

## CAPÍTULO VI

### FEDERALISMO Y SISTEMAS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS

José Ma. SERNA DE LA GARZA

*SUMARIO: I. Introducción. II. La distribución de competencias legislativas en el sistema constitucional mexicano. III. La fórmula de distribución de competencias legislativas en la historia constitucional de México. IV. La distribución de competencias legislativas en el federalismo estadounidense y alemán. V. Reflexiones finales: opciones técnico-jurídicas de la descentralización de competencias legislativas.*

#### I. INTRODUCCIÓN

Es bien sabido que una de las características esenciales de la forma federal de Estado consiste en la división constitucional de competencias entre dos niveles de gobierno, es decir, entre los órganos de poder federales y los órganos de poder locales. De hecho, es bastante común encontrar, en la literatura jurídica sobre el federalismo, referencias a los distintos métodos utilizados por los textos constitucionales para distribuir las competencias entre los distintos niveles gubernamentales.<sup>1</sup>

El presente ensayo no tiene el propósito de emprender el estudio y análisis de las fórmulas de distribución de competencias existentes, ni entrar en el debate acerca de cuál de ellas es “la mejor”. En cambio, lo que

<sup>1</sup> Véase García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984, pp. 234-236; Faya Viesca, Jacinto, *El federalismo mexicano*, México, Porrúa, 1998, pp. 71-72; Mouskheli, M., *Teoría jurídica del Estado federal*, México, Editora Nacional, 1981, pp. 330-353. Por lo general, se señalan los siguientes métodos: a) Establecimiento de dos listas, en una de las cuales se indican las facultades exclusivas de la federación, mientras que en la otra se señalan las competencias exclusivas de los estados miembro. b) Determinación de facultades exclusivas de las entidades, reservando las no mencionadas en manos de la federación (Canadá). c) Determinación de las facultades exclusivas de la federación, reservando las no mencionadas en manos de los estados.

nos interesa para efectos de este trabajo es subrayar el rango constitucional de la norma que establece la fórmula de distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno, ya que a partir de dicho rango se derivan tres consecuencias, típicas en los estados federales. En primer lugar, este rango significa, en el caso de constituciones formalmente “rígidas” como la de México o la de Estados Unidos, que la fórmula distribuidora de competencias no puede ser modificada por una decisión del legislador ordinario (federal ni local).

En segundo lugar, el rango constitucional implica que toda transgresión al esquema de distribución de competencias es por definición un problema o conflicto constitucional, y consecuentemente deberá ser resuelto mediante el sistema de justicia constitucional propio de cada Estado que, como sabemos, puede adoptar formas muy variadas.

En tercer lugar, al ser remitidos los conflictos mencionados al sistema de justicia constitucional, la fórmula de distribución de competencias puede adoptar perfiles cambiantes, al tenor de la interpretación constitucional. Esto deriva de la textura de por sí genérica y abierta de los conceptos utilizados por los textos constitucionales,<sup>2</sup> de los márgenes a veces más amplios o más estrechos que los tribunales constitucionales o cortes supremas tienen para realizar la interpretación,<sup>3</sup> y también del hecho de que el sistema de distribución de competencias suele ser, en realidad, más complicado de lo que las fórmulas arriba mencionadas parecen indicar, lo cual, como veremos, es evidente en el caso mexicano.

Desde esta perspectiva, en el presente ensayo nos hemos propuesto hacer una evaluación crítica de la fórmula de distribución de competencias legislativas inscrita en la Constitución mexicana de 1917. Para ello, hemos recurrido al análisis doctrinal nacional, a la referencia histórica y al derecho comparado.

En primer lugar, hacemos una breve referencia al debate doctrinal relativo al sistema de distribución de competencias legislativas previsto por la Constitución mexicana de 1917. Autores como Jorge Carpizo y Elisur Arteaga han realizado estudios bastante profundos y acabados sobre dicho sistema, cuya matriz se encuentra en el artículo 124 constitucional y

2 Aunque el constituyente, o el poder revisor de la Constitución, puede reducir dicha “textura” abierta mediante un empleo del lenguaje dirigido a tal fin.

3 Esto dependerá del contexto político y de la cultura jurídica de cada país, en virtud de los cuales los tribunales en general pueden tener mayor o menor legitimidad para interpretar creativamente el texto constitucional y las leyes en general.

el cual se desarrolla de manera más compleja a partir de diversas disposiciones de nuestra carta fundamental. Es preciso aclarar que en este trabajo nos hemos concentrado en la distribución de competencias entre la federación y las entidades federativas, dejando de lado, por el momento, la discusión relativa a las competencias que constitucionalmente corresponden a los municipios, en virtud de lo dispuesto por el artículo 115 constitucional.

En segundo lugar, el lector encontrará en estas páginas un estudio histórico sobre la fórmula de distribución de competencias entre federación y estados en el constitucionalismo mexicano. Es posible trazar la historia de esta fórmula desde el primer proyecto de Constitución Política de la República Mexicana (25 de agosto de 1842) y observar cómo fue adoptando diversas formas, hasta llegar a la fórmula consagrada por la Constitución de 1857, misma que se repite en la de 1917. En nuestra revisión histórica hemos tratado de aproximarnos al debate constitucional correspondiente, con el objeto de encontrar las razones que llevaron a consagrar la fórmula tal y como quedó finalmente en la Constitución de 1857 y en la de 1917.

En tercer lugar, hemos hecho un estudio de las fórmulas de distribución de competencias legislativas de dos Estados federales: Estados Unidos y la República Federal Alemana. A partir de su análisis, hemos pretendido tener un punto de referencia *externo* que nos dé elementos para evaluar nuestro propio sistema.

Finalmente, en la última parte hemos desarrollado una serie de reflexiones que permiten evaluar nuestro esquema actual de distribución de competencias legislativas, así como vincular el debate sobre el federalismo mexicano con el diseño institucional y el cambio jurídico propio del Estado de derecho en el México actual.

## II. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL MEXICANO

Vista de manera aislada, la fórmula del artículo 124 constitucional establece un sistema *rígido* de distribución de competencias. Según dicha fórmula, típica del llamado “federalismo dual”, pareciera que se configura un sistema en el que de manera clara se puede determinar que una competencia corresponde ya sea a la federación o a las entidades federativas. Dicha rigidez deriva, como se ha explicado por diversos autores, de

la utilización que en dicho artículo se hace del adverbio ‘expresamente’, en virtud del cual se ha de entender que una facultad pertenece ya sea a la federación o bien a las entidades federativas.<sup>4</sup>

Sin embargo, como indica Jorge Carpizo, en realidad el sistema mexicano es mucho más complicado, puesto que la propia Constitución establece una serie de principios que definen facultades como las siguientes:<sup>5</sup> facultades atribuidas a la federación;<sup>6</sup> facultades atribuidas, expresa o tácitamente, a las entidades federativas;<sup>7</sup> las facultades prohibidas a la federación;<sup>8</sup> las facultades prohibidas a las entidades federativas tanto de manera absoluta (artículo 117) como relativa (artículo 118); facultades coincidentes;<sup>9</sup> las facultades coexistentes;<sup>10</sup> las facultades de auxilio<sup>11</sup> y, por último, las facultades derivadas de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>12</sup>

Por su parte, al estudiar el sistema de distribución de competencias del federalismo mexicano, Elisur Arteaga se ha referido a las facultades implícitas, a la jurisdicción dual, a las facultades concurrentes, a las inhibiciones y prohibiciones a los estados, así como a las obligaciones a cargo de las autoridades estatales derivadas de la constitución general.<sup>13</sup>

4 Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, LGEM-UNAM, 1983, pp. 115-117.

5 Carpizo, Jorge, “Comentario al artículo 124 constitucional”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, Cámara de Diputados (LV Legislatura)-Miguel Ángel Porrúa, 1994, pp. 953-959.

6 Las enunciadas en el artículo 73 constitucional.

7 Como la facultad expresa de regular el patrimonio de familia, establecida en la fracción XVII del artículo 27, o la tácita de darse una Constitución, que se desprende del artículo 41.

8 Como la del artículo 24, que prohíbe dictar leyes que establezcan o prohíban alguna religión.

9 Mismas que tanto la federación como las entidades federativas pueden ejercer, y que pueden existir en una versión amplia (cuando tanto federación como estados pueden regular la materia en cuestión en pie de igualdad, como sería el caso del tratamiento de los menores infractores, según el párrafo 4 del artículo 18 constitucional) o en una versión restringida (que se da cuando se otorga a la federación o a los estados la facultad de fijar bases o criterios de división de la facultad en cuestión, como sería el caso de la facultad que tiene el Congreso de la Unión para expedir leyes a efecto de unificar y coordinar la función educativa entre la federación, los estados y los municipios, según la fracción VIII del artículo 3o. y la fracción XXV del artículo 73 constitucionales).

10 En las cuales una parte de la misma facultad compete a la federación y la otra a los estados, como en el caso de la materia de las vías generales de comunicación que compete a la federación, según el artículo 73, fracción XVI, lo cual deja para los estados la materia correspondiente a las vías locales de comunicación.

11 Cuyo ejemplo podía encontrarse en la función que las autoridades estatales debían realizar en auxilio de la federación en materia de regulación del culto religioso, según lo disponía el artículo 130 constitucional hasta antes de la reforma de 1992.

12 La cual, por ejemplo, ha reconocido la existencia de facultades “concurrentes” en materia tributaria.

13 Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, t. 2: *Instituciones federales, estatales y municipales*, México, UNAM, 1994, pp. 39-55.

En virtud de lo apuntado, hemos de reconocer que en México existe un sistema complejo de distribución de competencias entre federación y estados, que permite la coordinación, el empalme, la coexistencia y la coincidencia entre los dos términos de la ecuación del sistema federal. A pesar de ello, la matriz del esquema sigue siendo el artículo 124 constitucional y su reserva residual en favor de las entidades federativas,<sup>14</sup> razón por la cual, en la sección siguiente, nos concentraremos en el estudio de sus antecedentes históricos en el constitucionalismo mexicano.

### III. LA FÓRMULA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE MÉXICO

La Constitución de 1824 no contempló un artículo equivalente al 124 constitucional actual. El primer antecedente del artículo 124 de la Constitución de 1917 se encuentra en el artículo 80 del primer proyecto de Constitución Política de la República Mexicana del 25 de agosto de 1842, que a la letra disponía: “Todas las atribuciones y facultades que no se otorgan específicamente al Congreso nacional, Poder Ejecutivo y Suprema Corte de Justicia, se entenderá que quedan reservadas a los departamentos”.

Esta fórmula se repite, por cierto, en el artículo 71 del segundo proyecto de Constitución Política de la República mexicana, del 2 de noviembre de 1842. Como se puede observar, el principio rector consagrado décadas después por las constituciones de 1857 y de 1917 ya se establecía en los mencionados documentos de 1842: si una facultad no está *específicamente* (expresamente) atribuida a la federación, se entiende reservada a los departamentos (estados).

Por su parte, el artículo 24 del voto particular de la minoría de la Comisión Constituyente de 1842, del 26 de agosto de ese mismo año, propuso una fórmula distinta, según la cual: “La administración interior de los estados será enteramente libre e independiente de los poderes supremos,

14 Martín Díaz señaló con razón que existe una incompatibilidad entre la fórmula del artículo 124 constitucional, que instaura la lógica del federalismo dual, y los mecanismos de coordinación encarnados en instrumentos como las “leyes-marco” o leyes generales que en materia de salud, coordinación fiscal, equilibrio ecológico y protección al ambiente, distribuyen competencias entre los distintos órdenes de gobierno. Más adelante en este ensayo discutiremos algunas ideas de este autor plasmadas en “México en la vía del federalismo cooperativo. Un análisis de los problemas en torno a la distribución de competencias”, en *Homenaje a Fernando Alejandro Vázquez Pando*, México, Barra Mexicana-Colegio de Abogados, 1996, pp. 168-173.

en todo aquello que no estén obligados por esta Constitución para la conservación de la unión federal”.

