en donde permiten se utilice su útero con la finalidad de gestar un embrión y ayudar en la formación y desarrollo intrauterino de un *nasciturus* para que cuando nazca sea un recién nacido vivo y viable, a cambio de una contraprestación en dinero o especie (aun cuando puede ser gratuita) para resolver su precaria situación económica inmediata. Pero

¹⁵ *Ibidem*, p. 76.

¹⁶ *Ibidem*, p. 77.

durante el proceso de gestación se olvida del aspecto económico y decide darle importancia al vínculo afectivo que desarrolla con el *nasciturus*, originándose la problemática de disputarle la maternidad, la guarda y custodia a los padres genéticos, biológicos o contratantes; situación que se puede prevenir con un examen psicológico previo a la celebración del contrato de gestación subrogada o maternidad subrogada. No obstante lo anterior, con el examen psicológico se elimina el derecho de la madre gestante de negarse a entregar al recién nacido por el principio *pacta sunt servanda* (los pactos son para cumplirse).

V. PAÍSES QUE LA REGLAMENTAN

En Europa y Asia pocos son los países que reglamentan la validez de la maternidad o gestación subrogada, motivo por el cual y con la intención de comprender la repercusión de esta figura jurídica legal y comparar su reglamentación en algunos países de Europa con la legislación vigente en algunos estados que componen a la República Mexicana, para discernir si los legisladores únicamente copiaron la legislación preexistente o inspirados en el sufrimiento de unas pocas personas se puede transgredir la dignidad humana. Es decir, el interés particular triunfó sobre el interés colectivo argumentando la preeminencia del derecho de la reproducción asistida por encima del interés superior del menor, cuando se supone que el Estado es garante y protector de este derecho humano fundamental, una probable respuesta la encontrara con la lectura de este apartado.

Ucrania es uno de los pocos países donde el ejercicio de la subrogación gestacional está permitido por la ley. El punto 2 del artículo 123 del Código de la Familia establece la filiación del niño que haya nacido mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida y determina expresamente que la paternidad del niño nacido de una madre de alquiler corresponde al matrimonio que haya aportado sus gametos y recurrido a los servicios de la madre subrogada. El punto 3 de este artículo autoriza la práctica de la fecundación *in vitro* con ovocitos donados y establece que en tal caso el embrión debe ser considerado como procreado por los esposos. En el Suplemento a la Ley “Sobre el trasplante de órganos y otros materiales anatómicos humanos”, de 16 de julio de 1999, se consigna que las parejas que hayan dado su consentimiento para el uso de técnicas de reproducción asistida, ejercerán en su plenitud la patria potestad respecto a los niños que hayan nacido a raíz del uso de dichas técnicas.¹⁷

¹⁷ Vid. http://www.surrogacy-ukraine.com/faq_es.php

Rusia es uno de los pocos países en los que el alquiler de vientres es absolutamente legítimo y está regulado por la legislación vigente. Los aspectos legales de la gestación subrogada se rigen por el Código de Familia ruso (artículos 51.4 y 52.3), la Ley No. 5487-1 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia” (artículo 35) y la Ley Federal No. 143-FZ “Sobre las actas de estado civil” (artículo 16.5). Según nuestra legislación, deben existir ciertas indicaciones médicas para recurrir a los servicios de una madre de alquiler. El estado civil de los usuarios no tiene trascendencia alguna. Las personas sin pareja o las parejas no casadas oficialmente también pueden acogerse a la gestación subrogada. La nacionalidad de los usuarios tampoco tiene importancia, ya que los extranjeros gozan en Rusia de los mismos derechos a tener hijos mediante técnicas de reproducción asistida que los rusos.¹⁸

El registro civil de los niños nacidos por subrogación se realiza en la embajada rusa, y la madre subrogada aparece en el registro, que luego podrá ser modificado para que figure como hijo de los padres que requieren de la subrogación. Las agencias de subrogación velan por los intereses legales de los futuros padres y resuelven cualquier complicación que pudiera surgir al respecto.¹⁹

De acuerdo con la legislación India, el conocimiento informado de los participantes en el contrato es un requerimiento fundamental para la realización de la Gestación Subrogada. Las partes en el contrato están constituidas por: la clínica, la pareja (casada o no) y la madre subrogante junto con su esposo o guardián, (nótese que la persona que dona los óvulos o el esperma no está incluida en la relación contractual). Se firma un contrato entre las personas avalando la reproducción asistida y la maternidad subrogada y se comprometen a cumplir voluntariamente los términos del contrato de acuerdo con la ley hindú (ICMR, 2010, 4).²⁰

