

ESTUDIOS JURÍDICOS

¿EXISTE DIFERENCIA ENTRE CAPACIDAD E INDIGNIDAD EN MATERIA SUCESORIA?

*María Leoba Castañeda Rivas**

Introducción

El tema capacidades e indignidades en materia sucesoria, se enmarca en el contexto de la facultad de recibir bienes por herencia o legado, y en las hipótesis de incapacidad, que algunas legislaciones han denominado indignidades o deslealtades. Algunos autores, han sostenido la hipótesis de denominarles limitaciones a la capacidad de heredar o prohibiciones. Sin embargo, la capacidad sucesoria, implica la vertiente de la habilidad para hacer testamento.

Para sistematizar este trabajo, estudiaremos los orígenes y evolución de las capacidades, indignidades e inca-

* **Catedrática de Derecho Civil y Familiar de la Facultad de Derecho y en la División de Estudios Superiores de la UNAM.**

pacidades, partiendo del Derecho Romano, para conocer las huellas del hombre, en el devenir histórico. Igualmente, precisaremos los conceptos básicos del tema, así como las diversas tesis de los autores al respecto. Todo ello, para establecer cuál es la naturaleza jurídica de las incapacidades en materia sucesoria. Se analizan algunas legislaciones que establecen, a diferencia de nuestro Código Civil, disposiciones expresas respecto a la incapacidad por indignidad o deslealtad, fundándose en que el heredero excluido, puede ser capaz de recibir bienes por testamento; pero en el caso concreto, por haber cometido alguna falta en contra del difunto o sus parientes, se le excluye de la sucesión. Esta hipótesis es distinta a la de la incapacidad por falta de personalidad o por haber sido removido de otro albaceazgo.

Los orígenes de la capacidad, en Roma, concebida como "*testamenti factio*" activa y pasiva. La primera, toca la capacidad para testar y la segunda, aborda la capacidad para heredar. Respecto a la incapacidad, es trascendente analizar la absoluta y la relativa, y en este orden de ideas, estudiaremos las indignidades, que excluyen al heredero que hubiere cometido alguna falta grave en contra del difunto.

Por otro lado, se establecerán las características de las capacidades, las incapacidades e indignidades en el Derecho Sucesorio, para concluir con algunas semejanzas y diferencias entre estas instituciones.

Es preciso señalar que la ausencia de capacidad genera la nulidad absoluta del acto jurídico. En cambio, la indignidad puede revertirse en caso de que el ofendido perdone al autor de la falta grave.

Es conveniente aclarar que en el Derecho Civil Mexicano, no se regulan las indignidades, sino que se consignan como incapacidades por cuestión de delito, las hipótesis de falta grave cometida en contra del difunto o sus parientes.

I. Orígenes de las capacidades, incapacidades e indignidades

A. Roma

En el Derecho Romano, la *testamenti factio*, es la expresión genérica de la capacidad del testador para hacer testamento. Se clasifica en:

- a) *Testamenti factio* activa; y
- b) *Testamenti factio* pasiva.

La primera es la capacidad para testar y la segunda, para recibir bienes por testamento.¹

1 Iglesias, Juan. *Derecho Romano (Instituciones de Derecho Privado)*. 6a. ed., Ariel.

Capacidad e incapacidad para testar

Goza de la *testamenti factio* activa, el ciudadano romano, libre, que tuviera además el carácter de *pater familias*. Es decir, la capacidad para testar era limitada. Sólo la ejercía el jefe del grupo.

Justiniano en sus Institutas, estableció que no era permitido a todos hacer testamento, es decir, tenían incapacidad para testar, quienes se encontraban sometidos a la potestad de otro, los impúberos, los locos, los pródigos y los enteramente sordos o mudos, las mujeres y los esclavos, entre otros.

El loco tenía una incapacidad relativa para testar, ya que en un momento de lucidez podía manifestar en testamento, su última voluntad.

En cambio, quien fuera enteramente sordo o mudo, no podía otorgar testamento, requiriendo autorización del Emperador para dicho objeto. En el Derecho Justiniano, la incapacidad de testar, se limita a los sordomudos por nacimiento. La *testamenti factio* activa existe desde el otorgamiento del testamento, hasta la muerte.

El concepto de capacidad, en Roma, se identifica con la facultad y pone a la vista la libre disposición sobre la per-

sona y los bienes, previendo los efectos de los bienes para después de la muerte; de aquí, la posibilidad de realizar los testimonios de la voluntad.

Capacidad, incapacidad e indignidad para heredar

En el Derecho Romano, la *testamenti factio* era la idoneidad para ser heredero, adquirir legados o ser nombrado tutor. Los esclavos podían heredar, siempre y cuando, en el testamento, se les otorgara su libertad. Los *alieni iuris* y el hijo póstumo podían instituirse como herederos.

La *testamenti factio* pasiva existe en tres momentos, que son los siguientes:

- a) En la confección del testamento;
- b) A la muerte del testador; y,
- c) Al adquirir la herencia.

Más adelante, en Roma, se estableció que ciertas personas, a pesar de gozar de la testamentifacción pasiva, no podían adquirir, en todo o parte, la herencia o legado. Esta incapacidad no afecta la válida delación de la herencia, sino su adquisición.²

2. *Ibidem.*, pp. 645-648.

La capacidad para heredar, en Roma, llevaba implícita la facultad de aceptar o repudiar la herencia. Era un derecho estrictamente personal. Su presupuesto radicaba en la vocación hereditaria o delación. Incluso, en algunas épocas, se fijó un plazo de cien días para aceptar o repudiar.

La *Ley Papia Poppeae*, establecía como incapaces para heredar, a los varones de 25 a 60 años, y las mujeres de 20 a 50, que permanecieran célibes; los varones de 25 a 60, casados y sin hijos y las mujeres de 25 a 50 casadas y con un número de hijos inferior a tres.

El *pater solitarius*, es decir el que no tuviera hijos también era incapaz de heredar. La mujer y el marido que no tuviera hijos en su matrimonio, sólo podían adquirir entre sí, una décima parte de la herencia.

Para ser heredero, se requiere ser persona. Se excluye a los nacidos que según la ley, no sean personas físicas y a las entidades no permitidas por la misma.³ Debe recordarse que algunas legislaciones, han sostenido que para ser persona, además de nacer vivo y viable, se requiere tener figura humana.

Otro elemento de la capacidad para heredar, es sobrevivir al causante y ser digno de recibir su herencia. Es decir, es incapaz de heredar quien no esté vivo al momento del fallecimiento del causante, o fuere indigno.

3 Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil*. 20a. ed., Bosch. Barcelona, España. 1965, p. 698.

Era indigno de heredar, en el Derecho Romano, quien daba muerte al autor de la sucesión. Es decir, por haber cometido esa grave falta, quedaba excluido de la sucesión.