Esta fórmula, más que resolver el problema de la distribución de competencias entre estados y federación, establecía una fórmula para la delimitación de los contornos de la autonomía de los estados, mismos que serían *libres e independientes* de la federación, mientras la Constitución no los obligara a actuar de determinada manera en aras de la conservación de la unión.<sup>15</sup>

Años después, el voto particular de Mariano Otero al Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, del 5 de abril de dicho año, contempló la fórmula de distribución de competencias en dos artículos:

Artículo 14. Los Poderes de la Unión derivan todos de la Constitución, y se limitan sólo al ejercicio de las facultades expresamente designadas en ella misma, sin que se entiendan permitidas otras por falta de expresa restricción.

Artículo 15. Sobre los objetos sometidos al Poder de la Unión, ningún estado tiene otros derechos que los expresamente fijados en la Constitución, ni otro medio legítimo de intervenir en ellos que el de los poderes generales que la misma establece. La Constitución sólo reconoce como legítima entre todos o entre algunos de los estados, la relación que constituyó y actualmente constituye su federación.

Resulta de suma importancia aproximarse a los razonamientos dados por Otero al justificar la redacción anterior, para comprender la preferencia por un sistema “rígido” de distribución de competencias entre la federación y las entidades federativas, que fue el que finalmente prevaleció en nuestro constitucionalismo. Según Otero,

En un tiempo vimos al Congreso General convertido en árbitro de los partidos de los estados decidir las cuestiones más importantes de su administración interior; y ahora apenas restablecida la federación, vemos ya síntomas de la disolución, por el extremo contrario. Algunas legislaturas han suspendido las leyes de este Congreso; otra ha declarado expresamente que no se obedecerá en su territorio ninguna general que tenga por objeto alterar el estado actual de ciertos bienes; un estado anunció que iba a reasumir la soberanía de que se había desprendido; con las mejores intenciones se está

15 Para apreciar la diferencia en relación con la fórmula del artículo 124 actual, podríamos resumir la fórmula del voto particular mencionado de la siguiente manera: en todo lo que los estados no estén obligados por la Constitución, serán enteramente libres.

formando una coalición que establecerá una federación dentro de otra; se nos acaba de dar cuenta con la ley por la cual un estado durante ciertas circunstancias confería el Poder de toda la Unión a los diputados de esa coalición, y quizá se meditan ensayos todavía más desorganizadores y atentatorios. Con tales principios, la federación es irrealizable, es un absurdo, y por eso los que le hemos sostenido constantemente, los que vemos cifradas en ella las esperanzas de nuestro país, levantamos la voz para advertir el peligro...

El artículo 14 del Proyecto de Reformas, estableciendo la máxima de que los Poderes de la Unión son poderes excepcionales y limitados sólo a los objetos expresamente designados en la Constitución, da a la soberanía de los estados toda la amplitud y seguridad que fuera de desearse. Mas por esto mismo, y por la teoría fundamental que ya indiqué al expresar las razones por las cuales tocaba al Poder general arreglar los derechos del ciudadano, es necesario declarar también que ninguno de los estados tiene poder sobre los objetos acordados por todos a la Unión, y que no siendo bajo este aspecto más que partes de un todo compuesto, miembros de una gran República, en ningún caso pueden por sí mismos, en uso de su soberanía individual, tomar resolución alguna acerca de aquellos objetos, ni proveer a su arreglo, más que por medio de los poderes federales, ni reclamar más que el cumplimiento de las franquicias que la Constitución les reconoce.<sup>16</sup>

A la larga, el Acta Constitutiva y de Reformas de 18 de mayo de 1847 consagró en sus artículos 20 y 21, casi los mismos términos de los arriba citados artículos 14 y 15 del voto particular de Mariano Otero al Acta Constitutiva y de Reformas de 1847:

Artículo 20. Sobre los objetos sometidos al Poder de la Unión, ningún estado tiene otros derechos que los expresamente fijados en la Constitución, ni otro medio legítimo de intervenir en ellos, que el de los poderes generales que la misma establece.

Artículo 21. Los poderes de la Unión derivan todos de la Constitución, y se limitan sólo al ejercicio de las facultades expresamente designadas en ella misma, sin que se entiendan permitidas otras por falta de expresa restricción.

Nótese, sin embargo, que si bien estos artículos indicaban que tanto estados como federación solamente tendrían los derechos y facultades ex-

16 “Voto particular [de Mariano Otero]”, en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México, 1808-1995*, México, Porrúa, 1995, pp. 463-464.

presamente fijados por la Constitución, no se contemplaba todavía la fórmula de reserva a favor de las entidades, como la que prevalecería después en el sistema federal mexicano.

Por otro lado, otro antecedente histórico fue la peculiar fórmula del artículo 81 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, del 15 de mayo de 1856, la cual, en la situación de emergencia vivida por el país, expresaba lo siguiente: “Todas las facultades que por este estatuto no se señalen expresamente a los gobiernos de los estados y territorios, serán ejercidas por el presidente de la República, conforme al artículo 3o. del Plan de Ayutla, reformado en Acapulco”.

Poco tiempo después, el artículo 48 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, del 16 de junio de 1856, siguiendo muy de cerca, aunque sin ser igual, a la Décima Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, estableció la siguiente fórmula: “Las facultades o poderes que no están expresamente concedidos por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservados a los estados o al pueblo respectivamente”.

El texto de esta fórmula fue debatido en la sesión del 10 de septiembre de 1856. En el debate surgieron algunas ideas e inquietudes que vale la pena reseñar. En primer lugar, el diputado Ruiz sugirió que la palabra “poderes” podía suprimirse, puesto que era redundante. En segundo lugar, sugirió que se suprimiese la palabra “pueblo”, debido a que, de acuerdo con otros artículos de la Constitución, se había ya decidido que el pueblo ejercía su soberanía por medio de los Poderes de la Unión o de los estados.

Las propuestas del diputado Ruiz fueron aceptadas por el Congreso Constituyente ya que, posteriormente, la fórmula aprobada y consagrada en el artículo 117 de la Constitución de 1857 fue la siguiente: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados”.

Como puede apreciarse, ésta es exactamente la misma fórmula del artículo 124 de la Constitución de 1917, el cual ha permanecido sin reforma hasta la fecha. Cabe aclarar, sin embargo, que en el Congreso Constituyente de 1916-1917 la fórmula no dejó de ser discutida y criticada.

En efecto, en la 62a. Sesión Ordinaria del Constituyente de Querétaro, celebrada el 25 de enero de 1917, el diputado Fajardo aludió a la fórmula que había sido propuesta por la Comisión de Constitución en 1856 y recordó las razones por las cuales se había suprimido la referencia a

“pueblo” (el pueblo ejerce su soberanía a través de los poderes federales y de los estados). Después de este recordatorio, Fajardo pidió que se adicionara el artículo con el término de “pueblo”. Su razonamiento fue el siguiente: al crear el Estado federal, el pueblo mexicano no abdicó totalmente su soberanía en los poderes federales o en los de los estados, sino que se reservaba ciertos derechos a los cuales nunca había renunciado ni podría renunciar jamás. Se trataba —de acuerdo con Fajardo— de derechos que quedaban en el pueblo, respecto de los cuales no podía entenderse que éste los había entregado a los poderes federales o estatales.<sup>17</sup>

Asimismo, en tanto constitución escrita —dijo Fajardo—, nuestra norma fundamental era de poderes “expresados”, “así que los poderes que no estén expresados, es decir, que no estén escritos, en esta Constitución a favor de los poderes de la Unión o de los estados, se entiende que es el pueblo quien los reúne”.

Para ilustrar sus ideas, el diputado Fajardo citó dos ejemplos. El primero, se refería al “préstamo” de la Bahía de Magdalena que el gobierno mexicano hizo en 1907 a los Estados Unidos de América. El segundo, a la venta de parte del territorio nacional que hiciera Santa Anna a Estados Unidos. En esencia, Fajardo argumentó que ni los poderes federales ni los estatales tenían derecho de enajenar partes del territorio nacional a potencias extranjeras. Tal derecho sólo podía corresponder al pueblo, mediante un plebiscito, por ejemplo, y los poderes federales no podían entender que el pueblo les había delegado ese derecho.

Por su parte, Machorro Narváez se pronunció en contra de las razones de Fajardo, argumentando que su labor como constituyentes era crear órganos constitucionales, y que el “pueblo” no era un órgano de tal naturaleza. Asimismo, indicó que si no había facultades expresas para enajenar, por ejemplo, parte del territorio nacional, el gobierno no podía hacerlo implicando que ello sería inconstitucional.

A su vez, el diputado Medina terció y señaló al diputado Fajardo que había cosas que ni el mismo pueblo podía hacer, por ejemplo, enajenar su independencia o su territorio a través de un plebiscito.

Finalmente, el artículo 123 del proyecto de Constitución, aprobado después con el numeral 124, fue aceptado por el constituyente en sus términos, es decir, sin las adiciones propuestas por Fajardo.

17 Cámara de Diputados, *Derechos del Pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, Cámara de Diputados (LV Legislatura)-Miguel Ángel Porrúa, t. 12, pp. 963-964.

El debate entre los diputados constituyentes deja al descubierto un problema de la teoría del Estado federal, que puede llegar a tener consecuencias prácticas relevantes. La fórmula del 124 constitucional asigna expresamente facultades limitadas a la federación. Esas facultades quedan acotadas, sujetas a la expresión que de las mismas haga la Constitución. Pero, ¿cómo se define el ámbito de la reserva hecha en favor de las entidades federativas? ¿Hasta dónde llega el campo de *todas* las facultades que la Constitución no asignó expresamente a la federación?

Está claro que la federación no puede hacer más que lo que expresa o implícitamente le permite la Constitución (siendo las facultades implícitas un medio para poder ejercer una facultad explícita).<sup>18</sup> Pero, ¿significa esto que las entidades federativas pueden hacer “todo lo demás”? ¿Qué es “todo lo demás”? En nuestra opinión, este ámbito de reserva de las entidades federativas no puede entenderse como si tuviera un alcance absoluto o ilimitado. En un Estado constitucional, todas las autoridades tienen facultades limitadas. Si asumimos que el Estado mexicano es un Estado constitucional, ¿cuáles son entonces los límites de las entidades federativas? ¿Lo son únicamente las prohibiciones que en el caso mexicano encontramos en los artículos 117 y 118 de la constitución? Sobre este debate regresaremos más adelante, cuando analicemos la Décima Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América.

Lo que más nos interesa en este breve análisis histórico es tratar de identificar las razones que llevaron a adoptar la fórmula “rígida” del 124 (cuyo elemento central está conformado por la utilización del adverbio ‘expresamente’), con sus antecedentes directos en el artículo 117 de la Constitución de 1857; los artículos 20 y 21 del Acta de Reformas de 1847; y, más atrás, el artículo 80 del primer proyecto de Constitución Política de la República mexicana, del 25 de agosto de 1842. En nuestra opinión, la clave para entender la utilización del mencionado adverbio en la multicitada fórmula se encuentra en el texto de Otero antes citado.<sup>19</sup>

En efecto, como señala Otero, la génesis de la República estuvo caracterizada por la intromisión de los poderes federales en los asuntos internos de las entidades federativas, aunque también por la injerencia de algunas entidades federativas en ámbitos de competencia de la federación. En una situación así, introducir una fórmula de distribución de competencias que permitiera el empalme, la coexistencia, la coincidencia y

18 Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1978, pp. 123 y 124.

