

## **DERECHO SUCESORIO, SU NECESARIA ACTUALIZACIÓN. LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL**

*PROBATE LAW, THE NEED TO UPDATE.*

*FEDERAL DISTRICT LAW*

---

**Andrés Cruz Mejía<sup>1</sup>**

---

### **RESUMEN**

De un breve análisis dogmático del contenido de la regulación de la materia en el Código civil para el Distrito Federal —que es una legislación de vanguardia en otras materias— se advierte su retraso, al grado de contravenir el paradigma actual de los derechos humanos, en cuestiones tan sensibles como el uso de expresiones degradantes y ofensivas para las personas que sufren algún grado de discapacidad. Ignoran los principios básicos de los derechos humanos y los avances que se han logrado en la materia.

**PALABRAS CLAVE:** Discapacidad; discriminación; inclusión; dignidad; “demente”; “medios hermanos”.

### **ABSTRACT**

A brief dogmatic assessment of the regulation contained within the Civil Code for the Federal District —a leading edge legislation in other matters— shows that it is noticeably delayed, to the extent of contravening the current paradigm of human rights, on such sensitive issues as the use of degrading and offensive expressions for people who suffer from some degree of disability. They ignore basic principles of human rights and the progress made in the matter.<sup>2</sup>

**KEY WORDS:** Disability, discrimination, inclusion, dignity, “insane”, “half-siblings”.

### **Sumario**

1. Decantación histórica de la sucesión por causa de muerte

---

<sup>1</sup> Licenciado, maestro y doctor en Derecho por la UNAM. Responsable de Investigación Área Derecho, licenciatura y posgrado en la Universidad Cristóbal Colón, Veracruz.

<sup>2</sup> Traducción realizada por Taylor Sloane. SOLCARGO, [www.solcarga.com.mx](http://www.solcarga.com.mx).

2. Las normas cuestionables
3. Violación a derechos humanos
4. La “pena capital” y la incapacidad para heredar
5. El “adulterio” y la capacidad para heredar
6. La “exposición” del hijo y la incapacidad para heredar
7. Supresión, substitución o suposición de infante y la capacidad para heredar.
8. Discriminación a los llamados “medios hermanos”
9. Otras cuestiones a plantear
10. Bibliografía

## **1. 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 hombre, cuyo origen se pierde en la historia. Summer Maine, citado por Goyena,<sup>3</sup> sostiene 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 esa cosmovisión primitiva las cosas permanecen, es el hombre quien pasa, quien transita en la corta temporalidad de su vida. El mismo autor transcribe un párrafo de Fustel de Coulanges, del siguiente tenor:

Para forjarse exacta idea de la herencia entre los antiguos, conviene no representarse una fortuna pasando de una mano a otra. La fortuna es inmóvil, como el hogar y la tumba a que está asociada. Es el hombre quien pasa, a compás que la familia se desenvuelve y en sus continuas generaciones, llega a la hora marcada para proseguir el culto y tomar posesión del dominio.<sup>4</sup>

### *B. El derecho a testar, una conquista de los plebeyos*

---

<sup>3</sup> Goyena Copello, Héctor R., *Tratado del derecho de sucesiones*, Buenos Aires, La Ley Editora e Impresora, 1974, p. 36.

<sup>4</sup> Goyena Copello, *op. cit.*, p. 35.

En su explicación sobre las Instituciones de Justiniano, Ortolán<sup>5</sup> nos dice que el concepto de “Pueblo” en la Roma antigua era una mera ilusión. “Las cosas sagradas y los comicios curiales, eran cuestiones pertenecientes a los patricios, a los aristócratas”. Era a esta clase a quien importaba mantener y perpetuar intacta la corporación. Los plebeyos no participaban de las ceremonias religiosas, por tanto no hacía testamento ante las curias. En tales condiciones, estos últimos encontraron como forma de eludir la intervención de los comicios, a través de una figura identificada como *testamento ficticio* que era la venta de su patrimonio por *mancipatio*, ejerciendo este derecho hasta lograr que se reconociera como una ley general y escrita para todos en la Ley de las Doce Tablas.