B. Francia

En el Código Civil de los franceses, se facultaba a todas las personas para disponer y recibir, ya sea por donación entre vivos o por testamento, con excepción de los declarados incapaces, por prescripción expresa de la ley. Así, los condenados a penas perpetuas, las mujeres casadas, los menores, los sujetos a interdicción legal y los provistos de una tutela judicial, no podían testar.⁴

En cuanto a la capacidad para recibir bienes por herencia, se daba la regla de que todos podían recibir, excepto aquéllos que hubieren cometido alguna falta en contra del difunto, o bien por influenciar contrariamente la libertad o la voluntad del testador, entre otras causas.

C. México

La legislación civil mexicana del siglo pasado, regula en un mismo capítulo, la capacidad para testar y para heredar. Se da una declaración general en el sentido de que todos aquellos a quienes la ley no prohíbe el ejercicio de ese derecho, puedan testar. Establece como incapaces para testar, a las siguientes personas:

⁴ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil. Tomo V. Sucesiones*. Ed. Porrúa. México, D. F., 1990, p. 59.

- a) Los menores de 16 años, sean hombres o mujeres; y
- b) Quienes habitual o accidentalmente no gozan de cabal juicio.

Establece el criterio y procedimiento para que el loco pueda testar, en un momento de lucidez.⁵

Respecto a la capacidad para heredar, se establece una regla general para habilitar a todas las personas, independientemente de su edad o sexo, para heredar. Respecto a ciertas personas y sobre determinados bienes, podrá surgir una incapacidad, que comentaremos más adelante, por ser exactamente el mismo criterio del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

II. Conceptos Básicos

A. Capacidad

¿Qué es la capacidad? Este término proviene del latín “*capacitas*”, derivado a su vez de “*capax*”, hábil en sentido jurídico. Es la actitud para gozar de un derecho o para ejercerlo.⁶

El maestro Magallón Ibarra, precisa que la capacidad es el más trascendental de los atributos de la personali-

5 *Ibidem.*, pp. 60 y 61.

6 Capitant, Henri, *Vocabulario Jurídico*. Ed. Depalma. Trad. de Aquiles Horacio Guaglianone. Buenos Aires, República Argentina. 1979, p. 98.

dad. Afirma que llega incluso a confundirse con la persona misma. Se estudia en el marco del acto jurídico, y según algunos tratadistas, su regulación es escasa, frente a su importancia.⁷

La capacidad, puede ser de goce y de ejercicio. Otorga al sujeto de derecho, la facultad de disponer de su persona y sus bienes. Es una facultad o potencia que permite al ser humano actuar en derecho.⁸

B. Incapacidad

Es importante, en este orden de ideas, dar un concepto de incapacidad. Esta expresión, derivada del latín, se compone de *capabilis*, que significa capaz de.⁹ En general, es la ineptitud para gozar de un derecho o para ejercerlo por sí mismo.

C. Indignidad

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la indignidad es “el carácter de una persona o cosa. Maldad, perversidad, afrenta”.¹⁰ Deriva del latín *indignatis, indignus*, que significa indigno. En Derecho

7 Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Introducción*. Ed. Porrúa, S. A. México, 1987, p. 214.

8 Magallón Ibarra, Jorge Mario. *op. cit.* Tomo V, p. 52.

9 Capitant, Henri. *op. cit.*, p. 314.

10 *Pequeño Larousse Ilustrado*, por Ramón García-Pelayo y Gross. 17a. ed., Ed. Larousse. México, D.F., 1993, p. 573.

Sucesorio, es la exclusión de un heredero capaz de suceder establecida por la ley en ciertos casos, como sanción de una falta grave cometida contra el difunto, durante su vida o después de su muerte.¹¹

D. Deslealtad

Se recurre el concepto de lealtad, ligado a la conducta honesta y sincera. Quien tiene fidelidad. En sentido contrario, es desleal quien no guarda fidelidad, no es honesto ni sincero.¹² En materia sucesoria, si el causahabiente comete alguna falta grave contra el autor de la sucesión, es desleal.

Para el maestro Joaquín Martínez Alfaro, la deslealtad en Derecho Sucesorio, restringe la capacidad de goce para heredar respecto a “quienes han cometido en su contra alguno de los delitos establecidos en el artículo 1316 del Código Civil para el Distrito Federal”.¹³

Precisados los conceptos anteriores, es importante destacar que en el marco de la capacidad para testar y heredar, de inmediato surgen en contraposición, las incapaci-

11 Capitant, Henri. *op. cit.*, p. 317.

12 *Diccionario Ilustrado Sopena de la Lengua Española*. Ed. Sopena. Madrid, España, 1990, p. 245.

13 Martínez Alfaro, Joaquín. *Teoría de las Obligaciones*. 5a. ed., aumentada y actualizada. Ed. Porrúa. México, D. F. 1998, p. 69.

dades y las deslealtades, trascendentes en materia sucesoria, porque de su existencia deriva la posibilidad de heredar o no, circunstancia que produce efectos económicos, jurídicos y patrimoniales del difunto, así como de sus herederos y legatarios.

III. Naturaleza jurídica y caracteres de las incapacidades y deslealtades en materia sucesoria

En este apartado, debemos precisar la naturaleza jurídica de las incapacidades y de las deslealtades, para establecer qué son en el marco del Derecho en general y en especial, dentro del Sucesorio.

Según Alberto Trabucchi, la incapacidad es análoga a la indignidad. Es indigno y como tal, será excluido de la sucesión, el llamado a la herencia que haya incurrido en alguno de los supuestos fijados por el artículo 463 del Código Civil Italiano. Las causas de exclusión por indignidad, se agrupan de la manera siguiente:

- a) Hipótesis de actividades graves contra la persona del *de cuius*.
- b) Casos que impliquen graves atentados contra la libertad testamentaria o el propio testamento.

La indignidad tiene un carácter relativo; es decir, en ningún caso se es indigno en general, sino que sólo se

pierde el derecho respecto a la persona a quien se ha ofendido gravemente y de quien se desea recibir la herencia.¹⁴

Otra característica de la indignidad es que opera tanto en la sucesión testamentaria cuanto en la legítima. A nuestro juicio, también la incapacidad puede darse en los dos tipo de sucesión.

El indigno puede ser rehabilitado en documento público, o bien, por un testamento posterior de la persona de cuya sucesión se trate. La declaración de indignidad tiene efecto retroactivo. El indigno se equipara al poseedor de mala fe y por ello, debe devolver los frutos que hubiere recibido desde el momento de la apertura de la sucesión.¹⁵

Para Francesco Messineo, la indignidad es una especie de incompatibilidad moral en que el sucesor posible, viene a encontrarse por hecho suyo propio, respecto del *de cuius*, en la hipótesis de ser excluido de la sucesión.¹⁶

Es indigno de suceder el culpable de algún delito contra la persona del *de cuius*, o de actos que hayan atentado a la libertad de testar, o con los cuales, el posible sucesor haya intentado o impedido que se manifieste la volun-

14 Trabucchi, Alberto. *Instituciones de Derecho Privado*. Madrid, España. 1967, pp. 382-383.

15 *Ibidem*, pp. 383-384.