19 Véase *supra*, nota 16.

aun la concurrencia de facultades, hubiese tenido un efecto desorganizador y desintegrador, puesto que habría estimulado la invasión de competencias entre los elementos del sistema federal. Sin un Estado nacional consolidado, sin normalidad constitucional, sin mecanismos operantes de defensa de la Constitución, sin una sumisión incondicional de las partes al orden constitucional, sin un sistema de justicia constitucional eficaz para resolver los conflictos de competencia de un sistema federal más complejo, no era práctico (y hubiera sido políticamente imprudente) introducir una fórmula de distribución de competencias más compleja que la que finalmente se adoptó.

En otras palabras, el diseño institucional y la operación de un Estado federal basado en fórmulas complejas que den flexibilidad al sistema supone la existencia de un Estado nacional fuerte y consolidado. Si se acepta esta hipótesis, se puede entender entonces que en un inicio el Estado federal mexicano difícilmente podría haberse basado en una fórmula de distribución de competencias legislativas que no fuera rígida y simple. En el texto original de la Constitución de 1857, la única materia en la que se permitió una cierta coexistencia en cuanto a la facultad de legislar sobre ella, fue la de vías generales de comunicación.<sup>20</sup> Todas las demás fórmulas de cooperación y “conurrencia” vinieron después, ya que el Estado nacional mexicano se había consolidado. Y al introducirse dichas fórmulas en los textos constitucionales, flexibilizaron el sistema rígido de los artículos 117 (Constitución de 1857) y del 124 (Constitución de 1917).

Con el Estado nacional consolidado, bajo la égida de la dictadura de Porfirio Díaz primero, y del “nuevo autoritarismo” surgido de la Revolución mexicana después, es cuando empiezan a multiplicarse las fórmulas tendientes a flexibilizar el sistema de federalismo “dual” en nuestro constitucionalismo. De esta manera, la facultad de expedir leyes en materia de salubridad general de la República se introdujo con la reforma del 12 de noviembre de 1908 a la Constitución de 1857.<sup>21</sup> Por su parte, la posibilidad de que tanto la federación como los estados legislen en materia educativa data del texto original de la Constitución de 1917;<sup>22</sup> en tanto que la facultad del Congreso de la Unión de “dictar las leyes encamina-

20 Artículo 72, fracción XXII.

21 Artículo 72, fracción XXI.

22 Decía el artículo 73 original en su fracción XXVII que el Congreso estaba facultado “para establecer escuelas profesionales... y demás institutos concernientes a la cultura superior general de los habitantes de la República... sin que esas facultades sean exclusivas de la Federación”. Véase Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, p. 422, *cit.*, nota 18.

das a distribuir convenientemente entre la federación, los Estados y los Municipios el ejercicio de la función educativa... buscando unificar y coordinar la educación en toda la República”, procede de la reforma constitucional a los artículos 3o. y 73, publicada el 13 de diciembre de 1934. Por su parte, la facultad que tanto la federación como los gobiernos de los estados tienen para establecer instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores se introdujo con la reforma del 23 de febrero de 1965.

Por otra parte, la “conurrencia” en materia de asentamientos humanos se estableció a través de la reforma publicada el 6 de febrero de 1976, que introdujo la fracción XXIX-C en el artículo 73 constitucional, mientras que la “conurrencia” en materia de equilibrio ecológico y protección al ambiente se estableció mediante la reforma que introdujo una fracción XXIX-G en el artículo 73 constitucional, publicada 10 de agosto de 1987. Por último, la “conurrencia” en materia de deporte fue introducida por la reforma que creó la fracción XXIX-J del mismo artículo, publicada el 28 de junio de 1999.

En todos estos casos, la posibilidad de conflicto se veía atenuada por la naturaleza del sistema político. A diferencia de la situación vivida por Otero, el control político y el ejercicio autoritario del poder por parte del general Díaz, así como por los presidentes posrevolucionarios, fue la garantía de que el régimen de empalme y “conurrencia” no derivaría en conflictos mayores que pudieran incluso disolver al Estado nacional.

Las anteriores observaciones nos permiten concluir esta sección planteando la siguiente hipótesis: un Estado federal basado en fórmulas complejas y flexibles solamente puede funcionar bajo ciertas condiciones, y estas últimas están relacionadas estrechamente con la consolidación misma del Estado nacional. Ahora bien, un Estado puede consolidarse sobre diversas bases. Una de ellas puede ser una base autoritaria, que inhiba el conflicto por medio de los mecanismos e instrumentos que caracterizan a ese tipo de regímenes políticos.<sup>23</sup> Pero otra base es la conformada por un régimen en el que existe una normalidad constitucional garantizada por mecanismos de defensa de la constitución plenamente operantes, en el que existe la sumisión de los actores políticos al orden constitucional, y

23 Para una discusión acerca de este tipo de mecanismos, véase Linz, Juan, “An Authoritarian Regime: Spain”, en Allardt, Erick y Littunen, Yrjo (eds.), *Cleavages, Ideologies and Party Systems*, Helsinki, The Westmarck Society, 1964.

en el que se ha desarrollado un sistema de justicia constitucional plenamente eficaz para resolver los conflictos de competencia.

Ahora bien, la complejidad en las fórmulas de organización del federalismo, ya sea bajo un régimen autoritario o bajo un régimen constitucional de derecho, permite dar mayor flexibilidad al sistema en su conjunto. Flexibilidad para adaptarse a los cambios, para responder a nuevos retos, para generar soluciones a problemas no previstos. La flexibilidad en un sistema federal permite y estimula la cooperación, la acción conjunta y coordinada, y hace posible compartir tramos de políticas públicas, de manera simultánea o sucesiva. Para ponerlo en pocas palabras, la flexibilidad en las fórmulas de distribución de competencias aumenta la eficacia del Estado federal. En caso de que surjan conflictos existen los instrumentos del poder autoritario, o bien los mecanismos de defensa de la Constitución como garantía de la operatividad del sistema en su conjunto.

Creemos que esta hipótesis nos puede ayudar a hacer una lectura adecuada de la evolución que ha tenido el federalismo mexicano en el pasado, así como de la que puede tener en el futuro. Es por esta razón que el análisis del federalismo mexicano y su evolución en los tiempos por venir no puede verse desligada de la construcción en nuestro país de un verdadero Estado constitucional de derecho. Es decir, de un Estado en el que la Constitución, como norma suprema, sea el eje que articula todo el orden jurídico, y que cuente con garantías institucionales para la eficacia de dicha supremacía. En este tenor, puede comprenderse más claramente la afirmación de Roscoe Pound: “A federal polity is necessarily a legal polity”.<sup>24</sup>

#### IV. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS EN EL FEDERALISMO ESTADOUNIDENSE Y ALEMÁN

En esta sección, hacemos un análisis de las fórmulas de distribución de competencias legislativas en dos países que hasta cierto punto representan modelos paradigmáticos de federalismo. El objetivo, como se mencionó en la introducción del presente trabajo, consiste en tener un punto de referencia “externo” que nos permita evaluar nuestro propio sistema, desde una perspectiva comparada.

24 Citado por La Pergola, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 37.

## 1. *La distribución de competencias legislativas en el sistema federal de los Estados Unidos de América*

### A. *La Décima Enmienda*

La Décima Enmienda de la Constitución de Estados Unidos establece que “Los poderes que no han sido delegados a Estados Unidos por la Constitución ni prohibidos por ella a los Estados, están reservados a los Estados, respectivamente o al pueblo”.<sup>25</sup>

Al parecer, la enmienda fue incluida para calmar a aquellos que temían la absorción de los estados por parte del gobierno nacional. Sin embargo, la disposición no fue introducida con el ánimo de marcar una línea entre las facultades correspondientes a la federación y las correspondientes a los estados. De hecho, fue por esta razón que se rechazó la fórmula proveniente de los Artículos de la Confederación (el primer documento constitutivo de Estados Unidos), por medio de la cual se entendía que todos los poderes que no estuviesen *expresamente* delegados al gobierno nacional, se entendían reservados a los estados.<sup>26</sup> En este sentido, Shapiro ha señalado que el objetivo principal de la fórmula de la Décima Enmienda fue, más bien, enfatizar que el gobierno nacional no tenía poderes absolutos.<sup>27</sup>

Por su parte, Engdhal profundiza aún más en el sentido de la enmienda al decirnos que la misma “...afirma que lo que no ha sido delegado a los Estados Unidos está reservado [a los estados], pero no dice nada para aclarar qué ha sido delegado y qué no ha sido delegado [a la federación]”.<sup>28</sup> Esto refuerza la idea de que la Décima Enmienda no tuvo como

25 La traducción de ésta y todas las citas tomadas de la Constitución de los Estados Unidos de América es mía.

26 Lieberman, Jethro K., *A Practical Companion to the Constitution. How the Supreme Court Has Ruled on Issues from Abortion to Zoning*, Berkeley, The University of California Press, 1999, p. 505.

27 Shapiro, David, *Federalism. A Dialogue*, Evanston, Ill., Northwestern University Press, 1995, p. 23. Nótese, además, que la no inclusión del adverbio ‘expresamente’ en la fórmula de la Décima Enmienda se vinculó a la admisión de la posibilidad de las facultades implícitas. De esta forma, parece haber una conexión lógica y funcional entre la enmienda, con su delegación indeterminada, y las facultades implícitas, como instrumento para determinar o, mejor aún, para ir determinando facultades por implicación. En nuestra tradición constitucional, en cambio, se admitió tanto el adverbio mencionado como las facultades implícitas. Es relevante hacer esta observación, puesto que en principio podría sugerirnos la existencia de una incompatibilidad entre la lógica funcional del artículo 124, y la de la fracción XXX del artículo 73 constitucionales.

28 Engdhal, David E., *Constitutional Federalism in a Nutshell*, Virginia, West Group, 1987, p. 9.

objetivo principal trazar una línea precisa y clara entre federación y estados, puesto que hay una indefinición en la “delegación”.

Asimismo, en sus comentarios a la Constitución de Estados Unidos, Joseph Story se refirió a la supresión de la palabra ‘expresamente’ de la fórmula para distribuir competencias entre federación y estados. Remitiendo al debate en torno a la enmienda en cuestión, ocurrido a finales de la década de 1780, el mencionado autor recordó que:

En aquella ocasión se señaló que era imposible limitar a un gobierno al ejercicio de facultades expresas. Necesariamente, deben admitirse facultades por implicación, a menos que la constitución descienda a regular los más mínimos detalles. Es un principio general que todas las corporaciones posean todos los poderes incidentales a su capacidad como cuerpos, sin que estén absolutamente expresos... Ciertamente, uno de los grandes defectos de la confederación consistió (como ya vimos) en que contenía una cláusula que prohibía el ejercicio de cualquier facultad, jurisdicción o derecho no delegado *expresamente*.<sup>29</sup>

Podemos afirmar, entonces, que hay elementos suficientes para suponer que los padres fundadores de Estados Unidos no intentaron establecer un sistema “rígido” de distribución de competencias en su sistema federal sino que, por el contrario, pretendieron otorgar cierta flexibilidad al sistema.

Sin embargo, debemos mencionar que la jurisprudencia de la Suprema Corte consagró durante muchas décadas una interpretación que pretendía fijar una línea clara entre las competencias de la federación y las de los estados. Se desarrolló así la doctrina de los “poderes reservados” en virtud de la cual la Corte retiró distintas cuestiones de política interna del alcance legal de la competencia legislativa del Congreso, como si existiera el término “expresamente” en la fórmula de distribución de competencias. Esta doctrina fue el soporte jurisprudencial del llamado “federalismo dual”.<sup>30</sup>

Con base en esta doctrina, la Corte declaró inconstitucionales leyes federales expedidas en ejercicio de la facultad del Congreso para “regular

29 Story, Joseph, “Commentaries on the Constitution (1833)”, citado por Kurland, Philip B. y Lerner, Ralph (eds.), *The Founders' Constitution*, vol. 5, Chicago, The University of Chicago Press, 1987, p. 406.