Vender el patrimonio mediante *mancipatio* fue un medio ingenioso, el comprador del patrimonio tomaba el lugar del vendedor, aunque no fuera su heredero.

Posteriormente, cuando los plebeyos hubieron obtenido 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.<sup>6</sup>

#### C. *El testamento como una cuestión de honor*

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

#### D. *Los dos sentidos de la palabra herencia*

De aquí los dos sentidos del término, por una parte la palabra *herencia*: significa, prolongación de la personalidad, continuidad en las funciones del difunto y por otra refiere a la universalidad de los bienes y de los derechos de un ciudadano difunto.

---

<sup>5</sup> Ortolán, *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, Madrid, Establecimiento Tipográfico de los sucesores de Rivadeneyra, 1884, pp. 502 y ss.

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

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

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

#### E. *Desaparición del carácter inmanente de los bienes*

Goyena<sup>9</sup> señala como característica de la sucesión romana en sus orígenes, que en verdad, el heredero suplantaba al causante en la jefatura, conducción y cuidado del grupo familiar “se unificaba con la persona misma del causante”, heredero y causante eran la misma persona sin solución de continuidad.

“Los romanos empleaban la fórmula *successio in jus* o *successio in locum et in jus*, para determinar claramente la sucesión en el lugar y el derecho, que se producía con la muerte del causante”.<sup>10</sup>

Esta concepción, generó graves injusticias que implicaban la asunción de responsabilidades y deberes, lo que provocó que poco a poco se fuera perdiendo la idea de suplantación de la persona, así como también fue desapareciendo el concepto del carácter religioso inmanente que se otorgaba a los bienes.

#### F. *Construcción de la institución y de las figuras*

Es en Roma donde se construyen las bases del derecho sucesorio por causa de muerte, (como ocurre con otras tantas instituciones del derecho privado).

Se precisan como elementos de la sucesión al causante y al heredero regulándose su capacidad, así como la herencia, generándose las reglas relativas a su contenido, la delación y a la adición; se distinguen diversas clases de herederos (*suis et necesarii, necesarii; extraneivelvoluntarii*) y 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).

---

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

<sup>9</sup> Goyena, *op. cit.*, p. 40.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 41.

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 substitución (vulgar, pupilar y ejemplar) y se hizo casuística regulación de los legados, y de los motivos de desheredación.<sup>11</sup>

#### G. Orden hereditario y líneas de herencia en el derecho germano

En el derecho germano, recuerda Goyena,<sup>12</sup> el dominio sobre el territorio se dividía en dos porciones, una pequeña que se distribuía entre los individuos para su habitación y una extensa perteneciente a todo el grupo o clan, en donde se realizaban las faenas comunes (Almende). La distinción de bienes muebles e inmuebles fue fundamental para el derecho sucesorio dado que la disposición sobre los inmuebles era limitado, se restringía en protección de los intereses de la familia. En cuanto a los bienes muebles, para los efectos de su transmisión a los herederos, una vez fallecido el titular se resolvía que el equipo militar fuera para el pariente varón más próximo, las cosas muebles que usaban las mujeres para las hijas y el resto se distribuía entre todos los herederos.<sup>13</sup>

El derecho a la disposición de los bienes era excepcional, no se conocía el testamento debido a que la transmisión no se efectuaba por voluntad del titular; a su muerte, los herederos adquirirían 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.

Al recibir la influencia romana, el derecho germano asumió la importancia de la voluntad del titular. 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

---

<sup>11</sup> Goyena, *op. cit.*, p. 47.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 69.

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

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

Las diversas costumbres imperantes en las áreas de dominación germana generaron diversas causas de desheredación y se reguló un régimen de reservas a fin de restringir al causante la libre disposición de sus bienes, y distinta de las legítimas de origen romano.<sup>14</sup>

Antonio de Ibarrola,<sup>15</sup> apunta que el feudalismo imprimió en el derecho hereditario ciertas instituciones y principios dominantes: consideró el feudo como uno e indivisible y que al desaparecer el feudalismo aparecen en España, con profusión, vínculos y mayorazgos, verdaderos fideicomisos que ahora se prohíben por la ley.