16 Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, República Argentina. 1979, p. 44.

tad libre del autor de la sucesión, es decir, haber realizado actos infamantes.

La doctrina italiana distingue entre incapacidad para adquirir y la indignidad para suceder. Sin embargo, Antonio Cicú, sostiene que es artificiosa la separación entre capacidad e indignidad.

A nuestro juicio, la incapacidad es absoluta; es decir, quien por falta de personalidad, por remoción de un cargo dentro de la sucesión o por influir contrariamente a la libertad del testador, al otorgar su última voluntad, de manera terminante se verá inhabilitado para recibir bienes por sucesión. En cambio, en la comisión de alguna falta, el propio testador puede otorgar el perdón, y rehabilitar la posibilidad de heredar del autor de dicha conducta. Es decir, la indignidad es relativa, porque en documento público puede ser remitida.

La indignidad no es incompatible con la delación de la herencia, ni con su adquisición. El Estado despoja de lo adquirido al indigno. Esto es, el heredero o legatario que observa una conducta reprobable.¹⁷ En cambio, la incapacidad impide la delación y, por tanto, no puede adquirirse la herencia. Tiene carácter absoluto.

Por indignas, quedan excluidas de suceder, ciertas personas que cometieron determinados actos que la ley considera materia de tal castigo.

¹⁷ Iglesias, Juan, *op. cit.*, p. 650.

En Derecho Español, las causas de indignidad dejan de surtir efecto, si el testador las conocía al tiempo de hacer el testamento o, si habiéndolas sabido, después las remitiere en documento público.¹⁸

La indignidad tiene carácter personal. Por ser una causa de penalidad civil, no alcanza a los descendientes del heredero excluido.

Antonio Hernández Gil, respecto a las incapacidades, ha sostenido que no es adecuado hablar de incapacidad para heredar, sino que el término más correcto sería el de limitaciones o prohibiciones para heredar.

Algunas legislaciones extranjeras, consagran hipótesis para excluir herederos por indignidad, si cometieron una falta grave en contra del testador o *de cuius*.

Por tanto, es distinta la naturaleza de la incapacidad y de la indignidad, la cual, como hemos mencionado, algunos autores consideran deslealtad frente al difunto o su familia.

La incapacidad tendrá como resultado la inhabilidad para ser heredero, sea por falta de personalidad, por influir contra la libertad de testar del difunto, por renuncia o remoción de algún cargo relacionado con el testamento o, por atentar contra la integridad o verdad del testamento,

18 Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil*. 20a. ed., Bosch. Barcelona, España. 1965, pp. 698-699.

incluso, cuando se tiene el testamento y no se entrega a la autoridad; mientras que la indignidad, tiene su fuente en la acción del causahabiente, que comete alguna falta en contra del difunto o de sus parientes, y la consecuencia será excluirlo de la herencia, es decir, el indigno o desleal, puede ser totalmente capaz.

En suma, los caracteres de la incapacidad e indignidad, figuras centrales de este trabajo, podrían resumirse de la siguiente forma:

1. Debe ejercerse una acción para declarar con certeza la indignidad y la condena de devolver la herencia recibida.
2. El indigno debe restituir los frutos de los bienes hereditarios, que le hayan llegado después de la apertura de la sucesión.
3. El indigno pierde el derecho al usufructo de los bienes y la administración de los mismos.
4. La indignidad puede darse en sucesión legítima y testamentaria.
5. El indigno puede ser rehabilitado siempre que provenga del *de cuius* dicha rehabilitación y se haga mediante un acto público.¹⁹

¹⁹ Messineo, Francesco, *op. cit.* p. 46.

6. La incapacidad es definitiva, es decir, el incapaz no tienen habilidad para recibir los bienes por testamento.
7. La incapacidad no origina la delación ni la posibilidad de recibir los bienes.
8. La incapacidad es irremediable y definitiva. En cambio, la indignidad puede rehabilitarse, mediante documento público, por ser relativa.
9. La incapacidad y la deslealtad debe ser decretadas por un Juez, dentro de los plazos establecidos para el ejercicio de dicha acción.

IV. Diferencias y semejanzas entre incapacidad e indignidad

Diferencias

A. La incapacidad es irremediable y definitiva. En cambio, la indignidad puede rehabilitarse, mediante documento público, o bien, si el testador conoce dicha falta y la perdona.

B. La incapacidad tiene como fuente la falta de personalidad, de reciprocidad internacional o la influencia contraria a la libertad del testador o remoción de algún cargo. En cambio, la indignidad se genera por la comisión de algún delito o falta graves y se equipara a una incompatibilidad moral.

C. El incapaz no cristaliza su calidad de heredero. El indigno es heredero, pero será excluido de la sucesión.

D. La incapacidad se da en el momento de la apertura de la sucesión. En cambio, la indignidad al ser decretada por el Juez, produce efectos retroactivos.

Puede afirmarse, en el caso de las incapacidades, que sería más adecuado manejarlas como limitaciones o prohibiciones para suceder, ya que el causahabiente es capaz, pero está limitado por la ley, respecto a ciertos bienes y frente a una persona determinada, cuando su conducta se ubica en las hipótesis determinadas por la ley, la indignidad se funda en elementos distintos de los que ocasionan la incapacidad, verbigracia, la falta de personalidad.

En las causas de incapacidad, señaladas casuísticamente, el causahabiente no cristaliza su calidad de heredero, a los ojos de la ley, por falta de personalidad, remoción de algún cargo, por influjo o influencia contraria a la libertad del testador o por contravenir la verdad o integridad del testamento.

En la incapacidad, no se permite la adquisición de los bienes. En cambio, en la indignidad, pueden haberse recibido los bienes y el Estado despoja de lo adquirido al indigno.

El indigno se considera un poseedor de mala fe y, por lo tanto, debe devolver los frutos producidos por los bienes.

Barbero expresa para distinguir entre incapaz e indigno que el incapaz no puede tomar ni retener. El indigno, en cambio, puede no retener.²⁰

Técnicamente y para efectos doctrinarios, es importante distinguir entre incapacidad e indignidad, ya que desde el punto de vista práctico, el efecto será el mismo, con la circunstancia de que el indigno puede recibir y luego el Estado le reclama la devolución de lo recibido. En cambio, en la incapacidad, quien nunca fue persona por falta de personalidad, no cristaliza su calidad de heredero.