30 Corwin, Edward, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Buenos Aires, Fraterna, 1987, pp. 569-571.

el comercio interestatal”, con el argumento de que aquéllas habían invadido el ámbito de competencias que la propia Corte consideraba como “reservadas” a los estados.

No obstante, a finales de los años treinta y en el contexto del New Deal de Roosevelt, la Corte varió de criterio. En 1941, resolvió que:

El poder del Congreso sobre el comercio interestadual es completo en sí mismo, puede ejercerse hasta su límite máximo, y no reconoce más restricciones que las previstas por la Constitución... Ese poder no se amplía ni disminuye por el ejercicio o falta de ejercicio del poder estadual... Que su ejercicio implique los mismos incidentes que acompañan al ejercicio del poder de decisión de los estados no implica una objeción a la afirmación del poder de reglamentar el comercio interestadual... Nuestra conclusión no se ve afectada por la Décima Enmienda que... se limita a afirmar el lugar común de que se mantiene todo aquello a lo cual no se renuncia.<sup>31</sup>

Según esta nueva doctrina, la Décima Enmienda no protege a los estados del ejercicio de una facultad otorgada afirmativamente al gobierno federal.

Es posible sostener en la actualidad que la interpretación de la enmienda ha girado en torno a estos dos polos. En *National League of Cities vs. Usery* (1976), la Corte volvió a decidir en el sentido de que el Congreso no tiene la facultad de aplicar, con base en la cláusula de comercio, un salario mínimo y pago de horas extras de acuerdo con la Fair Labor Standards Act, en áreas correspondientes a las “funciones tradicionales de gobierno” de los estados, las cuales eran una esfera exclusiva de éstos últimos.<sup>32</sup>

No obstante, poco tiempo después la Corte regresó al criterio anterior, al rehusarse a identificar límites constitucionales a la acción federal que afectara a los estados, en ejercicio de las facultades otorgadas por la cláusula de comercio. Más aún, se señaló que los límites a las facultades del Congreso eran “estructurales” y no “sustantivos”; y que los estados debían buscar protección en relación con la regulación proveniente del Congreso, por medio del proceso político nacional y no de esferas judicialmente definidas de

31 Fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos en *United States vs. Darby*, 312 U.S. 100 (1941), citado por Edward Corwin en *La Constitución...*, p. 572, *cit.*, nota 30.

32 Freilich, Robert H. y Richardson, David G., “Returning to a General Theory of Federalism: Framing a New Tenth Amendment United States Supreme Court Case, *The Urban Lawyer*, vol. 26, núm. 2 (1994), p. 216.

actividad estatal.<sup>33</sup> La diferencia de opiniones continúa y forma parte importante del actual debate constitucional de Estados Unidos.

Resulta interesante regresar a la idea señalada por Engdhal, en el sentido de que la federación tiene todos los poderes o atribuciones que le han sido delegados, pero la Constitución no determina en toda su extensión qué poderes le han sido delegados a la federación, porque no lo ha hecho expresamente. En efecto, aparte de las facultades explícitas, la Constitución de Estados Unidos acepta la posibilidad de que el Congreso ejerza facultades implícitas. Además, las materias relativas a las facultades explícitas han sido redefinidas por la interpretación de la Corte, con el efecto de acrecentar el ámbito de actividades sujetas a regulación federal. Asimismo, hay que mencionar que la determinación de ese campo indefinido de facultades corresponde al Congreso, cuya decisión es factible de ser revisada por la Suprema Corte de Justicia (misma que consistentemente, al menos durante la segunda mitad del siglo XX, ha avalado la concentración de materias regulables por el Congreso general).<sup>34</sup>

### B. *Las facultades implícitas*

Debemos ahora hacer referencia a las facultades implícitas. La fracción XVIII de la sección 8 del Artículo I de la Constitución de Estados Unidos autoriza al Congreso “a elaborar todas las leyes que sean necesarias y convenientes para llevar a ejecución los anteriores poderes, y todos los otros poderes depositados por esta Constitución en el Gobierno de los Estados Unidos, o en cualquier departamento o dependencia de él”. En esta formulación, los poderes implícitos pueden ser vistos como medios para hacer efectivas las facultades enumeradas o explícitas.

Al hablar de este tipo de facultades, no vamos a hacer alusión a la controversia que surgió desde los primeros años de la nueva república americana, entre quienes proponían una interpretación estricta de la cláusula y quienes argumentaban a favor de una interpretación amplia de la misma.<sup>35</sup> Simplemente nos permitiremos citar la opinión del juez Marshall a este respecto:

33 *García vs. San Antonio Metro. Transit Auth.*, 469 U.S. 528, 545-546 (1985); *South Carolina vs. Baker*, 485 U.S. 505 (1988), citado por Robert Freilich y David Richardson en “Returning to a General Theory...”, pp. 219-221, *cit.*, nota 32.

34 Shapiro, David, *Federalism. A Dialogue*, pp. 4-13, *cit.*, nota 27.

35 Ya otros autores bien conocidos en el ámbito jurídico iberoamericano han descrito este debate, por ejemplo, Faya Viesca, Jacinto, *El federalismo mexicano*, y García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, pp. 363-367. Citados ambos en nota 1, *supra*.

Admitimos, como deben admitir todos —declaró Marshall en la parte fundamental de su voto—, que los poderes del gobierno son limitados, y que sus límites no han de ser sobrepasados. Pero creemos que una sana interpretación de la Constitución debe permitir a la legislatura nacional esa facultad discrecional, con respecto a los medios por los cuales los poderes que se le confieren han de ponerse en ejecución, que permita a ese cuerpo cumplir los altos deberes que se le han asignado, de la manera más beneficiosa para el pueblo. Si el fin es legítimo, si está dentro del alcance de la Constitución, todos los medios que sean apropiados, que se adapten claramente a ese fin, que no estén prohibidos, pero que sean compatibles con la letra y el espíritu de la Constitución, son constitucionales.<sup>36</sup>

En suma, puede afirmarse que esta doctrina ha visto en los poderes implícitos el instrumento para hacer posible que el gobierno nacional cumpla con los fines para los que fue creado, desarrollando los poderes explícitos previstos por la Constitución de Estados Unidos.<sup>37</sup> De esta manera, a partir de la lectura de los poderes explícitos con base en los implícitos, el Congreso se entiende facultado para actuar en las más diversas materias: desde adquirir bienes con el poder de dominio eminente; hasta hacer de los pagarés del tesoro moneda de curso legal, o crear sociedades; excluir y deportar extranjeros, y fijar las normas relativas al derecho marítimo, entre muchas otras facultades.<sup>38</sup>

Ahora bien, lo que más nos interesa destacar en este ensayo son un par de problemas de interpretación que se han discutido en Estados Unidos en relación con las facultades implícitas. En primer lugar, debe mencionarse la interpretación dada por Hamilton, para quien la mencionada cláusula resultaba inocua y redundante. En sus propias palabras,

36 Voto del Presidente de la Suprema Corte de Justicia Marshall en *McCulloch vs. Maryland*, 4 Wheat, 316, 405, U.S., (1819). Citado por Schwartz, Bernard, *Los poderes del gobierno*, t. 1: *Poderes federales y estatales*, México, UNAM-Facultad de Derecho, 1966, p. 125.

37 Esto no debe llevar a pensar que el Congreso puede legislar en cualquier materia. Como afirma Corwin, “debe existir en la Constitución una base razonable del ejercicio del poder, y sobre todo ese ejercicio no debe recortar arbitrariamente los derechos protegidos constitucionalmente del tipo de los derechos de la Primera Enmienda. A pesar del enorme poder que el Congreso ha ejercido con la aprobación de la Corte, ésta todavía encuentra ocasión para declarar inconstitucionales ciertas leyes del Congreso. El hecho que esos casos hayan formado un número relativamente reducido los últimos años puede ser tanto prueba de la prudencia del Congreso como de la tolerancia de la Corte, o de los temores del Congreso de ver sus actos anulados por la Corte”. Véase *La Constitución de los Estados Unidos...*, p. 169, *cit.*, nota 30.

38 Schwartz, B., *Los poderes del gobierno*, t. 1: *Poderes federales y estatales*, p. 126, *cit.*, nota 36.

¿Qué es un poder, sino la capacidad o facultad de hacer algo? ¿Qué es la facultad de hacer algo, sino el poder de emplear los *medios* necesarios para su ejecución? ¿Qué es el poder LEGISLATIVO, sino el poder de hacer LEYES? ¿Cuáles son los *medios* de ejecutar el poder LEGISLATIVO sino las LEYES? ¿Qué es el poder de imponer y recaudar contribuciones, sino un *poder legislativo* o un poder de *hacer leyes* para establecer y cobrar impuestos? ¿Cuáles son los medios apropiados para ejercitar esa facultad, sino las *leyes necesarias y convenientes*?<sup>39</sup>

Como puede apreciarse, para Hamilton las facultades implícitas no eran sino una forma distinta de referirse al poder del Congreso de hacer leyes, con lo cual incurría en un error, puesto que una cosa es expedir leyes en ejercicio de facultades que la constitución otorga explícitamente al Congreso, y otra es expedir leyes en ejercicio de facultades que sin tener base explícita en la norma fundamental, pueden entenderse como implícitas, en función de que son los medios necesarios para realizar las explícitas.

En segundo lugar, los críticos de la cláusula de las facultades implícitas promovieron un entendimiento de la palabra “necesario” en el sentido de “indispensable” de tal forma que si hubiera otra forma mediante la cual el gobierno federal pudiera ejecutar una facultad enumerada, no podría hacerse uso de facultades implícitas.<sup>40</sup>

Además, se criticaron las facultades implícitas por tener el potencial de absorber todas las materias para el Congreso federal, a través de un proceso de “filiación de necesidades”. En tono sarcástico, Jefferson describió dicho proceso atacando una propuesta para crear una compañía minera para explotar una mina de cobre: “El Congreso está autorizado para defender a la nación. Es necesario tener barcos para defender a la nación; para construir barcos es necesario tener cobre; para tener cobre es necesario contar con minas; para explotar las minas es necesario tener una compañía”.<sup>41</sup>

A pesar de la crítica, la doctrina predominante de la Suprema Corte de Justicia ha avalado el razonamiento de la “filiación de necesidades” para permitir que el Congreso regule ciertas materias en uso de facultades implícitas. Esto no ha sido óbice para que, en determinadas épocas, la propia Corte haya tratado de restringir el alcance de la cláusula al exigir

39 Hamilton, Alexander, *El Federalista*, tr. Gustavo R. Velasco, México Fondo de Cultura Económica, 1974, núm. 33, p. 130.

40 Engdahl, D., *Constitutional Federalism in a Nutshell*, p. 20, *cit.*, nota 28.

41 *Ibidem*, pp. 20-21.

que entre la facultad implícita y la explícita exista una relación “directa”, “próxima” o “sustancial” y no “mediata” o “remota”.<sup>42</sup>

Por otro lado, resulta pertinente aclarar que las facultades implícitas no permiten que el Congreso tenga facultades generales y exclusivas para legislar en una *materia* entera porque ésta tenga un efecto como medio para ejercer una facultad federal explícita. Lo que permiten es que una *ley específica* relativa a una materia no explícitamente asignada a la federación, tenga el carácter de medio para ejercer una facultad explícita de la federación.<sup>43</sup>

Mención aparte merece la circunstancia de que los poderes enumerados —y también los implícitos— pueden ser utilizados para alcanzar un “fin extraño” al Congreso estadounidense. Por ejemplo, en 1897 el Congreso pudo limitar el comercio interestatal de “literatura obscena”, no con el objetivo de regular el comercio interestatal (facultad explícita del Congreso), sino con el objeto de proteger la “moral convencional” (un fin que no es considerado como propio de la federación, sino de los estados). Asimismo, en 1964 la Corte consideró perfectamente constitucionales las normas sobre “alojamiento público” (*public accommodations*), al ser consideradas como medios (facultades implícitas) para facilitar el tránsito interestatal (facultad explícita expresada en la cláusula de comercio), a pesar de que toda la regulación mencionada tenía como objetivo principal un fin extraño a las facultades del Congreso: la promoción de igualdad racial en las relaciones interpersonales.<sup>44</sup>

Asimismo, la Corte ha establecido el criterio de que la relación de medio-fin entre la facultad implícita y la explícita debe tener una “base racional”; si bien hay que aclarar que no siempre el Congreso da sus razones para explicar dicha relación. A veces deja a los tribunales o incluso a agencias administrativas la determinación de la relación de medio-fin mencionada.<sup>45</sup>

### C. *Facultades concurrentes*

Finalmente, debemos referirnos a las llamadas “facultades concurrentes”. La Constitución de Estados Unidos admite la posibilidad de que

42 *Ibidem*, pp. 21-24.