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

---

<sup>14</sup> Goyena, *op. cit.*, p. 176.

<sup>15</sup> De Ibarrola, Antonio, *Cosas y sucesiones*, 16a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 678.

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 établit l'égalité dieme a homme, á plus forteraison de frère a Frere)

d) Prefirió la sucesión TESTAMENTARIA

e) Estableció en la sucesión legítima un orden de suceder parecido al de la Novela 118.<sup>16</sup>

### *I. Autonomía de la voluntad y libre testamentifacción*

Sobre las bases ideológicas del liberalismo económico y del individualismo filosófico, se construyen las instituciones de derecho privado que rigen a partir del siglo XIX y que influyen sobre nuestra legislación patria con los ajustes que posteriormente resultan del pensamiento social.

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

Pocas modificaciones aporta a este ordenamiento el Código Civil de 1884, siendo la más importante la que "Introduce la libertad testamentaria, es decir, deja al arbitrio del testador, la facultad de dejar los bienes a quien desee, teniendo como límite la obligación de dar alimentos a quienes conforme a la ley, se deben".<sup>17</sup>

Sobre este tema volveré adelante.

## **2. 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

---

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> Castañeda Rivas, María Leoba, *El derecho civil en México. Dos siglos de historia*, México, Porrúa, 2013, p. 52.

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 la dignidad de las personas, provocando con ello 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:

Art. 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 4 artículos subsecuentes, regula el procedimiento para que el “demente” pueda otorgar testamento.

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 el error de incluir reglas de procedimiento en legislación sustantiva, además de, la poca claridad, la carencia de orden y de sistematización

#### *a. Omisión de la vía*

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

Parece claro que la vía ha de 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 este promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas”.

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

#### *b.* El problema de dictámenes contrarios

Tampoco establece que 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 ha de negar la autorización para el otorgamiento del testamento?

#### *c.* Intervención del Ministerio Público

No precisa que papel desempeñará el Ministerio Público, cuya intervención es obligatoria por así establecerlo 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.

#### *d.* Perfil preferente

Cuando se dice 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 otra especialidad, dado que “preferencia” implica la posibilidad de una opción diversa.

Aun cuando parece que la racionalidad nos llevaría a la interpretación de que los médicos deben ser alienistas, —porque esta 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 sólo “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 que se produce ausencia de orden, de coherencia y de sistematización.

#### e. 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 sí el examen se realizará en el juzgado o en el consultorio de los facultativos o incluso si esta revisión de 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 que ha de ser firmada por el notario, por los testigos por los médicos y por el Juez. Sin embargo, no aclara si al acordar la solicitud, el juez debe señalar fecha para que tenga lugar el examen de los médicos y 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, sólo hace referencia 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 dictamen de los médicos?

¿Tiene alguna intervención el notario en la citada revisión?

¿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?

¿Debe el juez 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 y el juez considera que sí es suficiente?

Los testigos comparecen para dar testimonio ¿de qué?

### 3. 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 término que conserva al designar a las personas sujetas a algún tipo de discapacidad como “dementes” concepto de 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”, desechos humanos que habría que excluir de la sociedad, o cuando mucho al modelo médico rehabilitador, como se verá en seguida.

Al analizar el concepto de discapacidad, el “PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD”<sup>18</sup> explica que a través de la historia el concepto de referencia ha transitado por diversas etapas que van desde aquella que promovían el exterminio y la exclusión de las personas con discapacidad, como ocurrió en Grecia, en Roma y en gran parte de la Edad Media, pasando luego a una etapa de proteccionismo o paternalismo, vigente a principios del siglo XX, en que se consideró como un problema médico que requería de protección y de rehabilitación, hasta llegar a la etapa en que se disocia a la discapacidad del término *enfermedad*, siendo 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

##### a. Modelo de prescindencia

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

Este modelo fundamentaba la causa de la discapacidad en 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

---

<sup>18</sup> [www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo\\_derechos\\_de\\_personas\\_con\\_discapacidad](http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo_derechos_de_personas_con_discapacidad).

discapacidad, y en el caso de las personas adultas, simplemente se les marginaba o excluía.<sup>19</sup>