Semejanzas

1. La incapacidad se da en la sucesión testamentaria o legítima. La deslealtad puede surgir en la legítima y en la testamentaria, circunstancia que en este estricto sentido, las hace semejantes.

2. Ambas son relativas. Nadie puede ser privado absolutamente de la capacidad de ser heredero, pero hay quienes no pueden serlo respecto de ciertas personas. La indignidad también será relativa porque sólo se da respecto de la persona del ofendido.

20 Barbero, Domenico. *Sistema de Derecho Privado. Tomo V.* Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, República Argentina, pp. 590, 591.

3. Las dos figuras que se analizan, presentan una no idoneidad para heredar.

4. La causa de exclusión de la herencia por indignidad opera en virtud de una sentencia de Juez; la de incapacidad debe ser declarada en juicio, a petición de algún interesado, sin que proceda de oficio.

V. Regulación de las incapacidades e indignidades en algunas legislaciones

A. Código Civil Italiano

El Código Civil Italiano señala de manera taxativa, las hipótesis de indignidad, expresando:

- a) Haber matado voluntariamente o intentado matar al *de cuius*, a su cónyuge, a un descendiente o ascendiente de él.
- b) Haber cometido un acto punible contra el *de cuius* o familiar con las mismas penas del homicidio.
- c) Haber denunciado calumniosamente a una de las citadas personas, por delito punible con la muerte.
- d) Haber inducido con dolo o violencia al *de cuius* o hacer revocar o cambiar su testamento.

- e) Haber suprimido, ocultado o alterado el testamento.
- f) Haber formado un testamento falso o haber hecho uso de él, para influir sobre los efectos de la sucesión, e ir contra la voluntad del *de cujus*.

El indigno puede ser capaz, pero será excluido de la sucesión por haber cometido una falta contra el testador o sus parientes. Por tanto, sería incorrecto denominar a esa exclusión, incapacidad. Estamos de acuerdo con este criterio, sobre todo para efectos didácticos y meramente teóricos, ya que en la práctica es el mismo efecto en los dos tipos de inhabilitación, para recibir bienes por herencia.

La indignidad tiene dos momentos:

1. Puede ser declarada en el momento de apertura de la sucesión; o bien,
2. Se declara a iniciativa de un interesado, después de la apertura de la sucesión. Este último caso es el más frecuente. La indignidad produce efectos retroactivos.

B. Código Civil Argentino

El Código Civil Argentino regula expresamente las hipótesis de indignidad para heredar en las disposiciones siguientes:

El artículo 3291 expresa que son incapaces de suceder como indignos, los condenados en juicio por delito o tentativa de homicidio contra la persona de cuya sucesión se trate, o de su cónyuge, o contra sus descendientes o como cómplice del autor directo del hecho. Esta causa de indignidad, no puede ser cubierta, ni por gracia acordada al criminal, ni por la prescripción de la pena.

El artículo 3292, considera indigno de suceder al heredero mayor de edad que es sabedor de la muerte violenta del autor de la sucesión y que no la denuncia a los jueces en el término de un mes, cuando sobre ella no se hubiere procedido de oficio. Si los homicidas fuesen ascendientes o descendientes, marido o mujer o hermanos del heredero, cesará en éste la obligación de denunciar.

El artículo 3293, expresa que también es indigno quien voluntariamente acusó o denunció al difunto, de un delito que habría podido condenarlo a prisión, o trabajos públicos, por 5 años o más.

Es igualmente indigno, según el artículo 3294, el condenado en juicio por adulterio, con la mujer del difunto.

Lo es también, según el artículo 3295, el pariente del difunto que, hallándose éste demente y abandonado, no cuidó de recogerlo o ponerlo en establecimiento público.²¹

21 *Código Civil de la República Argentina*. Actualizado por el Dr. Alejandro Borda. Ed. La Ley, S.A., 1992. Buenos Aires, República Argentina, pp. 590, 591.

C. Código Civil vigente para el Distrito Federal

Para testar, se requiere ser mayor de 16 años, en pleno goce de sus derechos. No pueden testar los menores ni los locos; excepto en un momento de lucidez.

Para heredar se establece, como regla general, lo siguiente:

Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

- I. Falta de personalidad;
- II. Delito;
- III. Presunción de influencia contraria a la libertad del testador, o a la verdad o integridad del testamento;
- IV. Falta de reciprocidad internacional;
- V. Utilidad pública;
- VI. Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.²²

²² *Código Civil para el Distrito Federal*. Ed. Sista, S.A. de C.V. México, 2000, p. 98.

De la lectura de las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que en el derecho mexicano, no se regulan las indignidades, sino la incapacidad para heredar, por haber cometido algún delito o presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la integridad del testamento. Es decir, si un heredero comete alguna falta en contra del testador o su testamento, perderá su calidad y será excluido de la sucesión.

Sería correcto distinguir entre causales de incapacidad y de indignidad, ya que sus fuentes son distintas. Operaría esta terminología para efectos doctrinarios, porque en la práctica, los efectos son exactamente iguales.

Conforme a la actual regulación de esta materia en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, es suficiente fundar la petición ante el Juez, en el numeral respectivo, para lograr la exclusión o inhabilitación del presunto heredero.

Lo diferente sería la causa de dicha exclusión, ya que en la hipótesis de falta de personalidad, se aprecia una incapacidad, porque quien nunca fue persona, no tiene capacidad. Es una incapacidad por falta de personalidad. En cambio, cometer una falta en contra del difunto, su familia o atacar la integridad de su testamento, pueden ser causas de indignidad o deslealtad.

Conclusiones:

Primera.— La capacidad en materia sucesoria integra dos vertientes, la que permite testar, con la formalidades ordenadas por la ley; y la habilidad para ser heredero. En ambas hipótesis, puede disminuir esa capacidad, creando la incapacidad para testar y heredar.

Segunda.— Las legislaciones civiles de Francia, España, Argentina e Italia, entre otras, distinguen la incapacidad de la indignidad; ésta surge cuando el causahabiente comete alguna falta grave contra el difunto o sus parientes; o bien, cuando influye contrariamente a la libertad del testador o a la integridad de su testamento. En esta hipótesis, por indignidad o deslealtad, los presuntos herederos quedan excluidos de la sucesión.

Tercera.— A nuestro juicio, siguiendo el criterio del Código Civil para el Distrito Federal vigente, la falta de personalidad ocasiona incapacidad para heredar. En cambio, la comisión de un delito o falta grave, contra el autor de la sucesión o sus parientes, originarán supuestos de indignidad o deslealtad.

Cuarta.— En la presunción de influencia contraria a la libertad del testador, a la verdad o integridad del testamento, habría una deslealtad, que excluye al causahabiente de la sucesión.