43 *Ibidem*, p. 28.

44 *Ibidem*, pp. 52-65.

45 *Ibidem*, pp. 27, 39 y 40.

tanto el Congreso general como los congresos locales tengan autoridad para legislar sobre una misma materia. Desde los debates de la ratificación de la Constitución de 1787 se pudo percibir que ésa era la intención de los constituyentes.<sup>46</sup> Asimismo, la interpretación en torno a la Décima Enmienda que, como se recordará, omitió la utilización del adverbio ‘expresamente’, ha llevado a la plena aceptación de la idea de que el Congreso federal tiene dos tipos de poderes: exclusivos y no exclusivos<sup>47</sup> (obviamente, en el terreno de los no exclusivos es donde se da la concurrencia).

Ahora bien, dada la naturaleza indeterminada del ámbito total de materias sobre las que el Congreso puede legislar, desde que Estados Unidos se consolidó como nación han surgido conflictos recurrentes entre el Congreso y las legislaturas locales, por definir el alcance de los poderes legislativos del primero. Para resolver este tipo de conflictos, la Suprema Corte ha desarrollado la teoría conocida como “del desplazamiento” (*doctrine of preemption*), en virtud de la cual, en las materias respecto de las que se dan las facultades concurrentes, el derecho federal desplaza o suplanta al derecho local.<sup>48</sup>

El término *preemption* significa, en el sistema federal de Estados Unidos, que los estados son privados de su facultad para emitir legislación en una materia determinada, independientemente de que exista conflicto o no con una ley federal.<sup>49</sup> Esta doctrina comenzó a desarrollarse desde 1820 y adquirió su versión más acabada en los años treinta del siglo XX, década en la cual se generó una fuerte presión política en el sentido de dotar de amplios poderes de regulación a la autoridad federal.<sup>50</sup>

Ahora bien, la primera pregunta que se impone contestar es la siguiente: ¿respecto de qué materias puede la federación invocar la doctrina del desplazamiento para privar a los estados de su facultad (concurrente) de legislar? En principio, el Congreso puede desplazar la facultad legisla-

46 Según Hamilton hay facultades concurrentes de la federación y los estados en todas las materias, salvo a) cuando la Constitución ha asignado expresamente un poder exclusivamente al Congreso; b) cuando la Constitución ha prohibido expresamente a los estados legislar sobre determinada materia; y c) cuando se asignara a la Unión una facultad, con la que otra similar por parte de los estados sería total y absolutamente contradictoria e incompatible. Véase *El Federalista*, núm. 32, pp. 126-129, *cit.*, nota 39.

47 Wolfson, Paul, “Preemption and Federalism: The Missing Link”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 16, núm. 69 (1988).

48 Lieberman, J., *A Practical Companion to the Constitution*, p. 112, *cit.*, nota 26.

49 Gardbaum, Stephen A., “The Nature of Preemption”, *Cornell Law Review*, vol. 79, núm. 767 (1994), p. 791.

50 *Ibidem*, p. 767.

tiva de los estados solamente en aquellas materias respecto de las cuales la constitución le ha delegado (explícita o implícitamente) poderes. Sin embargo, la interpretación expansiva de la cláusula de comercio, en combinación con la cláusula de los poderes implícitos, ha permitido al Congreso regular prácticamente cualquier materia que se ha propuesto regular y, en su empeño, ha sido avalado por la Suprema Corte de manera consistente, al menos desde los años treinta.<sup>51</sup>

Por otra parte, la Corte ha indicado que para que el desplazamiento pueda operar, el Congreso tiene que manifestar su intención de hacerlo cuando expide una ley. Asimismo, la Corte ha proporcionado una serie de criterios por medio de los cuales se puede llegar a determinar si el Congreso ha intentado o no desplazar la legislación local por medio de legislación federal. Entre dichos criterios encontramos: *a)* el grado de extensión y detalle de la ley federal; *b)* el interés en juego, es decir, si la ley federal abarca una materia en la que el interés federal es claramente dominante, no tendría ningún sentido dejar vigente el derecho local en dicha materia, y *c)* el resultado de la ley local, es decir, si ésta produce o no un resultado inconsistente con el objetivo de la ley federal.<sup>52</sup>

El debate actual sobre la “doctrina del desplazamiento” gira en torno a su justificación constitucional. La concepción predominante ubica su base constitucional en la cláusula de la supremacía de la Constitución,<sup>53</sup> mientras que otros la han encontrado en la cláusula de los poderes implícitos.<sup>54</sup> Sea lo que fuere, podemos afirmar que esta doctrina ha tenido el efecto práctico de generar mayor concentración de poderes a favor de la federación (en principio, de la legislatura federal), misma que ha “desplazado” a las legislaturas locales de un sinnúmero de materias.

#### D. La referencia al “pueblo” en la Décima Enmienda

Hemos de finalizar esta sección con una discusión acerca de la parte del texto de la Décima Enmienda que se refiere al “pueblo”. ¿Qué significa el hecho de que los poderes no delegados a la federación se entienden reservados a los estados o *al pueblo*?

51 Wolfson, P., “Preemption and Federalism...”, pp. 90-91, *cit.*, nota 47.

52 Lieberman, J., *A Practical Companion to the Constitution*, p. 363, *cit.*, nota 26.

53 Véase, por ejemplo, Engdahl, D., *Constitutional Federalism in a Nutshell*, *cit.*, nota 28; y también, Corboy, Philip y Smith, Todd A., “Federal Preemption of Product Liability Law: Federalism and the Theory of Implied Preemption”, *American Journal of Trial Advocacy*, vol. 15, núm. 435 (1992).

54 Gardbaum, Stephen A., “The Nature of Preemption”, *cit.*, nota 49.

Al parecer, detrás de esta formulación se encuentra la teoría de la soberanía popular, según la cual todo poder dimana del pueblo. En las discusiones doctrinales, que a la postre derivaron en la Décima Enmienda, es posible percibir la idea de que la fuente originaria del poder es el pueblo, el cual retiene todos aquellos derechos y facultades que no “delega” en los poderes federales o de los estados. Así, en el debate constitucional estadounidense se afirmó que: “El poder supremo radica indudablemente en el pueblo, y es un principio bien establecido en mi mente, que [el pueblo] conserva todos los poderes no expresamente delegados por él mismo a quienes gobiernan; esto es cierto tanto para formar un estado como para formar un gobierno federal”.<sup>55</sup>

Así, el proyecto original de lo que posteriormente sería la Décima Enmienda no hacía mención al pueblo. Sin embargo, en pleno debate se propusieron dos adiciones en tal sentido. El constituyente Tucker propuso que al inicio de la fórmula se agregara la frase: “Dado que todos los poderes derivan del pueblo” (“all powers being derived from the people”). Por su parte, el constituyente Carroll propuso lo que después fue aprobado, es decir, añadir una frase al final de la fórmula, “o al pueblo” (“or to the people”), que resultó, como sabemos, en la siguiente redacción: “Los poderes que no han sido delegados a Estados Unidos por la Constitución ni prohibidos por ella a los Estados, están reservados a los Estados, respectivamente o al pueblo”.<sup>56</sup> En suma, la adición del término “pueblo” en la Décima Enmienda funciona como una especie de recordatorio de que todas las facultades de las autoridades públicas, sean federales o locales, tienen su origen en el pueblo.

En cuanto a este tema, resulta interesante invocar aquí las reflexiones de La Pergola, quien plantea la siguiente interrogante: ¿representa la Décima Enmienda una norma o un mecanismo de cierre de competencias, o puede considerarse que hay espacio para que entre federación y estados haya otra “figura de competencia”? En otras palabras, ¿debe mantenerse que la totalidad del poder dentro del ordenamiento del Estado federal se agota en las dos esferas de competencia previstas por dicha enmienda, o que subsiste un margen para que, entre los polos contrapuestos de la fede-

55 *Federal Framer*, núm. 16 (20 de enero de 1788), citado en Kurland, Philip B. y Lerner, Ralph (eds.), *The Founders' Constitution...*, p. 401, *cit.*, nota 29 *supra*.

56 House of Representatives, Amendments to the Constitution, 18, 21 August, 1789, *Annals* 1:761, 767-68. Citado en Philip Kurland y Ralph Lerner (eds.), *The Founders' Constitution*, pp. 404 y 405, *cit.*, nota 29 *supra*.

ración y de los estados miembros, pueda insinuarse cualquier otra figura de competencia?<sup>57</sup>

En opinión de La Pergola, la duda surge en virtud de que la literalidad de la enmienda sugiere que el titular de los poderes residuales es, más allá de los estados miembros, el pueblo:

...el pueblo considerado no sólo y no tanto como titular de la soberanía, sino, más exactamente, como cuerpo políticamente activo, como titular, por ejemplo, de las funciones de democracia directa. Así contemplada, la X enmienda sobreentendería un ulterior centro de competencias, distinto de la federación y de los Estados miembros, configurado como poder *latente* en el sistema constitucional.<sup>58</sup>

Sin embargo, La Pergola se pronuncia contrario a esta forma de entender la Décima Enmienda, debido a que los mecanismos de la democracia directa como el referéndum legislativo o constitucional y la iniciativa popular están regulados por los propios ordenamientos constitucionales locales (en el caso de Estados Unidos), y no son independientes de ellos. Más bien, en la interpretación de La Pergola, la reserva a favor del pueblo hecha por la Décima Enmienda cumple la función de establecer un límite orientado a restringir la competencia de todo órgano público. Esto implica que hay poderes que ni la federación ni los estados pueden ejercer.<sup>59</sup>

## 2. *La fórmula de distribución de competencias en el federalismo alemán*

### A. *Breve reseña histórica y peculiaridades del sistema federal alemán*

El esquema de organización del sistema federal alemán no puede entenderse sin antes referirnos, aunque sea brevemente, a su surgimiento. De hecho, muchas de las diferencias que el modelo federal alemán acusa

57 La Pergola, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, p. 260, *cit.*, nota 24.

58 *Idem.*

59 “En suma, la X enmienda sirve de guía para reconstruir el sistema de relaciones entre federación y Estados miembros, pero sólo para aclarar con exactitud y hacer explícitas las referencias, contenidas en la enmienda, al denso entramado de límites establecidos en la Constitución en relación con las competencias de los órganos centrales o estatales”. Véase La Pergola, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, p. 261, *cit.*, nota 24.

con relación al modelo de Estados Unidos se explican por ese proceso histórico peculiar.