Al fin y al cabo lo que supone esto. En países como la India es cierto el nivel de ingresos para las personas que ofrecen estos servicios. Las madres de alquiler suelen cobrar entre 5.000 y 7.000 euros, lo que supone 10 años de salario para la gente que trabaja allí en el campo. Tal es la oferta de vientres de alquiler que hasta pueden plantear la posibilidad de fecundar a dos mujeres distintas para ampliar el número de posibilidades de que el tratamiento sea exitoso.²¹

¹⁸ Vid. <http://vitanovaclinic.ru/es/services/surrogacy/>

¹⁹ Vid. <http://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada-en-rusia/>

²⁰ Vid. <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/NO/article/viewFile/17395/19233>

²¹ Vid. <http://pequealia.es/59610/maternidad-subrogada-en-la-india/>

VI. MARCO NORMATIVO NACIONAL A FAVOR Y EN CONTRA

El efecto de la gestación subrogada o maternidad subrogada dentro de la realidad social y realidad jurídica en la sociedad mexicana en los últimos diez años ha generado en el ánimo de los juristas, pero sobre todo en algunos legisladores, la necesidad de reglamentar este método de reproducción asistida, pero con sus reformas. ¿Protegieron el interés superior del recién nacido? ¿Cuidaron el cuantioso negocio de la maternidad subrogada o gestación subrogada? ¿Defendieron el derecho a procrear de los mexicanos o de los extranjeros? ¿Resolvieron la problemática de la filiación que se origina con este método de reproducción asistida? ¿Habrán protegido los derechos de la madre gestante? La madre gestante ¿tendrá un origen humilde o será de extracción indígena? Los padres genéticos ¿podrán ser cualquier individuo, sin importar su capacidad económica? ¿Podrán los extranjeros solicitar este método de reproducción asistida? El contrato celebrado entre la madre gestante y los padres genéticos ¿qué valor jurídico tendrá para las partes en caso de incumplimiento? El médico tratante ¿tendrá alguna responsabilidad?

Estas interrogantes serán respondidas por el propio legislador del marco normativo vigente de sus estados, aunque en este momento existen dos criterios muy marcados en cuanto al reconocimiento del alcance y valor jurídico de la gestación o maternidad subrogada, motivo por el cual se verán primero las legislaciones a favor y con posterioridad las que están en contra.

A. MARCO NORMATIVO A FAVOR

En Tabasco, estado que tiene el honor de practicar la gestación o maternidad subrogada incluso antes de reglamentar este método de reproducción asistida en favor de los extranjeros (clientes frecuentes), es decir, desde hace 14 años se realiza, pero su marco normativo se encuentra sustentado en el artículo 347 del Código Civil de Tabasco reglamenta como medio de reproducción asistida la maternidad subrogada. (Reformado P.O. 6855 Spto. D 17-mayo-2008) al igual que el 340. Así es, hasta 2008 este método de reproducción asistida fue reglamentado, aun cuando las prácticas de gestación subrogada iniciaron desde el 2000.

Artículo 347.—Respecto del padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad, pero en el caso de concubinato se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los hechos a que

se refieren los artículos 340 y 372, tanto en vida de los padres como después de su muerte. Esta acción es imprescriptible y transmisible por herencia.

Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada como la madre legal del niño, y éste será considerado como hijo legítimo de la mujer que contrató.

La filiación de los hijos también podrá acreditarse a través de la prueba biológica molecular de la caracterización del ácido desoxirribonucleico de sus células en el juicio contradictorio.

La negativa del demandado a realizarse la prueba señalada en el párrafo anterior, admitida u ordenada por el Juez, hará presumir la filiación que se le atribuye.

Artículo 340.—Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que empezó el concubinato;

II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina; y

III. Los nacidos después de los trescientos días en que haya cesado la vida en común, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tenga o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable.

El Código Familiar de Sinaloa la reglamentó como maternidad de sustitución en sus artículos del 282 al 297. A continuación, se transcriben las disposiciones más importantes en cuanto a las directrices del presente trabajo:

Artículo 283.—La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Pueden ser madres subrogadas gestantes solo las mujeres entre veinticinco y treinta y cinco años de edad que tienen, al menos, un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre.

Artículo 284.—La maternidad de sustitución, admite las siguientes modalidades:

I. Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto entregue el hijo a la pareja o persona contratante;

II. Subrogación parcial, es la que se da cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante;

III. Subrogación onerosa, es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación; y,

IV. Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.