Quinta.— Respecto a la falta de reciprocidad internacional, la utilidad pública, la renuncia o remoción de algún cargo en el testamento, a nuestro juicio, son prohibiciones para heredar, expresamente señaladas por la ley.

Sexta.— El efecto de la incapacidad e indignidad, es dejar fuera de la sucesión al autor de la conducta ilícita, a quien no tuvo personalidad. Por tanto, para sistematizar mejor las causales de incapacidad e indignidad, sería prudente hacer una distinción para efectos didácticos.

Séptima.— En la hipótesis de la indignidad, el indigno o desleal es capaz para recibir bienes por herencia o legado, o para ser nombrado tutor dentro de un testamento. Sin embargo, su conducta agresiva o dolosa, frente a la persona del difunto o sus parientes, obliga a excluirlo de la sucesión.

Octava.— La incapacidad y la indignidad deben ser decretadas por un Juez.

Bibliografía

Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil*. 20a. ed. Bosch. Barcelona, España. 1965.

Barbero, Domenico. *Sistema del Derecho Privado. Tomo V*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, República Argentina. 1979.

Capitant, Henri. *Vocabulario Jurídico*. Ed. Depalma. Trad. de Aquiles Horacio Guaglianone. Buenos Aires, República Argentina. 1979.

Iglesias, Juan. *Derecho Romano (Instituciones de Derecho Privado)*. 6a. ed., Ariel. Espulgues de Llobregat. Barcelona, España. 1972.

Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Introducción*. Ed. Porrúa, S.A., México, 1987.

Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil. Tomo V. Sucesiones*. Ed. Porrúa, México, D.F., 1990.

Martínez Alfaro, Joaquín. *Teoría de las Obligaciones*. 5a. ed., Ed. Porrúa. México, D.F., 1998.

Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, República Argentina, 1979.

Trabucchi, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil. Tomo II*. Trad. Luis Martínez Calcerrada. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1967.

Legislación consultada

Código Civil de la República Argentina. Actualizado por el Dr. Alejandro Borda. Ed. La Ley, S.A., edición 1992. Buenos Aires.

Código Civil para el Distrito Federal. Ed. Sista, S.A. México, D.F., 2000.

Diccionarios consultados

Diccionario Ilustrado Sopena de la Lengua Española. Ed. Sopena. Madrid, España, 1990.

Pequeño Larousse Ilustrado, por Ramón García-Pelayo y Gross. 17a. ed., Larousse. México, D.F., 1993.

LA OMISIÓN LEGISLATIVA Y SU INCONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO

*Carlos Báez Silva**

SUMARIO: I. Introducción. II. La supremacía constitucional. III. La fuerza normativa de la constitución. IV. La omisión legislativa y su inconstitucionalidad. V. La inconstitucionalidad por omisión en el constitucionalismo mexicano. VI. Conclusión.

I. Introducción

El tema de la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas no es novedoso en México. Si bien es cierto que los estudios nacionales han sido más bien escasos, autores extranjeros han abordado la cuestión en revistas mexicanas. Esto, a pesar de que en no pocas ocasiones es

* Investigador del Instituto de la Judicatura Federal.

posible escuchar el argumento de que la Constitución mexicana, o algún artículo de ella, no es del todo aplicable puesto que se cree hace falta que la legislación secundaria lo desarrolle y lo torne –por tanto– vigente en forma plena. En no pocas ocasiones, igualmente, algunas voces se han levantado para sostener que la vigencia de una constitución no puede depender de la voluntad de un órgano constituido, y que por lo tanto la normativa constitucional debe aplicarse directamente. Así, en México, no es un asunto baladí éste de la inactividad legislativa.

En el presente trabajo se pretende mostrar, de manera panorámica, la problemática que plantea la inactividad legislativa del Poder Legislativo. Se parte de la referencia al concepto de *Estado de Derecho*, para identificar la naturaleza y características de la constitución y el constitucionalismo moderno. Se pasa revista al análisis conceptual que se ha elaborado en torno a la figura de la inconstitucionalidad por omisión, tratando de responder a las preguntas básicas que se plantean desde un inicio: ¿qué es la inconstitucionalidad por omisión legislativa?, ¿en qué momento es pertinente hablar de una infracción a la Constitución debida a la inactividad del órgano legislativo del Estado? La(s) respuesta(s) a estas preguntas, eminentemente teóricas, se corresponden al posterior análisis de la institución en el Derecho positivo mexicano.

Es importante señalar que el tema que se aborda, inscrito en el área del Derecho Constitucional, no puede alejarse demasiado de la situación política concreta y coti-

diana. En México, la experiencia ha enseñado que los estudios constitucionales que dejan de lado la dinámica política y se centran en la estructura o diseño institucional (la estática) son presa fácil de la obsolescencia, en el mejor de los casos, o de la inutilidad, en el peor de ellos. Por lo tanto, he intentado no descuidar el aspecto político de este espinoso tema. Sin embargo, la óptica con la que es abordado es eminentemente jurídica.

Considero que la omisión legislativa es una asignatura pendiente en el debate sobre la nueva constitucionalidad de este país. Como trataré de demostrar, el marco jurídico vigente a nivel federal no facilita la resolución de conflictos derivados de la inactividad legislativa del legislador. A nivel local, se comienzan a realizar experimentos interesantes como es el caso del estado de Veracruz, en donde recientemente ha sido introducida toda una gama de mecanismos protectores de su Constitución local, entre ellos la figura de la inconstitucionalidad por omisión, misma que analizo en su momento. Este estudio pretende ser no más que un breve acercamiento al tema, atendiendo al Derecho Procesal Constitucional comparado, cuyo objetivo es fomentar el inicio del debate sobre el tema dentro de las discusiones en torno a una nueva constitución (o constitucionalidad) federal mexicana.

II. La supremacía constitucional

Se dice de algo que es supremo cuando es superior jerárquicamente, cuando sobre ese algo no existe "algo" más, cuando es lo más alto, lo más valioso. Es en este

sentido en el que se entiende la supremacía de las constituciones: son lo más alto, lo más valioso, pues sobre ellas no existe nada más, son *formalmente* superiores. Una constitución, por definición, es un conjunto de normas que establecen un *sistema* de normas, por ello la constitución es superior a las normas de ella derivadas.

Según Hermann Heller¹ el concepto de orden social acepta un doble significado: *a)* como una forma determinada de obrar de los hombres, como *probabilidad empírica* de que se presente cierta conducta; y *b)* como un sistema de normas. Ambos significados pueden confluír en uno solo, pues la probabilidad empírica de que una conducta humana se presente aumenta o disminuye en razón de los incentivos o desincentivos que se generen para ello. Y no cabe duda que el mayor desincentivo que un individuo puede encontrar para realizar determinadas conductas es la certeza de resentir un *mal*, ya sea en su persona o en sus propiedades. La mejor técnica que se ha encontrado para establecer, de manera racional, castigos o penas ha sido su tipificación como delitos o faltas en normas jurídicas. Es así como el Derecho opera para modelar conductas, al motivar unas o desmotivar otras, mediante la amenaza del castigo. Sin embargo, es necesario señalar que lo importante no es el castigo en sí, su magnitud o crueldad, sino la *certeza* de su aplicación.