#### *b. Modelo médico-rehabilitador*

En relación al modelo médico-rehabilitador explica:

Este modelo 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 vista en su individualidad, pues ella es la causante del problema y quien tiene que adecuarse a la sociedad misma 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". Y establecía "una presunción de inferioridad biológica o fisiológica de las personas con discapacidad, destacando la pérdida o las discapacidades personales, y contribuyendo al modelo de dependencia."<sup>20</sup>

#### *c. Modelo social*

En referencia al modelo social explica:

Este modelo surgió en Inglaterra y en los Estados Unidos de América a finales de la década de los sesenta y principios de los años 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

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>20</sup> *Idem*.

medicar, asentando que eran ellas mismas, y no terceras personas (ya fueran médicos, familiares o instituciones) las que mejor conocían sus necesidades, así como los medios para satisfacerlas.<sup>21</sup>

#### d. Modelo de derechos humanos

Finalmente, al abordar el modelo resultante de la actual vigencia del paradigma de Derechos Humanos, expone:

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

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

Además de que se promueve su inclusión y participación plena y efectiva en la sociedad, toda vez que sus necesidades y requerimientos son atendidos por la comunidad.<sup>22</sup>

#### B. El artículo 1o. constitucional

A este último modelo y bajo 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 Española<sup>23</sup> indica que la palabra “demente” significa: *loco, falto de juicio, que padece demencia, debilidad de las facultades mentales.*

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>23</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. ed., t. I., Madrid, Espasa Calpe, 1992, p. 678.

El uso en la ley de ese lenguaje degradante, atenta en contra de la dignidad de las personas. Esto 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 (Diario Oficial de la Federación, 30 de mayo de 2011).*

2o. párrafo del artículo 1o.:

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 2o. párrafo del artículo 4o. 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".*

*D. La ley federal para prevenir y eliminar la discriminación (Diario Oficial de la Federación, 11 de junio de 2003)*

*Establece en su artículo 1o.:*

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:

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*

Es en razón del reconocimiento de estos derechos que se sugiere, de manera expresa, “la eliminación” de la palabra “demente” en los procesos jurisdiccionales, según se advierte en el protocolo en comento.

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 una carencia de valor, tales como inválidos, imbéciles, retrasados mentales, idiotas, *dementes*, tarados, discapacitados, minusválidos, entre otros, que comúnmente son empleados por las legislaciones de carácter civil.

Asimismo se recomienda que las resoluciones judiciales se redacten en un lenguaje inclusivo y respetuoso de los derechos humanos de las personas con discapacidad.<sup>24</sup>

#### **4. 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, reguladas 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

---

<sup>24</sup> “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad. óp. Cit. p. 52

hermano, a no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida, su honra, o la de sus descendientes, ascendientes, hermanos o cónyuge.

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

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

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.

## 5. El "adulterio" y la incapacidad para heredar

En el mismo artículo, en sus fracciones III y IV, señala al delito de adulterio 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.

Sólo que el delito de adulterio se derogó del Código Penal del D. F. desde 1999 y más 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 se justifica, una vez más, la urgente necesidad de actualizar la legislación civil en esta materia.

## **6. La “exposición” del hijo y la incapacidad para heredar**

También se olvida la actualización de la fracción VI del mismo artículo 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 que actualmente se contiene en el Capítulo V del Título Noveno del Libro Primero, en lo relativo 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 el 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 a 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 quienes estaban a cargo de la custodia, guarda o protección del citado menor, por lo que decir que se priva 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 y no de exposición, como dice el código, situaciones que producen efectos jurídicos distintos, atendiendo a la solución que requiere el interés superior del menor.