Artículo 286.—Las personas casadas no podrán donar esperma u óvulo artificialmente a madre portadora ni a reclamar la progenitura, a no ser que obtuvieren el consentimiento de su cónyuge. Pero en el caso de que demandaren la paternidad o maternidad, no podrán recibir la custodia del producto de la inseminación, salvo por la incapacidad o muerte de la madre y siempre con la anuencia del cónyuge.

La voluntad que manifiesten las partes para la realización del instrumento de la maternidad subrogada debe ser indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones que de ella emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.

Artículo 287.—El instrumento de maternidad subrogada lo firmarán la madre y padre subrogados, la madre subrogada gestante, el intérprete si fuera necesario uno, el Notario Público, el director de la clínica o centro hospitalario, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.

Artículo 293.—Una vez que sea suscrito el instrumento deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud y al oficial del registro civil, para que el estado de la persona menor nacida mediante esta práctica sea contemplado en su filiación como hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre o madre subrogados.

Artículo 295.—El instrumento para la maternidad subrogada carece de validez, cuando haya existido error o dolo, respecto a la identidad de los padres subrogados por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados e interponer denuncias penales, en su caso.

Artículo 296.—También puede la mujer gestante demandar civilmente a la madre y al padre subrogados el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y posnatal.

Artículo 297.—Se harán acreedores a las responsabilidades civiles y penales aquellos médicos tratantes que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin el consentimiento y plena aceptación de las partes que intervienen, de acuerdo con las disposiciones de este Código y los Códigos Civil y Penal vigentes.

No se menciona el lastimoso caso de la propuesta de creación de la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal sencillamente porque de ella no existe nada nuevo o innovador y únicamente repite la estructura de estas legislaciones; es decir, no precisa de forma clara las causas clínicas por las cuales un matrimonio heterosexual acude a este método de reproducción asistida, deja en estado de indefensión a la madre gestante por no permitirle solicitar (en razón de su interés) se le reconozca su filiación y guarda y custodia del recién nacido, además de poner a la madre gestante como una persona analfabeta o perteneciente a una comunidad indígena cuando se requiere de un intérprete que la asista para celebrar el contrato de gestación subrogada. Al notario se le confiere la responsabilidad de estructurar un contrato con las formalidades establecidas en el marco normativo vigente, pero que no vayan en contra del proyecto de ley; esto es, pretendía que mediante el protocolo del notario y de su fe pública se subsanaran todos los defectos jurídicos del contrato para convalidar un acto jurídico ineficaz por nulidad plena y en criterio de algunas legislaciones inexistente, y pretendía cometer un fraude a las instituciones de seguridad social como el IMSS, ISSSTE o Seguro Popular, ya que estas dependencias serían las encargadas de absorber los gastos y asumir los costos antes, durante y después del embarazo una vez realizada la inseminación *in vitro*.²²

B. MARCO NORMATIVO EN CONTRA

Iniciaremos este rubro señalando que el marco normativo en contra de la gestación subrogada o maternidad subrogada se encuentra reglamentado por el artículo 73, fracción XVI base 3a de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se establece que el Congreso de la Unión tiene facultad exclusiva para dictar leyes sobre salubridad general de la República Mexicana y reserva la autoridad sanitaria en exclusiva para el Ejecutivo Federal y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del país. En consecuencia, se deberá tener como base jurídica para cualquier reglamentación a la Ley General de Salud que en su artículo 333, fracción II, señala la prohibición del uso para cualquier finalidad,

²² Cfr. <http://www.mexicolegal.com.mx/cafeteando-ver.php?id=649>

de tejidos embrionarios o fetales. En un sentido similar se reglamentan el artículo 327 de la Ley General de Salud y el artículo 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, se prohíbe cualquier acto de comercio de órganos o tejidos desprendidos o seccionados por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito. En este sentido, la maternidad subrogada o gestación subrogada no se encuentra reglamentada por el Código Civil Federal o el Código Civil para el Distrito Federal.

El Código Civil para el Distrito Federal señala como límites a la autonomía de la voluntad de los particulares en la celebración de un acto jurídico (y en el objeto de estudio será el contrato por la prestación de la gestación subrogada o maternidad subrogada) la inobservancia de la ley, la alteración o modificación de la ley y solo podrán las partes renunciar a sus derechos cuando no afecten el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero, en el caso particular serían los derechos del recién nacido. Además, los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos (artículo 6 y 8 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal).

En el Distrito Federal los artículos 162 y 293 del Código Civil son los dos únicos ordenamientos que regulan los métodos de reproducción asistida y al ser tan ambiguos el lector podría de forma errónea creer que se admite la gestación subrogada, pero no es admitida en la práctica por los argumentos descritos en líneas anteriores.