Como gran tercero ajeno a los conflictos entre los individuos, se ha instituido a un creador de reglas y aplicador

1 Heller, Hermann, (1965:112).

de castigos. Pero ni aún así los seres humanos hemos estado exentos del miedo que priva de la libertad, pues esa institución creada para proteger a los hombres termina por convertirse en una amenaza para los mismos. Por ello es necesario limitar y controlar a ese ente.

El Estado moderno nace como Estado absolutista; es hasta la propagación y triunfo de las ideas del liberalismo que se habla de un Estado de Derecho²; sin embargo, es necesario entender que no todo Estado, aún hoy, es Estado de Derecho³, ya que tal denominación no puede ser aplicada de manera simple a una organización políti-

2 Es preciso recordar que el gran problema que viene a solucionar el Estado moderno, es el de la falta de seguridad y la necesidad de una paz propicia para el intercambio mercantil; para ello, fue necesario constituir un poderoso aparato de coerción, no obstante, tal aparato se convirtió pronto en la principal amenaza a la seguridad y la paz buscadas, y desde entonces la lucha se dio por la libertad, esa que depende de "la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad. Y para que exista la libertad es necesario que el Gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer nada de otro", y para lograr esto se requiere, también, que no se abuse del poder. *Cfr.* Montesquieu, (1987:114 ss).

3 "No todo Estado es Estado de Derecho. Por supuesto, es cierto que todo Estado crea y utiliza un Derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Dificilmente cabría pensar hoy un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y sin embargo... la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho." Díaz (1975:13). Como más adelante se expone, para que un Estado que crea y aplique el Derecho sea calificado de Derecho es preciso que también obedezca a ese Derecho que crea y aplique, sobre todo tomando en consideración que el Derecho, bajo la teoría del contrato, es producto de la voluntad popular, la gran legisladora, y ello es, al final, lo que dota de obligatoriedad al orden jurídico.

ca que se constituya, únicamente, en creadora y guardiana de un ordenamiento jurídico. Para que la expresión Estado de Derecho sea correctamente aplicada debe tratarse de una organización política (con las características jurídicas e históricas del Estado moderno) que cree, garantice y, al mismo tiempo, sea fiel observante de ese ordenamiento jurídico que crea y garantiza⁴. Para hablar de Estado de Derecho es necesario referirse al Estado acotado, limitado en su poder por el derecho positivo⁵. Sólo cuando el poder del Estado se limita por el derecho positivo se está en presencia del Estado de Derecho.

-
- 4 “El Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho, o mejor, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el imperio de la ley: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la <voluntad general>”. *Ibidem*.
- 5 “[P]or ley debe entenderse la formalmente creada por el órgano popular representativo (...) como expresión de la voluntad popular.” Díaz, (1975:30). En los tiempos que vivimos es necesario tener un concepto dinámico de ley, y no contentarnos con las definiciones formalistas o demasiado técnicas; en este sentido, considero de capital importancia lo que al respecto señala Cerroni respecto a la *ley moderna*, la cual “no consiste del todo en la pura emisión de imperativos sancionados por la fuerza”, sino que es preciso distinguirle dos elementos constituyentes interconectados: a) “el elemento imperativo que consiste en una *voluntad proveída de fuerza*” (lo que expresa su particularidad y la coacción), y b) “el elemento cultural consistente en una *disposición racional* emanada por una *autoridad legítima*” (lo que expresa la racionalidad y el consenso). “De estos dos elementos el primero es ciertamente constante en la historia, mientras el segundo se presenta en formas variables tocando el vértice en el Estado democrático de derecho”. Lo anterior lleva a decir que, en estos días, la ley no es sino una “*orden legítima* emanada en el respeto de procedimientos específicos por una *autoridad electa* (parlamento), es decir, fundada en el consenso del pueblo”. Cfr. Cerroni, (1992:134).

El primer límite que el derecho positivo impone al poder del Estado es, precisamente, la obligatoriedad del mismo, aún para el Estado, uno de cuyos órganos lo crea. El Estado se limita en su poder al tener que ejercerlo conforme a la ley, la cual, si bien es dada por el legislativo, uno de los poderes que integran al Estado, es entendida como la expresión de la voluntad popular, mediante la idea de la representación política.

Otro gran límite impuesto a la organización estatal es el consistente en la consagración constitucional de la teoría de la separación de poderes: el famoso artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano señalaba tajantemente que aquella sociedad en la que la garantía de los derechos individuales no estuviera asegurada ni la separación de poderes establecida no tendría constitución. Así, siguiendo los razonamientos de Montesquieu, se entiende que las funciones del poder deben separarse y atribuirse cada una a un órgano distinto, con tal de evitar que ese poder se ejerza arbitrariamente: la idea es que el poder contenga al poder.

Del referido artículo 16 de la Declaración se desprende otra gran restricción al poder del Estado: los derechos individuales: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, principalmente, de los que derivarán derechos más concretos establecidos en las varias constituciones que a partir de entonces proliferaron en el orbe.

Fundados en el famoso artículo 16, los pueblos iniciaron las labores por aplicar esa técnica de la libertad que

se inauguró entonces. División de poderes y consagración de los derechos fundamentales del individuo fueron los elementos esenciales de las constituciones modernas, las cuales, en atención a las ideas Rousseauianas, al ser producto de la convención popular, se consideraron la manifestación concreta de la voluntad del pueblo, titular, ya para entonces indiscutido, de la soberanía. El pueblo, en ejercicio de su soberanía, dictaba la constitución y mediante ella *instituí*a al Estado y sus órganos. Se diferenció claramente entre el sujeto constituyente (el pueblo o sus representantes elegidos *ex profeso*) y las instituciones constituidas: el Estado (centro del poder político y monopolizador de la violencia legítima) y sus órganos componentes (legislativo, ejecutivo y judicial).

De esta manera, las constituciones modernas cumplen con una doble función: por una parte, al regular las relaciones entre el Estado y los individuos (derechos del hombre y del ciudadano), limitan la acción del primero para salvaguardar la vida, la libertad y la seguridad de los segundos; por la otra, al *instituir* al poder político, lo organizan y dotan de funciones, las cuales adscriben a entes diversos que integran un todo, de forma tal que el Estado se constituye por diversos órganos (poderes) que realizan funciones particulares pero que colaboran entre sí.