## **7. Supresión, substitución 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, del siguiente tenor:

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

XI. El que conforme al Código Penal, fuere culpable de supresión, substitución 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 substitución de infante” se regulaban en un título establecido para delitos contra el estado civil y bigamia, cuyo artículo 277 rezaba:

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

I. Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre;

II. Hacer registrar en las oficinas del estado civil un nacimiento no verificado;

III. A los padres que no presenten a un hijo suyo al Registro con el propósito de hacerle perder su estado civil, o que declaren falsamente su fallecimiento, o lo presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas;

IV. Al que usurpe el estado civil de otro con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden.

Las cuatro primeras fracciones explica González de la Vega<sup>25</sup> constituyen los casos llamados en la doctrina delitos de suposición, supresión, ocultación y substitución 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 se han modificado esencialmente, y por ello se han incrementado los supuestos hipotéticos respecto a la comisión de estas conductas delictuales. El artículo 203 del Código Penal para el Distrito Federal establece, no 3, sino 8 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:

---

<sup>25</sup> Gonzales de la Vega, Francisco, *El Código Penal Comentado*, 7a. ed., México, Porrúa, 1985, pp. 391 y 392.

- 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;
- 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 y no sólo 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 sólo se pierden derechos sucesorios, sino 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 que decir de las nuevas figuras que conforme a los resultados de los avances de la ingeniería genética, regula el actual 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 del siguiente tenor:

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 que 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 el mismo sentido de la pérdida de los derechos hereditarios que pudieran resultar a favor del responsable.

## **8. 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 porque fundamentalmente hay un trato desigual que no se justifica a la luz del derecho humano 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”, estableciendo que los hermanos que lo sean de padre y madre (enteros) recibirán el doble de la herencia que los resulte hermanos en relación solo con el padre o sólo 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 sólo hay hermanos por ambas líneas, estos heredarán por partes iguales, pero en el siguiente artículo (1631) 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. Se restringen derechos de personas con motivo de la situación de hermanos solo de padre o sólo de madre, respecto relación a los 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 sólo de padre o sólo de madre, reciben un trato desigual al que se establece para los hermanos que lo son de padre y madre, pues aquellos recibirán la mitad de la porción que éstos, lo que importa 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 hace que existan una 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, eventualmente, 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?

## 9. Otras cuestiones a plantear

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

El primero de ellos es el relativo al principio de autonomía de la voluntad sobre el que se sustenta nuestro actual derecho sucesorio, 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, derechos de terceros y dejar alimentos a quienes corresponda conforme a la ley, se sustenta 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 sostiene en la idea de una presunta voluntad del autor de la herencia de beneficiar a sus parientes más próximos.

Ortíz Urquidí<sup>26</sup> explica que este principio, es consecuencia de otro de mayor alcance que es el de la libertad de acción, según el cual, los particulares puede hacer todo lo que la ley no les prohíbe. Antes aclara que el principio de autonomía de la voluntad tiene como límite el orden público.

La autonomía de la voluntad, o autonomía privada impera en todo el ámbito del derecho privado y por supuesto en materia contractual. Borja Soriano,<sup>27</sup> enseña que esta idea surge en el derecho canónico, se sostiene en la escuela del Derecho natural y por los filósofos del siglo XVIII, es exaltada por los partidarios del individualismo liberal en el

---

<sup>26</sup> Ortíz Urquidí, Raúl, *Derecho civil*, 2a. ed., México, Porrúa, 1982, pp. 275 y 276.

<sup>27</sup> Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 17a. ed., México, Porrúa, 2000, pp. 122-124.

siglo XIX y se acoge por el Código Napoleón (artículo 1134) y por nuestros códigos de 1870 (artículo 1535) y de 1884 (artículo 1419).

En materia contractual el principio ha sido objeto de críticas severas, entre ellas las que pueden leerse en la obra de Dugüit.<sup>28</sup> Se objeta también, que casi todos los contratos se celebran bajo necesidades imperiosas que hacen muy dudosa la libertad de las partes, quienes, además, no siempre actúan en plano de igualdad, lo que provoca que la ley limite el referido principio en aras a garantizar relaciones de mayor justicia y equidad. Borja<sup>29</sup> atribuye el debilitamiento del principio en la materia contractual a la importancia mayor concedida a los intereses colectivos sobre los individuales, a un renacimiento del formalismo y al considerable desarrollo de las leyes imperativas de orden público.

Sólo 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 de los que se deriva el 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.

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

---

<sup>28</sup> Dugüit, León, *Las transformaciones del derecho público y privado*, Buenos Aires, Heliasta, 1975, pp. 193-205.