En Coahuila de Zaragoza, en su artículo 491 del Código Civil, se prohíbe y califica de inexistente el contrato de maternidad subrogada.

Artículo 491.—El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó.

El Código Familiar de San Luis Potosí al igual que el Código Civil de Coahuila prohíben la gestación subrogada o maternidad subrogada en el artículo 243 y en numeral 244 establece los supuestos de la filiación y en ninguno de ellos se plantea a la gestación subrogada o maternidad subrogada como fuente de filiación.

Artículo 243.—Es inexistente la maternidad sustituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera.

Artículo 244.—La filiación de las hijas o hijos nacidos fuera del matrimonio, en relación con la madre, resulta del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, solo se establece por el reconocimiento voluntario o por una resolución judicial que declare la paternidad. También se consideran hijas o hijos del matrimonio los concebidos mediante prácticas de reproducción humana asistida, realizadas con el consentimiento del marido, quien para tal efecto deberá otorgarlo por escrito, con las formalidades de ley.

VII. CONCLUSIONES

Primera: Toda vez que las legislaciones locales de los estados miembros de la federación, con sus modificaciones encaminadas a reglamentar a la gestación subrogada o maternidad gestante, realizadas mediante reformas al Código Civil local, al Código Familiar de la entidad y las demás disposiciones de aplicación únicamente dentro de su territorio, pero sobre una materia exclusiva para el Congreso de la Unión como lo es la materia de salubridad, en consecuencia las reformas realizadas son inconstitucionales.

Segunda: El Congreso de la Unión deberá promover acciones de inconstitucionalidad en contra de los congresos locales de los estados de Coahuila, San Luis Potosí, Sinaloa y Tabasco, por legislar en una materia que es exclusiva del Congreso de la Unión.

Tercera: Tanto las agencias especializadas en inseminación artificial o gestación subrogada con domicilio en la República Mexicana o en el extranjero que realicen contratos de gestación subrogada o maternidad subrogada con mujeres gestantes con domicilio en la República Mexicana deberán ser sancionadas por realizar un acto jurídico nulo de pleno derecho y en contra del interés común de los mexicanos.

Cuarta: El procedimiento de adopción deberá ser más flexible para todas las personas con nacionalidad mexicana, sin importar de su estado civil, siempre y cuando acrediten una imposibilidad física para procrear un hijo.

Quinta: Evitar que el Notario Público como especialista del derecho convalide y le otorgue validez jurídica a un acto jurídico nulo, mediante el uso de su protocolo corrija los errores de validez de un convenio cuyo objeto jurídico no se encuentra dentro del comercio.

Sexta: La madre gestante, el padre genético y/o la madre genética, así como la agencia especializada en inseminación artificial o gestación subrogada cometan fraude al IMSS, al ISSSTE o al Seguro Popular, ya que son estas dependencias del sector salud quienes absorben los gastos clínicos tanto de la madre gestante como del recién nacido antes, durante y después del parto.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- HIGUERA, Gonzalo, “Maternidad Subrogada” en la obra de J. GAFO, *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986.
- LÓPEZ MORATALLA, Natalia, IRABURU ELIZALDE, María J., *Los quince primeros días de una vida humana*, Ediciones Universidad de Navarra, España, 2a. ed., 2006.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., MASSIGOGÉ BENEGIU J. M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1994.

Páginas de Internet

- [http://www.embarazoyparto.about.com.](http://www.embarazoyparto.about.com)
<http://wwwpaginasdigital.es>
<http://www.reproduccionasistida.org>
<http://www.laparoscopiaginecologica.cl/histeroscopia-sinequia-uterina.html>
<http://www.subrogacionmexico.com/fiv>
www.infertility.about.com
http://www.surrogacy-ukraine.com/faq_es.php
<http://vitanovaclinic.ru/es/services/surrogacy>
<http://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada-en-rusia>
<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/NO/article/viewFile/17395/19233>
<http://pequelia.es/59610/maternidad-subrogada-en-la-india/>
<http://www.mexicolegal.com.mx/cafeteando-ver.php?id=649>

Esta obra se terminó de componer, imprimir y encuadrinar
el 15 de abril de 2015 en los talleres de
Castellanos Impresión, SA de CV,
Ganaderos 149, col. Granjas Esmeralda,
09810, Iztapalapa, México, DF

La tipografía se realizó con fuente
Minion Pro en cuerpo de 11/13 pts.,
y caja de 28 x 45 picas

La edición consta de 300 ejemplares
más sobrantes para reposición