La constitución, como obra de seres humanos concretos, resiente el paso del tiempo y el cambio de generaciones, y debe ser modificada regularmente con el fin de que se pueda adaptar a las circunstancias históricas. Para

ello el creador o *constituyente* (el pueblo o sus representantes *ex profeso*) instaaura un mecanismo de reforma a la constitución, el cual, con el ánimo de evitar modificaciones constantes que atenten contra la *voluntad del pueblo constituyente*, es complejo, pues requiere de la intervención de diversos órganos constituidos y, en algunos casos, de la intervención directa del pueblo.

La constitución es, entonces, el instrumento que, al consagrar los dos principios liberales fundamentales (derechos fundamentales y división de poderes), funciona como base del sistema normativo que rige una comunidad. Este instrumento, al ser el fundamento del resto de las normas jurídicas adquiere una superioridad tanto formal como material; tal superioridad formal se refuerza por la imposibilidad de modificar la constitución mediante los mismos mecanismos simples para cambiar cualquier norma secundaria. Esto significa que el resto de normas jurídicas sólo puede ser creado a través de los mecanismos establecidos por la propia constitución, por una parte; y por la otra, que cualquier norma cuyo contenido o interpretación⁶ se oponga al contenido o interpre-

6 “[A]tento al principio de supremacía constitucional establecido por el artículo 133 de la Ley Fundamental, cuando una norma jurídica admite varias interpretaciones debe adoptarse la que resulte más congruente con el Ordenamiento Supremo”. *Cfr. Semanario Judicial de la Federación*, Tomo II, Diciembre de 1995, p. 41, Tesis P./J. 45/95. En este mismo sentido, “se deriva la regla de que todas las normas secundarias, mientras no estén en franca contradicción con este ordenamiento supremo, deben ser interpretadas de manera tal que no se opongan a éste”. *Cfr. Semanario Judicial de la Federación*, Tomo VII, Febrero de 1991, p. 53, Tesis 3ª. XII/91. De lo anterior se desprende

tación de algún precepto constitucional debe perder su validez⁷.

La constitución mexicana vigente establece en el artículo 133 su propia supremacía, en virtud de lo cual se obliga a “toda institución o dependencia, y a todo individuo, cualquiera que sea su jerarquía pública, o privada, a someterse a las disposiciones del orden jurídico que tiene su origen precisamente en la Constitución, razón por la que ninguna ley, tratado, reglamento, decreto, circular u orden pueden vulnerar las garantías y postulados de la Ley Suprema, como tampoco ningún individuo puede obrar al margen de ella”⁸. De esta manera, “más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones”⁹.

que cuando la interpretación de una norma secundaria es contraria al texto constitucional o a su interpretación, lo que debe perder validez es la interpretación del texto secundario, pues es preciso encontrar una interpretación de éste conforme a la norma superior, cuando sea posible; esto en razón de que no existe siempre perfecta coincidencia entre el texto normativo secundario y la interpretación que del mismo se realiza, por lo que al modificar la segunda se puede salvar la constitucionalidad del primero.

7 Según el principio de supremacía constitucional “una norma secundaria contraria a la ley suprema, no tiene posibilidad de existencia dentro del orden jurídico”. *Cfr. Semanario Judicial de la Federación*, Tomo III, Segunda Parte 1, Enero a Junio de 1989, p. 228.

8 *Cfr. Apéndice de 1995*, Tomo VI, Parte TCC.

9 *Cfr. Semanario Judicial de la Federación*, Tomo X, Agosto de 1999, p. 18, Tesis P/JJ. 73/99.

El Estado de Derecho es, pues, un Estado limitado por el derecho positivo, y la propia constitución se convierte en derecho positivo; pero no basta con proclamar tal limitación; es preciso que existan garantías suficientes que eviten que el Estado rompa con los límites impuestos; tales garantías son de naturaleza jurídica, política y social¹⁰, y en ciertos casos toman la figura de controles.

Limitar y controlar son dos cosas distintas: lo primero significa poner término o lindero, confinar una acción o cosa, es acotar, ceñir, restringir; lo segundo, por el contrario, denota ejercer comprobación, inspección, fiscalización, sus sinónimos son vigilar, examinar, verificar. De tal forma que en el Estado de Derecho se establecen límites al poder, pero también se crean controles que evitan que tales límites sean violados, y en algunos casos reparan las infracciones cometidas.

Limitar significa, pues, establecer barreras, señalar fronteras. Y al poder del Estado, con tal de que no se convierta en una seria amenaza para los individuos, se le deben señalar barreras, se le deben establecer fronteras.

10 Jellinek señala que las garantías en el Derecho Público son: a) sociales; b) políticas, incluye aquí a la división de poderes y la protesta del cargo; y c) jurídicas, donde incluye: I. la fiscalización en sus dos aspectos: 1.- jurídica (administrativa y financiera) y 2.- política (parlamentaria). II. la responsabilidad de los servidores públicos (civil, penal, administrativa y el *impeachment*). III. La jurisdicción es sus dos aspectos: 1.- control de legalidad, y 2.- control de constitucionalidad. IV. lo que denomina "medios jurídicos", es decir, procedimientos de protección de los derechos humanos (algo parecido al amparo mexicano). *Cfr.* Jellinek, (1970:591 ss.)

Como se anotó, después de las Revoluciones Americana y Francesa, se consagraron dos grandes límites: la división de poderes y los derechos de la persona humana. Anteriormente, en la Inglaterra medieval el *rule of law* se había ya consolidado como la primera frontera, la principal barrera al poder despótico del rey.

Pero con tales disposiciones no bastaba; el mismo Constant, una vez que la polvareda de la Revolución Francesa parecía disiparse, se aterraba ante la falta de control del nuevo soberano, el único legítimo, el pueblo. Lo que causaba tanto temor a este autor era que, aún siendo el pueblo el soberano reconocido, nada garantizaba que no ejerciera su poder arbitrariamente; por ello es que debían ser buscados mecanismos que facilitarían la verificación de que el poder, aún ese poder derivado del contrato popular, permaneciera dentro de las fronteras señaladas. Había que *garantizar* que los límites fueran respetados, en beneficio de la libertad individual¹¹.

Se hace necesario, entonces, distinguir claramente entre limitar al poder y controlarlo; el constitucionalismo surge a partir de la búsqueda de la libertad del individuo y el fin principal que tal movimiento se plantea es el de

11 Una clara concepción de la garantía en el derecho es la que señala que "la validez o positividad de un derecho necesita ser garantizada de algún modo; esto es: es preciso que haya poderes cuya existencia haga esperar a los ciudadanos que las normas jurídicas han de transformarse, de exigencias abstractas dirigidas a la voluntad humana, en acciones concretas". Jellinek. *Ibidem*.

señalar fronteras al poder del Estado; la más notoria de estas fronteras o restricciones fue la observancia irrestricta de la ley, misma que trató de asegurarse mediante la figura de la “protesta del cargo”; la otra, también importantísima, consistió en la división de poderes, técnica que dio lugar a un interesante sistema de colaboración y mutua fiscalización entre los diversos órganos estatales.