<sup>29</sup> Borja Soriano, *op. cit.*, p. 123.

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

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

De Ibarrola<sup>30</sup> considera que la declaración de la voluntad de testador no podría ser suprimida por el Estado sin hacerse reo de una grave injusticia:

Recordemos que el derecho de propiedad es naturalmente perpetuo. Además, es de su esencia que podamos enajenar nuestros bienes, por un acto entre vivos o por acto mortis causa. De esto se infiere lógica y legalmente que la facultad de testar no es emanada del derecho civil como pretenden Ahrens, Escriche, Sala, Febrero y otros, sino que es un acto propio del dominio, y éste emana del derecho natural, como sólidamente sostienen Balmes, Munguía, Thiers y otros muchos como Mirabeau...<sup>31</sup>

Pero ahora, el concepto mismo de la voluntad y de la libertad para la toma de decisiones, se cuestiona ante los avances de la neurobiología, y los fenómenos sociales que aparecen en la llamada sociedad posindustrial, como ocurre con los medios masivos de comunicación, la publicidad y otras formas de manipulación de la conciencia que llevaron a Sartori<sup>32</sup> a considerar que el homo-sapiens está siendo substituido por un homo videns.

...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 horno sapiens. Sobre este aspecto, los especialistas en los medios callan a ultranza, y su parloteo sólo 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, horno cornunicans, inmerso en el incesante flujo mediático” (De Matteis, 1995, p. 37). Sí, horno cornrnunicang pero ¿qué comunica? El vacío comunica vacío, y el vídeo-niño o el hombre disuelto en los flujos mediáticos está sólo 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

---

<sup>30</sup> De Ibarrola, *op. cit.*, p. 689.

<sup>31</sup> *Idem.*

<sup>32</sup> Sartori, Giovanni, *Homo Videns. La sociedad teledirigida*, véase en: [http://centromemoria.gov.co/wp-content/uploads/2013/11/Homo\\_Videns\\_La\\_sociedad\\_teledirigida.pdf](http://centromemoria.gov.co/wp-content/uploads/2013/11/Homo_Videns_La_sociedad_teledirigida.pdf), p. 55.

efecto regresivo en la democracia, debilitando su soporte, por tanto, la opinión pública. Hoy más que nunca, la gente tiene problemas, pero no posee la solución a esos problemas. Hasta ahora se consideraba que en política la solución de los problemas de la gente había que reclamársela a los políticos (al igual que en medicina hay que pedírsela a los médicos. y en derecho a los abogados). No obstante, el gobierno de los sondeos, los referendos y la demagogia del directismo atribuyen los problemas a los políticos y la solución a la gente. Y en todo ello, la televisión “agranda”. Los problemas (creando incluso problemas que en realidad no existen, problemas superfluos) y prácticamente anula el pensamiento que los debería resolver.<sup>33</sup>

La vigente sociedad es 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 misma del tejido social con diversas formas de uniones familiares y de agrupamientos, impactan brutalmente al comportamiento de los seres humanos y por supuesto, de manera muy importante en la toma de decisiones y en el ejercicio racional.

Searle,<sup>34</sup> en su texto sobre *Libertad y neurología*, formula una serie de importantes reflexiones sobre el libre albedrío, 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”. El libre albedrío es un problema neurobiológico que tiene que ver con las experiencias vividas y con los múltiples intervalos que se presentan en las diversas fases de la deliberación y por tanto se cuestiona la racionalidad de las decisiones que voluntariamente se toman.

También será materia de investigación por separado, el impacto que eventualmente 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 conforme a los criterios y pautas de las ciencias económicas

---

<sup>33</sup> *Idem.*

<sup>34</sup> Searle. John R, *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, Barcelona, Paidós, p. 204.