El federalismo alemán tiene sus antecedentes en el Imperio constituido en 1871, mismo que unificó a Alemania. Sin embargo, se ha dicho que aquel sistema imperial no era en realidad un auténtico sistema federal, puesto que el esquema se basaba en el dominio hegemónico de uno de los Estados (*Länder*), a saber, Prusia.<sup>60</sup> Por su parte, después de la Primera Guerra Mundial y tras la disolución del Imperio la República de Weimar estableció un sistema federal bastante centralizado, el cual a la larga propició la destrucción de los *Länder* y el establecimiento de un Estado unitario y totalitario bajo el régimen nacionalsocialista.<sup>61</sup>

Terminada la Segunda Guerra Mundial, la “Ley Fundamental” de 1949 estableció un sistema federal, obedeciendo a impulsos tanto externos como internos. Por un lado, las fuerzas aliadas “occidentales” dieron en 1948 una serie de lineamientos que los alemanes debían seguir para reconstituir su Estado. En los llamados “Documentos de Londres”, los Aliados señalaron que el nuevo Estado alemán debería cumplir con los siguientes requisitos: a) tener una estructura federal; b) hacer una revisión de los límites territoriales de los *Länder*; c) reservar a los Aliados los derechos de tutela; d) expedir una constitución de acuerdo con los criterios de aceptación o rechazo de los Aliados; e) proteger los derechos individuales; f) estructurar el gobierno sobre principios democráticos.<sup>62</sup>

El punto relativo a la reorganización territorial parece haber sido definitivo. Los *Länder* que fueron creados a partir de este proceso, en realidad tenían poca continuidad histórica respecto a los *Länder* del pasado. Solamente Bavaria y las “ciudades-estado” de Hamburgo y Bremen podrían invocar hoy en día tal continuidad. Las otras partes de la federación alemana fueron “creaciones artificiales” de aquel proceso constituyente llevado a cabo bajo la tutela de las fuerzas aliadas.

Por otro lado, las autoridades domésticas responsables de la reorganización constitucional de Alemania fueron las autoridades de los *Länder*

60 Renzsch, Wolfgang, “German Federalism in Historical Perspective”, *Publius, The Journal of Federalism*, vol. 19, núm. 4 (1989), p. 21.

61 Heun, Werner, “The Evolution of Federalism”, en Starck, Christian (ed.), *New Challenges to the German Basic Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, p. 169.

62 Véase Renzsch, W., “German Federalism...”, pp. 26 y 27, *cit.*, nota 60; y Johnson, Nevil, “Territory and Power: Some Historical Determinants of the Constitutional Structure of the Federal Republic of Germany”, en Jeffery, Charlie y Savigear, Peter (eds.), *German Federalism Today*, Leicester-Londres, Leicester University Press, 1991, p. 14.

(que resurgieron después de la derrota militar). De hecho, aquéllas eran las únicas autoridades “auténticamente” alemanas, puesto que las autoridades centrales eran las encabezadas por los comandantes militares de los poderes aliados. Así las cosas, las autoridades locales tomaron el liderazgo de la discusión sobre la nueva constitución, expedida posteriormente el 23 de mayo de 1949, que fue denominada “Ley Fundamental”.<sup>63</sup>

Es por estas razones que se afirma que el sistema federal alemán no fue diseñado bajo la necesidad de acomodar regiones dispares, en cuanto a tamaño, cultura, composición étnica o estructura socioeconómica.<sup>64</sup> El objetivo del diseño no fue tanto garantizar autonomías de unidades con una fuerte identidad y tradición histórica, sino evitar la concentración de poder que tanto había dañado ya a Alemania y al mundo entero después de dos desastrosas guerras, estableciendo equilibrios políticos entre los *Länder*, así como entre éstos y el gobierno federal.

Ahora bien, antes de empezar a delinear la fórmula de distribución de competencias legislativas del federalismo alemán, debemos apuntar, a manera de comentario general previo, que a diferencia del federalismo de Estados Unidos, el cual es predominantemente “vertical” y está basado en la dualidad de jurisdicciones, el federalismo alemán es horizontal y funcional: la distribución de la mayor parte de los poderes para legislar en materias determinadas corresponde a las autoridades federales, mientras que la mayor parte de las facultades para ejecutar la ley (tanto federal como local), corresponde a los *Länder*.<sup>65</sup> Se trata de un sistema que combina un alto grado de centralización legislativa con un alto grado de descentralización administrativa. Como consecuencia de esta situación peculiar, la cooperación intergubernamental y la consulta a las autoridades locales que habrán de ejecutar las leyes federales, es vital en el proceso de elaboración de dichas leyes.<sup>66</sup> En relación con esta peculiaridad, vale la pena citar el artículo 83 de la LF: “Los *Länder* ejecutarán las leyes federales como asunto propio, salvo que la presente Ley Fundamental determine o admita otra cosa”.

63 Se utilizó el término “Ley Fundamental” como una forma provisional, en tanto se podía expedir la “Constitución” de la totalidad de Alemania. Véase Renzsch, W., “German Federalism...”, p. 27, *cit.*, nota 60. En adelante la Ley Fundamental se cita en el texto como LF.

64 Véase “Introducción”, en Jeffery, Charlie y Savigear, Peter (eds.), *German Federalism Today*, p. 2, *cit.*, nota 2.

65 Johnson, Nevil, “Territory and Power...”, p. 9, *cit.*, nota 62.

66 Watts, Ronald L., “West German Federalism: Comparative Perspectives”, en Jeffery, Ch. y Savigear, P. (eds.), *German Federalism Today*, p. 29, *cit.*, nota 62.

Por otro lado, debemos citar igualmente otra disposición de la LF que afecta de manera especial el funcionamiento del sistema federal alemán. Nos referimos al artículo 72.2, el cual da a la federación la facultad de legislar en ejercicio de facultades concurrentes, en las materias que sea necesario, "...cuando así lo requiera la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica en interés de la totalidad del Estado". Esta disposición introduce un mandato relativo a las exigencias del Estado social (uniformidad e igualación de las condiciones sociales de vida) que afecta el funcionamiento del sistema federal, obligando a introducir técnicas de coordinación, cooperación y redistribución.<sup>67</sup>

### B. La fórmula de distribución de competencias legislativas

En principio, el artículo 70.1 de la LF establece la cláusula de poderes residuales a favor de los *Länder*: "Los *Länder* poseen el derecho de legislar en tanto la presente Ley Fundamental no lo confiera a la federación".<sup>68</sup> Sobre la base de esta premisa, la federación tiene poderes enumerados, mismos que incluyen poderes exclusivos y concurrentes. Es decir, las facultades que la LF no haya asignado a la federación, de manera exclusiva o concurrente, se entiende que corresponden a los *Länder*.<sup>69</sup>

Debe señalarse el hecho de que el esquema alemán está dotado de cierta flexibilidad, al permitir que los *Länder* legislen en materias de competencia exclusiva de la federación, si ésta última les autoriza para ello. El artículo 71 lo expresa en los siguientes términos: "En el ámbito de la legislación exclusiva de la federación, los *Länder* tienen la facultad de legislar únicamente en el caso y en la medida en que una ley federal los autorice expresamente para ello".

Sin embargo, las materias sobre las que la federación puede legislar, tanto de manera exclusiva como concurrente, son tan amplias, que en realidad ha quedado muy poco espacio para que los *Länder* puedan ejercer sus facultades legislativas. Alberti Rovira señala las vías por las cuales la

67 Alberti Rovira, Enoch, *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 55.

68 El artículo 30 de la LF establece esta misma reserva a favor de los *Länder*, y abarca no solamente las competencias legislativas, sino las competencias y las funciones estatales: "El ejercicio de las competencias estatales y el cumplimiento de las funciones estatales competen a los *Länder* siempre que la presente Ley Fundamental no disponga o admita una disposición en contrario".

69 Karpen, Ulrich, "Federalism" en Karpen, Ulrich (ed.), *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p. 209.

federación ha logrado el predominio en el ejercicio de competencias legislativas, a saber: *a*) la amplitud de las materias atribuidas expresamente a la competencia legislativa de la federación en las listas de los artículos 73 (competencias exclusivas) y 74 (competencias concurrentes) y de otras disposiciones esparcidas a lo largo de la LF; *b*) la llamada “cláusula de necesidad” (artículo 72.2) misma que ha permitido una extraordinaria expansión de las competencias federales;<sup>70</sup> *c*) las llamadas “competencias no escritas” que han permitido una expansión todavía mayor de las atribuciones legislativas del gobierno federal.<sup>71</sup>

No obstante, se ha dicho que la pérdida progresiva de facultades legislativas por parte de los *Länder*, se ha visto compensada por la importancia creciente del *Bundesrat* (cámara que representa a los gobiernos de los *Länder*) en el proceso legislativo. Según el artículo 84 de la LF, las leyes federales que se refieren a aspectos institucionales y/o procedimentales relativos al papel de los *Länder* en la ejecución de dichas leyes requieren la aprobación del *Bundesrat*. Esto refleja la responsabilidad general los *Länder* en la ejecución de la ley federal e introduce un elemento de equilibrio.<sup>72</sup>

### C. *Facultades concurrentes*

En cuanto a las facultades concurrentes, debemos decir que la gran mayoría de las materias entran en su ámbito.<sup>73</sup> Este tipo de competencias son definidas por el artículo 72.1 de la siguiente manera: “En el ámbito de la legislación concurrente, los *Länder* tienen la facultad de legislar mientras y en cuanto la federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa”. Como puede verse, se da en este caso un fenómeno parecido al “desplazamiento” (*preemption*) que describimos en nuestro análisis del federalismo de Estados Unidos.

70 Sobre la “cláusula de necesidad”, véase la discusión sobre las facultades concurrentes en el federalismo alemán en este trabajo.

71 Alberti Rovira, E., *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, pp. 86 y 87, *cit.*, nota 67.

72 De ahí que el papel del *Bundesrat* sea doble: es un co-legislador (al lado del *Bundestag*) y un representante de los *Länder* en su función de administradores o ejecutores de las leyes federales. Véase Leonardy, Uwe, “The Working Relationships between Bund and Länder in the Federal Republic of Germany”, en Jeffery, Ch. y Savigear, P. (eds.), *German Federalism Today*, p. 46, *cit.*, nota 62.

73 Blair, Philip, “Federalism, Legalism and Political Reality: The Record of the Federal Constitutional Court”, en Jeffery, Ch. y Savigear, P. (eds.), *German Federalism Today*, p. 68, *cit.*, nota 62.

Asimismo, el propio texto de la LF establece los criterios para que la federación pueda “desplazar” a los *Länder* en el ámbito de las materias sujetas a las facultades concurrentes. Dichos criterios son los que establece el artículo 72.2 (la llamada “cláusula de necesidad”) en la forma que sigue:

[En el ámbito de las facultades concurrentes] la federación tiene el derecho de legislar siempre que y en cuanto exista la necesidad de una regulación legislativa federal porque así lo requieran la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica en interés de la totalidad del Estado. En teoría, éstas son las bases justificatorias que necesitan existir para que la federación “desplace” a los estados en los términos arriba apuntados.

Sin embargo, como indica Blair, desde un principio la Corte Constitucional Federal abandonó virtualmente todo control sobre estas condiciones previas para el ejercicio de las facultades concurrentes por parte de la federación. Incluso la Corte ha declarado que la necesidad de legislación federal es cuestión de discreción de la legislatura federal.<sup>74</sup> En la práctica, esto ha significado que la federación ha podido absorber de manera discrecional un gran número de materias, desplazando a los *Länder* del ejercicio de facultades clasificadas como concurrentes.

Por último, el párrafo 3 del artículo 72 de la LF admite la posibilidad de que los *Länder* puedan recuperar la facultad de legislar en una materia sujeta a facultades concurrentes, en los siguientes términos: “Por ley federal puede determinarse que una regulación legislativa federal que ya no sea necesaria en el sentido del apartado 2 [del artículo 72 de la LF], pueda ser reemplazada por la legislación de los *Länder*”.