Estos dos grandes principios (división de poderes e imperio de la ley) fueron consagrados en documentos fundacionales de los nuevos Estados modernos que nacían, de tal forma que, como se anotó ya, constitución era sinónimo de *institucionalización* de la técnica de la división de poderes y respeto a los derechos fundamentales del individuo mediante el imperio de la ley. Posteriormente, el movimiento constitucionalista¹² se consolida con el triunfo de la idea de la supremacía de la constitución, es decir, por una parte, la propia constitución establece los mecanismos de creación de normas y, por la otra la total invalidez de leyes o actos estatales al margen o contrarios a ésta. Finalmente, resultado de la marcha de la Historia y del tesón de los pueblos, es posible encontrar una nueva limitación al poder estatal, incluida en la constitución, la

12 “El vocablo *constitucionalismo* alude a aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias; de modo más específico, a los límites que en cierto sentido son autoimpuestos. Tales límites pueden adoptar variedad de formas y ser de procedimiento o sustantivos, así como obstruir o tan sólo hacer más lento el proceso del cambio legislativo”. Cfr. Elster, (1999:34).

participación de los individuos y de sus organizaciones en la toma de las decisiones trascendentales para la comunidad¹³.

De esta manera, supremacía constitucional (libertad e igualdad consagradas), división de poderes, imperio de la ley (*rule of law*), y participación popular en el proceso político (ideas de soberanía popular y representación política), viene a integrar el fundamento del Estado democrático de Derecho, prototipo contemporáneo de la organización política de las naciones. Y una constitución actual se integra con estos principios de organización política; en otras palabras, hoy tales principios *son* la constitución.

Sin embargo, este diseño institucional ideal no está o puede estar exento de disfunciones o vicios; por ello es

13 Algunos de estos elementos (división de poderes, participación popular en el proceso político, regulación y *fiscalización* de recursos económicos —que implica un sistema de límites— así como la supremacía constitucional) son señalados por Fix Zamudio como “instrumentos protectores de la constitución”, definiéndolos como “todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de *limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia carta fundamental...* estos instrumentos pretenden lograr el funcionamiento armónico, equilibrado y permanente de los poderes públicos y, en general, de todo órgano de autoridad”. Fix Zamudio, (1998: 25). Las cursivas son mías. No comparto la opinión del maestro Fix, puesto que lo que señala como “protección” no es sino la constitución misma, ya que el objetivo, como se anota arriba, del constitucionalismo es limitar al poder y hacer actuar a los titulares del mismo de una forma predecible, es decir, dentro de una legalidad.

necesario que la *misma constitución* prevea mecanismos que reparen la normalidad trastornada¹⁴. Esos mecanismos reparadores son los controles, los cuales *garantizan* la buena marcha del diseño institucional, siendo parte del mismo. Distíngase: los límites son la esencia de la constitución, forman el modo de ser del Estado, su identidad; los controles, si bien incluidos en la misma constitución, no funcionan *normalmente*, sino que su accionar inicia cuando la *normalidad*¹⁵ instituida por la constitución se trastorna.

14 “[A]un considerada como excepcional, la violación a la Constitución debe ser prevenida o reparada. Esto quiere decir que, aparte de la manera normal de preservar a la Constitución, que es observándola voluntariamente, tiene que haber en todo régimen constitucional un medio de protegerlo contra las transgresiones, ya provengan éstas de un mal entendido de los preceptos o ya del propósito deliberado de quebrantarlos.” Tena Ramírez, (1991:491). El mismo Fix Zamudio reconoce que lo que llama “protección de la constitución” es el aspecto “fisiológico” de la ley fundamental, es decir, es el funcionamiento adecuado de los órganos del poder. Y ello indica que puede existir un *funcionamiento inadecuado*, lo que constituye la “patología” constitucional: los límites constitucionalmente señalados al poder no han cumplido con su cometido, han dejado de ser eficaces. Ante esta situación de “anormalidad”, la propia constitución prevé mecanismos reparadores del orden jurídico supremo. Entonces, la corrección de esa patología dependerá de las “garantías constitucionales”. Cfr. Fix Zamudio, (1993:259).

15 Tomo la idea de “normalidad” de Zaldívar, (1997:48): “la *normalidad constitucional*... se integra por todos aquellos instrumentos que coadyuvan a que el sistema previsto en la Constitución funcione”. Las cursivas son del autor citado. Como se aprecia, Zaldívar llama normalidad a lo que Fix Zamudio denomina protección, pero que al final, reitero, no es sino la esencia misma de la constitución, es la constitución.

Los controles, por tanto, integran lo que se ha llamado “defensa de la constitución”¹⁶ o “garantías constitucionales”¹⁷; son instrumentos de naturaleza eminentemente procesal o procedimental que tiene como objetivo reparar y, en su caso, castigar, el trastorno de la normalidad constitucional¹⁸. Estos instrumentos deben estar previstos en el mismo ordenamiento constitucional, de tal forma que integran la constitución, inclusive le dan identidad también, pero no operan corrientemente, sino que sólo se utilizan de manera esporádica. Siguiendo la similitud médica planteada por Fix Zamudio, se puede decir que la enfermedad que aqueja al sistema constitucional (rompimiento de los límites) es remediada a través de estos mecanismos (controles).

16 Cfr. Zaldívar. *Ibidem*.

17 Cfr. Fix Zamudio, (1998:26). Respecto al debate sobre la naturaleza de los controles y su identificación con las garantías, huelga señalar que en este trabajo se conciben a los primeros como garantías del sistema constitucional, tomando principalmente la concepción de Jellinek al respecto.

18 Me parece que la distinción entre límites y controles puede ser de utilidad, sobre todo considerando que los límites *son* la constitución en sí; el propio concepto y la trayectoria de “constitución” implican un límite al poder político; los controles aparecen cuando se experimenta la ruptura de los límites. Así planteada la cuestión, los límites nos remiten a lo que se puede denominar *la estática* o estructura del diseño institucional, en tanto que los controles nos harían pensar en la *dinámica* o procedimientos del mismo. Por ello es que me parece que por definición los controles son (o deben ser) “instrumentos de naturaleza eminentemente procesal o procedimental”. Según esto, se podría hablar de “garantías constitucionales estructurales” y de “garantías constitucionales procedimentales”, aunque estaría por discutirse este controvertido punto. Cfr. Valadés, (1998) y Flores, (1998).