Los años sesentas 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 de social cost. Muy poco después, en 1961 se publica el trabajo de Guido Calbresi sobre SomeThoughtsonriskdistributio and thelaw 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 sólo de analizar de manera interdisciplinaria el conjunto de interrelaciones que existen o pueden existir entre Derecho y Economía, sino de construir, explicar e interpretar las normas jurídicas de forma que los postulados de las leyes económicas se puedan cumplir mejor. En este sentido, no se puede poner en duda la relación existente entre el llamado análisis económico del Derecho y la teorización de los economistas neoliberales. Como recuerda Paz-Ares, se trata de un movimiento que busca recuperar la vieja idea del laissez faire laissez passer.<sup>35</sup>

Bajo 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, surge de inmediato 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 innúmeras 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 el libro *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos familiares*<sup>36</sup> 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

---

<sup>35</sup> Díez-Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 203-207.

<sup>36</sup> Rams Ibesa, Joaquín *et al.*, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 74

familiares propietarias que se ven involucradas directamente en el funcionamiento empresarial. Se trata de un grupo familiar con vínculos de parentesco que pueden ser consanguíneos, por afinidad y por supuesto, por adopción. Existen, atendiendo a este dato, una gran variedad de empresas familiares, desde las compuestas por un núcleo muy reducido de miembros en las que el cabeza de familia es quien realmente posee la condición de empresario y quien toma de manera personal todas las decisiones relevantes, hasta aquellas otras que se han ido ampliando con el ingreso de diversas líneas familiares y el inevitable cambio generacional hasta adquirir una dimensión importante —de mediana empresa generalmente— y en las que la gestión es llevada a cabo por una pluralidad de sujetos.<sup>37</sup>

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

En relación con los procedimientos sucesorios, establece:

El acuerdo más frecuentemente adoptado es aquel en el que se asume la obligación de no dejar la empresa a personas ajenas al grupo familiar. De este modo, para dar cumplimiento al protocolo, los diferentes parientes deciden otorgar testamento con la finalidad de preservar la propiedad de la empresa dentro de la familia. En otras palabras, es habitual que en el protocolo sus otorgantes se comprometan a realizar testamento en un determinado sentido o incluyendo cláusulas dirigidas a preservar las acciones o participaciones de la empresa familiar en el seno de la familia y evitando que se pueda disponer de ellas a favor de personas extrañas a la misma. Conviene, asimismo, que se distinga en el propio testamento, o por otros medios, qué bienes corresponden al patrimonio personal y cuáles integran el patrimonio de la empresa familiar, evitando confusiones patrimoniales que puedan distorsionar el proceso sucesorio.<sup>38</sup>

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

---

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 339.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 386.

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 el obtener el grado de Maestría en Derecho civil, presentó la Licenciada Patricia Soledad Servín Maldonado en la Universidad La Salle Morelia en el mes de julio de 2013.<sup>39</sup>

## 10. Bibliografía

BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 17a. ed., México, Porrúa, 2000.

CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba, *El derecho civil en México. Dos siglos de historia*, México, Porrúa, 2013.

DIEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.

DUGÜIT, León, *Las transformaciones del derecho, público y privado*, Buenos Aires, Heliasta, 1975.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *El Código Penal Comentado*, 7a. ed., México, Porrúa, 1985.

GOYENA COPELLO, Héctor R., *Tratado del derecho de sucesiones*, Buenos Aires, La Ley Editora e Impresora, Buenos Aires, 1974.

DE IBARROLA, Antonio, *Cosas y sucesiones*, 16a. ed., México, Porrúa, 2008.

ORTÍZ URQUIDI, Raúl, *Derecho civil*, 2a. ed., México, Porrúa, 1982.

ORTOLÁN, *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, Establecimiento Tipográfico de los sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1884.

RAMS ALBESA, Joaquín, *et al., Autonomía de la voluntad y negocios Jurídicos de Familia*, Dykinson, Madrid, 2009.

SARTORI, Giovanni, *Homo Videns. La sociedad teledirigida, véase en:*

[http://centromemoria.gov.co/wpcontent/uploads/2013/11/Homo\\_Videns\\_La\\_sociedad\\_tel\\_dirigida.pdf](http://centromemoria.gov.co/wpcontent/uploads/2013/11/Homo_Videns_La_sociedad_tel_dirigida.pdf).

SEARLE, John R., *Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, Barcelona, Paidós, 2004.

---

<sup>39</sup> Servin 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.

SERVIN 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.

### **Diccionarios**

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