#### D. *Legislación marco*

Otro elemento relevante del sistema federal alemán está constituido por las llamadas “leyes marco”. De acuerdo con el artículo 75 de la LF, la legislatura federal está facultada para expedir este tipo de leyes, en los siguientes términos:

Artículo 75.1. En las condiciones establecidas en el artículo 72, la federación tiene el derecho de dictar disposiciones-marco para la legislación de

74 *Ibidem*, p. 69.

los *Länder* en las materias siguientes... 2. Sólo excepcionalmente las disposiciones-marco podrán entrar en detalles o contener regulaciones de aplicación inmediata... 3. Cuando la Federación dicte disposiciones-marco, los *Länder* están obligados a dictar las leyes de los *Länder* necesarias dentro de un plazo adecuado determinado por la ley.

El objetivo de este tipo de leyes consiste en permitir a la federación el logro de un mínimo de uniformidad legal dentro de la República Federal Alemana, pero dejando al mismo tiempo cierto espacio dentro del marco general para que los *Länder* puedan diseñar su propia legislación de acuerdo con sus necesidades particulares y sus preferencias políticas.<sup>75</sup>

La LF no define qué es una ley marco con precisión. El artículo 75 se limita a listar un catálogo de materias comprendidas en el ámbito de este tipo de legislación.<sup>76</sup> Sin embargo, y a diferencia de la posición adoptada en relación con las facultades concurrentes, la Corte Constitucional Federal ha dejado bien claro que el ejercicio de las facultades correspondientes a las leyes marco no puede dejarse a la discreción de la legislatura federal, sino que su ejercicio constituye una cuestión legal que debe ser decidida por la propia Corte Constitucional.<sup>77</sup>

Además, como ya se observó, la legislación-marco federal debe estar diseñada de tal forma que sea complementada o rellenada por legislación de los *Länder*, aunque esto no quiere decir que esté restringida a principios básicos o generales, sino que debe dejar a los *Länder* un área sustantiva.<sup>78</sup> Como señala Alberti Rovira, lo esencial entonces es que la federación fija, a través de las leyes marco, los límites dentro de los cuales los *Länder* tienen libertad para legislar en la materia en cuestión, límites que pueden ser determinados a través de dos técnicas: mediante el establecimiento de directrices generales al legislador de los *Länder* (*Richtlinien*), o bien por medio de disposiciones jurídicas de carácter directamente vinculante (*unmittelbare verbindliche Rechtsvorschriften*).<sup>79</sup>

75 Blair, Philip M., *Federalism and Judicial Review in West Germany*, Oxford, Clarendon Press, 1981, p. 85.

76 Entre las materias incluidas en el artículo 75 de la LF encontramos las normas relativas al servicio público de los *Länder*, municipios y otras corporaciones de derecho público; la enseñanza superior, la prensa, la caza, la protección de la naturaleza, el cuidado del paisaje; la distribución de la tierra, la ordenación del territorio y el régimen hidráulico, el empadronamiento y los documentos de identidad; y la protección del patrimonio cultural alemán frente a su traslado al extranjero.

77 Blair, Philip, *Federalism and Judicial...*, p. 86, *cit.*, nota 75.

78 *Ibidem*, p. 87.

79 Alberti Rovira, E., *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, p. 93, *cit.*, nota 67.

Como señala Kommers, el litigio relacionado con las leyes marco se da ya sea contra leyes federales, en razón de una supuesta regulación excesivamente detallada de la materia o, contra leyes locales, en razón de una supuesta interferencia con la autoridad de la federación para establecer el marco legislativo general.<sup>80</sup>

### E. Las “*tareas comunes*”

Por otra parte, debemos mencionar la figura de las “*tareas comunes*” previstas en la LF de Bonn. Hacia finales de los sesenta la centralización de la federación alemana había llegado a tal grado, que incluso la viabilidad de los *Länder* como entidades autónomas se puso en entredicho. Lo que sucedía era que muchos de los *Länder* no tenían capacidad para cumplir con las responsabilidades que la LF les imponía. En este contexto, surgieron las llamadas “*tareas comunes*”, en virtud de las cuales los órganos competentes de la federación y los *Länder* comenzaron a trabajar de manera conjunta en la planeación, la toma de decisiones, el financiamiento y la administración, en relación con materias en las que los *Länder* tenían exclusiva competencia, pero que por falta de recursos o infraestructura, no podían desempeñar.<sup>81</sup>

Los artículos 91a y 91b de la LF regulan las “*tareas comunes*”. En su primer párrafo, el artículo 91a establece que:

La Federación participa en la realización de tareas de los *Länder* en los sectores siguientes, cuando estas tareas fueren importantes para la colectividad y se requiera la participación de la Federación para mejorar las condiciones de vida: 1) la ampliación y construcción de establecimientos de enseñanza superior, incluyendo clínicas universitarias; 2) la mejora de la estructura económica regional; 3) la mejora de las estructuras agrarias y de la protección de las costas.

Este tipo de tareas dio lugar a un incremento de las relaciones intergubernamentales, en las que la federación y los *Länder* tenían que trabajar de manera conjunta, compartiendo las responsabilidades tanto en la

80 Kommers, Donald P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham-Londres, Duke University Press, 1997, p. 93.

81 Klatt, Harmut, “Centralising Trends in the Federal Republic: The Record of the Köhl Chancellorship”, en Jeffery, Ch. y Savigear, P. (eds.), *German Federalism Today*, pp. 124-125, *cit.*, nota 62.

elaboración como en la aplicación de las políticas públicas. Se sentaron así las bases de lo que hoy conocemos como el “federalismo cooperativo” alemán.

### F. *Facultades implícitas*

Finalmente, debemos mencionar que la LF no contempla una disposición en la que expresamente se reconozca a las “facultades implícitas” de la federación para legislar, a la manera del “necessary and proper clause” de la Constitución de Estados Unidos, o de la fracción XXX del artículo 73 de la Constitución mexicana. Sin embargo, la interpretación del artículo 30 de la LF ha permitido derivar la existencia de competencias no escritas de la federación, al establecer que: “El ejercicio de las competencias estatales y el cumplimiento de las funciones estatales competen a los *Länder* siempre que la presente Ley Fundamental no disponga o admita una disposición en contrario”.<sup>82</sup>

En este sentido, la Corte Constitucional Federal ha *admitido* la existencia de una competencia a favor de la federación “a causa de la conexión objetiva” (*kraft Sachzusammenhangs*), que se presenta cuando una materia expresamente atribuida a la federación no puede regularse de manera efectiva sin que al mismo tiempo se regule una materia no atribuida a ella. Por otra parte, la Corte también ha admitido las competencias federales “a causa de la naturaleza de las cosas” (*Kraft Natur der Sache*), mismas que se dan en el caso de que su propia naturaleza lleve a la consideración de que una materia solamente puede ser regulada por la federación.<sup>83</sup>

No obstante, la Corte ha sido muy cauta en su interpretación relativa a este tipo de competencias. La enorme centralización de facultades legislativas, que de por sí ya existe en favor de la federación, ha llevado a la Corte Constitucional a convertirse en un guardián que trata de proteger la escasa competencia legislativa que la LF asigna a los *Länder*.<sup>84</sup>

82 Artículo 30 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana. Las cursivas son mías.

83 Alberti Rovira, E., *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, pp. 83 y 84, *cit.*, nota 67.

84 Kommers, D., *The Constitutional Jurisprudence...*, p. 87, *cit.*, nota 80.

## V. REFLEXIONES FINALES: OPCIONES TÉCNICO-JURÍDICAS DE LA DESCENTRALIZACIÓN DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS

Es indudable que los modelos paradigmáticos del federalismo en nuestros tiempos, como lo son el estadounidense y el alemán, han tendido a la centralización de las competencias legislativas.<sup>85</sup> Quizá sea ésta una tendencia estructural de esta forma de Estado, como también tal vez sea una tendencia de los Estados unitarios el desarrollarse en el sentido de lograr ciertas formas de descentralización, como lo ilustran los casos de España e Italia.<sup>86</sup>

En el caso de los Estados federales, es probable que sea válida la hipótesis de que las demandas de las sociedades contemporáneas de masas requieren de un alto grado de centralización de recursos para poder ser atendidas. Es decir, la centralización de los esquemas federales puede significar una respuesta a requerimientos que tienen que ver con las economías de escala, la exigencia de uniformidad de las condiciones de vida, el desborde de muchas materias más allá del ámbito territorial de una sola de las partes integrantes de un arreglo federal, o incluso con la globalización. Por su parte, en el caso de los Estados unitarios es factible que la excesiva centralización lleve a problemas de saturación y sobrecarga, de distanciamiento, o pérdida de visibilidad y de responsabilidad en la relación entre “centro” y “periferia”. Por ello es que el reto del diseño institucional de las formas federales y unitarias de Estado es lograr un equilibrio, partiendo de la historia propia de cada país y de los recursos de los distintos componentes del esquema federal, para de ahí avanzar en el camino marcado por los acuerdos entre las fuerzas que exigen una mayor descentralización, y aquellas que promueven una mayor centralización.

Pero no todo es historia y política. También hay un aspecto técnico-jurídico en la organización de todo Estado federal que, al decir de La Pergola, plantea “...un problema extremadamente delicado”.<sup>87</sup> Se trata de un problema que tiene que ver con dotar a un arreglo constitucional federal

85 García Pelayo dedica un par de páginas a describir la tendencia al aumento de competencias federales, en los estados federales contemporáneos. Véase *Derecho constitucional comparado*, cit., nota 1.

86 Para una visión sucinta del caso italiano se puede consultar el artículo de G. Rolla, “El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las regiones en Italia: aspectos de su evolución”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 36 (1993). En esta misma revista se encuentran algunos estudios monográficos referidos al caso español, tales como “El sistema de distribución de competencias: quince años de estado de las autonomías”.

87 La Pergola, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, p. 24, cit., nota 24.

de características estructurales tales, que le permitan evolucionar, adaptarse a las nuevas circunstancias y responder a los nuevos problemas, sin afectar, al mismo tiempo, la integridad esencial del esquema federal.

En otras palabras, los sistemas federales necesitan contar con un margen de elasticidad suficiente para que tanto los poderes centrales como los locales puedan ser legalmente reducidos o ampliados sin excesiva dificultad de procedimiento. Usando las palabras de Friedrich, advierte La Pergola que una excesiva rigidez acabaría por obstaculizar la capacidad de desenvolvimiento y adaptación del sistema federal.<sup>88</sup>

La flexibilidad en un Estado federal es una ventaja que el diseño institucional debe cuidar. No obstante, la flexibilidad implica un sistema más complejo, de más difícil manejo, que, además, supone la existencia de un sistema de justicia constitucional eficaz y operante, así como de ciertas cualidades en los operadores jurídicos y los actores políticos. En cambio, la rigidez en un sistema federal importa una estructura más sencilla, y exige menos de operadores jurídicos y actores políticos, pero a la vez resta al sistema capacidad de adaptación y de cambio para resolver problemas.

Cada uno de los modelos analizados en este ensayo ha encontrado su propia forma de flexibilidad. En Estados Unidos, dicha flexibilidad se ha logrado a través del empleo y desarrollo de las facultades implícitas, así como de la disposición de la Décima Enmienda que, como vimos, admite ser interpretada de tal forma que se entienda que no hay una línea divisoria precisa entre la esfera de competencias de la federación y la de los estados. Esto ha permitido los fenómenos de concurrencia y “desplazamiento” (*preemption*) que describimos, cuyo efecto ha sido modificar el balance de competencias legislativas, vale decirlo, en favor de los poderes de la Unión. Sin embargo, la Décima Enmienda admite otro tipo de interpretación, como también mencionamos en nuestro estudio, misma que imperó durante mucho tiempo en los criterios de la Suprema Corte de los Estados Unidos, dando con ello lugar a lo que se conoce como el “federalismo dual”. Esta variedad de enfoques interpretativos permite la posibilidad de abrir o cerrar espacios ya sea a los estados o a la federación, al tenor de la interpretación que la Suprema Corte vaya haciendo de las disposiciones constitucionales que inciden sobre la distribución de competencias legislativas de Estados Unidos.

En Alemania, la flexibilidad proviene de otro tipo de diseño. La LF de Bonn prevé expresamente la concurrencia de facultades legislativas, al lado de las facultades exclusivas de la federación;<sup>89</sup> además, los *Länder* pueden legislar en materias de competencia exclusiva de la federación, si una ley federal los autoriza para ello;<sup>90</sup> y también pueden los *Länder* recuperar la facultad de legislar en una materia sujeta a facultades concurrentes que haya sido ejercida por la federación, en los términos del párrafo 3 del artículo 72 de la LF; asimismo, se prevén las “leyes-marco”, las “tareas comunes” y el ejercicio de facultades implícitas.

En ambos casos, la complejidad del sistema es manejable debido a que existe un sistema de justicia constitucional, con plena autoridad y legitimidad, encargado de velar por la operatividad del esquema en su conjunto, y de resolver los conflictos derivados del ejercicio real de las competencias legislativas. Se trata de sistemas de justicia constitucional que han logrado combinar elevados grados de pericia técnica y sensibilidad política para hacer posible la solución de conflictos competenciales típicos de la forma federal de Estado, con los cuales, es preciso aclarar, todo Estado federal debe acostumbrarse a lidiar puesto que son consustanciales a esa forma de organización estatal.<sup>91</sup>

Ahora bien, en México se habla hoy en día de la necesidad de un “nuevo federalismo”. El punto de partida es un sistema rígido de distribución de competencias, el cual evoca un esquema de carácter “dualista”. No obstante, como se ha visto en este ensayo, ese sistema ha ido cambiando con el tiempo, al permitir fórmulas cooperativas relativas a la distribución de competencias legislativas entre la federación y las entidades federativas, con lo cual el esquema se ha ido haciendo más complejo.

Por mi parte, creo que, dadas las condiciones del México actual, no es muy realista trazar un horizonte de reforma del sistema federal mexicano que nos lleve a un esquema altamente descentralizado. De hecho, no creo que esto sea conveniente para el país. Como en Estados Unidos y en Alemania, la sociedad mexicana, cada vez más compleja y heterogénea, inmersa en un proceso de globalización, requiere de un gobierno federal dotado de las competencias y de los recursos necesarios para impulsar y

89 A diferencia de la noción de facultades concurrentes en el sistema norteamericano, que no están previstas en la Constitución, sino que son producto de la interpretación de la Suprema Corte.

90 Artículo 71 de la LF.

91 Para un análisis de la enorme complejidad que los conflictos competenciales pueden llegar a tener en un “Estado compuesto”, se puede consultar Viver, Carles, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1989.

regular el desarrollo nacional. Entiendo que la transición política o, si se quiere, el cambio de régimen, genere una descompresión de fuerzas e ímpetus locales que durante muchos años permanecieron subordinados; comprendo también que al tenor del entusiasmo generado por el cambio político, se refuerce el reclamo por un Estado federal altamente descentralizado, proveniente de algunos sectores. Sin embargo, creo que cuando se disipe la neblina generada por el gusto que a muchos nos ha dado “la transición”, podrá verse con mayor claridad que subsisten problemas estructurales que requieren de atención y conducción por parte de los Poderes de la Unión.

Un enfoque más realista y, desde mi punto de vista, más conveniente para México, es avanzar en el camino de la descentralización. Me refiero a un enfoque que trace el horizonte de reforma de un Estado federal altamente centralizado que se desarrolla en la dirección de una descentralización progresiva. Un horizonte que se proponga fortalecer a las entidades federativas, sin restarle a los poderes de la Unión capacidad de acción. Creo que hay margen para avanzar por esta vía, dado el punto de gran debilidad desde el cual empiezan las entidades federativas (unas más que otras). Asimismo, creo que es posible evitar la lógica del juego de suma cero, por la cual la federación pierde lo que las entidades federativas ganan (o viceversa). Esto es posible si se entiende el proceso como una gran estrategia de fortalecimiento de las capacidades del Estado mexicano en su conjunto (no del gobierno federal, ni de los gobiernos locales, tomados cada uno por su cuenta).

Asimismo, creo necesario partir de un presupuesto fundamental: las entidades federativas no tienen el mismo grado de desarrollo, ni las mismas capacidades, ni los mismos recursos humanos o financieros. El diseño institucional de un “nuevo federalismo” mexicano debe tomar en cuenta esta circunstancia, a efecto de evitar soluciones uniformes que oculten o disimulen las marcadas diferencias existentes entre las entidades federativas.

En vista de las consideraciones anteriores, quisiera concluir este ensayo con las siguientes reflexiones finales, relativas a las posibilidades técnico-jurídicas de la descentralización del Estado federal mexicano:

a) El camino de la *conurrencia*, en el sentido que se entiende este concepto en Estados Unidos o en Alemania, no es una técnica que haga viable un proceso descentralizador. Recuérdese que en este tipo de *conurrencia*, los estados pueden legislar en ciertas materias, hasta en tanto la

federación no decida hacerlo por sí misma “desplazando” al legislador local. Este tipo de *concurrencia* presupone entidades federativas que tienen una “vida local intensa y que compiten con los centros de decisión federal por el control de las conductas y de las actividades de los gobernados”.<sup>92</sup> No obstante, creemos que este presupuesto no se da en México, debido al carácter altamente centralizado que acusa nuestro sistema federal. Esto hace que en nuestro país partamos exactamente del presupuesto contrario al que implica la *concurrencia* entendida en el sentido referido en este párrafo: en México se trata de avanzar de una situación altamente centralizada, a otra más descentralizada que, precisamente, haga posible una “vida local más intensa”.

b) La técnica de descentralización que se ha utilizado en México es la de las llamadas leyes generales o leyes-marco. Como apuntó Martín Díaz, este tipo de ley ha sido empleado por el Congreso de la Unión como parte de una estrategia descentralizadora “decidida y arbitrada desde el centro”, para cumplir con dos propósitos: distribuir competencias entre la federación y los estados, otorgando las bases para el desarrollo de las leyes locales correlativas, y para establecer en su propio cuerpo normativo el régimen federal a efecto de regular la acción de los poderes centrales en la materia de que se trate.<sup>93</sup> Así es como el Congreso General ha expedido la Ley General de Asentamientos Humanos, la Ley General de Salud, la Ley General de Educación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, la Ley de Coordinación Fiscal y la Ley General del Deporte.

En el profundo y completo análisis que Martín Díaz hizo de las leyes generales o leyes-marco en México, se apuntó también el hecho de que las mismas suponen acciones coordinadas y cooperativas entre federación, estados y municipios, cuya lógica se opone al sentido del artículo 124 constitucional. Por ello, este autor propuso una reforma constitucional que acoplara ambas orientaciones. Para ello habría que:

Afianzar constitucionalmente el federalismo cooperativo, estableciendo de manera expresa dentro del artículo 124 un ámbito restrictivo al sistema dual. Tendría que introducirse al efecto un párrafo nuevo que autorizara de manera expresa al Congreso de la Unión para que las leyes generales pudieran habilitar los convenios de traslado de atribuciones a los poderes lo-

92 Díaz, Martín, “México en la vía del federalismo...”, p. 150, *cit.*, nota 14.

93 *Ibidem*, pp. 163-169.

cales. De este modo coexistirían dos sistemas de distribución de atribuciones y no cabría duda sobre la constitucionalidad del ejercicio de las potestades descentralizadas.<sup>94</sup>

Resulta importante resaltar que las acciones coordinadas y cooperativas previstas en las leyes generales o leyes-marco son realizadas principalmente a través de convenios de coordinación, mismos que permiten un trato diferenciado de la federación en relación con las diversas entidades federativas.<sup>95</sup>

Creemos que la técnica de las leyes marco puede seguir siendo utilizada para avanzar hacia una descentralización de nuestro sistema federal.

c) Podría verse con cierto interés la posibilidad de que el Congreso de la Unión pudiese autorizar a las entidades federativas, mediante una ley federal, para legislar en una materia de competencia exclusiva de la federación, tal y como sucede en Alemania. Sin embargo, hay que estar conscientes de que una regla de este tipo implicaría que el legislador federal ordinario podría modificar el esquema constitucional de distribución de competencias legislativas, sin tener que recurrir al procedimiento de reforma o adición constitucional establecido en el artículo 135 de nuestra norma fundamental. Es decir, estaríamos ante un mecanismo que permitiría la “desconstitucionalización” de la distribución de competencias legislativas.

Esta posibilidad no es buena ni mala en sí misma. Se trata de una cuestión que corresponde a una decisión política relativa al diseño de un Estado federal, donde algunos Estados federales la admiten y otros no.<sup>96</sup>

94 *Ibidem*, p. 172.

95 En opinión de Martín Díaz, los dos problemas técnico-jurídicos que plantean los convenios de coordinación se pueden reducir a lo siguiente: a) dilucidar si es posible que la federación traslade en forma temporal o definitiva potestades específicas a los estados por medio de dichos convenios; b) determinar si el convenio puede servir de base para que la autoridad local ejerza la potestad transferida, realizando incluso “actos de molestia” en relación con los particulares. El propio autor da dos soluciones a estos problemas: el traslado de competencias a través de un convenio de coordinación puede darse solamente en caso de que la ley-marco autorice expresamente la transferencia. Además, el objeto del traslado debe corresponder exclusivamente a actos de tipo administrativo, y no puede incluir actividades reglamentarias, normalizadoras, ni legislativas. Véase “México en la vía del federalismo...”, p. 167, *cit.*, nota 14.

96 Este tipo de vía es el que se ha tratado de seguir en Venezuela, un sistema federal todavía más centralizado que el mexicano, cuyas últimas dos constituciones (de 1961 y 1999), contienen disposiciones como las siguientes, respectivamente: “Artículo 137. El Congreso, por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, podrá atribuir a los Estados o a los Municipios determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa... Artículo 157. La Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, podrá atribuir a los Muni-

d) La técnica de las tareas comunes, perteneciente a la experiencia alemana, respondió más a una lógica centralizadora que a una descentralizadora, y por ello no creemos que pueda servir como modelo dentro de un proceso de descentralización en nuestro país. No obstante, podemos pensar que la técnica de lo que en México se ha denominado *facultades coincidentes en su versión amplia* —mismas que tanto la federación como las entidades federativas pueden ejercer en pie de igualdad (como sería el caso del tratamiento de los menores infractores, según el párrafo 4 del artículo 18 constitucional)— podría incluirse como parte del proceso de descentralización del sistema federal mexicano. Es decir, podría pensarse que este tipo de facultades podría ampliarse a otras materias, más allá de las materias del tratamiento de menores infractores en el cual ya se permiten.

e) Cualquiera de las opciones arriba mencionadas requerirían de un replanteamiento de la fórmula del federalismo dual establecida en el artículo 124 de nuestra Constitución. Se trataría de hacerla más flexible, a efecto de introducir elementos que respondan más bien a una lógica cooperativa y de colaboración.

f) La construcción de un “nuevo federalismo”, sobre las líneas apuntadas en los incisos anteriores, debe ser paralela a la formación de un verdadero Estado constitucional de derecho. Sin este último, el arreglo federal terminará por sucumbir ante conflictos inmanejables, o se propiciará el retorno a los métodos de control político típicos del pasado. En un contexto democrático, un Estado federal basado en fórmulas complejas y flexibles solamente puede funcionar si existe un sistema de justicia constitucional plenamente eficaz, capaz de resolver los conflictos de competencia que de manera recurrente aparecen bajo la forma federal de Estado.

cipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización”. Véase Serna, José Ma., “Constitutional Federalism in Latin America”, *California Western International Law Journal*, vol. 30, núm. 2 (2000), pp. 282-283.